

IMPULSO DE LA MEDIACIÓN EN EUROPA Y ESPAÑA Y EJECUCIÓN DE ACUERDOS DE MEDIACIÓN EN LA UNIÓN EUROPEA COMO DOCUMENTOS PÚBLICOS CON FUERZA EJECUTIVA

THE BOOST OF MEDIATION IN EUROPE AND SPAIN AND THE ENFORCEMENT OF MEDIATION AGREEMENTS IN THE EUROPEAN UNION AS ENFORCEABLE AUTHENTIC INSTRUMENTS

Carmen Azcárraga Monzonís*

Sumario: I. PRESENTACIÓN. II. LA MEDIACIÓN EN LA UNIÓN EUROPEA Y SU REFLEJO EN ESPAÑA. III. EJECUCIÓN Y CIRCULACIÓN DE ACUERDOS DE MEDIACIÓN. IV. REFLEXIÓN FINAL.

RESUMEN: La mediación en asuntos civiles y mercantiles ha recibido recientemente el impulso necesario del legislador europeo para su implantación en la Unión Europea. La nueva Ley española 5/2012 de mediación deriva de la transposición de la Directiva de 2008 sobre esta materia, si bien con un alcance más amplio. El estudio propone el análisis de varios elementos de la nueva regulación, deteniéndose en particular en uno de ellos: la circulación de acuerdos de mediación en la Unión Europea como documentos públicos no judiciales con fuerza ejecutiva, como uno de los aspectos clave del éxito de este mecanismo de resolución de conflictos en los asuntos transfronterizos. La armonización que ha tenido lugar en este ámbito ha abierto el régimen de circulación de documentos públicos en la Unión Europea a los acuerdos alcanzados por las partes en procesos de mediación, lo que se presenta como una oportunidad para realizar un repaso del presente y el futuro de la circulación en la Unión Europea de este tipo de documentos.

PALABRAS CLAVE: Mediación, mecanismos ADR, Directiva sobre mediación, documentos públicos con fuerza ejecutiva, circulación de documentos públicos, ejecución de acuerdos de mediación

Fecha de recepción del original: 3 de enero de 2013. Fecha de aceptación de la versión final: 28 de mayo de 2013.

* Profesora Contratada Doctora de Derecho Internacional Privado, Universitat de València, carmen.azcarraga@uv.es. Artículo realizado en el marco del proyecto de investigación MEC-DER2010-17126, “La experiencia del arbitraje y la mediación en los sistemas anglosajones y asiáticos y su incorporación en el nuevo modelo de justicia española del Siglo XXI” (Investigadora principal: Dra. Silvia Barona Vilar) y del Proyecto de investigación precompetitivo UV-INV-PRECOMP12-80580 “Los retos de la mediación en el s. XXI: una propuesta de futuro” (Investigadora principal Dra. Raquel Guillén Catalán).

ABSTRACT: Mediation in civil and commercial matters has received the necessary impetus of the European legislator to be implemented in the European Union. The new Spanish Act 5/2012 derives from the transposition of the Directive of 2008 on mediation, although with a broader scope. This study proposes the analysis of various elements of the new regulation, focusing on one in particular: the circulation of mediation settlements in the European Union as authentic instruments with enforceable nature, as one of the key aspects of the success of this dispute resolution mechanism in cross-border cases. The harmonization which has taken place in this field has open the regime of the circulation of authentic instruments in the European Union to settlements reached by the parties in mediation procedures, and this is presented as an opportunity to provide an overview of the present and future of the circulation of this type of documents in the European Union.

KEYWORDS: Mediation, ADR mechanisms, Directive on mediation, authentic instruments with enforceable nature, circulation of authentic instruments, enforcement of mediation settlements

I. PRESENTACIÓN

La mediación como mecanismo de resolución de conflictos alternativo –o complementario- al sistema judicial constituye una temática relativamente reciente en la Unión Europea (UE en adelante), al menos en la agenda del legislador, que ha irrumpido con fuerza en este escenario desde que se optó por impulsar la resolución amistosa de conflictos en el seno de la Unión.

La armonización, y con ello, el impulso de la mediación en Europa puede aportar interesantes beneficios para el ciudadano en múltiples aspectos. Es, en primer lugar, una oportunidad para resolver sus conflictos de una forma más ágil y normalmente más económica que accediendo a los tribunales. En segundo lugar, también le permitirá tomar un papel activo en la configuración del proceso y, por encima de todo, en la decisión final al conflicto. Y, en lo que interesa esencialmente a este estudio, la mediación constituye asimismo una nueva oportunidad para el ciudadano que necesita hacer valer derechos y cumplir obligaciones en diferentes Estados miembros, desde el momento en que dichos derechos u obligaciones pueden encontrar su base en acuerdos de mediación y éstos pueden circular como documentos públicos dentro de la Unión Europea en la medida que se analizará en este comentario.

Para enmarcar adecuadamente el estudio, se propone realizar en el epígrafe II un primer estudio de la mediación en la UE y su reflejo en España, lo que en definitiva equivale a analizar la reciente Directiva 2008/52/CE sobre mediación en asuntos civiles y mercantiles, instrumento que constituye la culminación del interés mostrado por parte de la Unión por los sistemas ADR, y su transposición al ordenamiento jurídico español. De este análisis extraeremos que son varios los aspectos decisivos cuya regulación resulta determinante para asegurar la calidad y el éxito de la mediación en Europa. Por ejemplo, la formación del mediador, la asistencia judicial o la necesidad de dotar al acuerdo de sumisión a mediación de fuerza suficiente frente a una eventual violación unilateral. La suma de todos ellos, entre otros, permitirá garantizar dichos objetivos, pero si existe una cuestión definitiva para lograrlos es la relativa a la ejecución de los acuerdos alcanzados en la mediación.

Fomentar el recurso a la mediación en Europa requiere garantizar la satisfacción de los acuerdos que eventualmente se alcancen por las partes. Por ello, de no llevarse a efecto el pacto alcanzado de manera voluntaria, la parte interesada debe poder instar la ejecución, y en ocasiones necesitará hacerlo en un Estado diferente a aquél en el cual se adoptó. De ahí la necesidad de articular cauces que permitan la ejecución y la circulación internacional de acuerdos de mediación, lo que se prevé efectivamente en la Directiva sobre mediación, y, por ende, en la nueva Ley española sobre esta materia, como tendremos la oportunidad de analizar en el primer apartado del epígrafe III.

La Ley española sobre mediación plantea diversos escenarios por lo que respecta a la ejecución en España de acuerdos procedentes de otros países independientemente de su pertenencia o no a la UE, esto es, ya provengan de Estados miembros de la UE o de terceros países, diferenciando aquéllos que han sido dotados de fuerza ejecutiva en el extranjero, de los que no. Si el acuerdo extranjero consta en un documento público que goza efectivamente de fuerza ejecutiva y versa sobre alguna de las materias ya armonizadas por el Derecho de la UE, su circulación intraeuropea podrá articularse con base en alguno de los instrumentos europeos que regulan esta posibilidad, lo que se percibe en principio como algo positivo.

Así pues, centrándonos en el escenario europeo, en el segundo apartado del epígrafe III de este estudio se proporciona primero una visión general del sistema actual de circulación de documentos públicos en la UE que permite hoy en día canalizar la ejecución de acuerdos de mediación de unos Estados miembros a otros en múltiples materias; y a continuación se aproxima el futuro, más o menos cierto, de la circulación de este tipo de acuerdos en otras materias, lo que en todo caso permite que hablemos de una temática viva. Terminaremos con una reflexión final en el epígrafe IV.

II. LA MEDIACIÓN EN LA UNIÓN EUROPEA Y SU REFLEJO EN ESPAÑA

En los últimos años se ha apreciado cómo los conflictos transnacionales han ido en aumento, fruto de múltiples factores, y ello tanto en el ámbito del comercio internacional como en el de las relaciones familiares internacionales. Junto con ello, la práctica ha demostrado que la litigiosidad transfronteriza presenta una serie de características propias que dotan a los conflictos con elementos de extranjería de una especial complejidad.

Por estas razones, entre otras, se ha considerado que el recurso a mecanismos ADR puede resultar de especial utilidad en los tiempos actuales, sobre todo porque presentan una serie de ventajas que no siempre cabe reputar de la resolución judicial de conflictos, y que son incluso más perceptibles en situaciones que presentan elementos transfronterizos. En relación con la mediación y desde el punto de vista de los Estados, la misma puede contribuir a desatascar los saturados sistemas judiciales estatales. Y desde la perspectiva de las partes, la mediación ofrece una solución económica y rápida,

así como un elevado grado de ejecución voluntaria de los acuerdos, lo que permite un alto nivel de satisfacción para las mismas².

El legislador europeo, consciente de estas notas beneficiosas características de los sistemas ADR, ha protagonizado ya un largo proceso de promoción de estos mecanismos en Europa³. En este marco ya encontrábamos un impulso significativo de esta institución en particular en ámbitos como el consumo y las relaciones familiares. La mayoría de las iniciativas en orden a promover la mediación como eficaz instrumento de resolución de conflictos se había centrado en el ámbito relacionado con los consumidores, y esencialmente en el área de las telecomunicaciones⁴. Por otra parte, resulta pertinente resaltar también cómo en determinados Reglamentos europeos aprobados en materia de Derecho de familia se promueve el recurso a la mediación como mecanismo de cooperación transfronteriza entre los Estados, como ocurre en los relativos a matrimonio y a pensiones alimenticias⁵.

Pero la promulgación de la Directiva 2008/52/CE sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles⁶ constituye hasta la fecha la plasmación más clara de esta tendencia favorable a su uso y armonización. Nos detendremos a continuación en sus características y aspectos esenciales.

1. La Directiva 2008/52/CE sobre mediación en asuntos civiles y mercantiles

La mediación ha estado históricamente presente en la mayoría de los ordenamientos jurídicos del mundo y, específicamente, de Europa. Sin embargo, a partir de esta premisa las concretas soluciones incorporadas en los distintos Estados europeos, así como la extensión de su aceptación, han variado tradicionalmente y varían aún hoy notablemente de unos países a otros. Partiendo de esta realidad, la Directiva 2008/52/CE trata de aportar un marco armonizado en el territorio de la Unión, amén de

² Considerando 6 de la Directiva 2008/52/CE.

³ PALAO MORENO, G.: "La mediación y su codificación en Europa: Aspectos de Derecho internacional privado", en *Libro Homenaje al Prof. Dr. Juan Montero Aroca*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2012 (en prensa); CALDERÓN CUADRADO, M^oP. e IGLESIAS BUHIGUES, J.L.: "La mediación como 'alternativa' a la jurisdicción. Directiva 2008/52/CEE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de mayo, sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles" en DE LA OLIVA SANTOS, A. (dir.): *Derecho procesal civil europeo*, vol. II, Thomson Reuters, Pamplona, 2011.

⁴ Se viene considerando tal mecanismo como una fórmula de protección de los consumidores que garantiza el acceso a la justicia por una vía sencilla y a un coste asequible, superando así los múltiples obstáculos a los que se tienen que enfrentar las partes inmersas en un litigio transfronterizo en materia de consumo. ORTIZ PRADILLO, J.C.: "La mediación en asuntos civiles y mercantiles: propuestas para la incorporación de la Directiva 2008/52/CE al Derecho español", *Revista General de Derecho Procesal*, n^o 26, 2012, pp. 5-6.

⁵ Artículo 55.e) del Reglamento (CE) N^o 2201/2003 del Consejo, de 27 de noviembre de 2003, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental (DO L 338, de 23 de diciembre de 2003); artículo 55.d) del Reglamento (CE) n^o 4/2009 del Consejo, de 18.12.2008, relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones y la cooperación en materia de obligaciones de alimentos (DO L 7, de 10 de enero de 2009).

⁶ DO L 136, de 24 de mayo de 2008.

fomentar este mecanismo de resolución de controversias. Con ese fin, la Directiva sobre mediación debía haber sido transpuesta en los diversos Estados miembros⁷ no más tarde del 21 de mayo de 2011⁸, plazo que se incumplió por diversos Estados, entre los que se encontraba España⁹. La urgencia con la que llegó a contar esta transposición justificó la adopción por parte del Gobierno español del RDL 5/2012¹⁰, que constituyó el precedente de la actual Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles¹¹.

La Directiva es un instrumento de mínimos¹², y lo es “deliberadamente”¹³. Se limita a establecer una “legislación marco”¹⁴ común en relación con la mediación civil y mercantil en la UE, y además limitada a los litigios de carácter transfronterizo. El legislador europeo podría haber optado por instrumentos de diferente tipología y alcance, ya que los hay que regulan la institución con mayor o menor exhaustividad¹⁵. Entre ellos, la Directiva pertenece al segundo grupo. Regula los aspectos fundamentales del procedimiento¹⁶, dejando en manos de los Estados miembros la responsabilidad de desarrollar todo lo demás, sin entrar a regular cuestiones concretas como la duración máxima del proceso de mediación, el coste de la misma, la formación que ha de tener el mediador o su régimen de responsabilidad.

⁷ Excepto Dinamarca. Artículo 1.3 y Considerando 30 de la Directiva 2008/52/CE.

⁸ Plazo 21 de mayo de 2011, salvo en lo que concierne a la información relativa a los órganos jurisdiccionales u otras autoridades competentes para recibir solicitudes de otorgamiento de fuerza ejecutiva al contenido del acuerdo resultante de la mediación, información que los Estados miembros debían remitir a la Comisión a más tardar el 21 de noviembre de 2010.

⁹ La Comisión Europea inició en julio de 2011 un procedimiento de infracción contra nueve Estados miembros: Chipre, República Checa, España, Francia, Luxemburgo, Países Bajos, Finlandia, Eslovaquia y Reino Unido, si bien se cerró contra estos tres últimos tras comunicar las normas nacionales a la Comisión.

¹⁰ En relación con el RDL 5/2012, antecedente directo de la Ley de Mediación, y con carácter general considérese, ESPLUGUES MOTA, C.: “A New General Regime for Mediation in Spain: The Royal-Decree-Law 5/2012 of March 5th, 2012”, *ZZPInt*, vol. 12, 2012; ESPLUGUES MOTA, C.: “New trends for Cross-Border Litigation in Europe: The Directive of 2008 on Mediation in Civil and Commercial Cases”, *Meiji Law Journal*, 2012; BARONA VILAR, S.: “Incorporación de la mediación civil y comercial en el ordenamiento jurídico español. De la Directiva 2008/52 al Real Decreto Ley 5/2012, de 5 de marzo de mediación en asuntos civiles y mercantiles”, en ESPLUGUES MOTA, C. & PALAO MORENO, G. (eds.): *Nuevas fronteras del Derecho de la Unión Europea, Liber Amicorum José Luis Iglesias Buhigues*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2012, pp. 377 y ss.

¹¹ BOE núm. 162, de 7 de julio de 2012. Véase el análisis de la nueva Ley de mediación de 2012 en ESPLUGUES MOTA, C., IGLESIAS BUHIGUES, J.L. y PALAO MORENO, G.: *Mediation in Civil and Commercial Matters in the European Union*, Intersentia, Cambridge, 2012.

¹² ORTUÑO MUÑOZ, P.: “A propósito del ámbito de la Directiva 2008/52/CE, sobre mediación, en asuntos civiles y mercantiles”, *Aranzadi Civil-Mercantil*, nº 20, 2008, p. 3.

¹³ CALDERÓN CUADRADO, M^ªP. e IGLESIAS BUHIGUES, J.L.: “La mediación como ‘alternativa’...”, *cit.* en nota 3, p. 29.

¹⁴ Considerando 7 de la Directiva 2008/52/CE.

¹⁵ DIAGO DIAGO, M^ªP.: “Aproximación a la mediación familiar desde el Derecho internacional privado” en CALVO CARAVACA, A.L. y CASTELLANOS RUIZ, E.: *La Unión Europea ante el Derecho de la globalización*, Colex, Madrid, 2008, p. 270.

¹⁶ Nos referimos en particular a la calidad de la mediación, el fomento del recurso a la mediación mediante la remisión a este sistema y la publicidad, el carácter ejecutivo de los acuerdos resultantes, la confidencialidad y su efecto sobre los plazos de caducidad y prescripción.

Un somero repaso de los ejes vertebradores de la Directiva demuestra cómo sus objetivos primordiales son, básicamente, facilitar el acceso a modalidades alternativas de solución de conflictos, promover el uso de la mediación, así como la formación inicial y continua de los mediadores y organizaciones especializadas, y asegurar una relación equilibrada entre la mediación y el proceso judicial¹⁷. Esta última idea resulta necesaria para dotar de solidez a esta institución, lo que se consigue mediante previsiones como la incidencia de la mediación en los plazos de prescripción y/o caducidad para ejercitar acciones ante los órganos judiciales, la validez como prueba ante los tribunales de las informaciones y los testimonios vertidos durante la mediación y la eficacia de los acuerdos alcanzados en el procedimiento de mediación¹⁸.

Partiendo de esa mínima regulación, destaca no obstante que el legislador europeo sí haya considerado deseable armonizar en todos los Estados miembros una definición de “mediación”. Por la misma cabe entender “*un procedimiento estructurado, sea cual sea su nombre o denominación, en el que dos o más partes en un litigio intentan voluntariamente alcanzar por sí mismas un acuerdo sobre la resolución de su litigio con la ayuda de un mediador*” (artículo 3.a).

Junto con ello, señala el mismo precepto que este procedimiento puede ser bien iniciado por las partes, bien sugerido u ordenado por un órgano jurisdiccional o prescrito por el Derecho de un Estado miembro. Además, incluye la mediación llevada a cabo por un juez que no sea responsable de ningún procedimiento judicial vinculado a dicho litigio, pero, lógicamente, no incluye las gestiones para resolver el litigio que el órgano jurisdiccional o el juez competentes para conocer de él realicen en el curso del proceso judicial referente a ese litigio, lo que se extiende al supuesto en que el juez solicite asesoramiento de un perito¹⁹.

Por lo que respecta al ámbito de aplicación de la Directiva, son varios los aspectos que deben ser resaltados:

1. En primer lugar, su ámbito de aplicación territorial. La Directiva se aplica a todos los Estados miembros, salvo Dinamarca²⁰. Por el contrario, tanto el Reino Unido como Irlanda comunicaron en el momento oportuno su decisión de participar en la adopción y aplicación de este instrumento²¹.

2. En segundo lugar, su ámbito de aplicación material. La Directiva abarca materias civiles y mercantiles, “*con la salvedad de aquellos derechos y obligaciones que no estén a disposición de las partes en virtud de la legislación pertinente*”. Además, se enumeran una serie de materias expresamente excluidas, que incluyen, en particular, los

¹⁷ CARRETERO MORALES, E.: “Comentarios al anteproyecto de ley de mediación en asuntos civiles y mercantiles”, *Revista Internacional de Estudios de Derecho Procesal y Arbitraje*, nº 1, 2011, p. 12.

¹⁸ ORTIZ PRADILLO, J.C.: “La mediación en asuntos civiles y mercantiles...”, *cit.* en nota 4, p. 7.

¹⁹ Considerando 12 de la Directiva 2008/52/CE.

²⁰ Artículo 1.3 y Considerando 30 de la Directiva 2008/52/CE.

²¹ Artículo 1.3 y Considerandos 29 y 30 de la Directiva 2008/52/CE.

asuntos fiscales, aduaneros o administrativos, así como la responsabilidad del Estado por actos u omisiones en el ejercicio de su autoridad soberana (*acta iure imperii*)²².

Debe entenderse pues que se incluyen las materias civiles y mercantiles disponibles para las partes, incluyendo las relaciones familiares²³, en cuyo ámbito viene desarrollándose la mediación con mayor amplitud en España. E incluso en un sentido expansivo no falta quien advierta que nada impide que, de manera voluntaria, los Estados miembros “se contagien del efecto desbordante de la integración europea” y terminen aplicando el procedimiento de la mediación a todo tipo de asuntos civiles y mercantiles, e incluso pueda extenderse, con los límites consustanciales, a los ámbitos administrativos e incluso, en determinados supuestos, a los penales²⁴.

Lo que sí está claro es que la aproximación europea a las materias civil y mercantil se referirá a ámbitos que en España corresponde enjuiciar, desde luego, a la jurisdicción civil, pero también a la jurisdicción social e incluso podría verse afectada la contencioso-administrativa, dado que es un concepto plenamente asentado en el ámbito de la cooperación judicial civil europea, y respecto del que hay que entender que incluye el contrato individual de trabajo, así como las relaciones del Estado o de las entidades públicas con los particulares en que el primero actúe desprovisto de las prerrogativas del poder público²⁵.

3. En tercer lugar, desde un punto de vista subjetivo, la Directiva comprende a las personas con domicilio o residencia habitual en los Estados miembros²⁶. Se aprecia cómo el legislador europeo utiliza alternativamente dos conexiones de naturaleza distinta, lo que se ha interpretado como la voluntad del legislador de “potenciar el ámbito *rationae personae* en los Estados miembros en los que, a diferencia de España, el domicilio y la residencia habitual pueden ser dos lugares distintos”²⁷.

4. En cuarto y último lugar, pero no por ello menos importante, la Directiva se aplica en principio a los “litigios transfronterizos”, pero el mismo instrumento manifiesta explícitamente su potencial aplicación a las disputas puramente domésticas: “*Las disposiciones de la presente Directiva sólo se refieren a los procedimientos de mediación en litigios transfronterizos, pero nada debe impedir que los Estados miembros apliquen dichas disposiciones también a procedimientos de mediación de carácter nacional*”²⁸. Esta postura favorece una posición monista, por la que ha optado

²² Artículo 1 de la Directiva 2008/52/CE.

²³ Argumenta con rotundidad, frente a quienes no incluyen el Derecho de familia en la Directiva 2008/52/CE, ORTUÑO MUÑOZ, P.: “A propósito del ámbito de la Directiva 2008/52/CE...”, *cit.* en nota 12, p. 3.

²⁴ ORDÓÑEZ SOLÍS, D.: “La Directiva sobre mediación y sus efectos en el Derecho español: ‘fuera de los tribunales también hay justicia’”, *Diario La Ley*, N° 7165, Sección Doctrina, 30 de abril de 2009.

²⁵ CALDERÓN CUADRADO, M^aP. e IGLESIAS BUHIGUES, J.L.: “La mediación como ‘alternativa’...”, *cit.* en nota 3, p. 30.

²⁶ Artículo 2.1 de la Directiva 2008/52/CE.

²⁷ CALDERÓN CUADRADO, M^aP. e IGLESIAS BUHIGUES, J.L.: “La mediación como ‘alternativa’...”, *cit.* en nota 3, p. 31.

²⁸ Considerando 8 de la Directiva 2008/52/CE.

de hecho el legislador español, postura que ya durante el proceso de gestación de la Directiva aparecía en los planes de la Comisión²⁹.

2. La transposición de la Directiva 2008/52/CE en España: la Ley 5/2012 de mediación

Como se ha señalado anteriormente, España ha transpuesto la Directiva de 2008 con retraso, pero al menos el impulso europeo ha servido para que el legislador español adoptara (por fin) una norma sobre mediación de ámbito estatal que se estaba retrasando ya siete largos años³⁰, teniendo en cuenta que el propio legislador español había encomendado tal mandato al Gobierno en la Disposición Final Tercera de la Ley 15/2005, de 8 de julio, por la que se modifica el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de separación y divorcio³¹.

Ahora bien, aún con retraso, se considera que la transposición de esta Directiva al Derecho español supondrá un importante avance para la mediación en nuestro país. Si bien es cierto que ya contábamos con normativa sobre mediación, estatal y autonómica, y que tampoco se trata de la primera vez que la Unión se interesa por esta materia, no lo es menos que en España la mediación sigue necesitada de apoyo para que la ciudadanía le otorgue una oportunidad en la resolución de sus conflictos.

La Directiva ya ha sido transpuesta en nuestro país, y aunque son muchas las críticas y los comentarios que ha suscitado su incorporación al Derecho español, tanto por lo que respecta a la mediación interna como a la transfronteriza, parece que el legislador español ha aprovechado la oportunidad para diseñar un mecanismo que resulte útil para la sociedad, por medio de una regulación extensa de los aspectos clave de la mediación y superando el ámbito en principio establecido por la Directiva, ya que regula numerosos aspectos no mencionados por ésta, como, por otro lado, se esperaba al establecer aquélla un marco de mínimos.

La Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles incluye una definición de “mediación” en su artículo 1, que creemos preciso retomar: “*Se entiende por mediación aquel medio de solución de controversias, cualquiera que sea su denominación, en que dos o más partes intentan voluntariamente alcanzar por sí mismas un acuerdo con la intervención de un mediador*”. Como era previsible, esta

²⁹ La Comisión Europea no pretendía limitar la regulación a los litigios transfronterizos. Ya en 2004 cuando presentó la propuesta de Directiva, apuntaba: “la Comisión considera que introducir la condición explícita de una implicación transfronteriza invalidaría los objetivos de la Directiva propuesta y sería contraproducente para el correcto funcionamiento del mercado interior. Por tanto, la Directiva debe aplicarse a todas las situaciones independientemente de la presencia de elementos transfronterizos en el momento de la mediación o en el momento de los procesos judiciales”. COMISIÓN EUROPEA, Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles, Bruselas, 22 de octubre de 2004, COM (2004) 718 final, apartado 1.2, p. 5.

³⁰ Lo recuerda MAGRO SERVET, V.: “La incorporación al Derecho español de la Directiva 2008/52/CE por el Real-Decreto Ley 5/2012, de 5 de marzo, de mediación en asuntos civiles y mercantiles”, *Diario La Ley*, nº 7852, 7 de mayo de 2012.

³¹ BOE núm. 163, de 9 de julio de 2005.

definición se corresponde a grandes rasgos con la contenida en el artículo 3.a) de la Directiva de 2008. De la misma podemos extraer las tres notas esenciales de este proceso, por las que se distingue de otros mecanismos extrajudiciales de resolución de conflictos: 1. El acuerdo se alcanza por las propias partes; 2. Éstas son asistidas por una tercera persona neutral, el mediador; y 3. La solución no es sugerida ni impuesta por éste.

La delimitación del ámbito de aplicación es igualmente importante. De acuerdo con el artículo 2, la Ley de 2012 se aplica a las mediaciones en asuntos civiles o mercantiles, tanto de naturaleza doméstica como transfronterizas, siempre que no afecten a derechos y obligaciones de los que no puedan disponer las partes en virtud de la legislación aplicable –aunque nada se dice acerca de cuál deba ser esa legislación aplicable a esta cuestión-. Además, en defecto de sometimiento expreso o tácito a esta Ley, la misma regirá cuando, al menos, una de las partes tenga su domicilio en España y la mediación se realice en territorio español. Pero en todo caso quedan excluidas del ámbito de aplicación de la Ley la mediación penal, la desarrollada con las Administraciones públicas, la laboral y la realizada en materia de consumo³².

Por otro lado, la Ley de 2012 consagra los principios “informadores” sobre los que se construye la mediación, los principios de voluntariedad y libre disposición (artículo 6), igualdad de las partes e imparcialidad de los mediadores (artículo 7), neutralidad (artículo 8) y confidencialidad (artículo 9). Además se añaden otras directrices relativas al comportamiento de las partes, básicamente la exigencia de actuar conforme a los principios de lealtad, buena fe y respeto mutuo, lo que implica que no podrán ejercitar contra las otras partes ninguna acción judicial o extrajudicial en relación con su objeto durante el tiempo en que se desarrolle la mediación –salvo la solicitud de las medidas cautelares u otras medidas urgentes imprescindibles para evitar la pérdida irreversible de bienes y derechos-, así como la obligación de que las partes presten colaboración y apoyo permanente a la actuación del mediador, manteniendo la adecuada deferencia hacia su actividad (artículo 10).

El mediador es de hecho una de las figuras clave de esta institución. Ya en el Preámbulo (Apartado III) se concibe como “la pieza esencial” del modelo, puesto que es quien ayuda a encontrar una solución dialogada y voluntariamente querida por las partes. La Ley indica (artículo 11) que pueden ser mediadores las personas naturales que se hallen en pleno ejercicio de sus derechos civiles, siempre que no se lo impida la legislación a la que puedan estar sometidos en el ejercicio de su profesión. Las personas jurídicas que se dediquen a la mediación, sean sociedades profesionales o cualquier otra prevista por el ordenamiento jurídico, deberán designar para su ejercicio a una persona natural que

³² Resulta de interés destacar la mayor amplitud material de la ley estatal en comparación con las leyes autonómicas de mediación vigentes en España. En nuestro país se ha recurrido tradicionalmente a la mediación en asuntos familiares, lo que se ha reflejado en las distintas normas de ámbito regional que desde 2001 vienen regulando esta institución en las distintas Comunidades Autónomas. Actualmente existe algún ejemplo de norma con un mayor alcance material –es el caso, por ejemplo, de la Ley 15/2009, de 22 de julio de 2009, de mediación en el ámbito del Derecho privado de Cataluña (BOE núm. 198, de 17 de agosto de 2009)- pero en general las leyes regionales se ciñen al ámbito familiar.

reúna los requisitos previstos en la Ley, requisitos que se refieren, por ejemplo, a una especial formación³³ y a la suscripción de un seguro de responsabilidad civil³⁴.

Destacaremos por lo demás algunos aspectos del procedimiento de mediación tal y como se regula en la Ley de 2012 (artículos 16 y siguientes). Primero, el inicio de la mediación, teniendo en cuenta que puede darse la situación en que se inicie una mediación estando en curso un proceso judicial, en cuyo caso las partes de común acuerdo podrán solicitar su suspensión de conformidad con lo dispuesto en la legislación procesal. La mediación puede iniciarse por distintas vías: de común acuerdo entre las partes³⁵ o por una de las partes en cumplimiento de un pacto de sometimiento a mediación existente entre las mismas. Deberá formularse una solicitud, lo que se realizará bien ante una institución de mediación bien ante el mediador, que puede haber sido propuesto por una de las partes a las demás o haber sido designado por todas. Además puede trabajar solo, o ser varios los mediadores que trabajarán en un caso, en cuyo caso estarán obligados a coordinarse.

Recibida la solicitud y salvo pacto en contrario de las partes, estas serán citadas por el mediador o la institución de mediación para la celebración de una sesión informativa³⁶, de tal forma que la inasistencia injustificada de cualquiera de las partes se entenderá como desistimiento de la mediación solicitada. Como excepción a la confidencialidad del proceso de mediación, se prevé que la información sobre qué parte o partes no asistieron a la sesión no será confidencial. De celebrarse, el objetivo de esta sesión consistirá en informar a las partes de cuestiones tales como las posibles causas que puedan afectar a su imparcialidad, de su profesión, formación y experiencia, así como

³³ El mediador deberá estar en posesión de título oficial universitario o de formación profesional superior y contar con formación específica para ejercer la mediación, que se adquirirá mediante la realización de uno o varios cursos específicos impartidos por instituciones debidamente acreditadas, que tendrán validez para el ejercicio de la actividad mediadora en cualquier parte del territorio nacional (artículo 11.2). Ahora bien, teniendo en cuenta que la mediación en conflictos transfronterizos presenta una problemática propia, quizá hubiera sido conveniente exigir en este ámbito una formación adecuada en Derecho internacional privado, idiomas y, por qué no, nuevas tecnologías, ya que en no pocas ocasiones se presenta entre partes que se encuentran domiciliadas en países distintos. Se prevé próximamente el desarrollo reglamentario de la formación de los mediadores. Es posible consultar ya el Proyecto de Real Decreto por el que se desarrolla la Ley de mediación en asuntos civiles y mercantiles en materia de formación, registro y aseguramiento de la responsabilidad profesional de los mediadores, de fecha 13 de noviembre de 2012.

³⁴ La aceptación de la mediación obliga a los mediadores a cumplir fielmente el encargo, incurriendo, si no lo hicieren, en responsabilidad por los daños y perjuicios que causaren. Por ello, el mediador deberá suscribir un seguro o garantía equivalente que cubra la responsabilidad civil derivada de su actuación en los conflictos en que intervenga (artículo 11.3), cuyo desarrollo empieza a diseñarse ya en el Proyecto de Real Decreto mencionado en la nota anterior. El perjudicado tendrá acción directa contra el mediador y, en su caso, la institución de mediación que corresponda con independencia de las acciones de reembolso que asistan a esta contra los mediadores. La responsabilidad de la institución de mediación derivará de la designación del mediador o del incumplimiento de las obligaciones que le incumben (artículo 14).

³⁵ En este caso la solicitud deberá incluir la designación del mediador o la institución de mediación en la que llevarán a cabo la mediación, así como el acuerdo sobre el lugar en el que se desarrollarán las sesiones y la lengua o lenguas de las actuaciones (artículo 16.1).

³⁶ También se prevé la posibilidad de que las instituciones de mediación organicen sesiones informativas abiertas para personas que pudieran estar interesadas en acudir a este sistema de resolución de controversias, pero en ningún caso sustituirán a la información prevista en este punto (artículo 17.2).

de las características de la mediación, su coste, la organización del procedimiento o las consecuencias jurídicas del acuerdo que se pudiera alcanzar.

Celebrada tal sesión informativa, el procedimiento de mediación comenzará mediante una sesión constitutiva, de la que se levantará acta, que será firmada por el mediador y las partes y en la que éstas expresarán su deseo de desarrollar la mediación y dejarán constancia de determinados aspectos: la identificación de las partes, la designación del mediador y, en su caso, de la institución de mediación o la aceptación del designado por una de las partes, el objeto del conflicto que se somete al procedimiento de mediación, el programa de actuaciones y duración máxima prevista para el desarrollo del procedimiento –la Ley no establece una duración determinada, se limita a señalar que la duración del procedimiento de mediación será lo más breve posible y sus actuaciones se concentrarán en el mínimo número de sesiones-, la información del coste de la mediación o las bases para su determinación, con indicación separada de los honorarios del mediador y de otros posibles gastos –la Ley consagra una serie de directrices a este respecto³⁷-, la declaración de aceptación voluntaria por las partes de la mediación y de que asumen las obligaciones de ella derivadas y el lugar de celebración y la lengua del procedimiento.

El mediador deberá convocar a las partes para cada sesión con la antelación necesaria, dirigirá las sesiones y facilitará la exposición de sus posiciones y su comunicación de modo igual y equilibrado (artículo 21.1). Hay que tener en cuenta además que se prevé el eventual uso de medios electrónicos, ya que las partes podrán acordar que todas o alguna de las actuaciones de mediación, incluida la sesión constitutiva y las sucesivas que estimen conveniente, se lleven a cabo por este tipo de medios, ya sea por videoconferencia u otro medio análogo de transmisión de la voz o la imagen, siempre que quede garantizada la identidad de los intervinientes y el respeto a los principios de la mediación previstos en esta Ley. Se favorece además que la mediación de controversias que consistan en una reclamación de cantidad no superior a 600 euros se desarrolle preferentemente por medios electrónicos, salvo que su empleo no sea posible para alguna de las partes (artículo 24)³⁸.

Finalmente, el procedimiento de mediación puede concluir con un acuerdo o sin él, bien sea porque todas o alguna de las partes ejerzan su derecho a dar por terminadas las actuaciones, comunicándose al mediador, bien porque haya transcurrido el plazo máximo acordado por las partes para la duración del procedimiento. También puede

³⁷ El coste de la mediación aparece como otro aspecto significativo por lo que supone a la hora de potenciar su utilización. Haya concluido o no con el resultado de un acuerdo, la Ley señala que el coste de la mediación se dividirá por igual entre las partes, salvo pacto en contrario. Se establece asimismo la posibilidad de que tanto los mediadores como la institución de mediación puedan exigir a las partes una provisión de fondos para atender el coste de la mediación. En el caso de que las partes o alguna de ellas no realizaran en plazo la provisión de fondos solicitada, el mediador o la institución, podrán dar por concluida la mediación. No obstante, si alguna de las partes no hubiere realizado su provisión, el mediador o la institución, antes de acordar la conclusión, lo comunicará a las demás partes, por si tuvieran interés en suplirla dentro del plazo que hubiera sido fijado (artículo 15).

³⁸ Véase el Proyecto de Real Decreto por el que se regula el desarrollo de la mediación por medios electrónicos, de fecha 13 de noviembre de 2012.

ocurrir que el mediador aprecie de manera justificada que las posiciones de las partes son irreconciliables o concurra otra causa que determine su conclusión. En cualquier caso, el acta final, que deberá ir firmada por todas las partes y el mediador, determinará la conclusión del procedimiento y, en su caso, reflejará los acuerdos alcanzados de forma clara y comprensible, o su finalización por cualquier otra causa (artículo 22).

El alcance del compromiso dependerá del grado de acuerdo al que se haya llegado entre las partes. El pacto que ponga fin a la controversia puede versar sobre todas las cuestiones sometidas a la mediación, o sobre una parte de las mismas. En todo caso, deberán constar unos extremos enumerados en la Ley³⁹, deberá firmarse por las partes – o sus representantes-, por supuesto, y contra lo convenido en el acuerdo de mediación sólo podrá ejercitarse la acción de nulidad por las causas que invalidan los contratos. Igual de importante es la obligación del mediador de informar a las partes del carácter vinculante del acuerdo alcanzado y de que pueden instar su elevación a escritura pública al objeto de configurar su acuerdo como un título ejecutivo (artículo 23). Ahondaremos de seguido en esta última cuestión.

III. EJECUCIÓN Y CIRCULACIÓN DE ACUERDOS DE MEDIACIÓN

Entre las principales ventajas que presenta la mediación se encuentra el alto grado de cumplimiento de los pactos a los que se llega por medio de este procedimiento. Este alto nivel de satisfacción se debe a la propia naturaleza de la mediación, ya que son las partes las que, llegado el caso, ponen fin al conflicto alcanzando un acuerdo que convenga a todas ellas. A pesar de ello, no deja de ser cierto que no siempre se cumple el acuerdo de manera voluntaria, y que en algunos supuestos se requiere instar su ejecución, por lo que si de lo que se trata realmente es de impulsar este mecanismo extrajudicial de resolución de controversias, la satisfacción de los pactos no puede quedar exclusivamente a la voluntad de las partes.

Dotar de fuerza ejecutiva a los acuerdos resultantes de la mediación es pues uno de los aspectos cruciales con vistas a garantizar la eficacia de este sistema. En el Apartado III del Preámbulo de la Ley 5/2012 de mediación, el legislador español considera que el reconocimiento del acuerdo de mediación como título ejecutivo constituye el “corolario” de la nueva regulación. También la Directiva de 2008 advierte que la mediación no debe considerarse como una alternativa “peor” al proceso judicial, entre otras razones, por el hecho de que el cumplimiento del acuerdo resultante de la mediación dependa de la buena voluntad de las partes⁴⁰.

³⁹ En el acuerdo de mediación deberá constar la identidad y el domicilio de las partes, el lugar y la fecha en que se suscribe, las obligaciones que cada parte asume y que se ha seguido un procedimiento de mediación ajustado a las previsiones de la Ley de 2012, con indicación del mediador o mediadores que han intervenido y, en su caso, de la institución de mediación en la cual se ha desarrollado el procedimiento (artículo 23.1.II).

⁴⁰ Considerando 19 de la Directiva 2008/52/CE.

Como consecuencia de ello, entre otras medidas dirigidas a reforzar el recurso a la mediación, se hacía necesario garantizar que el acuerdo alcanzado tuviera fuerza ejecutiva. Esta necesidad se plasma tanto en la Directiva europea como en la nueva Ley española, y constituye la premisa de partida que permitirá la posterior circulación del acuerdo en la UE como una de las vertientes a desarrollar en el ámbito de la cooperación judicial en materia civil.

1. Ejecución y circulación de acuerdos de mediación en la reciente normativa

Tanto la Directiva europea como la Ley española resultante de la misma abordan la ejecución de los acuerdos de mediación transfronterizos. Veamos en qué medida.

A) En la Directiva 2008/52/CE

La Directiva de mediación contempla el carácter ejecutivo de los acuerdos alcanzados en el artículo 6. El mismo empieza exigiendo en su apartado primero que los Estados miembros garanticen que las partes, o una de ellas con el consentimiento explícito de las demás, puedan solicitar que se dé carácter ejecutivo al contenido de un acuerdo escrito resultante de una mediación. Dotar de fuerza ejecutiva a los acuerdos de mediación era necesario, pero hacerlo a solicitud de ambas partes o de una con el consentimiento explícito de las demás plantea un serio problema.

La concurrencia de voluntades para transformar el acuerdo en título ejecutivo supone un problema en la fase de ejecución al permitir que una de las partes pueda bloquear la ejecución si se opone a dar curso a esta solicitud. Si bien la propia naturaleza de la mediación –en la que son las propias partes las que han alcanzado un acuerdo en principio satisfactorio para todas ellas- permite entender que en la mayoría de los casos la ejecución del acuerdo será voluntaria, y que por lo tanto esta posibilidad es residual, en aquéllos en que no se ejecute voluntariamente se está dejando la ejecución en manos de quien se opone. Por ello, entendemos que la concurrencia de voluntades debería terminar en el momento en que se alcanza el acuerdo y que la ejecución sólo debería depender del interesado en instarla.

En todo caso, continúa señalando el artículo 6 de la Directiva que el contenido de tal acuerdo se hará ejecutivo a menos que, en el caso de que se trate, bien el contenido del mismo sea contrario al Derecho del Estado miembro donde se formule la solicitud, bien la legislación de ese Estado miembro no contemple su carácter ejecutivo. Por ejemplo, si la obligación especificada en el acuerdo no tuviera fuerza ejecutiva por su propia naturaleza⁴¹.

Señala además el apartado segundo de esta misma disposición que el contenido del acuerdo podrá adquirir carácter ejecutivo de diferentes formas: en virtud de sentencia, resolución o “acto auténtico” (documento público) emanado de un órgano jurisdiccional

⁴¹ Considerando 19 de la Directiva 2008/52/CE.

u otra autoridad competente, de conformidad con la legislación del Estado miembro en el que se formule la solicitud.

El acuerdo de mediación válidamente celebrado se convierte en documento público con fuerza ejecutiva desde el momento en que la intervención de una autoridad pública competente le asigna tal carácter. Por ello, se ha requerido a los Estados miembros que comuniquen a la Comisión aquellos órganos jurisdiccionales u otras autoridades competentes para recibir este tipo de solicitudes (apartado 3).

Dotado el pacto final de fuerza ejecutiva, éste podrá ser reconocido y ejecutado en otros Estados miembros de la UE. Indica el apartado cuarto del artículo 6 que lo dispuesto en dicho precepto no afectará a las normas aplicables al reconocimiento y a la ejecución en otro Estado miembro de un acuerdo que haya adquirido carácter ejecutivo de conformidad con el apartado 1. Ya en el Considerando 20 de la Directiva se advierte tajantemente que el contenido de los acuerdos resultantes de la mediación que hayan adquirido carácter ejecutivo en un Estado miembro “debe” ser reconocido y declarado ejecutivo en los demás Estados miembros, de conformidad con la legislación europea o nacional aplicable, lo que se podrá articular, como veremos, por medio de diversos instrumentos europeos dependiendo de la materia objeto del acuerdo.

B) En la Ley 5/2012 de mediación

Las directrices contempladas en la Directiva en cuanto a la ejecución de los acuerdos han sido plasmadas en la legislación española. La Ley de 2012 regula la ejecución de acuerdos resultantes de procesos de mediación, tanto en litigios internos como transfronterizos.

De acuerdo con el artículo 25 de la Ley, las partes podrán solicitar que el acuerdo alcanzado se eleve a escritura pública o se homologue, según se haya alcanzado en un proceso de mediación independiente, en el primer caso, o en el marco de un proceso judicial en curso (la llamada mediación intrajudicial), en el segundo. Esta distinción será asimismo relevante a los efectos de determinar el tribunal competente para la ejecución del acuerdo. Así, señala el artículo 26 que la ejecución de los acuerdos resultado de una mediación iniciada estando en curso un proceso se instará ante el mismo tribunal que homologó el acuerdo. Por el contrario, si se tratase de acuerdos formalizados tras un procedimiento de mediación desarrollado de manera independiente será competente el Juzgado de Primera Instancia del lugar en que se hubiera firmado tal acuerdo, de acuerdo con lo previsto en el apartado 2 del artículo 545 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (LEC 1/2000)⁴².

Para la elevación a escritura pública del acuerdo de mediación, las partes –no se requiere la presencia del mediador- deberán presentarlo ante un notario acompañado de copia de las actas de las sesiones constitutiva y final. El notario deberá verificar que el acuerdo cumple con los requisitos establecidos por la propia Ley de mediación, así

⁴² BOE núm. 7, de 8 de enero de 2000.

como su adecuación a Derecho (artículo 25.1 y 2). Para conocer los honorarios notariales de formalización de los acuerdos de mediación, indica la Disposición Adicional Tercera de esta misma Ley que deberán calcularse de conformidad con los aranceles correspondientes a los “Documentos sin cuantía” previstos en el número 1 del anexo I del RD 1426/1989 por el que se aprueba el arancel de los notarios⁴³.

Por otro lado, sigue diciendo el artículo 25, apartado 3, que en aquellos supuestos en que el acuerdo deba ejecutarse en otro Estado, se requiere escritura pública y además deberán cumplirse necesariamente cuantos requisitos se exijan, en su caso, por los convenios internacionales en que España sea parte y las normas de la UE aplicables. Esta disposición debe interpretarse junto con lo establecido por el artículo 27, que aborda la ejecución de los acuerdos de mediación transfronterizos, diferenciando entre la procedencia de los mismos y la eventual fuerza ejecutiva adquirida en el país de origen.

El artículo 27 de la Ley prevé dos situaciones en cuanto a la ejecución en España de un acuerdo de mediación transfronterizo. En primer lugar, la contemplada en el primer apartado, que hace referencia a aquellos acuerdos que hayan adquirido fuerza ejecutiva en otro Estado –normalmente en aquel en el que se llevó a cabo la mediación- (a). En segundo lugar, la recogida en el segundo apartado, que se refiere a aquéllos que carecen de esa fuerza ejecutiva, al no haber sido dotados de la misma en el extranjero (b).

Nótese no obstante que en todo caso el apartado 3 del artículo 27 contempla la contrariedad manifiesta con el orden público español como única causa de denegación de la ejecución del documento público extranjero; único motivo que, al menos, coincide con normas europeas aplicables.

a) Acuerdos que han adquirido fuerza ejecutiva en el extranjero.

Ahondando en la primera posibilidad, la relativa a la ejecución de acuerdos de mediación que han obtenido fuerza ejecutiva en el extranjero, se distinguen, a su vez, tres supuestos:

1. Primero, aquel en que el acuerdo de mediación con fuerza ejecutiva queda cubierto por el Derecho de la UE, cuya circulación, por tanto, puede articularse con base en alguno de los instrumentos europeos que mencionaremos en el epígrafe siguiente –según la materia objeto de la mediación-, por cuanto se trata de normas que diseñan procedimientos de reconocimiento y ejecución de títulos ejecutivos en materia civil y mercantil, si bien con niveles diferentes, como comentaremos, y con un objetivo ambicioso en mente: la supresión paulatina del procedimiento de exequátur en la UE en

⁴³ BOE núm. 285, de 28 de noviembre de 1989. Modificado por el RD 1612/2011, de 14 de noviembre, por el que se modifican los RD 1426/1989, de 17 de noviembre, y 1427/1989, de 17 de noviembre, por los que se aprueban los aranceles de los notarios y los registradores, así como el Decreto 757/1973, de 29 de marzo, por el que se aprueba el arancel de los registradores mercantiles. BOE núm. 277, de 17 de noviembre de 2011.

ese ámbito material. Hoy algunas materias ya gozan de circulación automática, a las que se van a ir sumando otras gradualmente.

2. Segundo, el supuesto en que el acuerdo proviene de un tercer Estado vinculado con nuestro país por un convenio en la materia, multilateral –básicamente, Convenio de Lugano de 2007- o bilateral. Hay que tener en cuenta en relación con los convenios en vigor entre Estados de la UE que en aquellas materias en que exista un instrumento legislativo europeo, éstos prevalecen sobre tales convenios a partir de su aplicación en el ámbito material coincidente. Asimismo, resulta crucial recordar que la competencia externa⁴⁴ es hoy exclusiva de la Unión, por lo que los Estados miembros no pueden celebrar convenios con terceros Estados en las materias cubiertas por dichos instrumentos europeos.

3. Tercero, todos los demás casos en los que el acuerdo no queda cubierto por el Derecho de la UE ni por un convenio internacional vigente en España, bien porque procede de un tercer Estado con el que no existe convenio alguno que vincule a España con ese país de origen de la decisión, bien porque no queda cubierto por instrumento internacional –europeo o convencional- alguno por razón de la materia. En estos casos, se limita a señalar la Ley de 2012 que un acuerdo de mediación que ya hubiera adquirido fuerza ejecutiva en otro Estado solo podrá ser ejecutado en España cuando tal fuerza ejecutiva derive de la intervención de una autoridad competente que desarrolle funciones equivalentes a las que desempeñan las autoridades españolas.

Ahora bien, la referencia expresa a los acuerdos de mediación extranjeros en las disposiciones de origen estatal aplicables al reconocimiento y la ejecución en España de decisiones foráneas no cubiertas por normas europeas ni convencionales -contenidas en los artículos 952 y siguientes LEC 1881⁴⁵-, obliga también a tener en cuenta este régimen, como se deriva en particular del artículo 955 LEC 1881. Esta disposición se modificó primero en 2003 con el fin de atribuir competencia a los Juzgados de Primera Instancia en el reconocimiento y ejecución de sentencias y demás resoluciones judiciales y arbitrales extranjeras; y posteriormente fue de nuevo modificada por la Ley 11/2011, de 20 de mayo⁴⁶, en su Disposición final primera, para confirmar la regla de competencia anterior en lo que respecta al reconocimiento y ejecución de sentencias y demás resoluciones extranjeras e incluir en su ámbito los acuerdos de mediación, de tal modo que el apartado I del artículo 955 LEC 1881 reza hoy como sigue:

⁴⁴ Así lo ha declarado el TJUE en el Dictamen 1/2003, de 7 de febrero de 2006, a propósito del Convenio de Lugano de 2007. IGLESIAS BUHIGUES, J.L. y ESPLUGUES MOTA, C.: *Derecho internacional privado*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 6ª ed., 2012, p. 84.

⁴⁵ La nueva LEC 1/2000, en su Disposición Derogatoria Única, mantiene provisionalmente en vigor la anterior LEC de 1881, a la espera de una anunciada Ley de Cooperación Jurídica Internacional en materia civil. Véase la Propuesta de Ley realizada por los Profesores Virgós, Heredia, Garcimartín y Díaz en el Boletín del Ministerio de Justicia núm. 2143 de 30 de junio de 2012. Disponible en (última visita el 15 de mayo de 2013):

<http://www.mjusticia.gob.es/cs/Satellite/es/1215198381857/Publicacion/1288777165460/Detalle.html>

⁴⁶ BOE núm. 121, de 21 de mayo de 2011.

“Sin perjuicio de lo dispuesto en los tratados y otras normas internacionales, la competencia para conocer de las solicitudes de reconocimiento y ejecución de sentencias y demás resoluciones judiciales extranjeras, así como de acuerdos de mediación extranjeros⁴⁷, corresponde a los Juzgados de Primera Instancia del domicilio o lugar de residencia de la parte frente a la que se solicita el reconocimiento o ejecución, o del domicilio o lugar de residencia de la persona a quien se refieren los efectos de aquéllas; subsidiariamente la competencia territorial se determinará por el lugar de ejecución o donde aquellas sentencias y resoluciones deban producir sus efectos”.

Además, deberá tenerse en cuenta la necesidad de acreditar la autenticidad del documento público extranjero⁴⁸, de tal suerte que deberá aportarse bien legalizado bien, en su caso, con la Apostilla prevista en el Convenio de la Haya sobre supresión de la legalización en documentos públicos de 1961⁴⁹. En su caso, también deberá ser traducido a lengua oficial española⁵⁰.

b) Acuerdos que no han adquirido fuerza ejecutiva en el extranjero

Si bien la eficacia de la mediación como procedimiento de resolución de controversias depende en gran medida de que se dote de fuerza ejecutiva a los acuerdos de mediación, puede ocurrir que en algún país no se haya previsto esta posibilidad⁵¹, o que sí se haya hecho pero se deje a la voluntad de las partes efectuar alguna actuación extraordinaria para dotar al acuerdo de dicha fuerza y que no se haya realizado en el caso oportuno, normalmente porque la propia naturaleza del asunto no lo ha exigido.

Por ello, era necesario que la Ley de 2012 previera aquellas situaciones en que el acuerdo llega a España sin haber sido dotado de fuerza ejecutiva en el extranjero. Al respecto indica el apartado segundo del artículo 27 que sólo podrá ser ejecutado en nuestro país previa elevación a escritura pública por notario español –entendiendo por tal la autoridad que ejerce funciones notariales en España- a solicitud de las partes, o de una de ellas con el consentimiento expreso de las demás. Varias cuestiones de interés pueden extraerse de esta regla.

En primer lugar, se aprecia cómo el legislador español ha erigido a nuestros notarios en garantes de la eficacia ejecutiva del acuerdo de mediación en el territorio español. Lo que se pretende con esta norma es esencialmente paliar la falta de intervención pública en el país de origen del pacto, lo cual se podría haber conseguido mediante la actuación de otras autoridades nacionales, pero se ha optado por el notario, a quien se ha otorgado

⁴⁷ El énfasis es nuestro.

⁴⁸ Artículo 323 LEC 1/2000.

⁴⁹ BOE núm. 229, de 25 de septiembre de 1978.

⁵⁰ Artículo 144 LEC 1/2000.

⁵¹ Lo que no debería ocurrir en Estados miembros de la UE, por mandato del artículo 6.1 de la Directiva 2008/527CE: “Los Estados miembros garantizarán que las partes, o una de ellas con el consentimiento explícito de las demás, puedan solicitar que se dé carácter ejecutivo al contenido de un acuerdo escrito resultante de una mediación. (...)”.

una función de control de la legalidad del acuerdo de mediación extranjero en aquellas situaciones en que tal control no ha tenido lugar en el país de origen⁵². Siendo así, cabría preguntarse, en segundo lugar, por qué se ha establecido la necesidad de dicho control, cuando no se prevé, por ejemplo, para los laudos arbitrales. Es evidente que arbitraje y mediación cuentan con diferente naturaleza; lo mismo cabe decir de los laudos arbitrales y los acuerdos resultantes de la mediación. Pero hablamos en definitiva de títulos ejecutivos derivados de una actuación privada, no de autoridades públicas, que permiten adoptar medidas de ejecución forzosa. El art. 45.1 de Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje⁵³, garantiza ese carácter ejecutable del laudo, estableciéndose un mecanismo privilegiado que facilita su circulación internacional por medio del régimen del Convenio de Nueva York de 1958, sobre el reconocimiento y la ejecución de las sentencias arbitrales Extranjeras⁵⁴ -a falta de convenio internacional más favorable al reconocimiento-.

En el caso de la mediación, sin embargo, aun cuando dicho control pudiera contar con una cierta justificación, se ha establecido una exigencia que podría dificultar la circulación internacional de los pactos por los que se alcance una solución a los conflictos. En definitiva, se está poniendo en riesgo el recurso a la mediación desde una perspectiva transfronteriza, dado que se están consignando condiciones para su plena eficacia que no requieren otros mecanismos de resolución de conflictos con los que compite internacionalmente.

Por último, también se puede extraer de esta disposición la importancia que se otorga a la autonomía de la voluntad de las partes para elevar el acuerdo a escritura pública, de la misma manera que se observa a lo largo de todo el procedimiento de mediación⁵⁵, pero por lo que respecta a la iniciativa para elevar el acuerdo a escritura pública, se plantea el mismo problema expuesto anteriormente al analizar el artículo 6 de la Directiva de 2008. Éstas deben solicitar conjuntamente la intervención notarial si persiguen que el acuerdo tenga eficacia ejecutiva en España, o debe solicitarlo una de las partes con el consentimiento expreso de las demás, por lo que no cabría la posibilidad de que pudiera llevar a cabo tal solicitud únicamente una de ellas, ni de que la otra parte la aceptara tácitamente.

En consecuencia, y aunque vaya a suceder en contadas ocasiones, puede plantearse el eventual bloqueo de la ejecución si alguna de las partes se opone a la misma. Es sin duda un aspecto a revisar si de lo que se trata es de promocionar el recurso a la mediación. Este objetivo requeriría garantizar la ejecución forzosa del acuerdo en el

⁵² YBARRA BORES, A.: “Mediación familiar internacional, la Directiva sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles y su incorporación al Derecho español”, *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, nº 23, 2012, pp. 24-25.

⁵³ BOE núm. 309, de 23 de diciembre de 2003. Téngase en cuenta al respecto la mencionada Ley 11/2011, de 20 de mayo, de reforma de la Ley 60/2003.

⁵⁴ Instrumento de adhesión en BOE núm. 164, de 11 de julio de 1977.

⁵⁵ Véase sobre la importancia de la autonomía de la voluntad en la mediación PALAO MORENO, G.: “Autonomía de la voluntad y mediación en conflictos transfronterizos en el Real Decreto-Ley 5/2012”, *Diario La Ley*, nº 7847, 2012.

caso de que el mismo no se ejecutara de manera amistosa, lo que no puede depender de nuevo de las dos partes. Aunque una de ellas se oponga, la otra debería poder ejecutar.

A modo de resumen, los acuerdos de mediación extranjeros pueden ser ejecutados en España, y el régimen aplicable a esta cuestión dependerá de la procedencia de los mismos y la eventual fuerza ejecutiva adquirida en el país de origen. En el caso de aquéllos dotados de fuerza ejecutiva que pudieran quedar cubiertos por Derecho europeo, pueden desplegar efectos ejecutivos en nuestro país en aplicación de un número creciente de Reglamentos en materia civil y mercantil. Analizaremos a continuación la circulación de documentos públicos en la UE como régimen del que se pueden beneficiar los acuerdos de mediación cuando se pretende su ejecución de unos Estados miembros a otros.

2. Circulación de acuerdos de mediación en la Unión Europea como documentos públicos con fuerza ejecutiva

Tal y como se viene advirtiendo desde el principio, garantizar la circulación de acuerdos de mediación de unos Estados miembros de la UE a otros constituye un factor clave para el éxito de este sistema de resolución de conflictos en Europa en asuntos internacionales. En este escenario, ya se ha señalado que los acuerdos de mediación que recaigan dentro del ámbito de aplicación material de determinados Reglamentos pueden beneficiarse del régimen establecido por éstos, siempre que, debemos añadir, cumplan los requisitos que se exigen a las decisiones cubiertas por los mismos. Esto es, siempre que circulen como “documentos públicos”, tal y como quedaron definidos por el (entonces) Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas al interpretar este concepto en el ámbito del Convenio de Bruselas de 1968 relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil (CB 1968)⁵⁶.

El concepto autónomo de documento público fue proporcionado por la sentencia de 17 de junio de 1999 dictada en el asunto *Unibank*⁵⁷, que interpretó estos términos al ser preguntado por el *Bundesgerichtshof* alemán acerca de la aplicación del CB 1968 a un documento de crédito formalizado en Dinamarca. Concretamente se planteó ante el TJUE si un documento de crédito de un banco danés contra un particular que había sido firmado por el deudor ante un empleado del banco –por lo tanto, sin la intervención de un funcionario estatal- constituía un documento público a los efectos de la aplicación del artículo 50 CB 1968⁵⁸, que los equiparaba a las resoluciones judiciales en cuanto a su ejecución en un Estado miembro distinto al de su expedición.

⁵⁶ DO L 299, de 31 de diciembre de 1972. A pesar de tratarse de un instrumento de base intergubernamental, el Protocolo de Luxemburgo de 3 de junio de 1971 ha permitido que se haya creado un importante cuerpo de jurisprudencia del Tribunal de Justicia interpretando el CB 1968. Cada Estado que se iba adhiriendo al mismo se adhería igualmente al Protocolo. GAUDEMET-TALLON, H.: *Compétence et exécution des jugements en Europe*, LGDJ, Paris, 2010, pp. 4-5.

⁵⁷ Asunto C-260/97, *Unibank. F.G. Christensen* [1999] ECR I-3715, para. 15.

⁵⁸ Art. 50 CB 1968: “1. Los documentos públicos con fuerza ejecutiva, formalizados en un Estado contratante, serán declarados ejecutorios, a instancia de parte, en otro Estado contratante, con arreglo

La respuesta fue negativa. El TJUE consideró que los documentos que “merecen” el beneficio del régimen de Bruselas son aquellos “revestidos de una cierta cualificación proveniente precisamente de la intervención de un funcionario público y de su actividad intelectual y apreciativa (...)”, esto es, que denotan una “presunción de exactitud y certeza que acompaña la actuación de un oficial público”, notas que no se daban en el asunto en cuestión, donde la autenticidad no había sido establecida por una autoridad pública o por cualquier otra autoridad habilitada a tal fin por el Estado de origen. Por ello, no se trataba de un documento público en el sentido del artículo 50 CB 1968, como lo pudieran ser otros formalizados por actuantes públicos, como notarios, Registradores de la propiedad y mercantiles, cancilleres, corredores de comercio u otros funcionarios públicos legalmente facultados en el ejercicio de sus funciones. En definitiva, autoridades revestidas con tal carácter en el ordenamiento jurídico del Estado de otorgamiento⁵⁹.

Junto con la naturaleza pública de la autoridad emisora del documento, el CB 1968 exigía una segunda y esencial característica acumulativa a los documentos públicos susceptibles de entrar en las reglas de ejecución: según indica el artículo 50.1 CB 1968, los documentos públicos han de contar con “fuerza ejecutiva”⁶⁰ en virtud del ordenamiento jurídico conforme al cual fueron emitidos⁶¹. Esta nota –la fuerza ejecutiva del documento- fue también considerada por el TJUE en el asunto *Unibank*.

Recordaba el Tribunal entonces que el Informe Jenard-Möller sobre el Convenio relativo a la competencia judicial y a la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil celebrado en Lugano el 16 de septiembre de 1988, o simplemente, Convenio de Lugano de 1988 (CL 1988)⁶², paralelo al CB 1968 –ya que el informe Jenard sobre el CB 1968 no indica los criterios que deben seguir los documentos públicos-, señala en su apartado 72 que los representantes de los Estados miembros de la Asociación Europea de Libre Comercio (AELC) solicitaron que se precisaran las condiciones que debe satisfacer un documento público para ser considerado “ejecutivo”

al procedimiento previsto en los artículos 31 y siguientes (...)”, preceptos relativos a la ejecución de resoluciones judiciales.

⁵⁹ MASEDA RODRÍGUEZ, J.: “El concepto de documento público: jurisdicción territorialmente competente para la ejecución en el marco del Convenio de Bruselas de 1968”, *Diario La Ley*, 1999-3, p. 2145.

⁶⁰ La armonización europea empieza a interesarse ahora por armonizar los eventuales efectos probatorios o registrales que un documento público emitido en un Estado pueda desplegar en un Estado distinto a aquél, rigiéndose estos aspectos en este momento, por tanto, por las respectivas normas de origen estatal. De momento se aprecia una primera apertura hacia el reconocimiento de efectos probatorios en algunas materias, como sucesiones, régimen económico matrimonial y parejas de hecho registradas. Véase con más detalle este interés primigenio del legislador europeo en FONT I MAS, M.: “Documentos públicos no judiciales extranjeros: *excursus* en la regulación europea y su adaptación en la legislación interna española”, en BORRÁS, A. y GARRIGA, G.: *Adaptación de la legislación interna a la normativa de la Unión Europea en materia de cooperación civil. Homenaje al Prof. Dr. Ramón Viñas Farré*, Marcial Pons, Barcelona, 2012, pp. 163 y 177 y ss.

⁶¹ En el caso de España, véase la enumeración contenida en el artículo 517 LEC 1/2000, según el cual la acción ejecutiva deberá fundarse en un título que tenga aparejada ejecución de entre los enumerados en dicha disposición.

⁶² DO C 189, de 28 de julio de 1990.

con arreglo al artículo 50 CL 1988, destacando al efecto tres requisitos: 1. el establecimiento de la fuerza ejecutiva por una autoridad pública; 2. dicha fuerza ejecutiva deberá abarcar el contenido y no sólo, por ejemplo, la firma; y 3. el documento deberá ser ejecutivo en sí mismo en el Estado en el cual haya sido establecido.

Por ende, los documentos públicos, y, con ello, los acuerdos de mediación incluidos en tales documentos, que pueden beneficiarse del régimen de circulación de los Reglamentos europeos son aquéllos emitidos por una autoridad pública que sean auténticos no sólo en cuanto a la forma sino también en cuanto al contenido y ejecutorios en el Estado de origen. Más adelante, algunos instrumentos europeos procederían a repetir esta definición, como los Reglamentos sobre créditos no impugnados⁶³, sobre reclamaciones internacionales de alimentos⁶⁴ o el nuevo Reglamento sobre sucesiones por causa de muerte⁶⁵.

Pero con definición o sin ella, son varios los instrumentos que proporcionan actualmente un marco legal para la circulación de acuerdos de mediación plasmados en documentos públicos en la UE, a los que seguirán otros próximamente. Realizaremos un somero repaso del sistema vigente, al que seguirá una visión general de ciertos instrumentos futuros y algunas iniciativas, más o menos ciertas, que se están diseñando en la actualidad.

A) Presente

El Derecho internacional privado europeo se conforma hoy en día por un abanico de Reglamentos de los que se pueden beneficiar los ciudadanos que pretendan utilizar ciertos documentos públicos en Estados miembros distintos a aquéllos en que fueron

⁶³ En cuanto al Reglamento (CE) N° 805/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de abril de 2004, por el que se establece un título ejecutivo europeo para créditos no impugnados (DO L 143, de 30 de abril de 2004), el artículo 3.4 indica que constituye “*documento público con fuerza ejecutiva*”: un documento formalizado o registrado como documento público con fuerza ejecutiva, y cuya autenticidad: i) se refiera a la firma y al contenido del instrumento, y ii) haya sido establecida por un poder público u otra autoridad autorizada con este fin por el Estado miembro de donde provenga.

⁶⁴ Por su parte, el Reglamento (CE) N° 4/2009 del Consejo, de 18 de diciembre de 2008, relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones y la cooperación en materia de obligaciones de alimentos (DO L 7, de 10 de enero de 2009) vuelve a considerar “*documento público con fuerza ejecutiva*” en su artículo 2.3: a) un documento en materia de obligaciones de alimentos formalizado o registrado como documento público con fuerza ejecutiva en el Estado miembro de origen y cuya autenticidad: i) se refiera a la firma y al contenido del instrumento, y ii) haya sido establecida por un poder público u otra autoridad autorizada a tal efecto; o bien b) un acuerdo en materia de obligaciones de alimentos, celebrado ante las autoridades administrativas del Estado miembro de origen o formalizado por ellas.

⁶⁵ De la misma manera, el Reglamento (UE) N° 650/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de julio de 2012, relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones, a la aceptación y la ejecución de los documentos públicos en materia de sucesiones mortis causa y a la creación de un certificado sucesorio europeo (DO L 201, de 27 de julio de 2012) considera “*documento público*” aquél que en materia de sucesiones haya sido formalizado o registrado en tal concepto en un Estado miembro y cuya autenticidad: i) se refiera a la firma y al contenido del documento, y ii) haya sido establecida por un poder público u otra autoridad autorizada a tal efecto por el Estado miembro de origen.

otorgados, incluyendo los acuerdos de mediación incluidos en documentos públicos con fuerza ejecutiva. Pero la situación no siempre fue esa, por dos razones.

1) La primera, porque la UE, o CEE en origen, no se interesó desde el principio por transformar Europa en un único espacio europeo de circulación de personas. Fue con el Tratado de la Unión Europea firmado en Maastricht el 7 de febrero de 1992 cuando la Comunidad Europea fue más allá de la finalidad económica originaria, plasmada en la creación de un mercado común, abriendo el camino hacia la integración política. Actualmente y desde el Tratado de Ámsterdam de 1997 se ha configurado un “Espacio de libertad, seguridad y justicia” –con base hoy por hoy en el Título V TFUE– con el objetivo de asegurar la libre circulación de personas y un alto nivel de protección para los ciudadanos⁶⁶, lo que actualmente se refleja en el Programa de Estocolmo para el periodo 2010-2014⁶⁷. En el mismo, y entre las prioridades para el área de libertad, seguridad y justicia, la UE persigue fortalecer dicho ámbito por medio de la implantación de un verdadero espacio europeo de justicia. Y es que en la actualidad es una realidad constatada que con los años han aumentado las relaciones privadas transfronterizas dentro de las fronteras de la Unión, fenómeno que requería necesariamente de la atención del legislador⁶⁸.

2) La segunda, porque la UE no siempre tuvo competencia para legislar en este área del Derecho. La aprobación del mencionado Tratado de Ámsterdam de 1997 marcó un punto de inflexión en la capacidad legislativa de la Unión Europea en esta disciplina y por eso es considerado el cambio más importante del siglo XX en el Derecho internacional privado europeo⁶⁹, pero hasta ese momento se desarrollaba a nivel

⁶⁶ Se ha destacado de hecho que mediante su establecimiento se plasma una “expresa voluntad de dar contenido real a la creación de una ciudadanía común [...] y a facilitar la libre circulación de personas, garantizando al mismo tiempo la seguridad y la protección de los pueblos”. ÁLVAREZ RUBIO, J.J.: “El Tratado de Lisboa y la plena comunitarización del espacio de libertad, seguridad y justicia”, *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, nº 15, 2008, p. 3; véase también CHICHARRO LÁZARO, A.: “El Tratado de Lisboa y el Programa de Estocolmo: los nuevos retos de la cooperación judicial en materia civil”, *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, nº 20, 2010.

⁶⁷ DO C 115, de 4 de mayo de 2010. Disponible en (última visita el 15 de mayo de 2013): <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2010:115:0001:0038:es:PDF>

⁶⁸ En este sentido, se ha asegurado que “el objetivo del Derecho internacional privado comunitario es facilitar la movilidad del ciudadano comunitario. Los movimientos de población no son por consiguiente un dato de la realidad al que se atiende sino que constituyen la ratio de la norma. De lo que se trata es de crear un espacio judicial común para un ciudadano europeo que tiene derecho a desplazarse libremente por Europa”. GONZÁLEZ BEILFUSS, C.: “Relaciones e interacciones entre Derecho comunitario, Derecho internacional privado y Derecho de familia europeo en la construcción de un espacio judicial común”, *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*, Nº 4, 2004, p. 186.

⁶⁹ BORRÁS, A.: “Derecho internacional privado y Tratado de Ámsterdam”, *Revista Española de Derecho Internacional*, núm. 51-2, 1999, p. 383. Para ahondar en los cambios que tuvieron lugar desde el Tratado de Ámsterdam, véanse, entre otros, BASEDOW, J.: “European Conflict of Laws Under the Treaty of Amsterdam” en BORCHERS, P. y ZEKOLL, J. (ed.): *International Conflicts of Laws for the Third Millenium. Essays in Honor of Friedrich K. Juenger*, Brill, New York, 2001, p. 175; GARDEÑES SANTIAGO, M.: “El desarrollo del Derecho internacional privado tras el Tratado de Ámsterdam: los artículos 61 c) y 65 TCE como base jurídica”, *Revista de Derecho comunitario europeo*, núm. 11, 2002, p. 234; RUEDA VALDIVIA, R.: “La unificación europea del Derecho conflictual: presente y futuro” en

intergubernamental. Así, los primeros instrumentos que dieron cabida a la circulación de documentos públicos en Europa fueron fruto de la celebración de convenios internacionales entre los Estados miembros⁷⁰. A destacar, los mencionados CB 1968 y CL 1988.

Superada esa etapa, la UE inició años atrás un dinámico proceso de armonización del Derecho internacional privado desde que se le confiriera competencia para regular los conflictos de leyes “horizontales”⁷¹, una competencia legislativa que se construye hoy fundamentalmente sobre el artículo 81 TFUE (antiguo artículo 65 TCE). De acuerdo con el primer apartado de este precepto, “*La Unión Europea desarrollará una cooperación judicial en asuntos civiles con repercusión transfronteriza, basada en el principio de reconocimiento mutuo de las resoluciones judiciales y extrajudiciales. Esta cooperación podrá incluir la adopción de medidas de aproximación de las disposiciones legales y reglamentarias de los Estados miembros*”.

Así pues, el “reconocimiento mutuo de las resoluciones (...) extrajudiciales” como “principio”, entre otros, sobre el cual debe desarrollar la UE una “cooperación judicial en asuntos civiles con repercusión transfronteriza” constituye un eje principal en la actualidad. El mismo que se proclama también en el artículo 67.4 TFUE, que se incardina en el Título V dedicado al “Espacio de libertad, seguridad y justicia”, y según el cual “*La Unión facilitará la tutela judicial, garantizando en especial el principio de reconocimiento mutuo de las resoluciones judiciales y extrajudiciales en materia civil*”.

Tal reconocimiento mutuo se ha venido estableciendo paulatinamente en algunos ámbitos, donde la circulación de documentos públicos no judiciales es ya una realidad, pero todavía faltan otros por abordar en el proceso de construcción de la libertad de circulación de personas, donde además se intuye que va a ser mucho más complicado extender este objetivo ante los enraizados valores y tradiciones nacionales en juego vinculados sobre todo al concepto de “familia”. Ahora bien, guste o no, la evolución del Derecho europeo está tendiendo hacia ese camino. Con el tiempo, el principio de confianza mutua se ha ido extendiendo con el impulso de las iniciativas de la Comisión, de la misma manera que el alcance material objeto de armonización se ha ido ampliando, abarcando cada vez más materias civiles y mercantiles y dando paso a un interés creciente por las materias de Derecho de familia⁷² hasta tal punto que ya se puede afirmar que “el desarrollo de un Derecho de familia internacional europeo está en la agenda”⁷³.

SÁNCHEZ LORENZO, S. y MOYA ESCUDERO, M. (eds): *La cooperación judicial en materia civil y la unificación del Derecho privado en Europa*, Dykinson, Madrid, 2003, pp. 151 y 153.

⁷⁰ AGUILAR GRIEDER, H.: “La cooperación judicial internacional en materia civil en el Tratado de Lisboa”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 2, núm. 1, 2010, p. 312.

⁷¹ WILDERSPIN, M. y ROUCHAUD-JOET, A.M.: “La compétence externe de la Communauté européenne en droit international privé”, *Revue critique de droit international privé*, núm. 93, 2004, p. 2.

⁷² BOELE-WOELKI, K. et al: *Principles of European Family Law Regarding Divorce and Maintenance Between Former Spouses*, Intersentia, Oxford, 2004, p. 1.

⁷³ MARTINY, D.: “Objectives and values of (private) international Law in family Law”, en MEEUSEN, J., PERTEGÁS, M., STRAETMANS, G. y SWENNEN, F. (eds): *International Family Law for the European Union*, Intersentia, Oxford, 2007, p. 70.

Partiendo de esta evolución de corte material, la regulación actual de la circulación de documentos públicos en la UE se encuentra diseminada en un conjunto de Reglamentos de contenido dispar según su ámbito de aplicación material, a saber: el Reglamento N° 1346/2000 sobre procedimientos de insolvencia⁷⁴, el Reglamento N° 44/2001, de 22 de diciembre, sobre competencia judicial internacional, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, (Reglamento Bruselas I)⁷⁵, el Reglamento N° 2201/2003 sobre materia matrimonial y responsabilidad parental (Reglamento Bruselas II bis)⁷⁶, el Reglamento N° 805/2004 sobre el Título Ejecutivo Europeo para créditos no impugnados⁷⁷ y el Reglamento N° 4/2009 sobre alimentos⁷⁸.

El “nivel de reconocimiento” difiere según el instrumento⁷⁹. Mientras unos contemplan el “reconocimiento automático” de decisiones de unos Estados miembros a otros, otros todavía requieren acudir a un determinado procedimiento para que una resolución judicial o un documento público expedido en un Estado miembro pueda producir efectos ejecutivos en otro. Pero aunque en estos momentos impere esta situación heterogénea en lo relativo a los distintos niveles de reconocimiento intracomunitario, lo cierto es que en la última década se aprecia una tendencia hacia la libre circulación de decisiones dentro de la UE, que se ha venido reflejando en primer lugar a nivel político⁸⁰ y paulatinamente también en el plano legislativo en determinados ámbitos, por lo que se ha considerado que venimos asistiendo de un tiempo a esta parte a un “largo proceso de evanescencia del exequátur europeo”⁸¹.

En cualquier caso, en este escenario integrado se contempla como regla general la remisión al régimen diseñado para las resoluciones judiciales, lo que denota que la circulación de documentos públicos no judiciales aún no ha sido dotada de una personalidad propia. Ante esta situación, no son pocos los que reclaman un tratamiento

⁷⁴ DO L 160, de 30 de junio de 2000. Artículos 19 y 22.

⁷⁵ DO L 12, de 16 de enero de 2001. Artículos 56 y 57.

⁷⁶ DO L 338, de 23 de diciembre de 2003. Artículos 46 y 52.

⁷⁷ DO L 143, de 30 de abril de 2004. Artículos 4.3 y 25.

⁷⁸ DO L 7, de 10 de enero de 2009. Artículos 2.3 y 48.

⁷⁹ Para un análisis más amplio de los distintos “niveles” de circulación de decisiones en el seno de la Unión, véase ORÓ MARTÍNEZ, C.: “Control de orden público y supresión del exequátur en el espacio de libertad, seguridad y justicia: perspectivas de futuro”, *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*, t. IX, 2009, pp. 204-209. Para ahondar en la evolución del reconocimiento en la Unión, véase DE MIGUEL ASENSIO, P.A.: “Espacio europeo de justicia: evolución y perspectivas en el sector del reconocimiento y ejecución de decisiones”, *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*, t. VI, 2006, pp. 447 y ss; ADROHER BIOSCA, S. & CAMPUZANO DÍAZ, B. (coords.): *Hacia la supresión del exequátur en el espacio judicial europeo: el título ejecutivo europeo*, Universidad de Sevilla, Secretariado de Publicaciones, 2006; ESPINIELLA MENÉNDEZ, Á.: “La “europeización” de decisiones de Derecho privado”, *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. LX, 2008-1, pp. 39 y ss; CARBONE, S.M.: *Lo spazio giudiziario europeo in materia civile e commerciale. Da Bruxelles I al regolamento CE n. 805/2004*, G. Giappichelli, Torino, 2006; AGUILAR GRIEDER: H., “La cooperación judicial internacional civil...”, *cit.* en nota 70, p. 317.

⁸⁰ ORÓ MARTÍNEZ, C.: “Control de orden público...”, *cit.* en nota 79, p. 202.

⁸¹ VAN DROOGHENBROECK, J.F. y BRIJS, S. : *Un titre exécutoire européen*, Bruxelles, Larcier, 2006, p. 23.

diferenciado para este tipo de documentos extrajudiciales, sobre todo desde el gremio notarial⁸².

Junto con lo anterior, se aprecia asimismo cómo el régimen previsto en los distintos instrumentos adolece de falta de unificación y, más grave aún, de coherencia, dado que en ocasiones se hace referencia únicamente al sistema de ejecución mientras en otras también al de reconocimiento. Es decir, mientras algunos Reglamentos remiten únicamente al régimen de ejecución de decisiones judiciales en lo relativo a la circulación de documentos públicos, otros prevén que estos últimos se reconozcan y ejecuten en las mismas condiciones que las resoluciones emanadas de órganos judiciales. Respecto de esta segunda situación, algunos autores aprueban la “equivalencia funcional” existente entre decisiones judiciales y documentos públicos. Sin embargo, otros prefieren entender que en este segundo caso se trata simplemente de un error de redacción, ya que no se puede hablar de reconocimiento de documentos públicos en el mismo sentido y con el mismo contenido que se utiliza este término en el escenario judicial⁸³.

Una última nota común que resulta imprescindible destacar es la supresión del requisito de la legalización para los documentos que figuren dentro del alcance de los distintos Reglamentos, incluyendo con ello la Apostilla consagrada en el mencionado Convenio de La Haya de 1961, que se encuentra ya en vías de desaparición en la UE porque a pesar de valorarse positivamente su innegable contribución, lo cierto es que sigue constituyendo un obstáculo a la libertad de circulación en Europa.

B) Futuro

Mirando al futuro, la revolución (o evolución)⁸⁴ normativa que está teniendo lugar en la UE en los últimos años sigue desarrollándose, y con ella, siguen ampliándose las posibilidades de que los ciudadanos puedan utilizar documentos públicos otorgados en Estados miembros distintos a aquellos en que fueron otorgados y, con ello, que puedan ejecutar acuerdos de mediación en otros Estados miembros. Así lo demuestran diferentes iniciativas por las que nos interesaremos en este momento.

Por un lado, una vía que se abrirá en algo más de dos años en el marco del recientemente publicado Reglamento sobre sucesiones por causa de muerte. Por otro lado, dos instrumentos que posibilitarán la circulación de documentos a medio plazo que tienen hoy forma de Propuestas de Reglamento: la primera sobre régimen

⁸² Se aprecia por ejemplo en la respuesta del Consejo de Notarios de la Unión Europea al Libro Verde sobre la modificación del Reglamento N° 44/2001. Disponible en (última visita el 15 de mayo de 2013): <http://www.notaries-of-europe.eu/files/position-papers/2011/Bx1%20I-Refonte-Position-04-03-11-EN.pdf>

⁸³ PÉROZ, H. y FONGARO, É.: *Droit international privé patrimonial de la famille*, Litec, Paris, 2010, p. 39.

⁸⁴ Véase el debate que existe al respecto en AZCÁRRAGA MONZONÍS, C.: “An Old Issue from a Current Perspective: American and European Private International Law”, *Yearbook of Private International Law*, vol. 12, 2010.

económico matrimonial y la segunda sobre los efectos patrimoniales de parejas de hecho registradas.

Y, por último, dos iniciativas que comparten un futuro aún algo incierto, pero muy prometedor por cuanto pueden suponer múltiples ventajas para los ciudadanos europeos, y que incluyen, por un lado, la eventual creación de un “documento público europeo”, y, por otro lado, una nueva Propuesta de Reglamento que persigue facilitar la libertad de circulación de los ciudadanos y de las empresas a través de la simplificación de la aceptación de determinados documentos públicos en la Unión Europea.

a) Futuro a corto plazo: la circulación de documentos públicos en materia de sucesiones por causa de muerte.

La materia sucesoria cuenta indudablemente con una significativa dimensión extrajudicial, que ha quedado plasmada en el más reciente Reglamento de cuantos componen el Derecho internacional privado europeo: el Reglamento (UE) N° 650/2012 del Parlamento y del Consejo, de 4 de julio de 2012, relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones, a la aceptación y la ejecución de los documentos públicos en materia de sucesiones mortis causa y a la creación de un certificado sucesorio europeo⁸⁵, que será plenamente aplicable a partir del 17 de agosto de 2015⁸⁶ y que ha conseguido aunar en un instrumento una regulación omnicompreensiva de las sucesiones internacionales a pesar de la heterogeneidad existente en Europa sobre el tratamiento de esta materia.

La materia sucesoria se ha excluido tradicionalmente del proceso armonizador europeo, pero la adopción de un instrumento en materia de sucesiones ya figuraba entre las prioridades del Plan de Acción de Viena de 1998. El Proyecto de medidas para la aplicación del principio de reconocimiento mutuo de las resoluciones judiciales en materia civil y mercantil de 2000 también previó la elaboración de un instrumento en este ámbito. Y más recientemente, el mencionado Programa de La Haya invitó a la Comisión a presentar un Libro Verde que abordara la problemática en su conjunto: competencia, ley aplicable, reconocimiento y medidas administrativas (certificado de últimas voluntades, registro de los testamentos)⁸⁷.

Como decíamos, la sucesión por causa de muerte constituye uno de los ámbitos en los que tradicionalmente viene adquiriendo una importancia señalada la práctica extrajudicial. Un porcentaje elevado de controversias relacionadas con herencias se resuelven fuera de los tribunales, y la extrapolación de esta realidad al escenario transfronterizo plantea problemas propios relacionados con el reconocimiento y la ejecución de documentos otorgados por autoridades públicas extranjeras, esencialmente notarios. Aunque no es esta la única dificultad. La diversidad tanto de las normas de

⁸⁵ DO L 201, de 27 de julio de 2012.

⁸⁶ Artículo 84.

⁸⁷ Libro Verde sobre sucesiones y testamentos. COM(2005) 65 final. Disponible en (última visita el 15 de mayo de 2013):

http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/site/es/com/2005/com2005_0065es01.pdf

Derecho material como de las normas de competencia internacional y ley aplicable, la multiplicidad de autoridades a las que se puede someter una sucesión internacional, así como el fraccionamiento de las sucesiones que puede resultar de estas normas divergentes, constituyen serios obstáculos a la libre circulación de las personas en la Unión.

El nuevo Reglamento pretende afrontar estos problemas, que durante el periodo de negociación del instrumento afectaban a unas 50.000 sucesiones al año en Europa⁸⁸. Las cifras justificaban plenamente su adopción, sobre todo porque aquellos datos apuntaban a que la proporción de sucesiones transfronterizas iba a incrementar en el futuro, en parte por el aumento de no nacionales entre la población mayor de los Estados miembros, y en parte también por el incremento de personas que poseen propiedades en diferentes países⁸⁹. Se estima que más de tres millones de inmuebles son propiedad de ciudadanos europeos residentes en Estados miembros distintos a su localización. Por ejemplo, se ha constatado que entre 800.000 y 1.000.000 de alemanes poseen inmuebles en España, Italia y Francia⁹⁰. Ahora, por fin contamos con un instrumento cuyo principal objetivo es permitir a las personas que residen en la UE organizar por anticipado su sucesión y garantizar de manera eficaz los derechos de los herederos o legatarios y de las demás personas vinculadas al difunto, así como de los acreedores de la sucesión.

Por lo que respecta a la circulación de documentos públicos en esta área, incluyendo aquí los acuerdos de mediación que recaigan sobre esta materia y que se eleven posteriormente a escritura pública, volvemos a confirmar el mismo concepto de documento público contemplado en instrumentos anteriores y, además, a los efectos del Reglamento se entenderá por “tribunal” todo órgano judicial y todas las demás autoridades y profesionales del Derecho con competencias en materia de sucesiones que ejerzan funciones jurisdiccionales o que actúen por delegación de poderes de un órgano judicial, o actúen bajo su control, siempre que tales autoridades y profesionales del Derecho ofrezcan garantías en lo que respecta a su imparcialidad y al derecho de las partes a ser oídas, y que sus resoluciones, dictadas con arreglo al Derecho del Estado miembro en el que actúan puedan ser objeto de recurso o revisión ante un órgano judicial, y tengan además fuerza y efectos análogos a los de la resolución de un órgano judicial sobre la misma materia (artículo 3).

El artículo 60 indica, por otro parte, que los documentos públicos que tengan fuerza ejecutiva en el Estado miembro de origen serán declarados documentos con fuerza ejecutiva en otro Estado miembro a petición de cualquiera de las partes interesadas de conformidad con el procedimiento previsto en los artículos 45 a 58, que regulan la

⁸⁸ Anexo al Libro Verde sobre sucesiones y testamentos. SEC (2005) 270, pp. 4-5.

⁸⁹ HAUSMANN, R.: “Community Instrument on International Successions and Wills”, en BARUFFI, M.C. y PANICO, R.C.: *Le nuove competenze comunitarie. Obbligazione alimentare e successioni*, Cedam, Padova, 2009, p. 150.

⁹⁰ IGLESIAS BUHIGUES, J.L.: “Desarrollo del espacio europeo de justicia: hacia el Nuevo D.I. Privado de sucesiones en la UE”, en *Cursos de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales de Vitoria-Gasteiz 2008*, Servicio Editorial de la Universidad del País Vasco, Bilbao, 2009, p. 347.

solicitud de declaración de fuerza ejecutiva. A lo anterior se añade una exención de legalización y demás formalidades análogas para los documentos expedidos en un Estado miembro en este ámbito (artículo 74).

Por último, no podemos dejar de mencionar la novedad más relevante de este Reglamento en el ámbito de la circulación de documentos públicos en la UE: la creación de un “certificado sucesorio europeo”⁹¹. En virtud del artículo 62 del Reglamento, este instrumento crea un documento público europeo para una materia en particular, las sucesiones, que se expedirá por las autoridades competentes⁹² para ser utilizado en otros Estados miembros – si bien no sustituirá a los documentos internos empleados en los Estados miembros para fines similares (artículo 62.3)- y que producirá efectos en todos ellos sin necesidad de ningún procedimiento especial. Tales efectos se relacionan en el artículo 69; entre otros, permitirá presumir que el certificado prueba los extremos que han sido acreditados de conformidad con la ley aplicable a la sucesión o con cualquier otra ley aplicable a extremos concretos de la herencia, así como que la persona que figura en el certificado como heredero, legatario, executor testamentario o administrador de la herencia tiene la cualidad indicada en él o es titular de los derechos o de las facultades que se expresen sin más condiciones o limitaciones que las mencionadas en el mismo.

b) Futuro a medio plazo: la circulación de documentos públicos en materia de régimen económico matrimonial y efectos patrimoniales de las parejas de hecho registradas.

Continuando con las Propuestas de Reglamento de 2011 en materia de régimen económico matrimonial y relaciones patrimoniales de las uniones registradas, éstas abordan dos materias que, al igual que ocurría con las sucesiones, cuentan con una importante dimensión extrajudicial. Ambas coinciden en abordar ámbitos que hasta la fecha habían quedado fuera de la actividad legislativa de la UE, pero cuyo interés por los mismos se aprecia desde hace más de una década. Y ambas se refieren a materias que pueden ser objeto en algún momento de un proceso de mediación que dé lugar a un acuerdo entre los miembros del matrimonio o pareja registrada, que se plasme posteriormente en un documento público susceptible de circular dentro de la Unión.

El régimen económico matrimonial ha sido tradicionalmente uno de los aspectos del Derecho de familia que el legislador europeo ha venido excluyendo explícitamente durante todo el proceso de armonización del Derecho internacional privado europeo, Reglamento tras Reglamento. A pesar de ello, podemos apreciar un primer atisbo de

⁹¹ MARTÍNEZ MEDINA, M.: “El certificado sucesorio europeo”, *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*, nº 11, 2011, pp. 907-918.

⁹² Artículo 64 del Reglamento: “*El certificado será expedido en el Estado miembro cuyos tribunales sean competentes en virtud de los artículos 4, 7, 10 u 11. La autoridad expedidora deberá ser: a) un tribunal tal como se define en el artículo 3, apartado 2, u b) otra autoridad que, en virtud del Derecho nacional, sea competente para sustanciar sucesiones mortis causa*”. A estos efectos, el artículo 78.1.c) indica que a más tardar el 16 de enero de 2014, los Estados miembros comunicarán a la Comisión, entre otros datos, la información pertinente relativa a las autoridades competentes para expedir el certificado en virtud del artículo 64.

interés por legislar esta materia en el Plan de Viena de 1998, previéndose ya la elaboración de un instrumento sobre competencia judicial, reconocimiento y ejecución de resoluciones en materia de regímenes matrimoniales en el Proyecto de medidas para la aplicación del principio de reconocimiento mutuo de las resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, adoptado por el Consejo el 30 de noviembre de 2000⁹³, el cual también reflejó la necesidad de abordar las consecuencias patrimoniales de la separación de las parejas no casadas.

Además, el Programa de La Haya de 2004 estableció como primera prioridad la aplicación del Programa de reconocimiento mutuo de 2000 y solicitó a la Comisión que presentara un Libro Verde sobre el particular, subrayando la necesidad de adoptar un instrumento en esta materia. De ahí la publicación el 17 de julio de 2006 del Libro Verde sobre el conflicto de leyes en materia de régimen matrimonial, con especial referencia a las cuestiones de competencia jurisdiccional y reconocimiento mutuo⁹⁴, que incluyó también la problemática de las parejas registradas y que después daría lugar a dos instrumentos diferenciados ante las particularidades respectivas de las dos formas de unión y las diferencias que las mismas ocasionan en los principios que les son aplicables.

Posteriormente, el Programa de Estocolmo para 2010-2014, también dotó de protagonismo a esta parcela del Derecho familiar, al prescribir que el reconocimiento mutuo debía extenderse a los regímenes matrimoniales y a las consecuencias patrimoniales de la separación de la pareja. También en 2010 el Informe sobre la ciudadanía de la Unión retomaba la falta de regulación armonizada en esta materia entre aquéllas que todavía suponen obstáculos a la libre circulación de ciudadanos. Desde luego, los datos estadísticos proporcionados por el mismo justificaban esta iniciativa legislativa⁹⁵, que hoy se plasma en la Propuesta de Reglamento del Consejo relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia de regímenes económico matrimoniales, de 16 de marzo de 2011⁹⁶.

También con fecha 16 de marzo de 2011 y de manera paralela a la Propuesta sobre régimen económico matrimonial, veía la luz la Propuesta de Reglamento del Consejo relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia de efectos patrimoniales de las uniones registradas⁹⁷, iniciativa legislativa que viene a colmar una laguna no resuelta hasta la fecha ni por anteriores instrumentos europeos ni por nuestras propias normas de origen estatal, esto es, la

⁹³ DO C 12, de 15 de enero de 2001.

⁹⁴ COM(2006) 400 final.

⁹⁵ COM(2010) 603 final, p. 6. De acuerdo con el mismo, el número de parejas que viven en un Estado miembro del que no son nacionales va en aumento. De los aproximadamente 122 millones de matrimonios celebrados en la UE, aproximadamente 16 millones (un 13%) son de carácter internacional. En 2007, se contabilizaron unas 300.000 parejas internacionales de un total de 2,4 millones de matrimonios celebrados en la UE, cifras a las que hay que sumar los 140.000 divorcios (13%) de un total de 1.040.000 que tuvieron lugar en la UE ese mismo año.

⁹⁶ COM(2011) 126 final.

⁹⁷ COM(2011) 127 final.

regulación de la dimensión patrimonial de las parejas de hecho internacionales registradas –excluyendo pues aquéllas que no consten en un Registro público–.

Tal y como se señaló anteriormente, el programa de reconocimiento mutuo de las resoluciones judiciales en materia civil y mercantil adoptado por el Consejo el 30 de noviembre de 2000 preveía ya la elaboración de un instrumento sobre la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones en materia de regímenes matrimoniales y consecuencias patrimoniales de la separación de parejas no casadas, ámbito que continuó bien presente en el Programa de La Haya de 2004 y en el Programa de Estocolmo de 2009, así como en el citado Informe de 2010 sobre la ciudadanía de la Unión, que también considera un obstáculo a la libre circulación la incertidumbre de los derechos de propiedad de las parejas internacionales cuando los ciudadanos ejercitan los derechos que les reconoce la UE más allá de las fronteras nacionales.

La mayor movilidad de las personas en un espacio sin fronteras interiores se traduce, en particular, en un aumento significativo de todas las formas de unión entre nacionales de Estados miembros diferentes o en la presencia de parejas en un Estado miembro del que no son nacionales, lo que conlleva a menudo la adquisición de bienes situados en el territorio de varios países de la Unión. Las parejas internacionales van en aumento y también las relaciones patrimoniales entre sus miembros, de ahí la necesidad de abordar esta problemática desde la perspectiva europea.

Retomando las notas comunes de las dos Propuestas de Reglamento, ambas diferencian entre el sistema de reconocimiento de documentos públicos con fuerza ejecutiva y el de ejecución, según se pretenda presunción de simple validez o valor probatorio en otros Estados miembros en el primer caso, o efectos ejecutivos, en el segundo⁹⁸-, basándose para ello en el régimen del Reglamento N° 44/2001⁹⁹, al cual remiten en buena medida en este ámbito, lo que permite concluir que el legislador no ha optado por una circulación automática de decisiones en estas materias. Al menos de momento, porque nuevamente se refleja en ambas, en la Exposición de Motivos, la voluntad del legislador europeo de proceder en el futuro a la supresión de los “procedimientos intermedios” como ha ocurrido en otros ámbitos, lo que podría considerarse en una fase ulterior tras evaluar la aplicación práctica de las normas de sendos instrumentos.

Y por último, las dos iniciativas contemplan idénticas definiciones tanto de “documento público con fuerza ejecutiva” –en la misma línea acuñada por la jurisprudencia del TJUE en el asunto *Unibank*–, como de “órgano jurisdiccional”, que comprende tanto órganos judiciales como no judiciales.

⁹⁸ Es decir, la norma distingue entre los diferentes tipos de efectos que un documento público con fuerza ejecutiva es susceptible de generar en estos ámbitos en un Estado miembro distinto al de su otorgamiento. Por un lado, el reconocimiento permitirá desplegar efectos probatorios así como de presunción de simple validez en otros Estados miembros, con la única barrera de la violación manifiesta del orden público internacional del Estado requerido. Por otro lado, se establece una remisión al régimen de ejecución del Reglamento N° 44/2001 para la ejecución de documentos públicos, donde el orden público vuelve a protagonizar el único obstáculo, en su caso, a un eventual recurso frente al otorgamiento de la ejecución.

⁹⁹ Artículos 28 y 29 Propuesta de Reglamento sobre uniones registradas; y artículos 32 y 33 Propuesta de Reglamento sobre regímenes matrimoniales.

c) Futuro incierto: la creación de un “documento público europeo” y la Propuesta de Reglamento simplificando la aceptación de determinados documentos públicos en la Unión Europea.

A modo de recopilación se evidencia cómo las tres iniciativas analizadas anteriormente en esta mirada hacia el futuro –sobre sucesiones, régimen económico matrimonial y uniones registradas- presentan la nota común de que garantizarán la circulación de documentos públicos con fuerza ejecutiva en Estados miembros distintos al de otorgamiento dentro de su ámbito de aplicación, incluyendo con ello los eventuales acuerdos de mediación que contengan, cuando sean plenamente aplicables. Queda pues por aproximar la voluntad del legislador europeo por extender aún más esta posibilidad.

Para ello comentaremos en primer lugar una iniciativa ambiciosa pero al mismo tiempo incierta en el estado actual de la situación, la creación de un “documento público europeo” que pudiera circular automáticamente de unos Estados miembros a otros; y a continuación otra iniciativa derivada de aquélla, de muy reciente aparición, concretamente de fecha 24 de abril de 2013, como es la Propuesta de Reglamento por el que se facilita la libertad de circulación de los ciudadanos y de las empresas, simplificando la aceptación de determinados documentos públicos en la Unión Europea¹⁰⁰.

Comenzando por la eventual creación de un documento público de eficacia automática en la UE, se trata de una idea que aún no ha culminado, pero que va planteándose, de momento, con un alcance sectorial. Así lo hemos visto en el ámbito de las sucesiones *mortis causa*, en cuyo marco se ha creado el citado certificado sucesorio europeo, que será emitido por las autoridades competentes en cada Estado miembro y podrá ser utilizado en otros Estados de la Unión produciendo efectos en todos ellos sin necesidad de ningún procedimiento especial. También se planteó recientemente, aunque no haya salido adelante, en el ámbito del estado civil. El Libro Verde “Menos trámites administrativos para los ciudadanos: promover la libre circulación de los documentos públicos y el reconocimiento de los efectos de los certificados de estado civil”¹⁰¹ sugería la creación de un certificado europeo de estado civil que evitara los problemas que surgen actualmente en la UE en la circulación de este tipo de documentos.

Trasladando estas ideas al ámbito de la mediación, se podría haber planteado la creación de una suerte de acuerdo de mediación europeo de ágil reconocimiento en Europa, pero esta propuesta ni siquiera se ha considerado. Queda por ver si estos acuerdos podrán beneficiarse algún día del establecimiento de un documento público europeo, idea que se consideró por primera vez por el Parlamento Europeo en 2008. En noviembre de ese año, la Comisión de Asuntos Jurídicos del Parlamento daba a conocer un Informe que contenía recomendaciones a la Comisión acerca de la creación de un documento de

¹⁰⁰ COM(2013) 228 final.

¹⁰¹ COM(2010) 747 final. Disponible en (última visita el 15 de mayo de 2013): <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2010:0747:FIN:ES:PDF>

estas características¹⁰² y que después haría suyo el Parlamento por Resolución de 18 de diciembre de 2008¹⁰³. Ya el Informe recuerda cómo la Comisión Europea había reconocido que era “necesario y urgente” favorecer el reconocimiento y la ejecución de los documentos públicos y consideraba además que un “enfoque sectorial y no homogéneo” de la materia en la legislación europea no era satisfactorio.

Una de las mayores preocupaciones de la iniciativa estriba en las diferencias notables que existen entre el notario de *Civil Law* y el de *Common Law*. El notariado anglosajón no desarrolla las mismas funciones que el continental, y se considera que las divergencias existentes entre ambos sistemas supone la mayor dificultad para armonizar el Derecho de la UE en esta materia¹⁰⁴. A pesar de ello, y de las dificultades que pueda suponer el proceso de armonización de la circulación de documentos públicos en la UE, el Parlamento apela a la confianza mutua entre los Estados miembros como base del desarrollo de la iniciativa.

Aunque al final no acabe de asentar las bases de una propuesta de documento público europeo, más allá de señalar su eventual ámbito de aplicación material¹⁰⁵, aboga por que los procedimientos vinculados a la comprobación de la autenticidad sólo sean aplicables en el futuro cuando se planteen serias dudas acerca de su veracidad o si el reconocimiento es contrario al orden público del Estado miembro requerido. En definitiva, se considera que dicha confianza recíproca dentro de la UE justifica la supresión futura de los procedimientos vinculados a la verificación de la veracidad del documento público en asuntos transfronterizos.

¹⁰² Informe de la Comisión de Asuntos Jurídicos del Parlamento Europeo (A6-0451/2008) 2008/2124(INI), 10.11.2008. Ponente D. Manuel Medina Ortega.

¹⁰³ Resolución del Parlamento Europeo con recomendaciones destinadas a la Comisión sobre el documento público europeo, 18.12.2008 (2008/2124(INI) (2010/C 45 E/11).

¹⁰⁴ MEDINA ORTEGA, M.: “El documento público europeo” en CONSEJO GENERAL DEL NOTARIADO: *Función notarial: permanencia y evolución*, 10º Congreso Notarial Español, Tenerife, 9 a 11 de octubre de 2008, p. 309. El Informe reseñado menciona en particular la labor desempeñada por los *solicitors* (abogados-procuradores) en Inglaterra y Gales, los cuales actúan como notarios públicos; o los *scrivener notaries* (escribanos-notarios), abogados que no pueden otorgar documentos públicos, sino simplemente certificar firmas. Así pues, no se puede considerar que en los países anglosajones exista realmente un “documento público” como el concebido en los países de la Europa continental, carencia que también se aprecia en los países nórdicos.

¹⁰⁵ En cuanto al ámbito de aplicación material del futuro documento público europeo, se considera que debería abarcar materias civiles y mercantiles, si bien con la excepción de determinadas áreas claramente definidas. Así, se opta en primer lugar por excluir del eventual futuro instrumento europeo los derechos reales inmobiliarios, debido esencialmente a dos razones. Primera, por la estrecha correlación existente entre el modo de establecimiento de un documento público, por un lado, y la inscripción en el registro público, por otro lado; segunda, por la atribución de la competencia exclusiva en virtud del Reglamento Nº 44/2001 a los tribunales de situación del inmueble y a los del territorio donde se mantiene el registro público. De igual manera, se propone que se excluyan del futuro instrumento las cuestiones relativas al Derecho aplicable que son objeto de otras normas europeas y las cuestiones relativas a la competencia, la organización y la estructura de las autoridades y los funcionarios públicos, incluido el procedimiento de autenticación (que dependen de la competencia de los Estados miembros) ya que la propuesta no pretende transformar la profesión notarial.

Como decíamos, la propuesta del Parlamento de 2008 no acababa de perfilar la creación de un documento público europeo, ciñéndose más bien –que no es poco- a la necesidad de impulsar el reconocimiento mutuo de documentos públicos entre los Estados miembros. A pesar de ello, esta iniciativa no cayó en saco roto y la Comisión se hizo eco de la misma en una Comunicación de junio de 2009 al Parlamento Europeo y al Consejo titulada “Un espacio de libertad, seguridad y justicia al servicio de los ciudadanos” en la que consideró que “en su caso, será necesario prever la creación de documentos públicos europeos”. Y lo dijo tras plasmar su voluntad de eliminar los trámites de legalización y de todo tipo de formalidades entre los Estados miembros al considerarlos no sólo un obstáculo sino también “una carga excesiva” para los ciudadanos, además de apoyar el uso de las nuevas tecnologías en este sector, como la firma digital¹⁰⁶.

Este interés se plasmó en 2010 cuando la Comisión Europea publicó el mencionado Libro Verde de 2010, texto que aunque plantea la eventual creación de un certificado europeo de estado civil, como hemos señalado antes, tampoco acaba de perfilar la elaboración de un documento público europeo como tal, pero sí persigue mejorar el reconocimiento intracomunitario de los documentos de esta naturaleza, además de profundizar en la necesidad de mejorar la circulación en Europa de documentos públicos relacionados con el estado civil de las personas, una preocupación que data de años atrás.

La consulta pública generó numerosas reacciones de índole diversa, que revelan el interesante debate jurídico que se ha generado alrededor de este tema. En el mismo son varias las salidas que se proponen para resolver, o al menos paliar, los problemas que afectan hoy a los ciudadanos en este ámbito. Potenciar la cooperación entre autoridades, armonizar las normas de conflicto, agilizar trámites y traducciones, proporcionar formularios plurilingües..., aunque la polémica se centra esencialmente en una de ellas: el eventual reconocimiento de pleno derecho de situaciones de estado civil creadas en otros Estados miembros.

Ya adelantamos que esta medida no ha salido adelante, al menos de momento. La Propuesta de Reglamento en la que ha culminado el debate en torno a esta cuestión se ha limitado a facilitar la presentación de ciertos documentos públicos en otros Estados miembros mediante la supresión de determinadas formalidades. El resultado ha sido menos ambicioso de lo esperado, pero también más realista y permitirá sin duda aliviar la carga de los ciudadanos. Según el artículo 1 de la Propuesta, el futuro instrumento establece la dispensa de la legalización o trámite similar (Apostilla) y la simplificación de otros trámites relativos a la aceptación de determinados documentos públicos¹⁰⁷

¹⁰⁶ Comunicación de la Comisión de 10.6.2009 al Parlamento Europeo y al Consejo “Un espacio de libertad, seguridad y justicia al servicio de los ciudadanos”. COM(2009) 262 final. Disponible en (última visita el 15 de mayo de 2013):

<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2009:0262:FIN:es:PDF>

¹⁰⁷ Según el artículo 3 de la Propuesta de Reglamento, a los efectos de este instrumento se entenderán por documentos públicos los expedidos por las autoridades de un Estado miembro que tengan valor probatorio formal en relación con: a) el nacimiento; b) la defunción; c) el nombre; d) el matrimonio y la

expedidos por las autoridades de los Estados miembros, al mismo tiempo que crea impresos estándar multilingües de la Unión relativos al nacimiento, la defunción, el matrimonio, la unión registrada y la personalidad jurídica y la representación de una sociedad o empresa.

V. REFLEXIÓN FINAL

La mediación como sistema de resolución de conflictos ha recibido el apoyo definitivo del legislador europeo para implantarse en la UE por medio de la Directiva de 2008. A pesar de tratarse de una norma de mínimos, que ha sido transpuesta, por tanto, de manera diversa en los Estados miembros, el impulso recibido debería conllevar un aumento en su uso, derivado al menos de la publicidad otorgada a esta institución y de una mayor seguridad jurídica.

Como se ha pretendido reflejar a lo largo de este estudio, son variados los aspectos de los que dependerá el éxito final de la mediación en Europa, pero entre ellos se ha querido destacar uno en el escenario de las relaciones privadas internacionales: el aseguramiento de la circulación de los acuerdos de mediación en el espacio europeo. En el presente estudio se ha puesto de manifiesto cómo este aspecto concreto de la mediación en asuntos transfronterizos se relaciona estrechamente con la circulación en la UE de documentos públicos con fuerza ejecutiva, por cuanto los acuerdos de mediación con vocación internacional pueden ser ejecutados en otros Estados miembros tras ser incluidos en tales instrumentos.

Partiendo de esa base, el entramado normativo expuesto permite afirmar que el sistema actual de circulación de documentos públicos en el seno de la UE se encuentra “en construcción”. Poco a poco diversos instrumentos han ido tejiendo una amplia red, que sigue creciendo, y que permite la satisfacción en el ejercicio de derechos y en el cumplimiento de obligaciones por parte de ciudadanos involucrados en relaciones transfronterizas vinculadas con Europa. Podríamos enfrentarnos a esta realidad plurilegislativa de una manera negativa¹⁰⁸, pero preferimos optar por una visión positiva, aunque mejorable por cuanto sería deseable plantear una unificación de criterios y procedimientos.

unión registrada; e) la filiación; f) la adopción; g) la residencia; h) la ciudadanía y la nacionalidad; i) la propiedad inmobiliaria; j) la personalidad jurídica y la representación de una sociedad o empresa; k) los derechos de propiedad intelectual; l) la ausencia de antecedentes penales.

¹⁰⁸ RODRÍGUEZ VÁZQUEZ, M^aJ.: “La eficacia de los documentos públicos extranjeros en el espacio judicial europeo”, en FUGARDO ESTIVILL, J.M. (coord.): *Extranjería: función notarial y derecho documental. Autenticidad, legalización y apostillado*, Marcial Pons, Madrid, 2009, pp. 117-118. La autora considera que la situación actual no puede ser más que negativa, dada la coexistencia de una multiplicidad de normas que, en ocasiones, incluso coinciden en cuanto a su ámbito de aplicación material, cuya aplicabilidad depende de unos presupuestos o requisitos que hay que conocer. Además se exige fuerza ejecutiva y se resuelve solo de momento la ejecución, aplicando además las mismas soluciones que a las resoluciones judiciales, luego no habiendo sido dotados de un régimen propio.

Porque partir de una postura optimista no impide adoptar una visión crítica. La preexistencia de un conjunto de instrumentos sobre la cual puedan construirse cauces de circulación de acuerdos de mediación es ciertamente positiva pero se aprecia en todos ellos una preocupación inicial que puede afectar a la plena eficacia del modelo. El régimen previsto para los documentos públicos no judiciales se limita a grandes rasgos a extender el tratamiento contemplado para las decisiones judiciales, de ahí que se haya considerado que quedan siempre relegados a un segundo plano¹⁰⁹. Hasta la fecha esta materia se ha venido construyendo de manera paralela al reconocimiento de resoluciones judiciales, pero podemos celebrar que desde el citado Libro Verde de diciembre de 2010 se haya dotado a esta problemática de una mayor visibilidad. El legislador europeo empieza a valorar que esta faceta de la circulación intraeuropea de decisiones cuenta con una naturaleza y una problemática propias, y nos gustaría ver en ello un comienzo en el camino hacia el establecimiento de un régimen propio.

Además, del contenido de los instrumentos vigentes, de sus propuestas de reforma y de las iniciativas que se encuentran en fase de negociación se extrae asimismo la voluntad del legislador europeo de tender hacia el reconocimiento automático de resoluciones en general y, por ende, de los documentos públicos, tendencia que, como advertíamos, no va a ser fácil de extender a toda materia. Entendemos que la clave se encuentra en el fin último que persigue esta política legislativa: facilitar la libre circulación de ciudadanos por medio de la supresión de los obstáculos que todavía subsisten en los procesos transfronterizos vitales. A nuestro modo de verlo, cualquier postura contraria a este fin colisiona frontalmente con el proceso de integración europeo.

También pertenecen a este proceso de integración las medidas que la UE ha ido desarrollando en sede de resolución alternativa de conflictos. Los ciudadanos deben poder satisfacer su derecho de acceso a la justicia de una manera adecuada en Europa, ya sea acudiendo a los tribunales o fuera de ellos. En este marco, la posibilidad de ejecutar los acuerdos alcanzados en procesos de mediación se torna en necesidad para culminar tal derecho. En ocasiones la ejecución del acuerdo se satisface en el mismo país donde fue obtenido, pero en otras se requerirá ejecutarlo en otro. De ahí la pertinencia de la Directiva de mediación de 2008, y de ahí también la necesidad de que los Estados miembros articulen adecuadamente los mecanismos que se estimen oportunos para que la circulación de acuerdos pueda desarrollarse con todas las garantías en el seno de la Unión.

En virtud del artículo 11 de la propia Directiva, el 21 de mayo de 2016 a más tardar, la Comisión presentará un informe sobre su aplicación al Parlamento Europeo, al Consejo y al Comité Económico y Social Europeo. El informe examinará el desarrollo de la mediación en la UE y el impacto de este instrumento en los Estados miembros. Será un buen momento para averiguar si se han alcanzado los objetivos pretendidos en este ámbito, incluyendo la efectiva circulación de acuerdos de mediación dentro de la UE.

¹⁰⁹ *Ibidem*, p. 99.