

I. ESTUDIOS/ STUDIES

EFICACIA DE LOS ACUERDOS RESULTANTES DE LA MEDIACIÓN INTERNACIONAL *EFFECTIVENESS OF THE AGREEMENTS RESULTING FROM INTERNATIONAL MEDIATION*

Ángel ESPINIELLA MENÉNDEZ*

RESUMEN

EFICACIA DE LOS ACUERDOS RESULTANTES DE LA MEDIACIÓN INTERNACIONAL

La eficacia de los acuerdos resultantes de la mediación internacional se regula de forma sustancialmente distinta en función de si se requiere un título público (modelo publicista de la UE) o si es suficiente un acuerdo meramente privado (modelo privatista de la UNCITRAL). Esta tensión entre modelos normativos afecta a la atribución de efectos de los acuerdos, a su reconocimiento y a su posible anulación. A día de hoy, este régimen jurídico se construye sobre respuestas parciales y fraccionadas, que han generado un panorama un tanto caótico.

Palabras clave: Mediación internacional. Acuerdos resultantes de la mediación. Eficacia. Controles de reconocimiento. Procedimiento de reconocimiento. Anulación de los acuerdos.

ABSTRACT

EFFECTIVENESS OF THE AGREEMENTS RESULTING FROM INTERNATIONAL MEDIATION

The effectiveness of the agreements resulting from international mediation is regulated in a substantially different way depending on whether a public title is required (EU publicist model) or a merely private agreement is sufficient (privatist model of UNCITRAL). This tension between legal models affects the attribution of effects of the agreements, their recognition and their possible avoidance. Nowadays, this legal regime is built on partial and fractional responses, which have generated a somewhat chaotic scene.

Keywords: International mediation. Agreements resulting from mediation. Effectiveness.

* Catedrático de Derecho Internacional Privado en la Universidad de Oviedo (espiuell@uniovi.es). Este artículo se adscribe al Proyecto PID 2021-123452OB-I00, "Retos jurídicos para una sociedad inclusiva: obstáculos de género a la vida privada y familiar en casos de movilidad transfronteriza", financiado por el Ministerio de Ciencia e Innovación (FEDER, UE), en los términos del artículo 37 de la Ley 14/2011 de la Ciencia, la Tecnología y la Innovación. Todas las páginas web mencionadas en este estudio han sido consultadas por última vez el 15 de noviembre de 2022.

Controls of recognition. Proceeding of recognition. Avoidance of agreements.

SUMARIO: 1. MODELOS NORMATIVOS PARA LA EFICACIA DE LOS ACUERDOS RESULTANTES DE LA MEDIACIÓN INTERNACIONAL.—1.1. Tensiones normativas.—1.2. Modelo publicista: la necesidad de una autoridad pública.—1.3. Modelo privatista: la desaparición de la autoridad pública.—1.4. Una idea fuerza: la compatibilidad entre modelos.—2. ATRIBUCIÓN DE EFECTOS A LOS ACUERDOS RESULTANTES DE LA MEDIACIÓN INTERNACIONAL.—2.1. Atribución por autoridad en el modelo publicista.—2.1.1. La formalización del título público.—2.1.2. Controles para la formalización del título ejecutivo.—2.1.3. Alcance del título público: efectos ejecutivo, registral y de cosa juzgada.—2.2. Atribución *ex lege* en el modelo privatista.—2.2.1. La necesidad de una norma de atribución de efectos.—2.2.2. Consecuencias de la atribución: la posible desaparición de acuerdos “extranjeros”.—3. CONTROLES PARA LA EFICACIA DEL ACUERDO RESULTANTE DE LA MEDIACIÓN INTERNACIONAL.—3.1. La minimización de controles en el modelo publicista.—3.1.1. Problemática en la UE: una regulación parcial.—3.1.2. Problemática en el Derecho estatal: desaparición del principio de confianza.—3.2. La maximización de controles en el modelo privatista.—3.2.1. Controles sobre las partes.—3.2.2. Controles sobre la composición y el contenido.—3.2.3. La tibieza del modelo de acuerdos registrados.—3.3. Controles comunes en ambos modelos.—3.3.1. El control del orden público y de disponibilidad.—3.3.2. El control olvidado de incompatibilidad.—4. PROCEDIMIENTO PARA LA EJECUCIÓN DE LOS ACUERDOS RESULTANTES DE LA MEDIACIÓN INTERNACIONAL.—4.1. El procedimiento para los documentos públicos.—4.1.1. Un procedimiento genérico.—4.1.2. La importancia de la “instancia de parte”.—4.2. El procedimiento para los acuerdos privados.—4.2.1. La aplicación de un ejecutivo a acuerdos privados internacionales.—4.2.2. La importancia del control de oficio.—5. ANULACIÓN DE LOS ACUERDOS RESULTANTES DE LA MEDIACIÓN INTERNACIONAL.—5.1. Una acción común a los modelos privatista y publicista.—5.1.1. Competencia judicial internacional para la acción de anulación.—5.1.2. Ley aplicable a la acción.—5.2. Una acción específica adicional en el modelo publicista: la autenticidad del documento.—5.3. Efectos de la anulación del acuerdo resultante de la mediación.—6. CONCLUSIONES.

1. MODELOS NORMATIVOS PARA LA EFICACIA DE LOS ACUERDOS RESULTANTES DE LA MEDIACIÓN INTERNACIONAL

1.1. Presentación: tensiones normativas

Un acuerdo resultante de la mediación internacional es un pacto entre varias partes que sustituye a una decisión judicial y pone fin a un conflicto transfronterizo¹. Precisamente por ese efecto equivalente a una resolución, aparece una tensión entre modelos normativos en función de si debe intervenir o no una autoridad. Así, un acuerdo resultante de la mediación podría concebirse como un mero pacto privado, como el que propugna UNCITRAL;

¹ Vide PALAO MORENO, Guillermo, “Mediación y Derecho internacional privado”, *El arreglo pacífico de controversias internacionales: XXV Jornadas AEPDIRI: Córdoba, 20-22 de octubre de 2011*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2013, pp. 649-674, esp. pp. 650-658; PRIBETIC, Antonin, I., «The “Third Option”: International Commercial Mediation», *World Arbitration & Mediation Review*, vol. 1, 2007, n° 4, pp. 563-587, esp. pp. 563-567. Para la contextualización de la mediación en el comercio internacional, vide ALEXANDER, Nadja, “Nudging Users Towards Cross-Border Mediation: Is it Really About Harmonised Enforcement Regulation?”, *Contemporary Asia Arbitration Journal*, vol. 7, 2014, n° 2, pp. 405-418; STRONG, Stacie I., “Realizing Rationality: An Empirical Assessment of International Commercial Mediation”, *Wash. & Lee L. Rev.*, vol. 73, 2016, pp. 1973-2085.

pero también requerir la intervención de una autoridad que lo eleve a documento público o lo homologue judicialmente, como ha articulado la UE².

El régimen jurídico de la eficacia de los acuerdos resultantes de la mediación será sustancialmente distinto en función de si se opta por un modelo UE (publicista) o por un modelo UNCITRAL (privatista). Por ello, se tomará esta tensión como hilo conductor de este trabajo a la hora de determinar la atribución de efectos (núm. II), el reconocimiento de estos (núm. III y IV) y la posible anulación de estos acuerdos (núm. V).

A día de hoy, este régimen jurídico se construye sobre respuestas parciales y fraccionadas, que han generado un panorama un tanto caótico. Contribuyen a este panorama tres factores de política legislativa. En primer lugar, la separabilidad de efectos: el legislador muchas veces se ha centrado en el efecto ejecutivo del acuerdo y ha dejado sin regular otros efectos, si los hubiere, como el de cosa juzgada o de acceso del acuerdo a los registros. En segundo lugar, la presencia de una regulación genérica: no siempre habrá una normativa específica para la eficacia de los acuerdos resultantes de la mediación, sino una calificación genérica como documentos públicos o como acuerdos homologados judicialmente. Y, en tercer lugar, la presencia de una regulación sectorial en la UE: la eficacia del acuerdo de mediación puede variar notablemente según la materia. Este trabajo confrontará distintas materias, precisamente para valorar si es posible referirse o no a una teoría general sobre la mediación internacional.

1.2. Modelo publicista: la necesidad de una autoridad pública

El modelo publicista se construye sobre la elevación a instrumento público del acuerdo resultante de la mediación internacional³. A partir de ese momento, las normas regulan cómo dar eficacia transfronteriza a los documentos públicos, siendo irrelevante que este derive o no de una mediación⁴.

² Cfr. PALAO MORENO, Guillermo, “Mediación y Derecho...”, *loc. cit.*, pp. 670-673.

³ Vide PÉREZ MARTÍN, Lucas Andrés, “La mediación en España, el momento del cambio de paradigma. Estudio comparado con la UE”, *Revista de Arbitraje Comercial y de Inversiones*, vol. XI, n° 2, 2018, pp. 443-463, esp. pp. 458-459. En Derecho comparado, vide CHUA, Eunice, “Enforcement of International Mediated Settlements without the Singapore Convention on Mediation”, *SaCLJ*, vol. 31, 2019, pp. 572-597.

⁴ Vide AZCÁRRAGA MONZONÍS, Carmen, “Impulso de la mediación en Europa y ejecución de acuerdos de mediación en la Unión Europea como documentos públicos con fuerza ejecutiva”, *REEI*, n° 25, 2013, pp. 1-35; FERNÁNDEZ PÉREZ, Ana, “Mediación familiar transfronteriza en el ámbito europeo”, *La Ley Derecho de familia*, n° 17, 2018, paginación electrónica, § IV. El hecho de que intervenga una autoridad no debería convertir al acuerdo en una “resolución” pues no tiene una función decisoria, cfr. JIMÉNEZ BLANCO, Pilar, “La desjudicialización del divorcio en la Unión Europea y su impacto en los Reglamentos europeos”, *CDT*, n° 2, 2022, pp. 555-579, esp. p. 558. En su momento, se había planteado una cuestión prejudicial sobre si el divorcio notarial del Código Civil español debía equipararse a una resolución judicial o a un documento público, cuestión finalmente archivada. Vide la Petición de decisión prejudicial planteada por el Kammergericht Berlin (Alemania) el 10 de mayo de 2022, asunto C-304/22, *DOUE* 2022/C, 318/36. Si bien el Reglamento “Bruselas II.bis” no regula claramente

También es posible la homologación judicial del acuerdo, pero no será objeto preferente de este estudio por su equiparación a resoluciones o transacciones judiciales, y porque el verdadero éxito de la mediación está en aquellos casos en los que no intervienen órganos jurisdiccionales⁵.

Este modelo publicista ha sido acogido en la UE de una forma plena, porque no solo se actúa sobre las normas de reconocimiento del Estado de destino, sino también sobre las normas de elevación a documento público en el Estado de origen, donde el acuerdo adquiere efectos. En este sentido, todos los Estados miembros de la UE tienen la obligación de habilitar una autoridad pública con competencia para convertir el acuerdo de mediación en un título ejecutivo, de conformidad con la Directiva 2008/52⁶. Hay, no obstante, una argumentación circular en dicha Directiva: por un lado, garantiza el derecho de las partes a solicitar la fuerza ejecutiva del acuerdo⁷; pero, por otro, precisamente permite la denegación de esa solicitud cuando “*la legislación de ese Estado miembro no contemple su carácter ejecutivo*”⁸. Romper ese círculo exige que la legislación de un Estado miembro solo puede negar el efecto ejecutivo si está justificado y es acorde con el efecto útil de la Directiva. Serán muy pocos casos en los que esto ocurra y, de hecho, la Directiva, en su considerando 19, pone uno de los escasos ejemplos: si “*la obligación especificada en el acuerdo no tuviese fuerza ejecutiva por su propia índole*”, por ejemplo, si se trata de una mera declaración de voluntades o de unos acuerdos que no son susceptibles de ejecución forzosa.

esta cuestión (vide STJUE 15 de noviembre de 2022, *Senatsverwaltung für Inneres und Sport*, C-646/20, ECLI:EU:C:2022:879), sí lo hace el nuevo Bruselas II.ter, considerando estos divorcios notariales no constitutivos como documentos públicos y no resoluciones. Cuestión distinta es que el estado civil no es mediable, aunque el principio de acuerdo de divorcio puede derivar de una mediación relativa a la convivencia familiar. Vide PALAO MORENO, Guillermo, “Crisis matrimoniales internacionales y autonomía de la voluntad”, *Cursos de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales de Vitoria-Gasteiz*, 2013, pp. 451-531, esp. pp. 482-484.

⁵ Vide, acertadamente, YBARRA BORES, Alfonso, “Mediación familiar internacional, la Directiva sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles y su incorporación al derecho español”, *REEI*, núm. 23, 2012, pp. 1-26, esp. pp. 22-23, destacando lo paradójico de que un acuerdo resultante de mediación tenga finalmente que necesitar de una autoridad judicial para conferirle carácter ejecutivo.

⁶ Artículo 6.2 de la Directiva; en España, artículo 25 de la Ley 5/2012 y, en el mismo sentido, el artículo 11 del Proyecto de Ley de medidas de eficiencia procesal del servicio público de Justicia, *BOCG*, núm. 97-1, de 22 de abril de 2022. La Directiva armoniza la mediación transfronteriza cuando una de las partes reside o tiene domicilio en un Estado miembro distinto al de cualquiera de las otras partes. El hecho de que los ordenamientos nacionales la hayan extendido a mediaciones domésticas no convierte a estos en disposiciones de Derecho de la UE, STJUE de 14.6.2017, C-75/16, *Menini y Rampanelli*, ECLI:EU:C:2017:457. Directiva 2008/52/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de mayo de 2008, sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles, *DOUE*, L136, de 24 de mayo de 2008.

⁷ Artículo 6.1 *ab initio*.

⁸ Artículo 6.1 *in fine*. A mayor abundamiento, en lo que respecta a la mediación en materia de responsabilidad parental, el considerando 21 da a entender que no pretende una armonización de legislaciones. Según este, en esta materia “*la presente Directiva no debe alentar a las partes a eludir la legislación del Estado miembro en cuestión mediante gestiones encaminadas a dotarlo de fuerza ejecutiva en otro Estado miembro*”.

Aparte de este modelo completo, el modelo publicista ha sido acogido por otros instrumentos de forma parcial. Numerosas normas de Derecho Internacional Privado (DIPr) ponen el acento en el Estado de destino y en cómo un documento público de otro Estado se ejecuta en su territorio. Pero no entran en la atribución de efectos en el Estado de origen. Esta es una cuestión que corresponde a la legislación procesal de este Estado, sin armonización o unificación de esta cuestión. Así ocurre con el Convenio de Lugano de 2007⁹ y por los pocos convenios bilaterales firmados por España, que se refieren a la ejecución de documentos públicos¹⁰. Además, España lo ha generalizado en la Ley de cooperación jurídica internacional en materia civil, aplicable en defecto de norma europea o internacional.

1.3. Modelo privatista: la desaparición de la autoridad pública

El modelo publicista es radicalmente distinto al propuesto por UNCTRAL. El importante Convenio de Singapur sobre los acuerdos de transacción internacionales resultantes de la mediación¹¹, así como su Ley Modelo¹², parten de un paradigma totalmente distinto: el acuerdo resultante de la mediación es un pacto privado que puede tener eficacia en los Estados parte en el Convenio.

Pero también el Derecho de la UE, exponente del modelo publicista de ejecución del acuerdo de mediación como documento público, ha experimentado cierta transición hacia la ejecución de documentos privados, siempre y cuando se encuentren registrados. Así sucede en el Reglamento (UE) 1111/2019, en lo que respecta a las crisis matrimoniales y la responsabilidad parental (Bruselas II.ter)¹³. A día de hoy esta previsión parece pensada para los acuerdos como el de Derecho francés suscritos por abogados y registrados

⁹ Convenio relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, *DOUE*, L 339, de 21 de diciembre de 2007.

¹⁰ Podrían destacarse los convenios con Brasil, Argelia, Marruecos y Mauritania.

¹¹ Aprobado en Nueva York el 20 de diciembre de 2018 y abierto a la firma en Singapur el 7 de agosto de 2019.

¹² Ley Modelo sobre mediación comercial internacional y acuerdos de transacción internacionales resultantes de la mediación, aprobada por Resolución 73/199, de 20 de diciembre de 2018. Básicamente la Ley Modelo dispone lo mismo que la Convención, pero se hace en una Ley Modelo, un instrumento de *soft law* que no es directamente aplicable. Los Estados promulgarán actos internos que pueden tomar como modelo esa Ley, adaptarla a sus necesidades y modificarla en función de sus intereses. Vide, STRONG, Stacie I., "Use and Perception of International Commercial Mediation and Conciliation: A Preliminary Report on Issues Relating to the Proposed UNCITRAL Convention on International Commercial Mediation and Conciliation", *Legal Studies Research Paper Series Research Paper*, n° 28, 2014, pp. 1-54.

¹³ Vide DIAGO DIAGO, María del Pilar, "Formas alternativas de resolución de conflictos", en PALAO MORENO, Guillermo (dir.), *El nuevo marco europeo en materia matrimonial, responsabilidad parental y sustracción de menores: Comentarios al Reglamento (UE) n° 2019/1111*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2022, pp. 283-296, sobre el impulso de la mediación en este Reglamento. Reglamento (UE) 2019/1111 del Consejo, de 25 de junio de 2019, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia matrimonial y de responsabilidad parental, y sobre la sustracción internacional de menores, *DOUE*, L 178/1, de 25 de junio de 2019.

ante notario, sin elevación a escritura pública¹⁴, pero cabría plantearse su impacto en acuerdos resultantes de la mediación registrados.

Curiosamente, la figura del acuerdo registrado, a los efectos de su reconocimiento y ejecución, no está recogida en el ámbito patrimonial del Reglamento 1215/2012, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil (Bruselas I.bis)¹⁵, pese a que son materias con mayor disponibilidad por las partes que el estado civil y la responsabilidad parental. Tampoco se prevé en otros instrumentos del Derecho de familia y sucesiones, donde la mediación puede tener un notable impacto¹⁶.

1.4. Una idea fuerza: la compatibilidad entre modelos

Presentados los modelos publicista y privatista, aparece una idea fuerza oculta en la relación entre los distintos instrumentos: la compatibilidad de modelos en función de la estrategia de las partes. Un mismo acuerdo de mediación puede tratar de ejecutarse por su contenido o por su continente. Por su continente, cabría el reconocimiento y ejecución como documento público, a diferencia de lo que ocurre con el arbitraje¹⁷. Por su contenido, se trataría de ejecutar el acuerdo de voluntades, a partir de su carácter privado.

A día de hoy hay indicios para afirmar la compatibilidad entre los modelos. La UE, precursora de un modelo publicista, no prohíbe que los Estados miembros puedan ir más allá y regular un sistema de reconocimiento

¹⁴ Artículo 229 del Código Civil francés, que contempla un contrato de divorcio refrendado por sus abogados y registrado ante un notario, que solo controla las exigencias formales y el transcurso de un periodo de reflexión de quince días, pero no la validez del acuerdo. Vide GONZÁLEZ BEILFUSS, Cristina, "Party Autonomy in International Family Law", *R. des C.*, t. 408, 2020, pp. 89-361, esp. pp. 312-318; MARCHAL ESCALONA, Nuria, *El divorcio no judicial en Derecho internacional privado español*, Cizur Menor, Thomson Reuters/Aranzadi, 2022, pp. 164-165; JIMÉNEZ BLANCO, Pilar, "La desjudicialización del divorcio...", *loc. cit.*, p. 559. El Reglamento Bruselas II.ter los define como documentos que no son públicos, pero que sí que están registrados por una autoridad pública (artículo 2.2.3), en comparación con los acuerdos puramente privados cuya circulación no está autorizada por el Reglamento (considerando 14).

¹⁵ Reglamento (UE) núm. 1215/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2012, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, *DOUE*, L 351, de 20 diciembre de 2012.

¹⁶ Como es el caso de los Reglamentos (UE) 11103/2016 y 1104/2016, ambos del Consejo, de 24 de junio de 2016, sobre regímenes económicos matrimoniales y de parejas de hecho registradas (*DOUE*, L 183, de 8 de julio de 2016). También es el caso del Reglamento (CE) 4/2009, del Consejo, de 18 de diciembre de 2008, sobre alimentos (Reglamento Bruselas III, *DOUE*, L 7, de 10 de enero de 2009). Tampoco el Reglamento (UE) 650/2012, del Parlamento y del Consejo, de 4 de julio de 2012 (*DOUE*, L 201, de 27 de julio de 2012), a los efectos de la mediación en materia de sucesiones, se refiere a esta figura, más allá de una referencia en el artículo 8 a la posibilidad de resolver extrajudicialmente las diferencias en el Estado miembro cuya ley fue elegida por el causante.

¹⁷ En el arbitraje, la elevación del laudo a instrumento público no tiene efectos en el modo de ejecución. Vide PALAO MORENO, Guillermo, "Las relaciones entre las convenciones de Singapur sobre mediación de 2018 y de Nueva York sobre arbitraje de 1958: entre el mito y la realidad" en BARONA VILAR, Silvia (ed.), *Meditaciones sobre mediación*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2022, pp. 201-227

de acuerdos privados resultantes de la mediación, por ejemplo, como el propuesto por UNCITRAL en su Ley Modelo. Si la UE permite la circulación de laudos arbitrales al margen de su sistema jurídico, con más motivo debe admitirse la circulación de acuerdos privados resultantes de la mediación, en la que no hay una solución impuesta por un tercero¹⁸. En este contexto, la Directiva sobre mediación, con referencia expresa a los principios de subsidiariedad y proporcionalidad, no parece que haya hecho una armonización de máximos sino más bien de mínimos¹⁹.

La compatibilidad expuesta tiene dos matices. Primero, a la luz de la jurisprudencia del TJUE en algún punto cuestionable, la UE conserva la competencia exclusiva para ratificar la Convención de Singapur de 2018, al haber regulado tanto el procedimiento de mediación como el reconocimiento de efectos²⁰. Por tanto, la UE controlará la política externa de los Estados miembros en lo que respecta a admitir el reconocimiento de acuerdos privados resultantes de la mediación. La hipotética ratificación de la Convención por la UE haría aplicable, salvo declaración en contra, la Convención al reconocimiento de acuerdos privados incluso entre Estados miembros, y al margen de que se vehiculicen o no a través de un documento público europeo. Se trata de un cambio tan estructural que hace poco probable que la UE ratifique el texto, pese a las bondades de dicha ratificación en las relaciones con terceros Estados²¹.

Cabe hacer un segundo matiz desde la perspectiva de los Estados miembros: países como España no han hecho uso del margen competencial que

¹⁸ Sobre la no aplicación del Derecho procesal de la UE al arbitraje, vide STJUE de 20 de junio de 2022, *London Steam-Ship Owners' Mutual Insurance Association*, C-700/20, ECLI:EU:C:2022:488.

¹⁹ Cfr. CHÉLIZ INGLÉS, M^a Carmen, "La UE y la armonización de la regulación en materia de mediación: ¿hacia una mediación obligatoria en todos los Estados miembros?", *Revista de Estudios Europeos*, n^o 71, 2018, pp. 189-205, p. 191. Ello se ve corroborado por artículo 6.1 de la Directiva, que todavía da un margen de actuación a las legislaciones de los Estados miembros en lo que respecta al carácter ejecutivo del acuerdo. También por el considerando 22 de la Directiva, que establece la no afectación de la Directiva "a las normas de los Estados miembros aplicables a la ejecución de acuerdos". Esta tendencia se ve corroborada por el Reglamento Bruselas II.ter, que reconoce una nueva realidad en la legislación de los Estados miembros: la circulación de los acuerdos privados registrados, que no parecen vetados en el sector de la mediación.

²⁰ La competencia compartida entre Estados miembros y UE podría justificarse en que la UE ha regulado la circulación del acuerdo resultante de la mediación como título público y no como acuerdo privado, pero la jurisprudencia hace una interpretación extensiva de la competencia exclusiva de la UE. Vide Dictamen del TJUE 1/03, de 7 de febrero de 2006, ECLI:EU:C:2006:81, sobre la firma del Convenio de Lugano; Dictamen de TJUE 1/13, de 14 de octubre de 2014, ECLI:EU:C:2014:2303, sobre la aceptación de la adhesión de terceros Estados al Convenio de La Haya de 1980 de sustracción de menores. Vide, como resumen de todos los comentarios al respecto, BORRÁS RODRÍGUEZ, Alegría, "Competencia exclusiva de la Comunidad Europea para la revisión del Convenio de Lugano de 1988 sobre competencia judicial, reconocimiento y ejecución de sentencias en materia civil y mercantil", Iustel, 2006, pp. 1-12, p. 6 (también en *RJC* n^o 3, 2006).

²¹ Vide PALAO MORENO, Guillermo, "La Convención de Singapur sobre mediación desde la perspectiva de la Unión Europea: algunas reflexiones", *Revista Vox*, n^o 13, 2021, p. 27-46; *id.*, "La Convención de Singapur entra en vigor: ¿Un impulso definitivo para la mediación comercial transfronteriza?", *Revista Jurídica Hispano-Alemana*, n^o 1, 2021, pp. 19-24, esp. pp. 23-24.

ofrece la Directiva 2008/52 y taxativamente establecen que la ejecución del acuerdo de mediación “solo” (*sic*) se producirá si ha sido elevado a documento público²². El Proyecto de Ley sobre eficiencia procesal sigue y consolida esta senda.

2. ATRIBUCIÓN DE EFECTOS A LOS ACUERDOS RESULTANTES DE LA MEDIACIÓN INTERNACIONAL

2.1. Atribución por autoridad en el modelo publicista

2.1.1. *La formalización del título público*

De conformidad con la Directiva 2008/52 sobre mediación, el carácter ejecutivo se obtiene en virtud de sentencia o resolución de una autoridad judicial o en virtud de acto auténtico de otras autoridades, básicamente, los notarios²³. En el caso de la elevación a escritura pública, esta se produce a petición de las dos partes o una con consentimiento expreso de la otra, sin necesidad de intervención del mediador²⁴.

En España, los notarios, como autoridad del Estado donde se otorga el documento por elección de las partes, tienen competencia para formalizar cualquier acuerdo, aunque dicho acuerdo no haya tenido ninguna relación con el ordenamiento y el territorio españoles. Además, aunque la Ley 5/2012²⁵ se refiere únicamente a notarios²⁶, también debe afirmarse la competencia para la elevación a instrumento auténtico de los consulados en ejercicio de funciones notariales²⁷. Para ello, el contenido del acuerdo debe regirse por la

²² Artículo 27.2.

²³ Vide PALAO MORENO, Guillermo, “Mediación y Derecho...”, *loc. cit.*, pp. 670-673; FORCADA MIRANDA, Francisco Javier, *Sustracción internacional de menores y mediación familiar*, Madrid, Sepin, 2015, pp. 128-120. En el caso de homologación judicial, los tribunales competentes serán aquellos que puedan conocer de esa materia en cuanto al fondo, cfr. CHÉLIZ INGLÉS, M^a Carmen, *La sustracción internacional de menores y la mediación: retos y vías prácticas de solución*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2019, pp. 186-189. En caso de mediación intrajudicial, será competente el tribunal ante el que se estaba desarrollando el proceso, vide, en el ámbito comparado, SUSSMAN, Edna, “The Final Step: Issues in Enforcing the Mediation Settlement Agreement”, en ROVINE, Arthur W. (ed.), *Contemporary Issues in International Arbitration and Mediation: The Fordham Papers 2008*, Leiden-Boston, Martinus Nijhoff Publishers, 2009, pp. 343-359 (disponible en https://sussmanadr.com/docs/Enforcement_Fordham_82008.pdf, pp. 1-24, esp. pp. 16-17).

²⁴ Así lo asume el artículo 27.2 de la Ley 5/2012, aunque con una sistemática y contextualización un tanto extrañas, pues se regula no en referencia de la exportación de un acuerdo regido por el Derecho español, sino en el de importación de un acuerdo de mediación “*que no haya sido declarado ejecutable por una autoridad extranjera*”. Curiosamente en la fase de importación de un acuerdo para su ejecución en España no va a resultar fácil obtener el consentimiento de la parte que se plantea incumplir. Vide PÉREZ MARTÍN, Lucas Andrés, *loc. cit.*, pp. 458-459.

²⁵ Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles, *BOE*, núm. 162, de 7 de julio de 2012.

²⁶ *Vid.* artículos 25.1 y 27.2 de la Ley 5/2012, cuya redacción no cambia en el Proyecto de Ley de eficiencia procesal.

²⁷ Anexo III del Reglamento de la organización y régimen del Notariado, Decreto de 2 de junio de 1944 por el que se aprueba con carácter definitivo el Reglamento de la organización y régimen del

ley española, las partes deben ser de nacionalidad española o el acuerdo debe versar sobre un bien inmueble radicado en territorio español²⁸. En todo caso, es preciso avanzar en esta lectura clásica: si el acuerdo de mediación va a sustituir a una resolución judicial, el notario español debería comprobar que los tribunales españoles habrían sido competentes para conocer del fondo²⁹. Así se eliminarán futuros problemas de reconocimiento del acuerdo.

2.1.2. *Controles para la formalización del título ejecutivo*

Toda autoridad española, judicial, notarial o consular, formalizará el título ejecutivo conforme a la ley española³⁰. A estos efectos, deben verificarse dos extremos: el cumplimiento de los requisitos de la Ley y que el contenido del acuerdo no es contrario a Derecho³¹.

El cumplimiento de los requisitos de la Ley de mediación es sencillo si se trata de una mediación seguida conforme a la ley española, cuyo acuerdo se quiere formalizar para su posterior exportación. También si la mediación se rigió por la ley de un Estado miembro, que comparte los estándares europeos de la Directiva. Sin embargo, este control es más complejo cuando se trata de un acuerdo de una mediación regida por el Derecho de un tercer Estado. Debe valorarse la presencia de unos principios funcionalmente equivalentes a los recogidos por el Derecho español: voluntariedad y libre disposición; igualdad de las partes e imparcialidad de los mediadores; neutralidad y confidencialidad; y comportamiento leal y respetuoso, en el marco de la buena fe³². Para valorar el grado de incumplimiento, debe utilizarse un estándar internacional, según el cual los incumplimientos han tenido que ser decisivos para la celebración del acuerdo de transacción.

El segundo control notarial para formalizar el título ejecutivo está relacionado con que el acuerdo no sea contrario a Derecho³³. Se trata de una expresión muy amplia que debe ser concretada en tres niveles.

Notariado, *BOE*, núm. 189, de 07 de julio de 1944.

²⁸ En este sentido, el artículo 11.1 del Código civil debería jugar como norma de competencia consular, por mucho que no fuera la función original para la que se creó.

²⁹ Vide, sobre la aplicación de las normas de competencia judicial a autoridades no jurisdiccionales, JIMÉNEZ BLANCO, Pilar, "El concepto de órgano jurisdiccional en los reglamentos europeos de Derecho internacional privado", *AEDIPr*, t. XIX-XX, 2019-2020, pp. 121-162, esp. pp. 127-131.

³⁰ Como expresión de la regla "auctor regit actum", que tiene una mención parcial en el apartado 3 del artículo 11 del Código civil.

³¹ Artículo 25.2. En el mismo sentido, vide artículo 11.4 del Proyecto de Ley de eficiencia procesal.

³² Vide FELIU ÁLVAREZ DE SOTOMAYOR, Silvia, "Reconocimiento y declaración de ejecutividad de los acuerdos de mediación transfronterizos", en LÓPEZ SIMÓ, Francisco, y GARAU SOBRINO, Federico (coord.), *Mediación en materia civil y mercantil. Análisis de la normativa de la UE y española*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2014, pp. 338-354, § 36.

³³ Artículo 6.1 de la Directiva; artículo 25.1 de la Ley 5/2012, que no se ve alterado por el Proyecto de Ley de eficiencia procesal.

i) Primer nivel: control conforme al Derecho material español. La calificación como materia disponible por las partes y, por tanto, susceptible de mediación debe hacerse conforme a la ley española, por mucho que la Ley utilice la expresión disponible “conforme a la legislación aplicable”.

ii) Segundo nivel: control conforme al DIPr del sistema español³⁴. Habrá que valorar, en primer lugar, la ley aplicable al contenido del acuerdo. Asimismo, aunque la redacción no sea del todo clara, habrá un control de capacidad de las partes para celebrar los acuerdos conforme a su ley nacional³⁵. También se controlará la legalidad del consentimiento prestado conforme a la ley aplicable³⁶, teniendo en cuenta el orden público español en lo que respecta a consentimiento obtenido con violencia, intimidación o error.

iii) Tercer nivel: un control acumulado conforme a la ley española y conforme a la ley que rigió la mediación. Un notario español no debe atribuir efecto ejecutivo a un acuerdo que no lo tiene conforme a la ley española³⁷. Pero tampoco si no lo tiene conforme a la ley que rige la mediación. La base legal para este control está en el considerando 21 de la Directiva³⁸. Es un considerando muy acertado en su idea, pues se trata de evitar fraudes y de eludir que acuerdos sin efecto ejecutivo, según el ordenamiento de referencia para la mediación, lo adquieran por solicitarse en otros Estados miembros. Pero es un considerando errático en su formulación: aparte de que debería estar en la parte dispositiva, el considerando está restringido a las crisis matrimoniales y a la responsabilidad parental, cuando debería jugar en toda materia. Además, en lugar de referirse al Estado cuyo ordenamiento rigió la mediación, se refiere al Estado donde se celebró el acuerdo, que no es exactamente lo mismo. La versión española tiene, por último, un error de traducción³⁹.

³⁴ El Considerando 19 de la Directiva 2008/52 lo señala expresamente; no así la Ley 5/2012.

³⁵ Artículo 9.1 de Código civil.

³⁶ La falta de una norma de conflicto al respecto llevó, en un primer momento, a la aplicación de la misma ley nacional que rige la capacidad. Pero debe recordarse que algunos instrumentos de Derecho internacional privado someten el consentimiento a la ley rectora del contenido. Vide artículo 10 del Reglamento 593/2008 “Roma I”, en materia de mediación contractual; sendos artículos 24 del Reglamento 2016/1103 de regímenes económicos matrimoniales y del Reglamento 2016/1104 de parejas de hecho registradas, en lo que respecta a mediación en estas materias. No parece claro ni en el Reglamento 864/2007 “Roma II” (acuerdo en materia extracontractual), ni en el Protocolo de La Haya de 2007 (acuerdo en materia de alimentos), ni en el Convenio de La Haya de 1996 (acuerdo en materia de responsabilidad parental) ni en el Reglamento nº 650/2012 (acuerdo en materia sucesoria).

³⁷ La Ley 5/2012 no es especialmente clara en este punto, pero sí la Directiva 2008/52 que se refiere al supuesto en el que la legislación del Estado miembro donde se formula la solicitud de formalización de título no contempla su carácter ejecutivo. Cfr. artículo 6.1.

³⁸ Este señala que, en materia de crisis matrimoniales y responsabilidad parental, no hay que alentar a que las autoridades de un Estado miembro doten de fuerza ejecutiva al acuerdo, si no la tiene en el Estado donde se celebró.

³⁹ La versión española se refiere al Estado en el que el acuerdo ha sido celebrado “o” al Estado en el que se solicita se le dé carácter ejecutivo. Las versiones inglesa y francesa son más acertadas, porque se refieren a un único Estado y no a dos, el Estado en el que el acuerdo ha sido celebrado “y” donde se solicitó el carácter ejecutivo.

2.1.3. *Alcance del título público: efectos ejecutivo, registral y de cosa juzgada*

La Directiva 2008/52 deja claro que el efecto ejecutivo va unido a la formalización del instrumento público. Guarda un criticable silencio, en cambio, respecto del efecto registral y el de cosa juzgada.

Por lo que respecta al efecto registral, la ley del Estado del registro determinará si se precisa o no documento público para la inscripción de cualquier tipo de acuerdo. En cualquier caso, en la Directiva 2008/52 la verdadera falla se encuentra en el silencio sobre el efecto de cosa juzgada. Cabe sostener, como interpretación uniforme europea, que en la UE el acuerdo resultante de la mediación, si se eleva a documento público, tiene un efecto de cosa juzgada al menos relativo, de modo que el conflicto resuelto en la mediación no se puede reproducir en un proceso judicial⁴⁰. No cabe volver a juzgar lo ya acordado⁴¹. Prueba de ello es que no cabe una acción declarativa por un posible incumplimiento o por discrepancias en la interpretación del acuerdo; cuestiones que deben resolverse en un proceso ejecutivo, una vez que haya un instrumento auténtico. Nada de lo señalado se ve alterado por el hecho de que quepa una acción de nulidad o anulación del acuerdo. Como se verá, este tipo de acciones se refieren a la capacidad, consentimiento, forma y contenido del propio acuerdo, pero en modo alguno permiten volver a debatir el conflicto ni entrar en el fondo de la discrepancia⁴².

2.2. *Atribución ex lege en el modelo privatista*

2.2.1. *La necesidad de una norma de atribución de efectos*

En el modelo privatista, los efectos del acuerdo de mediación se atribuyen *ex lege* sin intervención de autoridad⁴³. En la Convención de Singapur los efectos ejecutivos y de cosa juzgada de un acuerdo resultante de la mediación

⁴⁰ En España, vide artículo 23.4 de la Ley 5/2012 estableciendo que “solo” cabe la acción de nulidad, prueba de la garantía del efecto de cosa juzgada, sin perjuicio de que en el artículo 28.4 del Anteproyecto de Ley del Ministerio de Justicia, de 19 de febrero de 2010, se señalaba de una forma más clara. El Proyecto de Ley de eficiencia procesal no cambia este precepto. A mayor abundamiento, cabe recordar que el efecto de cosa juzgada de las transacciones está recogido expresamente en los artículos 1809 y 1816 Cc. Sobre las carencias de la Directiva en este sentido, vide Tilma, Vicent., *Lessons Learnt from the Implementation of the EU Mediation Directive: The Business Perspective*, Bruselas, Directorate General for Internal Policies, 2011, pp. 1-15, esp. p. 12.

⁴¹ Vide FELIU ÁLVAREZ DE SOTOMAYOR, Silvia, *loc. cit.*, § 29.

⁴² La Directiva guarda silencio sobre la admisibilidad de acción de nulidad contra el acuerdo resultante de la mediación.

⁴³ Vide, en detalle, ESPLUGUES MOTA, Carlos, “La Convención de Singapur de 2018 sobre mediación y la creación de un título deslocalizado dotado de fuerza ejecutiva: una apuesta novedosa, y un mal relato”, *REDI*, t. 72, 2020-1, pp. 53-80. La idea fuerza de este Convenio no se señala expresamente, pero se deduce de todas y cada una de sus disposiciones. En ningún momento se refiere a la necesidad de que el acuerdo de transacción se contenga en un instrumento público. Además, en ningún momento se establecen controles como la legalización y apostilla para asegurarse la autenticidad de un documento público. Por último, en todo momento presume la existencia de fuerza ejecutiva de un acuerdo de tran-

a primera vista parece que están atribuidos directamente por dicha norma internacional como “principios generales” (*sic*), sin referencia a ninguna ley nacional⁴⁴. En particular, por lo que respecta al efecto de cosa juzgada, así lo confirma el hecho de que el rechazo al reconocimiento del acuerdo procede si no es “definitivo” o “vinculante”, según lo estipulado “en el propio acuerdo”, esto es, según la voluntad de las partes y no según lo dispuesto en ninguna ley estatal⁴⁵.

Sin embargo, aparece un factor corrector que permite concluir que los “principios generales” de la Convención necesitan el respaldo de una ley nacional. No en vano, el acuerdo pueda dejar de reconocerse “si no puede cumplirse” con arreglo al ordenamiento estatal de referencia⁴⁶. En consecuencia, si el acuerdo no es ejecutivo en el Estado de origen, parece que no debe serlo en los demás Estados partes. Asimismo, si en el Estado de referencia el acuerdo no es sustitutivo de una resolución judicial, tampoco parece que pueda cumplirse en sus propios términos conforme al ordenamiento de origen.

2.2.2. *Consecuencias de la atribución: la posible desaparición de acuerdos “extranjeros”*

En un modelo privatista, el carácter extranjero del acuerdo puede fijarse en función del ordenamiento de referencia de dicho acuerdo, y no, como ocurre en el modelo publicista, en función de la nacionalidad de la autoridad expedidora, porque no existe⁴⁷.

sacción. Vide DEASON, Ellen E., “Enforcement of Settlement Agreements in International Commercial Mediation: A New Legal Framework?”, *Dispute Resolution Magazine*, 2015, pp. 32-38.

⁴⁴ Cfr. su artículo 3 bajo un título genérico de “principios generales”. Vide CHUA, Eunice, “The Singapore Convention on Mediation – A Brighter Future for Asian Dispute Resolution”, *Asian Journal of International Law*, vol. 9, 2019, pp. 195-205, § B.

⁴⁵ Artículo 5.1.b).ii). Vide ESPLUGUES MOTA, Carlos, *loc. cit.*, p. 68. Algo similar ocurre en el Convenio de Nueva York de 1958 sobre laudos arbitrales. Su artículo III exige a los Estados firmantes la obligación de reconocer la “autoridad de la sentencia arbitral” y conceder su ejecución, sin referirse a que el laudo tenga que tener este efecto en el Estado de origen.

⁴⁶ La Convención se refiere a la ley elegida por las partes y, en su defecto, la ley que la autoridad que está dando efectos al acuerdo considere aplicable, cfr. artículo 5.1.b).i).

⁴⁷ Por ejemplo, en un modelo privatista inspirado en el arbitraje, el acuerdo resultante de mediación sería extranjero y, por tanto, necesitaría reconocimiento, en función de la sede de la mediación, es decir, si el acuerdo se ha celebrado en un Estado distinto de aquel en el que se quiere hacer efectivo. Cfr. artículo I.1 de la Convención de Nueva York. Cuando la sede coincida con el Estado de destino, el reconocimiento sería exigible si el Estado de destino no considera nacional o propio al acuerdo de transacción. En el modelo publicista de la UE, internacionalidad y extranjería se separan. La internacionalidad es exigida por la Directiva 2008/52; la extranjería por los reglamentos de DIPr. Así, puede ocurrir que un acuerdo alcanzado en una mediación puramente interna —y por tanto ajeno al ámbito de aplicación de la Directiva— necesita finalmente un reconocimiento transfronterizo como acuerdo extranjero por una internacionalidad sobrevenida (traslado de domicilio de una de las partes, movimiento internacional de patrimonio...). A la inversa, una mediación internacional, y que ha podido estar afectada por el ámbito de aplicación de la mediación, puede dar lugar a un título otorgado por autoridad española, que no precisará de reconocimiento en España. Vide, en general, GÓMEZ JENÉ, Miguel, “El carácter transfronterizo del conflicto sometido a mediación”, en LÓPEZ SIMÓ, Francisco y GARAU SOBRINO, Federico (coord.), *op. cit.*, pp. 325-338.

Sin embargo, la Convención de Singapur ha optado por un modelo distinto: no importa la calificación de un acuerdo como extranjero ni el ordenamiento de referencia, sino la calificación de la situación como internacional, por tener las partes sus establecimientos en Estados distintos o por cumplirse una parte sustancial de las obligaciones en el extranjero⁴⁸.

La desaparición del elemento extranjero tiene consecuencias prácticas importantes. Por un lado, la Convención sustituye el concepto de “reconocimiento” por el de “eficacia”, sea el acuerdo extranjero o no. Por otro lado, al no haber un Estado de origen, la Convención de Singapur no tiene una aplicación estrictamente *inter partes* entre Estados firmantes del Convenio. En este sentido, pese a que la UE no ha ratificado el texto, la Convención tiene ciertos efectos en el momento de “exportación” de los acuerdos de Estados miembros a países que sí aplican la Convención⁴⁹.

3. CONTROLES PARA LA EFICACIA DEL ACUERDO RESULTANTE DE LA MEDIACIÓN INTERNACIONAL

3.1. La minimización de controles en el modelo publicista

3.1.1. *Problemática en la UE: una regulación parcial*

El reconocimiento y ejecución de los acuerdos resultantes de la mediación como documentos públicos parte de una minimización de controles, dado que la autoridad expedidora del título ha realizado ya un control de validez del acuerdo en un primer momento. Por ello, en el segundo momento, el del reconocimiento y ejecución de los efectos, pueden reducirse los controles.

Esta realidad es especialmente visible en el ámbito de la UE, donde aparece una nueva dimensión del principio de confianza comunitaria: como el acto del documento público ha sido controlado en el Estado de origen y lo ha sido conforme a estándares europeos fijados por la Directiva 2008/52, no va a ser controlado “a máximos” en el Estado de destino. De esta forma, desaparece el reconocimiento conflictual, el control de la validez del acuerdo en cuanto a capacidad, consentimiento, fondo y forma, como también desaparece el control de la autenticidad del documento.

La principal carencia de las normas de DIPr de la UE es que se centran en el efecto ejecutivo y no regulan los posibles efectos restantes de los documentos públicos, especialmente, el efecto de cosa juzgada, verdadero valor añadido de los acuerdos de mediación, que necesita de una respuesta a nivel

⁴⁸ Vide, en detalle, ESPLUGUES MOTA, Carlos, *loc. cit.*, pp. 63-69. En esta situación quizá se constata la principal separación de la Convención de Singapur respecto del camino indicado por el Convenio de Nueva York en materia de laudos arbitrales. Este reserva el reconocimiento y la atribución de efecto ejecutivo a laudos extranjeros, y no somete a ese reconocimiento a laudos internacionales propios.

⁴⁹ Bielorrusia, Georgia, Turquía, Ecuador, Honduras, Kazajistán, Catar, Arabia Saudí, Singapur y Fiji.

européo y no de cada Estado. Este silencio es palpable en los instrumentos en materia patrimonial⁵⁰, de sucesiones, de regímenes económicos de matrimonio y de parejas de hecho⁵¹, y de alimentos⁵².

Afortunadamente, el Reglamento Bruselas II.ter ha dado un salto cualitativo en materia de crisis matrimoniales y responsabilidad parental y marca la que debe ser la tendencia de la próxima generación de instrumentos. Por primera vez regula todos los efectos de los documentos públicos, no solo el ejecutivo; y ello va a tener un notable impacto en los acuerdos resultantes de la mediación en esta materia, porque su efecto de cosa juzgada se va a reconocer por normas europeas.

Además, este Reglamento obliga a la autoridad del Estado de origen a comprobar que la autoridad expedidora del título tendría una competencia equivalente a la de los tribunales de conformidad con el Reglamento⁵³. Si el acuerdo va a ser sustitutivo de una sentencia, tiene que provenir de los Estados de los que pueden provenir las sentencias⁵⁴. Se trata de una previsión positiva porque refuerza la coherencia del sistema y da un mismo régimen a las resoluciones que a los acuerdos de mediación sustitutivos de aquellas. No obstante, en su déficit, debe destacarse que este control de la competencia no debería jugar respecto de documentos públicos que no van a ser sustitutivos de una sentencia.

Este novedoso control tiene un gran potencial para futuras revisiones de otros instrumentos de la UE. Por ejemplo, en el ámbito patrimonial, y *de lege ferenda*, tanto la autoridad expedidora de origen, como la autoridad del Estado de destino, cuando reconoce el acuerdo, deberían comprobar que el acuerdo resultante de la mediación respeta las normas de competencia judicial internacional en materia exclusiva⁵⁵.

⁵⁰ Artículos 58 a 60 del Reglamento Bruselas I.bis.

⁵¹ Artículos 58 y 59 de sendos instrumentos. Aunque sí regula el efecto probatorio, no se pronuncia sobre el resto de efectos, principalmente el de cosa juzgada y el registral.

⁵² El Reglamento Bruselas III sobre alimentos también se refiere únicamente al efecto ejecutivo y en una clave de ejecución directa sin procedimiento alguno ni oposición a la ejecución, sin ni siquiera controlar el orden público.

⁵³ Artículo 66.2.a). Vide RODRÍGUEZ VÁZQUEZ, María Ángeles, “La eficacia extraterritorial de documentos públicos y acuerdos”, en CAMPUZANO DÍAZ, Beatriz (dir), *Estudios del Reglamento (UE) 2019/1111 sobre crisis matrimoniales, responsabilidad parental y sustracción internacional de menores*, Cizur Menor, Thomson Reuters/Aranzadi, 2022, pp. 267-279, esp. pp. 276-277. Vide, en relación con la situación precedente, OREJUDO PRIETO DE LOS MOZOS, Patricia, “Competencia judicial internacional y contenido de los acuerdos de mediación en la sustracción internacional de menores”, en AZCÁRRAGA MONZONÍS, Carmen, y QUINZÁ REDONDO, Pablo, *Tratado de Mediación*, t. III, Valencia, Tirant lo Blanch, 2017, pp. 183-204, p. 199.

⁵⁴ Vide, respecto del anterior Reglamento, CHÉLIZ INGLÉS, M^a Carmen, *La sustracción internacional de menores y la mediación: retos y vías prácticas de solución*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2019, pp. 288-315.

⁵⁵ En estos casos, no cabe el acuerdo de las partes (art. 25.4) y, por lo tanto, tampoco debería haber un acuerdo de mediación que no haya sido elevado por las autoridades del Estado cuyas autoridades tendría competencia exclusiva para dictar una resolución. Vide JIMÉNEZ BLANCO, Pilar, “La desjudicialización del divorcio...”, *loc. cit.*, p. 561, refiriéndose a cómo los documentos públicos sustitutivos

3.1.2. *Problemática en el Derecho estatal: desaparición del principio de confianza*

Las normas de DIPr estatal tienen una aplicación doble por razón de la materia y por razón del espacio. Por razón de la materia, aun cuando se trate de documentos públicos provenientes de Estados miembros, se aplicará para hacer valer los efectos registral y de cosa juzgada, no regulados en la mayoría de instrumentos del DIPr europeos, salvo en el Reglamento Bruselas II.ter. Por razón del espacio, el Derecho estatal se aplicará a los documentos públicos provenientes de Estados que no sean miembros de la UE ni parte en convenios firmados por España. En estos casos, además de la regulación de los efectos registral y de cosa juzgada, se regula el efecto ejecutivo.

En este contexto, el acuerdo resultante de la mediación debería someterse a un régimen unitario de controles, al margen del efecto que se precise. Debe tenerse en cuenta, además, que, a diferencia del ámbito europeo, no hay un principio de confianza en la autoridad de origen.

Lejos de este planteamiento, la Ley 29/2015 de cooperación jurídica internacional⁵⁶, la Ley 20/2011 del Registro Civil⁵⁷ y la Ley 15/2015 de jurisdicción voluntaria⁵⁸ dan regímenes distintos para el efecto registral y para el efecto ejecutivo, además de guardar silencio sobre el efecto de cosa juzgada que pueden tener los acuerdos de mediación. Es verdad que hay controles coincidentes: el respeto al orden público; la intervención del notario extranjero con funciones equivalentes al notario español⁵⁹; la autenticidad del documento; y la necesidad de los mismos efectos en el Estado de origen que los pretendidos en España⁶⁰. Pero en términos generales la dispersión normativa genera incoherencias y puede suceder que un acuerdo “ejecutable” no sea “inscribible”. En efecto, el control de la validez del acuerdo por capacidad, consentimiento, contenido y forma se reserva únicamente para el efecto registral y no

de resoluciones implican un reconocimiento general de la sumisión como criterio de competencia. Por el contrario, no debe haber un control de competencia en materia de foros de protección, consumidores, seguros y trabajadores, porque en todos esos casos sí hay competencia por acuerdo posterior al nacimiento del litigio, previsión equivalente a la competencia de un notario para elevar un acuerdo de mediación, una vez surgida la diferencia.

⁵⁶ Ley 29/2015, de 30 de julio, de cooperación jurídica internacional en materia civil, *BOE*, núm. 182, de 31 de julio de 2015.

⁵⁷ Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil, *BOE*, núm. 175, de 22 de julio de 2011.

⁵⁸ Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria, *BOE*, núm. 158, de 03 de julio de 2015.

⁵⁹ Disposición adicional III, apartado 1, letra b) de la Ley 15/2015, de la jurisdicción voluntaria, y artículo 43 de la Ley 29/2015, de cooperación jurídica internacional, que define el documento público como aquel en el que la autenticidad se refiere a la firma y el contenido. Repárese, no obstante, que en el ámbito registral debe controlarse la regularidad del documento en el Estado de origen y que fue otorgado por una autoridad competente conforme a la legislación de dicho Estado.

⁶⁰ Ello no obsta a que los controles operen de forma más flexible en el ámbito registral, en cuanto a la posible presunción de autenticidad del documento no legalizado ni apostillado; en cuanto a la intensidad de la vulneración del orden público, que en este ámbito debe ser manifiesta; y a que el documento debe inscribirse en España si lo prevé nuestra legislación y por mucho que en el Estado de origen no sea inscribible.

para el resto de efectos⁶¹. Además de incoherencias, hay omisiones: debería comprobarse que el acuerdo no vulnera las competencias exclusivas de tribunales españoles, *mutatis mutandis*, de los notarios españoles para elevar a documento público acuerdos de mediación cuando son sustitutivos de sentencias en materias exclusivas.

3.2. La maximización de controles en el modelo privatista

3.2.1. Controles sobre las partes

En el modelo privatista, representado por la Convención de Singapur de 2018, el hecho de que no haya intervención de autoridad pública en el momento de formalización del acuerdo provoca que se maximicen los controles en un segundo momento, el de reconocimiento y ejecución en el Estado de destino.

Así, la Convención no reconoce el acuerdo si una de las partes tenía algún tipo de incapacidad⁶². Nada se dice sobre el ordenamiento de DIPr aplicable para controlar la capacidad: si el del Estado de destino o si el del Estado conforme a cuyo ordenamiento se celebró el acuerdo de mediación. Lo más coherente sería reconocer el acuerdo resultante de la mediación si la persona era capaz conforme la norma de conflicto del ordenamiento de referencia del acuerdo, a salvo que esa incapacidad sea una cuestión de orden público en el Estado de destino.

3.2.2. Controles sobre la composición y el contenido

El acuerdo tampoco se reconoce si es nulo, ineficaz o no puede cumplirse⁶³. Aparece aquí un reconocimiento conflictual, pues la nulidad depende de que se cumplan los requisitos de consentimiento, forma y fondo. El ordenamiento de referencia para este control es el elegido por las partes; en defecto de elección, se estará a la ley que la autoridad del Estado de destino considere aplicable. Hay un control añadido sobre el contenido del acuerdo: no se reconoce el acuerdo si las obligaciones no son claras o comprensibles⁶⁴. En este caso, ya no estamos ante un control por remisión a una ley nacional, sino un control basado en una interpretación internacional uniforme.

A los controles sobre el contenido del acuerdo, se unen dos controles sobre el propio procedimiento de mediación del que deriva la composición de dicho acuerdo⁶⁵. Uno, respecto del mediador, pues no se reconoce el acuerdo si no se revelaron circunstancias sobre su imparcialidad o independencia,

⁶¹ No quiere decirse que el acuerdo se haya regido por las leyes a las que remite el DIPr españoles, pero sí que también sea válido conforme a estas.

⁶² Vide ESPLUGUES MOTA, Carles, *loc. cit.*, p. 73.

⁶³ Artículo 5.b).i). Vide ESPLUGUES MOTA, Carles, *loc. cit.*, pp. 73-75.

⁶⁴ Artículo 5.c).

⁶⁵ Vide artículos 5.e) y f) y, al respecto, ESPLUGUES MOTA, Carles, *loc. cit.*, pp. 75-76.

circunstancias con una repercusión sustancial o una influencia indebida en una de las partes⁶⁶. El segundo control es sobre las normas aplicables a la mediación, ya no se reconoce el acuerdo si el mediador ha incumplido gravemente las normas aplicables a la mediación o a su persona⁶⁷. La medición de esa repercusión sustancial, esa influencia indebida o ese incumplimiento grave, se realiza a través de un test *sine qua non*: de haberse conocido estas circunstancias, la parte afectada no habría celebrado el acuerdo⁶⁸.

3.2.3. *La tibieza del modelo de acuerdos registrados*

Como ya se ha señalado, el Reglamento Bruselas II.ter tiene la novedad de regular el reconocimiento de los acuerdos privados registrados, y lo hace con una equiparación al régimen de los documentos públicos. Sin embargo, hay diferencias fundamentales, que no han sido tenidas en cuenta. En el reconocimiento de un documento público, hay un principio de confianza comunitaria en la autoridad del Estado de origen, que hace una serie de controles para elevar a público el acuerdo, controles que, además, en el ámbito de la mediación, están armonizados por la Directiva 2008/52. Nada de ello ocurre en los acuerdos registrados en los que la autoridad pública del Estado de origen no se pronuncia sobre la validez del acto. Es desproporcionado, por tanto, exigir en el momento de reconocimiento solamente los mismos controles que al documento público. Se echa en falta un reconocimiento conflictual, en tanto acuerdo válido por capacidad, consentimiento, forma y fondo, que acompañe a los controles de naturaleza más procesal, en tanto que sustitutivo de una resolución⁶⁹.

Pero no solo se trata de añadir otro tipo de controles al reconocimiento, sino que, además, algunos de los controles previstos deben funcionar de forma distinta. Así sucede con el eventual control de la “competencia”. Los ordenamientos estatales decidirán qué acuerdos pueden inscribirse o no en sus registros; una vez admitido el registro de un acuerdo, se controlará si el

⁶⁶ Vide MCCORMICK, Khory y ONG, Sharon, “Through the Looking Glass: An Insider’s Perspective into the Making of the Singapore Convention on Mediation”, *Singapore Academy of Law Journal*, n° 31, 2019, pp. 520-546, esp. pp. 540-544.

⁶⁷ Sobre la importancia de normas de referencia en el proceso de mediación, vide DEASON, Ellen E., “Procedural Rules for Complementary Systems of Litigation and Mediation-Worldwide”, *Notre Dame L. Rev.*, vol. 80, 2005, pp. 553-592; WOLSKI, Bobette, “Enforcing Mediated Settlement Agreements (MSAs): Critical Questions and Directions for Future Research”, *Contemporary Asia Arbitration Journal*, vol. 7, 2014, n° 1, pp. 87-117. Sobre las distintas modalidades de mediación, vide CHERN, Cyril, *International commercial mediation*, Londres, Informa Law, 2008, pp. 129 y ss.; BOULLE, Laurence Joseph, “International Enforceability of Mediated Settlement Agreements: Developing the Conceptual Framework”, *Contemporary Asia Arbitration Journal*, vol. 7, 2014, n° 4, pp. 35-68.

⁶⁸ Vide TASENDE ITURVIDE, Ignacio Jorge, “Reflexiones sobre la Convención de las Naciones Unidas sobre los acuerdos de transacción internacionales resultantes de la mediación”, *Revista de Derecho de la Universidad de Montevideo*, n° 37, 2020, pp. 71-91, esp. p. 86.

⁶⁹ Vide JIMÉNEZ BLANCO, Pilar, “La desjudicialización del divorcio...”, *loc. cit.*, p. 561, sobre los riesgos de que un reconocimiento puramente procesal provoque que no se controlen aspectos esenciales relativos al consentimiento del acuerdo.

acuerdo se ha registrado en un Estado, cuyas autoridades habrían sido competentes para dictar una resolución⁷⁰.

3.3. Controles comunes en ambos modelos

3.3.1. *El control del orden público y de disponibilidad*

Cabe referirse a controles comunes a los modelos publicista y privatista. En este sentido, el reconocimiento y la ejecución no deben vulnerar el orden público del Estado de destino⁷¹.

No obstante, en el modelo publicista el control del orden público debe englobar algunas situaciones que en la Convención de Singapur tienen entidad propia, tales como la no revelación de circunstancias de imparcialidad e independencia relativas al mediador o la vulneración de normas de la mediación. Para subsumir estas circunstancias en el control del orden público, la irregularidad debe ser de tal gravedad que se verifique que la parte afectada no habría celebrado el acuerdo de conocer esta circunstancia. La exigencia de esa gravedad reforzada se justifica en tres razones. Primera, la normativa europea exige una vulneración “manifiesta” del orden público. Segunda, el control del orden público no debe vaciar el principio de confianza comunitaria, pues ya ha habido una autoridad que ha elevado el acuerdo a instrumento auténtico, sobre la base de la Directiva 2008/52 y de un orden público europeo. Y, tercera razón, en las normas de la UE, lo que debe vulnerar el orden público es la “ejecución” del acuerdo, no tanto algún vicio en la generación del acuerdo.

En la Convención de Singapur, el acuerdo resultante de la mediación tampoco se reconoce si afecta a materia no disponible a la mediación en el Estado de destino, control acertado cuando se “privatiza” un arreglo de controversias. Nada de esto se contempla en el modelo publicista de la UE, de los convenios y de la Ley 29/2015 de cooperación jurídica internacional. Habría que entender que reconocer o ejecutar un acuerdo sobre materia no disponible en el Estado de destino puede vulnerar su orden público, por despojar al poder judicial de funciones que le son propias. En todo caso, los tribunales del Estado de destino deben flexibilizar este control si el acuerdo cumple los estándares de una resolución extranjera susceptible de reconocimiento, habida cuenta de que el acuerdo sería en una materia no disponible pero sin llegar a vulnerar el orden público.

⁷⁰ La expresión literal del artículo 64 del Reglamento Bruselas II.ter es “*acuerdos registrados en un Estado miembro que ejerza su competencia con arreglo al capítulo II*” y resulta criticable. Formalmente, los Estados no ejercen competencia, sino sus autoridades; materialmente, en este caso ni siquiera hay ejercicio de la competencia sobre un proceso declarativo, sino simplemente un registro competente para proceder a la inscripción del acuerdo.

⁷¹ En el caso del Derecho de la UE, debe tratarse de una vulneración manifiesta.

3.3.2. *El control olvidado de incompatibilidad*

Un acuerdo resultante de la mediación no debe reconocerse si es incompatible con otro acuerdo posterior entre las mismas partes o con una versión modificada del primer acuerdo, susceptibles de tener efectos en el Estado de destino⁷². La Convención de Singapur se muestra atinada en este punto. En el modelo publicista, el Reglamento Bruselas II.ter recoge esta posibilidad por primera vez en el ámbito de la UE, a diferencia del resto de normas europeas, convenios y de la Ley 29/2015 de cooperación, que no han previsto esta lógica contractual de que un pacto posterior prima sobre el anterior⁷³.

Por otra parte, uno de los rasgos definitorios del acuerdo resultante de la mediación internacional es que puede sustituir a una resolución. Ello obliga a no reconocer el acuerdo resultante de la mediación si es incompatible con una resolución judicial. Los efectos de una resolución no pueden verse alterados por un acuerdo de mediación; cuestión distinta es un acuerdo sobre el cumplimiento voluntario de la resolución. Solo el Reglamento Bruselas II.ter recoge este planteamiento⁷⁴. Ni la Convención de Singapur ni la mayoría de normas de reconocimiento de la UE ni la Ley 29/2015 de cooperación jurídica contemplan este control.

Analizadas la incompatibilidad del acuerdo con otro pacto o con una resolución, también debe defenderse la situación inversa: una resolución judicial no debe reconocerse si es incompatible con un acuerdo resultante de la mediación con efecto de cosa juzgada equiparable a una resolución, salvo que el acuerdo haya sido anulado⁷⁵. De nuevo, solo el Reglamento Bruselas II.ter da cabida a este planteamiento a diferencia del resto de normas de la UE. La Convención de Singapur no se ocupa de este tema porque entiende que es una cuestión de reconocimiento de resoluciones judiciales, no del reconocimiento del acuerdo resultante de la mediación.

4. PROCEDIMIENTO PARA LA EJECUCIÓN DE LOS ACUERDOS RESULTANTES DE LA MEDIACIÓN INTERNACIONAL

4.1. El procedimiento para los documentos públicos

⁷² Vide FITCHEN, Jonathan, *The private international law of authentic instruments*, Oxford, Hart Publishing, 2020, pp. 438-439 y 455-456.

⁷³ Se deja al margen los documentos públicos y acuerdos registrados en materia de estado civil, en los que prima el acuerdo anterior por un principio de seguridad jurídica (art. 68.1 Reglamento Bruselas II.ter). Pero ya se ha destacado que el estado civil no es con carácter general una materia mediable.

⁷⁴ No se reconoce el acuerdo resultante de la mediación si, como sustitutivo de una resolución, resulta incompatible con otra resolución del Estado de destino o de otro Estado. En el ámbito de la responsabilidad parental, donde mayor cabida tiene la mediación, el acuerdo resultante de la mediación no se reconoce si la resolución obstáculo es posterior, reconocible en el Estado de destino y afecta a las mismas partes. El Estado debe ser Estado miembro o tercer Estado donde resida el menor.

⁷⁵ Vide *infra* el epígrafe V de este artículo.

4.1.1. *Un procedimiento genérico*

En las normas de la UE, la naturaleza híbrida del acuerdo resultante de mediación -un acuerdo de las partes pero que sustituye a una resolución- no afecta al procedimiento para la ejecución, ya que es común a resoluciones y a documentos públicos⁷⁶. Así, en el ámbito patrimonial, hay una ejecución directa sin perjuicio del procedimiento de oposición⁷⁷. Este procedimiento es criticable, pues se prevé un control de las condiciones de hasta en tres instancias primera, apelación y recurso ulterior, cuando la generación anterior de normas solo planteaba un control en dos instancias, apelación y recurso ulterior. En una futura revisión de la normativa, sería mucho más atractiva para la mediación la ejecución directa del acuerdo, incluyendo en el propio proceso de ejecución los controles europeos necesarios.

En el Derecho de fuente estatal, la Ley 5/2012 de mediación remite a la Ley de cooperación jurídica internacional⁷⁸, pero esta guarda un llamativo silencio respecto de los acuerdos resultantes de la mediación y de su singularidad, el poder ser sustitutivo de una resolución judicial⁷⁹. A día de hoy, y conforme a la literalidad, cabe sostener una ejecución directa de los acuerdos resultantes de la mediación como documento público⁸⁰. No cabe ejecución porque no hay ninguna intervención judicial y el notario extranjero no interviene con una función decisora⁸¹. Interesa destacar la expresión utilizada por la Ley de mediación: el notario, español o extranjero, al elevar a público un acuerdo de mediación, lo está “declarando ejecutable”⁸², lo que sustituye al ejecución, que también es una “declaración de ejecutividad”.

En la práctica, este planteamiento es especialmente ágil e incentivador para llegar a acuerdos de mediación. Se generan dos ventajas competitivas ciertamente curiosas. La primera y fundamental, frente a las transacciones

⁷⁶ El artículo 27.1 de la Ley 5/2012 remite a lo que dispongan las normas de la UE y los distintos tratados y convenios. En la jurisprudencia, vide SAP Alicante de 8 de febrero de 2019, JUR 2019\143591; y, al respecto, HERRANZ BALLESTEROS, Mónica, “Acuerdos de mediación en un contexto transfronterizo: reflexiones desde la jurisprudencia española”, en CALVO CARAVACA, Alfonso Luis, y CARRASCOSA GONZÁLEZ, Javier (dirs.), *El derecho de familia internacional del siglo XXI en la práctica judicial*, Cizur Menor, Thomson/Reuters/Aranzadi, 2022, pp. 57-77.

⁷⁷ Vide FELIU ÁLVAREZ DE SOTOMAYOR, Silvia, *loc. cit.*, § 34.

⁷⁸ Artículo 27.2.

⁷⁹ La Ley 29/2015 de cooperación jurídica internacional se limitó a reformar la Ley 5/2012 de mediación a través de su disposición final III.

⁸⁰ Artículo 56 de la Ley 29/2015 de cooperación jurídica internacional; art. 523 LEC. Vide FERNÁNDEZ ROZAS, José Carlos y SÁNCHEZ LORENZO, Sixto, *Derecho Internacional Privado*, 12ª ed., Cizur Menor, Thomson/Reuters/Aranzadi, 2022, § 188.

⁸¹ Vide otra opinión en AAP Tarragona de 24 de enero de 2019, ECLI:ES:APT:2019:60A, sosteniendo que, al existir efecto de cosa juzgada, sustituye a una resolución y debe reconocerse con el ejecución que corresponde a estas. En la doctrina, HERRANZ BALLESTEROS, Mónica, *loc. cit.*, pp. 57-77; CHÉLIZ INGLÉS, María del Carmen, “La Convención de Singapur y los acuerdos de mediación comercial internacional”, *REEI*, nº 41, 2021, pp. 1-30, p. 28.

⁸² Vide esta expresión en el apartado 2 del artículo 27 de la Ley 5/2012 (precepto no alterado por el Proyecto de Ley de eficiencia procesal).

judiciales, que sí precisan de *execuátur*⁸³. La segunda ventaja competitiva es que la ejecución de los acuerdos de mediación en la Ley de cooperación jurídica es más ágil y atractiva que la ejecución en el marco de la UE. Entre Estados miembros, donde hay mayores vínculos de integración jurídica, hay más trabas y obstáculos a la ejecución del acuerdo de mediación que entre España y terceros Estados, con los que no haya instrumentos de cooperación.

4.1.2. La importancia de la “instancia de parte”

En el ámbito del Derecho patrimonial de la UE, los controles funcionan a instancia de parte. A los efectos de la ejecución, se exige que la parte oponente inste un procedimiento de denegación de la ejecución⁸⁴; a los efectos de un reconocimiento automático e incidental, se exige “petición de cualquier parte interesada”⁸⁵. Se trata, a mi juicio, de una opción equivocada. La intervención de la autoridad pública pierde fuerza y la vulneración del orden público depende de las partes. Además, el carácter no mediable de la materia es una cuestión que trasciende a las partes y requiere por definición el control por una autoridad a iniciativa propia. Y no cabe salvar esta inconsistencia sobre la base del principio de confianza comunitaria. No se olvide que la autoridad del Estado miembro de origen que elevó a público el documento no va a controlar el orden público del Estado miembro de destino. Precisamente por estas razones, debe saludarse positivamente la normativa de la Ley 29/2015 de cooperación jurídica internacional, que introduce los controles de oficio, como también lo hacen otras normas de la UE sobre Derecho de familia y sucesiones.

4.2. El procedimiento para los acuerdos privados

4.2.1. La aplicación de un *execuátur* a acuerdos privados internacionales

La Convención de Singapur de 2018 se refiere a la ejecución del acuerdo en el Estado de destino, sin mayor detalle⁸⁶. A mi juicio, queda a criterio del Estado de destino si establece algún tipo de procedimiento previo de homologación o *execuátur* o si cabe una ejecución directa⁸⁷. Argumento a favor

⁸³ Artículo 51 que remite al artículo anterior, que expresamente exige *execuátur*.

⁸⁴ Artículo 58 del Reglamento Bruselas I.bis.

⁸⁵ Artículo 45.1 del Reglamento Bruselas I.bis.

⁸⁶ Artículo 3.1.

⁸⁷ Vide BOULET, Jean-Christophe, “The Singapore Convention and the Metamorphosis of Contractual Litigation”, *Cardozo J. Conflict Resolution*, vol. 20, p. 1220; FERNÁNDEZ-TRESGUERRES, Ana, “The Singapore Convention on International Commercial Mediation”, <https://anafernandeztresguerras.com/en/el-convenio-de-singapur-sobre-mediacion-comercial-internacional/>. Vide otra opinión en CHÉLIZ INGLÉS, María del Carmen, “La Convención de Singapur...”, *loc. cit.*, p. 28, señalando que la Convención de Singapur permite la ejecución directa. Es verdad que el Informe del Grupo de Trabajo II, A/CN.9/861, párr. 84, se refiere a la “ejecución directa” en el Estado de destino, pero lo hace para

de exigir un *execuátur* en el Estado de destino sería la falta de controles previos de un título privado, que haría oportuno un procedimiento específico de homologación; argumento en contra, el diseño del *execuátur* más bien para resoluciones judiciales y no para acuerdos privados de las partes.

En cualquier caso, el Convenio debería referirse al reconocimiento de todo acuerdo extranjero, referido a la ley de un Estado distinto al de destino, y no al reconocimiento de todo acuerdo “internacional”, que también regula la eficacia del acuerdo en su Estado de origen, razón por la que el Convenio sustituye el concepto de “reconocimiento” por el de “eficacia”. No obstante, debe entenderse que la Convención de Singapur ni prohíbe ni exige un procedimiento de *execuátur* en el Estado de origen sobre acuerdos internacionales propios; simplemente remite a la legislación de ese Estado y exige un control de las condiciones para dar eficacia al acuerdo.

Asimismo, la Convención de Singapur no ha querido recuperar la vieja práctica del doble *execuátur*, nacida en ciertos sectores del arbitraje y que sería un retroceso⁸⁸. En el Estado de destino se recurrirá al procedimiento de *execuátur* si fuera necesario, pero este no se puede hacer depender de que se haya obtenido un *execuátur* en el Estado conforme al cual se celebró el acuerdo de mediación.

4.2.2. *La importancia del control de oficio*

En el modelo privatista de la Convención de Singapur, en el Estado de destino hay dos controles que se efectuarán de oficio, aunque no sean alegados por la parte que se opone al reconocimiento, a saber: que el acuerdo de mediación verse sobre una materia disponible en el Estado de destino y que no sea contrario al orden público. Se trata de una previsión acertada, tomada del arbitraje, porque, como ya se indicó, son controles que no pueden quedar a la apreciación de las partes por afectar a intereses generales del ordenamiento del Estado de destino. Sería absurdo, además, que la indisponibilidad de una materia fuera un motivo disponible por las partes en clave procesal. Todo ello, además, es coherente con la concepción de la Convención de que un acuerdo resultante de la mediación es un pacto privado. En el momento

señalar que no se requieren trámites en el Estado de origen para acudir “directamente” al Estado de destino, sin que parezca la voluntad del Grupo de Trabajo suprimir el *execuátur* si así está contemplado en dicho Estado de destino.

⁸⁸ Cfr. Informe del Grupo de Trabajo II, A/CN.9/861, párrs. 81 y 83; en la doctrina, CHÉLIZ INGLÉS, María del Carmen, “La Convención de Singapur...”, *loc. cit.*, p. 16. En la práctica arbitral se había dado el denominado doble *execuátur*: en el Estado de origen del laudo también debía darse un *execuátur*, aunque no fuera un laudo extranjero; en el Estado de destino, no se reconocía el laudo extranjero sino la resolución judicial del Estado de origen que a su vez concedía el *execuátur*. Afortunadamente esta práctica no está prevista en el Convenio de Nueva York, que parte del reconocimiento del laudo y no de una decisión judicial sobre dicho laudo. Vide SHCNABEL, Timothy, “The Singapore Convention on Mediation: A Framework for the Cross-Border Recognition and Enforcement of Mediated Settlements”, *Pepperdine Dispute Resolution Law Journal*, 2019, pp. 1-60.

de reconocimiento y eficacia en el Estado de destino hay una apuesta por una intervención más intensa por parte de las autoridades.

5. ANULACIÓN DE LOS ACUERDOS RESULTANTES DE LA MEDIACIÓN INTERNACIONAL

5.1. Una acción común a los modelos privatista y publicista

5.1.1. *Competencia judicial internacional para la acción de nulación*

Una de las carencias más importantes de la Directiva 2008/52 sobre mediación es que no regula qué acciones caben contra el acuerdo resultante de la mediación. Urge formular un principio europeo según el cual, contra dicho acuerdo, solo cabe la acción de nulidad por las causas que invalidan los contratos, como muy acertadamente ha señalado la normativa española⁸⁹. Desde el momento en el que el acuerdo de mediación tiene efecto ejecutivo, esto debería significar que no caben otras acciones declarativas sobre incumplimiento o sobre revisión o interpretación de su contenido; todo ello ya debe solventarse en el marco de los juicios ejecutivos. Ese hipotético principio europeo debería, además, compatibilizar el ejercicio de la acción de nulidad con el hecho de que el acuerdo resultante de la mediación sustituye a una resolución judicial y lo hace con un efecto de cosa juzgada. Será un acuerdo de mediación “no firme” mientras pueda interponerse la acción de nulidad contractual, pero no por ello pierde el efecto de cosa juzgada.

Esta acción judicial de nulidad del acuerdo requiere estar a las normas de DIPr generales, sin que exista una regulación específica. Al margen de la viabilidad de un arbitraje para esta acción, la competencia judicial internacional se determinará conforme a los instrumentos de DIPr que se ocupen de la materia sobre la que versa el acuerdo de mediación. Así se señala expresamente en lo que respecta a los acuerdos de mediación en materia de sucesiones⁹⁰ y a los acuerdos de mediación sobre el régimen económico matrimonial o de parejas de hecho⁹¹.

La aplicación de las normas de DIPr en función de la materia a la que se refiera el acuerdo de mediación no está expresamente recogida en los instrumentos de Derecho patrimonial. Aun así, parece admisible la aplicación del Reglamento Bruselas I.bis y el Convenio de Lugano, que, en modo alguno, excluyen la mediación de su ámbito. De esta forma, habría competencia exclusiva si el acuerdo resultante de la mediación versa sobre el arrendamiento

⁸⁹ Artículo 23.4 de la Ley 5/2012, cuya redacción no cambia en el Proyecto de Ley de eficiencia procesal. Vide otra opinión en el Derecho comparado en ZELLER, Bruno y TRAKMAN, Leon, “Mediation and Arbitration: the Process of Enforcement”, *Uniform Law Review*, vol. 24, 2019, n° 2, pp. 449-466, § IV.

⁹⁰ Artículo 59.3 del Reglamento europeo de sucesiones.

⁹¹ Sendos artículos 58.3.

de inmuebles, en cuyo caso conocerán de la nulidad los tribunales del Estado del bien inmueble. También si el acuerdo de transacción versa sobre la liquidación de activos de una sociedad, siendo competentes los tribunales del domicilio de la sociedad⁹².

Al margen de este caso concreto, con carácter general los tribunales competentes serán los elegidos por las partes, ya de forma genérica para la relación jurídica, ya de forma específica para el acuerdo de mediación. En defecto de elección, la acción debe interponerse ante el tribunal del domicilio del demandado. Podrían jugar, además, los foros especiales en lo que respecta a acuerdos de mediación en dichas materias. En el ámbito de la mediación contractual, resurge un viejo problema: cuál es el tribunal del lugar donde se tiene que cumplir la obligación que sirve de base a la demanda, cuando esta se basa en la nulidad del acuerdo de mediación, es decir, cuando no hay una conexión territorial con un lugar⁹³. Habrá que estar, a mi juicio, al tribunal del lugar donde se tenía que cumplir la obligación que originó el conflicto que se resolvió por la mediación.

La solución de estar al DIPr aplicable en función de la materia del acuerdo de mediación tiene desventajas competitivas en relación con el arbitraje⁹⁴. Ciertamente, esta solución puede propiciar una pluralidad de tribunales competentes y que no haya una competencia exclusiva de un único tribunal. Ello tiene un grave efecto colateral: la posibilidad de que existan varios ordenamientos jurídicos de referencia para la anulación del acuerdo. No sucederá en situaciones puramente europeas cuando las normas de conflicto hayan sido unificadas por la UE; pero sí en situaciones vinculadas a terceros Estados o en materias en las que no ha habido unificación europea. Aumenta la inseguridad jurídica y el riesgo de ciertas contradicciones, porque podría ocurrir que unos tribunales declarasen nulo un acuerdo que es válido conforme al ordenamiento de referencia a la mediación. A la inversa, podría declararse válido un acuerdo que no lo fuera según el ordenamiento de referencia que se aplicó a la mediación. Nada de ello sucede en el arbitraje, donde, al fijarse la sede del arbitraje como ordenamiento jurídico de referencia, se está atribuyendo competencia exclusiva a los tribunales de un único Estado para poder anular el laudo⁹⁵. Máxima seguridad jurídica y menos riesgo de contradicciones en el arbitraje en comparación con la mediación.

⁹² Otras cuestiones sobre las que hay competencias exclusivas según el artículo 24 del Reglamento Bruselas I.bis, como la validez o nulidad de la persona jurídica, su disolución o la invalidez de un acuerdo de un órgano societario, nulidad de inscripciones o validez o nulidad del registro de bienes inmateriales, no parecen normalmente susceptibles de mediación por ser materias indisponibles. Vide STIPANOWICH, Thomas J., y LAMARE, J. Ryan, "Living with ADR: Evolving Perceptions and Use of Mediation, Arbitration and Conflict Management in Fortune 1000 Corporations", *Harvard Negotiation Law Review*, vol. 19, 2014, pp. 1-67.

⁹³ Artículo 7.1 del Reglamento Bruselas I.bis.

⁹⁴ Vide una comparación en ESPLUGUES MOTA, Carlos, *loc. cit.*, pp. 77-78.

⁹⁵ Vide FERNÁNDEZ ROZAS, José Carlos, "El arbitraje comercial internacional entre la autonomía, la anacionalidad y la deslocalización", *REDI*, 2005-2, t. LVII, pp. 605-637. Cuestión distinta

5.1.2. *Ley aplicable a la acción*

Respecto de la ley aplicable a la acción de anulación, la nulidad del contrato puede deberse al contenido del acuerdo, sometido a su propia ley rectora. Además, el acuerdo debe respetar el orden público y a las leyes de policía del Estado donde se ejercita la acción de impugnación. De nuevo hay en este planteamiento una desventaja competitiva respecto del arbitraje. En el arbitraje, al haber un ordenamiento jurídico de referencia, solo la vulneración de las normas de orden público de ese ordenamiento implica la anulación del laudo. Los ordenamientos de los restantes Estados pueden dejar de reconocer el laudo en su territorio, pero no expanden su orden público al resto de Estados con una resolución de anulación del laudo. Hay un orden público expansivo, el del ordenamiento de referencia, que puede anular el laudo con vocación extraterritorial; y un orden público recesivo, el del resto de Estados, que no reconocerán el laudo en su territorio, pero no tratarán de anularlo con proyección extraterritorial. Nada de esto está presente en la mediación: todo Estado donde se interponga la acción de anulación expandirá su orden público al resto de ordenamientos.

La anulación del acuerdo también puede basarse en la falta de capacidad suficiente o en un vicio del consentimiento. Con carácter general, las cuestiones de capacidad serán resueltas en España por la ley de la nacionalidad del otorgante, salvo que los instrumentos de DIPr contemplen alguna previsión al respecto. En la mediación en materia contractual, podrá jugar la excepción de interés nacional⁹⁶. También se presentan problemas de representatividad: si la persona firmante tiene autoridad suficiente para vincular a una persona jurídica por el acuerdo de transacción, cuestiones que se determinarán por la ley rectora de dicha persona jurídica. También podría ocurrir que se impugne el acuerdo del órgano de administración por el que se decide que una sociedad firme el acuerdo de mediación⁹⁷.

La anulación del acuerdo podría, igualmente, deberse a cuestiones de forma. Cabe descartar que la Directiva 2008/52 juegue como ley de policía europea en este punto. Se refiere a la necesidad de que el acuerdo conste por escrito para que tenga efecto ejecutivo, pero no para que el acuerdo de voluntades

sería que el acuerdo resultante de la mediación se incorpore a un laudo de conformidad, ANDERSON, D. Quek, "Litigating Over Mediation – How Should the Courts Enforce Mediated Settlement Agreements?", *Singapore Journal of Legal Studies*, 2015, pp. 105-134, § 81; LALAGUNA HOLZWARTH, Marta, "Métodos híbridos, aplicación de las cláusulas de MED-ARB, ARB-MED y otras variantes", en FERNÁNDEZ PÉREZ, Ana (dir.), *Interacción entre mediación y arbitraje en la resolución de los litigios internacionales del Siglo XXI*, Cizur Menor, Aranzadi, 2021, pp. 137-166, esp. pp. 155 y ss.

⁹⁶ Si, entre personas físicas presentes en un mismo Estado, la parte era capaz para firmar el acuerdo resultante de la mediación según la ley del lugar de celebración, este acuerdo será válido salvo que la contraparte conociera o pudiera haber conocido dicha incapacidad, cfr. artículo 13 del Reglamento "Roma I".

⁹⁷ Esto ha planteado algún problema en el ámbito de la competencia judicial internacional, vide STJUE de 12 de mayo de 2011, BVG, C-144/10, ECLI:EU:C:2011:300.

sea válido como negocio jurídico privado⁹⁸. Las disposiciones de forma del Reglamento “Roma I” solo se refieren a acuerdos resultantes de la mediación que entren en su ámbito de aplicación⁹⁹. No serían aplicables, por tanto, a los acuerdos de mediación en materia de daños¹⁰⁰, ni en materia de familia¹⁰¹.

5.2. Una acción específica adicional en el modelo publicista: la autenticidad del documento

A lo expuesto debe añadirse que, en el modelo publicista, cabe una acción de anulación del documento público. En ella se ataca el título público y, en particular, su autenticidad o irregularidad, por ejemplo, por defectos del documento o falta de firma. Se trata de una acción contra el instrumento público, el soporte, que en modo alguno afectará a la validez del acuerdo de la relación jurídica privada, es decir, el acuerdo de mediación como tal. En estos casos, se aplicará la ley de la autoridad que expide el documento público y solo las autoridades de ese Estado deberían ser competentes para la impugnación del instrumento público. Esta conclusión no está claramente recogida en los instrumentos de DIPr en materia patrimonial. Sí se ocupan de esta materia los Reglamentos europeo de regímenes económicos matrimoniales y de parejas de hecho¹⁰², y el Reglamento europeo de sucesiones¹⁰³, que acertadamente señalan que todo recurso relativo a la autenticidad de un documento público se interpondrá ante los órganos jurisdiccionales del Estado miembro de origen y se resolverá conforme a su Derecho.

5.3. Efectos de la anulación del acuerdo resultante de la mediación

El ejercicio de una acción de anulación del acuerdo resultante de la mediación puede conllevar la suspensión de efectos de dicho acuerdo mientras se sustancie el procedimiento. Una vez dictada sentencia, esta puede conllevar la anulación del acuerdo y con ello la pérdida de todo efecto.

En la Convención de Singapur de 2018 expresamente se indica que debe denegarse la eficacia del acuerdo resultante de la mediación si es nulo o inefi-

⁹⁸ Artículo 6.1.

⁹⁹ Artículo 11. El acuerdo es formalmente válido si se ajusta a la ley rectora del fondo o a la ley del lugar de celebración, o en caso de celebración a distancia, a la ley del lugar donde se encuentre cualquiera de las partes o e sus representantes. Todo ello sin perjuicio de las normas especiales sobre consumidores y bienes inmuebles.

¹⁰⁰ El Reglamento 864/2007 “Roma II” se refiere a la validez formal de los actos unilaterales, aunque podría extenderse a los acuerdos de mediación (art. 21). De esta forma, el acuerdo sería válido si se ajusta a la ley del fondo o a la ley del lugar de celebración.

¹⁰¹ El Reglamento europeo sobre regímenes económicos matrimoniales se refiere a la validez formal de la elección de ley y de las capitulaciones matrimoniales (art. 25). Cabría plantearse la aplicación por analogía de esta última previsión. El Protocolo de La Haya de 2007 no contiene previsión alguna sobre la forma de los acuerdos alcanzados por las partes en materia de alimentos.

¹⁰² Sendos artículos 58.2.

¹⁰³ Artículo 59.2.

caz¹⁰⁴. Hay, no obstante, dos carencias. Una menor y salvable, que el motivo se formula genéricamente y no se concreta que en este caso hay una sentencia de anulación. Otra mayor, el Convenio no se refiere al caso de que la eficacia del acuerdo se halle suspendida por estar *sub iudice*. En estos casos, en lugar de dar preferencia a la suspensión acordada por el tribunal que conoce de la acción de anulación, se ha optado por que la autoridad que conoce de la eficacia del acuerdo pueda aplazar su decisión o solicitar garantías apropiadas¹⁰⁵.

En cualquier caso, la situación de la Convención de Singapur es mejor que la de las normas de la UE, convencionales y estatales que siguen un modelo publicista. Nada se dispone ni en las normas de elevación a público de un acuerdo ni en las de reconocimiento sobre el impacto de la interposición de la acción y de la eventual sentencia de anulación¹⁰⁶. Pese a este silencio, debe considerarse que la interposición de una acción puede suspender los efectos del acuerdo y que la eventual sentencia puede anular dicho acuerdo y su eficacia. Puede encontrarse base legal en la exigencia de que el acuerdo tenga fuerza ejecutiva en el Estado de origen. Si el acuerdo ha sido suspendido o anulado, ha perdido su fuerza ejecutiva en el Estado de origen, por lo que procede denegar su elevación a escritura pública y su posterior reconocimiento. La referencia al efecto ejecutivo debe extenderse también al efecto de cosa juzgada. Si se trata de la inscripción del acuerdo en un registro, habrá que estar a la legislación del Estado de registro sobre si procede algún tipo de anotación preventiva.

6. CONCLUSIONES

Primera, un mismo acuerdo de transacción puede reconocerse por su contenido, como pacto privado, o por su continente, como documento público o resolución judicial de homologación. Por ello, los Estados miembros de la UE pueden desarrollar sus sistemas estatales conforme a la Ley Modelo UNCITRAL sobre eficacia de acuerdos privados, en tanto que no afecten a las normas de la UE sobre reconocimiento de documentos públicos.

Segunda, no obstante, España ha optado por un modelo íntegramente publicista en la atribución de efectos a los acuerdos resultantes de mediación. En la elevación a título público, al control de la disponibilidad de la materia conforme al Derecho material español y al control conforme al DIPr del sistema español sobre la validez del acto, debe añadirse la constatación de que el acuerdo es ejecutivo tanto conforme a la ley española, como conforme a la ley rectora de la mediación. Además, dado que el acuerdo de

¹⁰⁴ Artículo 5.1,b), inciso i).

¹⁰⁵ Artículo 6.

¹⁰⁶ Ello contrasta con las normas de arbitraje, pues, a instancia de parte, puede denegarse el reconocimiento y la ejecución si el laudo ha sido anulado o suspendido por las autoridades del ordenamiento de referencia, artículo V.1.e) del Convenio de Nueva York.

mediación va a sustituir a una resolución judicial, la autoridad española debería asegurarse de que los tribunales españoles habrían sido competentes para conocer del fondo.

Tercera, el reconocimiento y ejecución de los acuerdos resultantes de la mediación como títulos públicos parte de una minimización de controles, sin entrar en la validez del acto, dado que la autoridad de origen ha realizado ya un control del acuerdo en el momento de elevación a público. En todo caso, si el acuerdo va a ser sustitutivo de una resolución, debería provenir de los Estados de los que pueden provenir las sentencias, previsión no recogida por ninguna norma salvo por el Reglamento Bruselas II.ter.

Cuarta, en el modelo privatista, los efectos del acuerdo de mediación se atribuyen *ex lege* sin intervención de autoridad. Así lo hace la Convención de Singapur, pero una parte podría oponerse al reconocimiento si carece de los efectos ejecutivos o de cosa juzgada en el ordenamiento de referencia de la mediación. La ausencia de intervención de autoridad pública en el momento de formalización del acuerdo justifica que, en el momento de reconocimiento y ejecución, se maximicen los controles sobre las partes, la composición y el contenido.

Quinta, respecto de los acuerdos privados registrados referentes a la mediación, a los controles propios del reconocimiento procesal debería incorporarse un reconocimiento conflictual sobre la validez del acto, en tanto que no haya sido efectuado en el momento del registro.

Sexta, sea como fuere, deben existir controles comunes a ambos modelos publicista y privatista: al pacífico control del orden público, debe sumarse un control de la disponibilidad de la materia ignorado en las normas de la UE y estatales, y el control de la incompatibilidad del acuerdo con otro acuerdo o con una resolución judicial, solo recogido adecuadamente por el Reglamento Bruselas II.ter.

Séptima, en cuanto al procedimiento de ejecución, en el futuro la UE debe optar por una ejecución directa del acuerdo incluyendo los controles necesarios sin un proceso *ad hoc* de oposición a la ejecución, como ya permite la Ley de cooperación jurídica internacional. La Convención de Singapur debería referirse al reconocimiento y ejecución de todo acuerdo extranjero, regido por la ley de un Estado distinto al de destino, y no a la eficacia de todo acuerdo internacional, incluso en el Estado de origen. En cualquiera de los casos, el control del orden público y, en su caso, de la disponibilidad de la materia debería jugar de oficio, como establece el Convenio de Singapur, y no a instancia de parte, como prevén algunas normas de la UE en el ámbito patrimonial.

Octava, la acción de anulación del acuerdo resultante de la mediación se rige por las normas de DIPr aplicables a la materia a la que se refiera el acuer-

do de mediación. Cuando se impugne la autenticidad del documento público, son exclusivamente competentes los tribunales del Estado de la autoridad expedidora, que aplicará su propia ley. Nada de esta acción sobre la autenticidad del título afectará a la validez del acuerdo como acto jurídico. Hay, no obstante, una desventaja competitiva en relación con el arbitraje: al no existir un tribunal exclusivamente competente para la anulación, ni un ordenamiento jurídico de referencia, aumenta el riesgo de resoluciones contradictorias entre varios tribunales.

Novena, como valoración global, el Derecho de la UE se ha centrado en exceso en el efecto ejecutivo del acuerdo de la mediación y obvia el resto de efectos, especialmente el de cosa juzgada, la verdadera singularidad del acuerdo de mediación. Se exceptúa el Reglamento Bruselas II.ter, que debe marcar la tendencia de los instrumentos de la próxima generación.

Décima, en cualquier caso, la intervención normativa de la UE confirma su competencia exclusiva para la eventual ratificación de la Convención de Singapur de 2018, a la luz de la jurisprudencia, en ocasiones heterodoxa, del TJUE. Una hipotética ratificación haría aplicable la Convención al reconocimiento de acuerdos privados incluso entre Estados miembros, y al margen de que se vehiculicen o no a través de un documento público europeo (salvo alguna declaración de la UE en sentido contrario en el momento de ratificación). Se trata de un cambio estructural que hace poco probable que la UE ratifique el texto, pese a los beneficios que ello podría tener en las relaciones con terceros Estados.