

# Recientes desarrollos de la mediación y otros mecanismos de resolución alternativa de controversias en Europa

Luciano LUPINI BIANCHI\*  
RVLJ, N.º 13, 2020, pp. 611-648.

## SUMARIO

**Introducción 1. Los antecedentes de la mediación en el Derecho comunitario** 1.1. *El Libro verde del 2002* 1.2. *La Directiva comunitaria del 2008* **2. La reciente normativa en materia de mediación** 2.1. *El Decreto Legislativo N.º 28, del 2010 sobre la mediación en materia civil y mercantil, en Italia* 2.2. *El caso de España. Real Decreto-Ley 5/2012 del 5 de marzo, de mediación en asuntos civiles y mercantiles* **3. El mecanismo de la negociación asistida por los abogados: ¿Un nuevo mecanismos alternativos de resolución de controversias?** 3.1. *La Ley francesa N.º 2010-1609 del 22 de diciembre del 2010 y la convention de procédure participative* 3.2. *El caso de Italia* 3.2.1. *El arbitraje «sobrevenido»* 3.2.2. *La negociación asistida por abogados*

## Introducción

En la ocasión de rendirle un merecido homenaje al profesor James Otis RODNER S., distinguido jurista y reconocido operador en el campo del arbitraje

---

\* **Universidad Católica Andrés Bello**, Abogado. Individuo de Número y segundo vicepresidente de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales. Miembro del Comité Consultivo del Centro Empresarial de Conciliación y Arbitraje de la Cámara de Comercio e Industria Venezolano Americana.

internacional, hemos creído útil aportar algunas reflexiones comparativas acerca de los últimos desarrollos que han ocurrido en Europa en materia de mecanismos alternativos de resolución de controversias –que se conocen en Derecho anglosajón como ADR por el acrónimo en inglés de *Alternative Dispute Resolution*– y a las recientes reformas introducidas por legisladores europeos para hacer frente a la ingente acumulación de causas sin decidir y el considerable atraso que tal situación ocasiona en los tribunales civiles.

El retardo o «mora» en el proceso decisorio de los tribunales es un mal que aqueja a diversos países. No en balde, nuestra Constitución de 1999 consagró, en su artículo 255, la responsabilidad personal de los jueces por retardo u omisiones injustificadas, entre otras causales. En los veinte años transcurridos desde su vigencia, no hemos tenido conocimiento de proceso o juicio alguno en el que se haya exigido esta responsabilidad, a pesar de que es un hecho notorio la situación de atraso, a veces grave e injustificable, en la que incurren algunos de nuestros jueces en la instrucción y decisión de las causas a su cargo. Por ello, por otro lado, contamos en Venezuela, desde 1998, con una Ley de Arbitraje Comercial que ha contribuido a sensibilizar nuestro medio acerca de la necesidad de utilizar el arbitraje como una fórmula que permite a las partes el acceso a una justicia más rápida, eficiente y segura.

Bajo el paraguas de los métodos alternativos –*verbi gratia* extrajudiciales– de resolución de controversias, en Venezuela, tradicionalmente se ha hecho referencia a la mediación, a la conciliación y al arbitraje. El artículo 258 de nuestra Constitución de 1999, al mismo tiempo que se refiere expresamente a la justicia de paz, establece: «la ley promoverá el arbitraje, la conciliación, la mediación y cualesquiera otros medios alternativos para la solución de conflictos»<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> Con referencia a esta norma, distintas sentencias del TSJ han destacado el principio de la «constitucionalización» del arbitraje y de los mecanismos alternativos de resolución de controversias. Véanse los fallos citados por: TORREALBA, José Gregorio: *Jurisprudencia del Tribunal Supremo de Justicia sobre medios alternativos de solución de controversias, arbitraje comercial, arbitramento y arbitraje de inversiones 2000-2014*. Editorial Jurídica Venezolana. Caracas, 2016, pp. 18-34.

En materia de mediación, cabe recordar que nuestra Ley de Arbitraje de 1998 no hace referencia a este mecanismo alternativo de resolución de controversias. Tampoco contamos en Venezuela con una ley autónoma que la regule, aun cuando existió un proyecto de Ley de Mediación y Arbitraje Comercial presentado por la Cámara de Comercio de Caracas en 1998, cuya discusión no llegó a feliz término<sup>2</sup>. En esta materia, no se ha dado cumplimiento al mandato de la norma constitucional.

En cambio, el Reglamento del Centro Empresarial de Conciliación y Arbitraje (CEDCA) contempla tanto un procedimiento de conciliación –más técnicamente de mediación– autónomo (artículos 5 al 11) como la celebración de una conciliación –mediación– obligatoria, dentro del marco de un procedimiento arbitral abierto (artículo 21), aun cuando las partes no hayan pactado mediación alguna en la cláusula de arbitraje. Por último, en el artículo 22.5 faculta al tribunal arbitral a instar a las partes, en cualquier etapa del proceso, a lograr un arreglo amigable de la controversia, con la salvedad de que el tribunal no deberá participar en ninguna negociación o conciliación entre ellas –salvo pacto de estas en contrario–. Esta última norma no nos parece de mucha utilidad, a la luz de cuanto diremos *infra* en materia de conciliación intraprocésal, al no regular un verdadero supuesto de mediación delegada. Por otro lado, el Reglamento del Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Caracas contempla a la mediación exclusivamente como un mecanismo hetero-arbitral por el cual las partes en conflicto buscan llegar a un acuerdo bajo la asesoría del mediador (artículos 91-99). Pero no contempla la necesidad de agotar una etapa de mediación, durante el procedimiento arbitral, como lo hace el Reglamento del CEDCA.

En el caso del CEDCA, en el fondo se trata de lograr un propósito similar al que resultaría de aplicar efectivamente una cláusula que contemple el mecanismo que combina a la mediación con el arbitraje –la llamada med-arb– con la particularidad de que este procedimiento de mediación del CEDCA no

---

<sup>2</sup> Sobre este proyecto véase: HOET-LINARES, Franklin: *La mediación, administración y negociación de justicia alterna*. Legis. Caracas, 2005, pp. 182-184.

suspende el curso del procedimiento arbitral, a menos que las partes lo acuerden así y por el lapso que consideren conveniente<sup>3</sup>.

A esta cláusula de med-arb y a sus efectos, hacía referencia la Ley Modelo de la CNUDMI –o UNCITRAL– sobre Conciliación Comercial Internacional del 2002, en su artículo 13, en términos similares a los ahora recogidos por el artículo 14 de la novísima Ley Modelo de la CNUDMI sobre Mediación Comercial Internacional y Acuerdos de Transacción Internacionales Resultantes de la Mediación, del 2018 –por la que se modificó la Ley Modelo del 2002–. En esta norma se expresa:

Cuando las partes hayan acordado recurrir a la mediación y se hayan comprometido expresamente a no entablar, por un período determinado o mientras no se produzca algún hecho en particular, ningún proceso arbitral o judicial con respecto a una controversia existente o futura, el tribunal arbitral u órgano judicial dará efecto a ese compromiso hasta que se cumplan las condiciones estipuladas en él, excepto en la medida en que una de las partes estime necesario entablar ese proceso para proteger sus derechos. No se considerará que el inicio de tal proceso constituye, en sí mismo, una renuncia al acuerdo por el que se convenga en someter una controversia a mediación ni que pone fin por sí solo al procedimiento de mediación<sup>4</sup>.

Cabe resaltar que, en el modelo del 2002, la CNUDMI utilizó el término «conciliación», porque se pensaba que los términos «conciliación» y «mediación» eran intercambiables. Ahora, en la Ley Modelo del 2018, tal como lo expresa la Comisión, se: «decidió utilizar en cambio el término “mediación”, para tratar de adaptarse al uso que efectivamente se hace de estos términos en la práctica y con la expectativa de que el cambio facilite la promoción de la Ley Modelo y aumente su visibilidad. Este cambio en la terminología no tiene consecuencias de fondo ni conceptuales».

<sup>3</sup> Acerca de la cláusula med-arb, véase: SABATER, Anibal: «Tendencias recientes en la imposición del cumplimiento forzoso de las cláusulas de mediación y arbitraje». En: *Derecho y Sociedad. Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas*. N.º 9. Universidad Monteávila, Caracas, 2010, pp. 65-68.

<sup>4</sup> *Vid.* [https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/annex\\_ii\\_-\\_s.pdf](https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/annex_ii_-_s.pdf).

En la Ley Modelo de la CNUDMI del 2018, se agregó una nueva sección sobre los acuerdos de transacción internacionales y su ejecución. Ello explica el cambio de denominación. Pero, lo más importante para nosotros, es que ella regula detalladamente aspectos procedimentales de la mediación, ante la incertidumbre que podría generar la ausencia de una ley especial al respecto. Para asegurar la imparcialidad del mediador, el artículo 13 ratifica el principio de que, salvo acuerdo de las partes, el mediador no podrá luego actuar como árbitro en la misma controversia. También, se refiere a dos importantes temas en materia de mediación: la confidencialidad y la admisibilidad de pruebas en otros procedimientos. En este sentido, para precaver la desconfianza que pudieran sentir las partes respecto a los efectos negativos o perjudiciales de involucrarse en un proceso de mediación que luego se revele infructuoso, el artículo 11 de esta Ley Modelo establece lo siguiente:

1. Las partes en el procedimiento de mediación, el mediador y los terceros, incluidos los que participen en la administración del procedimiento de mediación, no podrán hacer valer ni presentar pruebas, ni prestar declaración o prueba testimonial en un proceso arbitral, judicial o de índole similar en relación con: a. la invitación de una de las partes a iniciar un procedimiento de mediación o el hecho de que una de las partes hubiese estado dispuesta a participar en un procedimiento de mediación; b. las opiniones expresadas o las sugerencias formuladas por una de las partes en la mediación respecto de un posible arreglo de la controversia; c. las declaraciones efectuadas o los hechos reconocidos por alguna de las partes durante el procedimiento de mediación; d. las propuestas formuladas por el mediador; e. el hecho de que una de las partes se hubiera declarado dispuesta a aceptar un arreglo propuesto por el mediador; f. cualquier documento preparado únicamente a los efectos del procedimiento de mediación.
2. El párrafo 1 del presente artículo será aplicable cualquiera sea la forma que revistan la información o las pruebas mencionadas en dicho párrafo.
3. Ningún tribunal arbitral, órgano judicial u otra autoridad pública competente podrá ordenar que se revele la información a que se hace

referencia en el párrafo 1 del presente artículo y, si esa información se presentase como prueba en contravención de lo dispuesto en el párrafo 1 del presente artículo, dicha prueba no se considerará admisible. No obstante, esa información podrá revelarse o admitirse como prueba en la medida en que lo exija la ley o en que sea necesario a efectos del cumplimiento o la ejecución de un acuerdo de transacción.

4. Las disposiciones de los párrafos 1, 2 y 3 del presente artículo serán aplicables independientemente de que el proceso arbitral, judicial o de índole similar se refiera a la controversia que sea o haya sido objeto del procedimiento de mediación.

5. A reserva de las limitaciones establecidas en el párrafo 1 del presente artículo, ninguna prueba que sea admisible en un proceso arbitral, judicial o de índole similar dejará de serlo por el hecho de haber sido utilizada en un procedimiento de mediación.

Dado que en nuestro país no se le ha dado el suficiente relieve a la materia de la mediación, a nivel normativo, creemos útil aportar una visión del papel que a este mecanismo le ha sido atribuido por la reciente legislación europea y sus vicisitudes, concentrando nuestra atención en un breve análisis comparativo de las leyes italiana y española en la materia. También haremos referencia a novedosas figuras establecidas recientemente en materia de mecanismos alternativos de resolución de controversias: la convención de procedimiento participativo de los franceses y la negociación asistida por abogados de los italianos. Todo ello, con el propósito de despertar el interés de los operadores jurídicos venezolanos acerca de la figura de la mediación y provocar una reflexión seria acerca de la oportunidad y mejor forma de cumplir el mandato del mencionado artículo 258 de nuestra Constitución.

## **1. Los antecedentes de la mediación en el Derecho comunitario**

### *1.1. El Libro verde del 2002*

Algunas precisiones sobre los antecedentes de esta reciente iniciativa del legislador europeo resultan pertinentes, a los fines de comprender la filosofía

que subyace a las recientes reformas en materia de mediación y la posición que ha adoptado la Comunidad Europea frente a los ADR.

En esta materia, en primer lugar, cabe tomar en cuenta el *Libro verde* sobre «las modalidades alternativas de solución de conflictos en el ámbito del Derecho Civil y Mercantil»<sup>5</sup>.

El objetivo de este instrumento fue el de: «proceder a una amplia consulta de los medios interesados sobre una serie de cuestiones jurídicas que se plantean en lo referente a las modalidades alternativas de solución de conflictos en el ámbito del Derecho Civil y Mercantil». Sin embargo, ya en la síntesis que precede el cuestionario dirigido a los Estados de la Comunidad, se hacen importantes pronunciamientos en cuanto a la posición política de la Comunidad Europea frente a los mecanismos alternativos de resolución de controversias o ADR. En efecto, se expresa en ella que se ha despertado en la Unión Europea la conciencia del fenómeno de expansión de los mecanismos alternativos de resolución de controversias en la práctica. Se advierte que ello ha mejorado el acceso a la justicia, en beneficio de los ciudadanos. Luego se da cuenta de la importancia que los Estados miembros de la Comunidad Europea le han atribuido en su legislación interna. Finalmente, se expresa:

... las ADR representan una prioridad política –confirmada en varias ocasiones– para las instituciones de la Unión Europea a las que incumbe promover estas modalidades alternativas, procurar el mejor entorno posible para su desarrollo y esforzarse por garantizar su calidad. Se ha hecho especial hincapié en esta prioridad política en el ámbito de la sociedad de la información en el que se reconoce el papel de los nuevos servicios en línea de solución de conflictos –ODR por *Online Dispute Resolution*– en materia de solución de litigios transfronterizos a través de Internet (...) El objetivo de la consulta pública sobre el *Libro verde* es

<sup>5</sup> Expedido por la Comunidad Europea en Bruselas el 19-04-02 (COM 2002 196 final), <http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Temas/Mediacion/Normativa-y-jurisprudencia/Normativa-europea/Libro-Verde-sobre-las-modalidades-alternativas-de-solucion-de-conflictos-en-el-ambito-del-derecho-civil-y-mercantil>.

recoger tanto las observaciones generales de los medios interesados como las reacciones específicas a las cuestiones que en él se plantean. Dichas cuestiones son de orden jurídico y se refieren a los elementos determinantes de los procesos de ADR, como son las cláusulas de recurso a las ADR, los problemas que plantean los plazos de prescripción, el requisito de confidencialidad, la validez de los consentimientos, la eficacia de los acuerdos derivados de ADR, la formación de los terceros que intervienen en el proceso, su acreditación y su régimen de responsabilidad.

Este *Libro* curiosamente establece una diferenciación entre mecanismos alternativos de resolución de controversias que tienen lugar en el ámbito judicial –como sería el caso de las conciliaciones tradicionales pendiente un juicio, o que requieren de la participación directa del juez– y mecanismos alternativos de resolución de controversias propiamente dichos o convencionales –es decir, extrajudiciales–<sup>6</sup>. Nosotros consideramos que, conceptualmente, cuando se habla de conciliación como un medio alternativo –o extrajudicial– de arreglo de controversias, la misma es equiparable a la mediación, tal como vimos ser el caso de la Ley Modelo de la CNUDMI del 2018.

### 1.2. La Directiva comunitaria del 2008

Como consecuencia del *Libro verde* recién comentado, en el ámbito de la Comunidad Europea en el año 2008 se adoptó la Directiva 2008/52/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 21 de mayo del 2008 sobre «ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles». El propósito y alcance de esta Directiva resalta claramente, a través de la lectura de sus 30 considerandos. Para comodidad del lector, nos permitimos transcribir algunos de los que nos parecen más relevantes, con su numeración respectiva<sup>7</sup>:

<sup>6</sup> Cfr. en este sentido: NICOSIA, Paolo; SUSANNA, Marco y CECCACCI, Gianfranco: *Mediazione e conciliazione civile e commerciale*. 2.ª, FAG. Milán, 2011, pp. 53 y 54. Para un elenco de hipótesis de conciliación intraprocesal o encomendada por la ley a jueces o funcionarios públicos en Venezuela, véase: HOET-LINARES: ob. cit., pp. 42-50.

<sup>7</sup> El texto completo, en español, de esta Directiva se puede consultar en: <https://www.boe.es/doue/2008/136/L00003-00008.pdf>.



... 2. El principio de acceso a la justicia es fundamental y, con vistas a facilitar y mejorar el acceso a la justicia, el Consejo Europeo, en su reunión de Tampere de 15 y 16 de octubre del 1999, instó a los Estados miembros a que instauraran procedimientos alternativos de carácter extrajudicial.

3. En mayo del 2000, el Consejo adoptó unas Conclusiones sobre modalidades alternativas de solución de conflictos en asuntos civiles y mercantiles, en las que indicó que la definición de principios fundamentales en ese ámbito constituye un paso fundamental para permitir el desarrollo y funcionamiento adecuados de los procedimientos extrajudiciales de solución de conflictos en asuntos civiles y mercantiles, de manera que se simplifique y mejore el acceso a la justicia...

5. El objetivo de asegurar un mejor acceso a la justicia, como parte de la política de la Unión Europea encaminada a establecer un espacio de libertad, seguridad y justicia, debe abarcar el acceso a métodos tanto judiciales como extrajudiciales de resolución de litigios. La presente Directiva debe contribuir al correcto funcionamiento del mercado interior, en particular en lo referente a la disponibilidad de servicios de mediación.

6. La mediación puede dar una solución extrajudicial económica y rápida a conflictos en asuntos civiles y mercantiles, mediante procedimientos adaptados a las necesidades de las partes. Es más probable que los acuerdos resultantes de la mediación se cumplan voluntariamente y también que preserven una relación amistosa y viable entre las partes. Estos beneficios son aún más perceptibles en situaciones que presentan elementos transfronterizos.

7. Para promover el uso más frecuente de la mediación y garantizar que las partes que recurran a ella puedan contar con marco jurídico predecible, es necesario establecer una legislación marco que aborde, en particular, los aspectos fundamentales del procedimiento civil.

8. Las disposiciones de la presente Directiva solo 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...

14. Nada de lo dispuesto en la presente Directiva debe afectar a la legislación nacional que haga obligatorio el uso de la mediación o que la someta a incentivos o sanciones, siempre que tal legislación no impida a las partes el ejercicio de su derecho de acceso al sistema judicial. Tampoco afectará nada de lo dispuesto en la presente Directiva a los sistemas de mediación autorreguladores vigentes, en la medida en que se ocupen de aspectos que no estén cubiertos por la presente Directiva...

19. La mediación no debe considerarse como una alternativa peor que el proceso judicial por el hecho de que el cumplimiento del acuerdo resultante de la mediación dependa de la buena voluntad de las partes. Por tanto, los Estados miembros deben asegurar que las partes en un acuerdo escrito resultante de la mediación puedan hacer que su contenido tenga fuerza ejecutiva. Los Estados miembros solamente deben poder negarse a que un acuerdo tenga fuerza ejecutiva cuando su contenido sea contrario a su legislación, incluido su Derecho Internacional Privado, o cuando esta no disponga la fuerza ejecutiva del contenido del acuerdo específico. Así podría ocurrir cuando la obligación especificada en el acuerdo no tuviese fuerza ejecutiva por su propia índole...

23. Dada la importancia de la confidencialidad en el procedimiento de mediación, es necesario que la presente Directiva contenga disposiciones que estipulen un grado mínimo de compatibilidad de las normas procesales civiles en lo que se refiere al modo en que se protege la confidencialidad de la mediación en todo proceso judicial o de arbitraje ulterior, ya sea de carácter civil o mercantil...

Aunque esta Directiva va dirigida a las mediaciones transfronterizas, no excluye que sus principios puedan ser aplicados por los países miembros de la Comunidad Europea en su legislación interna, para adecuar y uniformar los procesos de mediación extrajudicial en Europa, tal como lo señala el considerando 8, antes transcrito. Prueba de ello es que diversos países han acogido los preceptos de la Directiva, en sus leyes internas relativas a la mediación en materia civil y mercantil.

El concepto y ámbito de la mediación es expresado así en el artículo 3:

A efectos de la presente Directiva, se entenderá por:

a. «mediación»: 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. Este procedimiento puede ser iniciado por las partes, sugerido u ordenado por un órgano jurisdiccional o prescrito por el Derecho de un Estado miembro.

Incluye la mediación llevada a cabo por un juez que no sea responsable de ningún procedimiento judicial vinculado a dicho litigio. 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;

b. «mediador»: todo tercero a quien se pida que lleve a cabo una mediación de forma eficaz, imparcial y competente, independientemente de su denominación o profesión en el Estado miembro en cuestión y del modo en que haya sido designado o se le haya solicitado que lleve a cabo la mediación...

Si bien resulta claro que la Directiva excluye de su ámbito de aplicación lo relativo a la conciliación intraprocésal, vale decir la que realiza el juez –como acto de trámite obligatorio o no– dentro del marco de un juicio, no descarta lo que la doctrina italiana denomina «mediación delegada» y los españoles «mediación por derivación»<sup>8</sup>. Se trata del caso en el que el juez ya no actúa como conciliador, sino que se limita a invitar a las partes a recurrir a una mediación para dirimir sus diferencias. En este sentido el artículo 5 dispone:

El órgano jurisdiccional que conozca de un asunto, cuando proceda y teniendo en cuenta todas las circunstancias del caso, podrá proponer a las partes que recurran a la mediación para solucionar el litigio. Así mismo

---

<sup>8</sup> DI PAOLA, Nunzio y CARNEGlia, Fabio: *Guida alla nuova conciliazione, mediazione finalizzata alla conciliazione delle controversie civili e commerciali*. Maggioli. República de San Marino, 2010, pp. 21 y 22.

el órgano jurisdiccional podrá pedir a las partes que asistan a una sesión informativa sobre el uso de la mediación, si se celebran tales sesiones y si son fácilmente accesibles.

El sentido de descartar una conciliación intraprocesal –impulsada y administrada por el propio juez que conoce de la causa en la que las partes pretenden dirimir sus controversias– resulta claro. Tal como lo ha señalado correctamente la doctrina, el supuesto de una mediación delegada puede revelarse un instrumento de particular utilidad frente a los mecanismos tradicionales de conciliación en el proceso, fundamentalmente por dos razones:

En primer término, el juez no necesariamente es la persona más indicada para lograr una conciliación entre las partes. Su estructura mental va dirigida a resolver una controversia mediante una decisión y no mediante un mecanismo negocial. Él, cuando le da la razón a una de las partes, se la quita a la otra.

En segundo lugar, las partes durante el proceso tienen una natural reticencia a desnudarse y revelar francamente sus aspiraciones frente al órgano que en definitiva habrá de decidir el caso, si la conciliación fracasa<sup>9</sup>. A ello cabe agregar, finalmente, los inconvenientes o limitaciones que surgen ante el temor del juez de intervenir y expresarse claramente en la conciliación, por cuanto podría adelantar su opinión y exponerse así a una recusación<sup>10</sup>.

Una norma importante para salvaguardar los derechos de las partes e incentivar el uso de la mediación, la encontramos en el artículo 8 de la Directiva. Este artículo reza así:

Efecto de la mediación sobre los plazos de caducidad y prescripción:

1.º Los Estados miembros garantizarán que el hecho de que las partes que opten por la mediación con ánimo de solucionar un litigio no les impida posteriormente iniciar un proceso judicial o un arbitraje en relación con

---

<sup>9</sup> *Ibíd.*, p. 23.

<sup>10</sup> *Cfr.* en este sentido: NICOSIA, SUSANNA y CECCACCI: *ob. cit.*, p. 35.

dicho litigio por haber vencido los plazos de caducidad o prescripción durante el procedimiento de mediación.

2.º Lo dispuesto en el apartado 1.º se entenderá sin perjuicio de las disposiciones sobre plazos de caducidad o prescripción incluidas en los acuerdos internacionales en que sean partes los Estados miembros.

Esta norma es de suma importancia para el desarrollo y aceptación de la mediación como mecanismos alternativos de resolución de controversias, y el principio que quiere establecer veremos que ha sido recogido por la legislación interna de varios países europeos, en tema de mediación. Consideramos que es una grave omisión de la antes comentada Ley Modelo de la CNUDMI del 2018, no haber contemplado tan delicada cuestión.

Para garantizar la adopción de los principios sentados por la Directiva en materia de mediación, el artículo 12 de la misma dispuso: «Los Estados miembros pondrán en vigor las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas necesarias para dar cumplimiento a la presente Directiva antes del 21 de mayo del 2011, con excepción del artículo 10, al que deberá darse cumplimiento el 21 de noviembre del 2010 a más tardar. Informarán inmediatamente de ello a la Comisión».

Al decir de la doctrina que analizó el impacto de esta Directiva y las leyes promulgadas por los países miembros de la Comunidad Europea, al vencerse el lapso señalado, de los 26 países involucrados –dado que Dinamarca decidió no adoptarla– tan solo Austria, Bulgaria, Estonia, Finlandia, Grecia, Irlanda, Italia, Lituania, Malta, Portugal, Rumania, Eslovenia, Eslovaquia, Hungría y el Reino Unido respetaron el plazo, mientras que otros como Alemania, España, Luxemburgo, la República Checa, Suecia y Francia la implementaron fuera del plazo establecido<sup>11</sup>.

<sup>11</sup> Cfr. en este sentido: BESSO, Chiara: «Implementation of the EU Directive N.º 52/2008: A Comparative Survey», en: [http://www.mediation-in-europe.eu/study\\_on\\_implementation.asp?ln=&idtema=1&idtemacat=1&page=informazioni&idcategoria=1120](http://www.mediation-in-europe.eu/study_on_implementation.asp?ln=&idtema=1&idtemacat=1&page=informazioni&idcategoria=1120).

## 2. La reciente normativa en materia de mediación

### 2.1. *El Decreto Legislativo N.º 28, del 2010 sobre la mediación en materia civil y mercantil, en Italia*

Resultado directo de la influencia de la Directiva 2008/52/CE en el Derecho interno de Italia<sup>12</sup>, es el Decreto Legislativo N.º 28, del 4 de marzo del 2010, el cual se refiere a la materia de la mediación dirigida a la conciliación de las controversias civiles y mercantiles<sup>13</sup>. Comenzamos con el caso de Italia, porque es el país de la Comunidad Europea en donde el mecanismo de la mediación ha tenido el mayor éxito como fórmula alternativa de resolución de controversias.

Este Decreto vino a regular en forma general el procedimiento de mediación para todas las controversias civiles y mercantiles que versen sobre derechos disponibles sin precluir –o impedir– las negociaciones voluntarias y paritarias entre las partes en materia civil y mercantil. El artículo 1, literal a, del Decreto legislativo define a la mediación como: «la actividad, cualquiera que fuese su denominación, ejercida por un tercero imparcial con el fin de asistir a dos o más sujetos para la búsqueda de un acuerdo amigable para la composición de una controversia, incluyendo la formulación de una propuesta para su solución». A su vez, el literal c, del mismo artículo define a la conciliación como: «la composición de una controversia como resultado del desarrollo de la mediación».

En otras palabras, para el legislador italiano la conciliación es, en definitiva, el resultado de una mediación. El Decreto concibe el organismo administrador de la mediación como el ente público o privado ante el cual puede desarrollarse el procedimiento de mediación y contempla el registro de dichos organismos ante el Ministerio de Justicia.

Al lado de la regulación de la mediación facultativa se introdujo, con este Decreto, la figura de la mediación obligatoria en los términos originalmente concebidos por el apartado 1.º de su artículo 5, vale decir, el agotamiento de un

<sup>12</sup> En este sentido: DI PAOLA y CARNEGLIA: ob. cit., pp. 6, 18 y 19; NICOSIA, SUSANNA y CECCACCI: ob. cit., p. 146.

<sup>13</sup> Publicado en la *Gaceta Oficial* italiana N.º 53, del 05-03-10.

procedimiento de mediación previo al proceso, como una condición de admisibilidad de la demanda –o de procedibilidad– en las materias por él reguladas<sup>14</sup>.

Pero antes de extendernos acerca de esta legislación, cabe advertir que precisamente el citado apartado 1.º del artículo 5, que establecía la mediación obligatoria, fue anulado por inconstitucional por la Corte Constitucional italiana<sup>15</sup>. Empero, la sentencia no excluyó la posibilidad de establecer mecanismos de mediaciones obligatorios, aduciendo, por el contrario, que la Directiva de la Comunidad, antes comentada, no impide tal solución en el Derecho interno<sup>16</sup>. La decisión se basa, antes bien, en razones formales: la Ley por la cual se le delegó al Ejecutivo la posibilidad de normar en materia de mediación civil y comercial no contemplaba la facultad para establecer la obligatoriedad de la mediación<sup>17</sup>.

Por ende, este Decreto legislativo fue objeto de una posterior reforma, efectuada por Decreto-Ley N.º 69, del 21 de junio del 2013, convertido luego en Ley N.º 98, del 9 de agosto del 2013, por la cual, además, se modificaron otros aspectos de la versión original<sup>18</sup>. Con este Decreto-Ley se reintrodujo

<sup>14</sup> Pero no es la primera vez que se recurre al mecanismo de la mediación obligatoria en Italia. Véanse al respecto las leyes del 1998 y 2006 citadas en: DI PAOLA y CARNEGIA: ob. cit., pp. 125-134.

<sup>15</sup> *Vid.* Corte Constitucional, sent. N.º 272, del 06-12-12.

<sup>16</sup> Anuló, además, por vía de consecuencia, otros artículos del Decreto Legislativo. Véase el texto de la sentencia en: <https://www.cortecostituzionale.it/actionSchedaPronuncia.do?anno=2012&numero=272>.

<sup>17</sup> Sobre esto *cf.* MAZZAMUTO, Salvatore: «La mediazione conciliativa dopo la sentenza N.º 272/2012 della corte costituzionale». En: *Rivista di Diritto dell'Economia, dei Trasporti e dell'Ambiente*. Vol. XII. Palermo, 2012, pp. 529 y ss., <http://www.giureta.unipa.it/phpfusion/images/26PierluigiMazzamutoLa%20medconciliativa-dirPri31120212.pdf>.

<sup>18</sup> A tenor del artículo 77 de la Constitución italiana, en ciertos casos extraordinarios el Ejecutivo puede dictar un instrumento de rango legal, denominado Decreto-ley. Pero el mismo debe ser presentado el mismo día de su dictado al Parlamento, para que sea convertido en ley por este. Si la conversión en ley no ocurre dentro de los 60 días siguientes, pierde eficacia. En cambio, un Decreto legislativo puede ser dictado por el Ejecutivo, previa delegación legislativa del Parlamento, la cual indica sus parámetros y duración.

la mediación obligatoria. Al texto refundido resultante, se referirán nuestros comentarios posteriores<sup>19</sup>.

Los aspectos más relevantes de la normativa, después de las modificaciones efectuadas, son los siguientes:

a. Dispone el artículo 5, aparte 1-*bis*, que quien pretenda intentar en juicio una acción relativa a una controversia en materia de condominio, derechos reales, sucesiones hereditarias, pactos de familia, arrendamiento, comodato, responsabilidad médica, difamación por la prensa u otros medios de comunicación, contratos de seguro, bancarios o financieros, debe primero agotar el procedimiento de mediación contemplado en el Decreto. Se excluyó lo relativo al daño derivado de la circulación de vehículos y embarcaciones, materia en la que ahora se contempla, como mecanismos alternativos de resolución de controversias, la previa negociación asistida por abogados, como lo veremos luego.

b. La ausencia del proceso de mediación previa, como condición de admisibilidad de la demanda, debe ser alegada en la primera audiencia por el demandado, so pena de caducidad, pero puede ser también constatada de oficio por el juez. En el último caso, el juez concede a las partes un término de 15 días para la presentación de la solicitud de mediación.

c. Se admite la mediación delegada o mediación por derivación judicial. En la versión original de la norma, el juez «podía invitar» a las partes durante el proceso, aún en fase de apelación, a iniciar una mediación, tal como lo contempla la Directiva de la Comunidad Europea. Ahora, según el texto vigente, el juez «puede ordenar» a las partes, según las circunstancias del caso y la conducta de las partes, que intenten un procedimiento de mediación. En este caso, el agotamiento de la mediación es una condición de procedibilidad, aún en apelación (artículo 5, apartado 2.º). A su vez, el novedoso apartado 2.º-*bis*

---

<sup>19</sup> Modificado luego por el Decreto-Ley N.º 50, del 24-04-17, convertido en la Ley N.º 96, del 21-06-17 y por Decreto legislativo N.º 68, de 21-05-18. *Cfr.* su texto actual en: <https://www.altalex.com/documents/leggi/2013/11/04/mediazione-civile-il-testo-aggiornato-del-d-lgs-28-2010>.



del artículo 5 dispone que, cuando el procedimiento de la mediación es una condición de procedibilidad de la demanda, la condición se reputa cumplida si la primera reunión ante el mediador concluye sin un acuerdo.

d. Se admite la posibilidad de emplear los nuevos servicios en línea de solución de conflictos (*Online Dispute Resolution*) en los términos previstos por el reglamento del órgano ante el cual se desarrolle la mediación (artículo 3 apartado 4.º).

e. A tenor de lo dispuesto por el artículo 4 en su apartado 3.º, el abogado que asuma la representación de un caso tiene la obligación de informarle al cliente que tiene la posibilidad de ir a un procedimiento de mediación y acerca de los beneficios fiscales previstos por los artículos 17 y 20 del Decreto<sup>20</sup>. Así mismo, debe informarle al cliente los casos en los cuales la mediación es obligatoria. Si viola estos deberes de información, el contrato entre abogado y cliente es anulable.

f. A los fines de atender el mandato de la Directiva en materia de prescripción y caducidad, el apartado 6.º del artículo 5, establece que, desde el momento de la comunicación a la otra parte de una solicitud de mediación, ella produce sobre la prescripción los mismos efectos de la demanda judicial. Desde ese momento, la solicitud de mediación también impide la caducidad, pero por una sola vez. Si la mediación fracasa, la demanda judicial debe ser intentada antes de que se cumpla el término de caducidad, el cual comienza a transcurrir *ex novo*, desde el depósito ante el organismo del acta en la cual se haya dejado constancia del fracaso de la mediación.

---

<sup>20</sup> Según al artículo 17, todos los documentos y actos del procedimiento de mediación están exentos del impuesto de papel sellado, y de toda tasa o derecho de cualquier especie. También se exonera el acuerdo que se logre por la mediación, del impuesto de registro, hasta la cantidad de 50 000 euros. El artículo 20 reconoce a las partes de la mediación un crédito de impuesto equivalente a la cantidad que las partes hayan pagado a los mediadores, hasta la cantidad de 500 euros. Si la mediación no produjo un resultado positivo, el crédito se reduce a la mitad.

g. Dispone el apartado 5.º del artículo 5 del Decreto que, cuando se hubiere pactado una mediación en una cláusula contractual o estatutaria y la mediación no hubiese sido realizada, el juez o el árbitro, previo alegato o excepción de parte en la primera audiencia, puede disponer que la solicitud pertinente sea presentada dentro del término de los 15 días siguientes.

h. Los aspectos relativos a los deberes de confidencialidad y al secreto profesional aparecen tratados en los artículos 9 y 10.

i. En el artículo 11, titulado «conciliación», se regula la fase final de la mediación y se contemplan varios supuestos. Si la mediación es exitosa, el mediador debe levantar un acta, en la cual reflejará una síntesis del objeto de la controversia, así como lo acordado con base en la voluntad de las partes, a la cual debe anexarse otro documento: el acuerdo de las partes. Con la redacción del acta, culmina la función del mediador. En este sentido, se ha dicho que el acuerdo es la concreción negocial que hacen las partes de los puntos indicados en acta<sup>21</sup>. El acuerdo de las partes puede contemplar el pago de una suma por cada violación de las obligaciones asumidas o por el retardo en su cumplimiento. Se trata de lo que algunos han denominado *astreintes* convencionales<sup>22</sup>.

Luego dispone el Decreto que, en caso de no lograrse un acuerdo, el mediador «puede» formular una propuesta de conciliación a las partes. Si se solicitan ambas partes, en cualquier momento del procedimiento, entonces «debe» formular una propuesta. Si no la formula, debe levantar el acta en donde conste el fracaso de la mediación. Si decide formular la propuesta, el mediador debe antes informar a las partes sobre las posibles consecuencias que contempla el artículo 13, en materia de gastos procesales.

A tenor de esta última norma, cuando en el juicio posterior la sentencia coincida íntegramente con el contenido de la propuesta, el juez no acuerda el reembolso de los gastos sostenidos por la parte vencedora que rechazó la propuesta y la condena a pagar los gastos de la parte perdedora, desde la fecha de

<sup>21</sup> En este sentido *cf.* NICOSIA, SUSANNA y CECCACCI: ob. cit., p. 173.

<sup>22</sup> Así, DI PAOLA y CARNEGLIA: ob. cit., p. 86.

la formulación de la propuesta. Tampoco concede, en este caso, a la ganadora, el reembolso de su cuota parte de lo pagado en concepto de honorarios del mediador. Además, la condena a pagar al Estado una cantidad de dinero.

Se nota claramente aquí el propósito del legislador italiano de reforzar a la mediación como mecanismos alternativos de resolución de controversias. Sin embargo, algunas reflexiones críticas caben en cuanto al mecanismo de una propuesta de solución formulada por un mediador—sin que se lo soliciten ambas partes— vinculado a unas consecuencias negativas, en caso de su rechazo.

En primer término, el mediador debe ser imparcial y no debería tener la facultad de imponerle a las partes una solución bajo la amenaza, legalmente expresada, de incurrir en futuras sanciones. Conforme a lo expresado en la Directiva 2008/52/CE, hemos visto que el mediador es «todo tercero a quien se pida que lleve a cabo una mediación de forma eficaz, imparcial y competente, independientemente de su denominación o profesión». Y el requisito de la imparcialidad del mediador aparece recogido en el propio Decreto que comentamos.

Por ende, los inconvenientes de este mecanismo son varios. Tal como lo argumenta la doctrina italiana:

... Luce difícil que la sentencia judicial pueda coincidir íntegramente con la propuesta conciliativa, dado que esta última proviene de una supuesta mediación que, como tal, debería «mediar», es decir conjugar las pretensiones opuestas escogiendo precisamente una línea de recíprocas concesiones. En efecto, la propuesta de conciliación debería balancear los intereses contrapuestos, quitando y otorgando a cada uno algo, para poder ser aceptada por todos los contendores.

Ello permite comprender bien, en cambio, que el supuesto mediador «imparcial», cuando las partes no llegan a un acuerdo, no formula realmente una propuesta de conciliación, sino una de «decisión de la controversia». Tan solo así puede suceder que, en el juicio posterior al rechazo, la sentencia corresponda «enteramente al contenido de la propuesta» y solo en este caso la parte

puede considerar conveniente aceptarla para evitar los riesgos de la condena a los gastos y accesorios<sup>23</sup>.

Al decir de los mismos autores recién citados, con este mecanismo de la propuesta unilateral del mediador atado a las señaladas consecuencias negativas en caso de su rechazo, en lugar de facilitarse el acceso a la justicia, podría obstaculizarse el mismo: dado que el mediador «imparcial» asume el rol de un juez, daría vida a la creación de una inaceptable jurisdicción especial o extraordinaria –tal como la Corte Constitucional italiana lo ha decidido en el caso de los arbitrajes obligatorios–.

a. En cumplimiento de los principios que informan la Directiva de la Comunidad Europea, en materia de facilitar la ejecución de las decisiones derivadas de los mecanismos alternativos de resolución de controversias, dispone el artículo 12 que, cuando todas las partes de la mediación hayan sido asistidas por abogado, el acuerdo suscrito por ellas y por sus abogados, tiene fuerza de título ejecutivo para la expropiación forzosa, la ejecución de obligaciones de hacer y de no hacer y para la inscripción de hipoteca judicial. El acuerdo debe ser homologado, a solicitud de parte, por un decreto del presidente del tribunal de la circunscripción en donde se encuentre el organismo ante el cual se desarrolló la mediación. Si se trata de una controversia transfronteriza en el sentido del artículo 2 de la Directiva 2008/52/CE, el competente es el presidente del tribunal en cuya circunscripción deba ejecutarse el acuerdo.

b. Una norma que llama poderosamente a la atención, en esta materia de la mediación, es la contenida en el artículo 8, apartado 4.º-*bis*. En ella se establecen las consecuencias de la falta de participación de una parte a la mediación, sin justos motivos. En este sentido, dispone la norma que, en este

---

<sup>23</sup> DI PAOLA y CARNEGLIA: ob. cit., pp. 85 y 86. A estos remitimos, para otras críticas detalladas. Adviértase que la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Mediación Comercial Internacional y Acuerdos de Transacción Internacionales Resultantes de la Mediación del 2018, en su artículo 7, numeral 4º, admite la posibilidad de que el mediador formule propuestas de solución de la controversia. Sin embargo, no contempla consecuencias perjudiciales para la parte que deseche la propuesta, como sí lo hace el legislador italiano.

caso, el juez puede deducir argumentos probatorios en el juicio subsiguiente, a tenor de lo establecido en el segundo párrafo del artículo 116 del Código de Procedimiento Civil italiano. Vale decir, puede valorar negativamente la conducta renuente de la parte que no participó en la mediación. Además, el juez puede condenar a la parte que no participó en la mediación, sin justa causa, a pagar al Estado una suma de dinero equivalente al tributo –denominado *contributo unificato*– que se causa por la introducción de la demanda.

c. Finalmente, cabe resaltar que el Decreto-Ley N.º 69, del 21 de junio de 2013 –convertido en Ley, por la Ley N.º 98, del 9 de agosto de 2013– mediante el cual fue reintroducida la mediación obligatoria en Italia, después de la comentada sentencia de la Corte Constitucional italiana, establecía un régimen transitorio para este mecanismo, en el artículo 5, apartado 1.º-*bis*. Vale decir, la mediación obligatoria tenía una duración de cuatro años y, una vez transcurridos los primeros dos años de su vigencia, el Ministerio de Justicia tenía la obligación de monitorear los resultados de la aplicación de este instituto. Posteriormente, en vista de los resultados positivos arrojados por la mediación obligatoria, por Decreto-Ley N.º 50, del 24 de abril de 2017, convertido por la Ley N.º 96, del 21 de junio de 2017, se eliminó el régimen de transitoriedad. Al suprimir la referencia a la temporalidad, la disciplina de la mediación obligatoria pasó a ser permanente o estructural en Italia, tal como se desprende del texto vigente refundido de la normativa.

En cuanto a la eficacia de la mediación obligatoria en Italia, en los trabajos parlamentarios relativos a la recién citada Ley N.º 96, se hizo constar que: «tal como se desprende de los datos estadísticos de la Dirección general de estadística del Ministerio de Justicia, en 2016 se intentaron 183 977 mediaciones (196 247 en 2015, 179 587 en 2014); el porcentaje de éxito de la mediación obligatoria es del 23 % de los casos (21,2 % en 2015, 21,4 % en 2014)»<sup>24</sup>.

<sup>24</sup> Cfr. al respecto: «*Camera dei deputati, XVII Legislatura, Documentazione per l'esame di Progetti di legge Disposizioni urgenti in materia finanziaria, a favore degli enti territoriali e zone colpite da eventi sismici e misure per lo sviluppo D.L. 50/2017 - A.C. 4444-A Sintesi degli emendamenti approvati dalla V Commissione Bilancio N.º 576/1, 30 maggio 2017*», en: <https://www.altalex.com/documents/news/2017/07/06/mediazione-manovra-correttiva>. Adicionalmente, véanse las cifras

Se trata indiscutiblemente de cifras de gran importancia, que permiten apreciar que este mecanismo responde efectivamente al propósito de aligerar la carga de trabajo de los tribunales, a través de la desjudicialización de las controversias entre particulares, en materia de derechos disponibles.

## 2.2. *El caso de España. Real Decreto-Ley 5/2012 del 5 de marzo, de mediación en asuntos civiles y mercantiles*

Ya hemos visto que España es uno de los países que adoptó la Directiva de la Comunidad Europea 2008/52/CE extemporáneamente. Lo hizo mediante Real Decreto-Ley 5/2012 de Mediación Civil y Mercantil, que supone la adaptación al Derecho español de la Directiva. El recurso a esta vía extraordinaria fue justificado precisamente por haber transcurrido el plazo para la transposición relativa. Ya en su exposición de motivos, el Decreto aclara que se trata de establecer:

... un régimen general aplicable a toda mediación que tenga lugar en España, y pretenda tener un efecto jurídico vinculante, si bien circunscrita al ámbito de los asuntos civiles y mercantiles y dentro de un modelo que ha tenido en cuenta las previsiones de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Conciliación Comercial Internacional del año 2002 (...) El modelo de mediación se basa en la voluntariedad y libre decisión de las partes y en la intervención de un mediador, del que se pretende una intervención activa orientada a la solución de la controversia por las propias partes. El régimen que contiene el Real Decreto-Ley se basa en la flexibilidad y en el respeto a la autonomía de la voluntad de las partes...

Por ello, dentro de los principios que informan el sistema de la mediación en España, se encuentra el respeto a la libertad de las partes. Eso hace que el legislador español no haya concebido, inicialmente, a la mediación como un mecanismo obligatorio, a diferencia del italiano.

---

comparativas acerca de la efectividad de la mediación, entre los varios países europeos en: CHÉLIZ INGLÉS, M. C.: «La UE y la armonización de la regulación en materia de mediación: ¿hacia una mediación obligatoria en todos los estados miembros?». En: *Revista de Estudios Europeos*. N.º 71. Valladolid, 2018, pp. 189-205, <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/6347877.pdf>.

Los puntos más relevantes de este instrumento<sup>25</sup>, en nuestra opinión, son los siguientes:

a. **Ámbito de aplicación:** Se aplica a las mediaciones en asuntos civiles o mercantiles, incluidos los conflictos transfronterizos, siempre que no afecten a derechos y obligaciones que no sean disponibles, en virtud de la legislación aplicable.

b. **Efectos sobre los plazos de prescripción y caducidad:** Se acogen los principios de la Directiva en esta materia. El artículo 3 del Decreto-Ley dispone: «el comienzo de la mediación suspenderá la prescripción o la caducidad de acciones». También aclara que la suspensión se prolonga durante el tiempo que medie hasta la fecha de la firma del acuerdo de mediación o, en su defecto, del acta final o se produzca la terminación de la mediación por alguna de las causas previstas en el Decreto. Si no se firma el acta de la sesión constitutiva en el plazo de quince días a contar desde el día en que se entiende comenzada la mediación, se reanuda el cómputo de los plazos. En materia de caducidad, el tratamiento resulta diferente al acordado por el legislador italiano. Se suspende el término de caducidad, pero luego no comienza a contarse *ex novo*, como en Italia.

c. **Organismos de mediación:** El artículo 5 considera como instituciones de mediación a: «las entidades públicas o privadas y las corporaciones de Derecho público que tengan entre sus fines el impulso de la mediación facilitando el acceso y administración de la misma». Esta norma prevé expresamente a la ODR (*Online Dispute Resolution*) cuando contempla que estas instituciones deberán implantar sistemas de mediación por medios electrónicos. En especial, para aquellas controversias que consistan en reclamaciones dinerarias.

d. **Principios informadores de la mediación:** El artículo 6 ratifica que la mediación es voluntaria, por lo cual nadie estará obligado a mantenerse en el procedimiento de mediación o a concluir un acuerdo. Luego se refiere a la

<sup>25</sup> Su texto lo hemos consultado en: <https://www.boe.es/buscar/pdf/2012/BOE-A-2012-9112-consolidado.pdf>.

cláusula med-arb cuando establece que cuando ella se hubiere convenido, «se deberá intentar el procedimiento pactado de buena fe, antes de acudir a la jurisdicción o a otra solución extrajudicial». Aclara que dicha cláusula surtirá efectos incluso cuando la controversia verse sobre la validez o existencia del contrato en la que conste.

e. Imparcialidad y confidencialidad de la mediación: en los artículos 7, 8 y 9 se regula lo relativo a la igualdad de las partes; imparcialidad de los mediadores; neutralidad —«las actuaciones de mediación se desarrollarán de forma que permitan a las partes en conflicto alcanzar por sí mismas un acuerdo de mediación»— y confidencialidad. Contempla expresamente la responsabilidad de quienes violen el deber de confidencialidad.

f. Conducta de las partes en la mediación: Establece el artículo 10 en este sentido que las partes actuarán conforme a los principios de buena fe y respeto mutuo. También desarrolla el principio de la buena fe al establecer que: «durante el tiempo en que se desarrolle la mediación las partes no podrán interponer entre sí ninguna acción judicial o extrajudicial en relación con su objeto». Lo cual refuerza con un mandato que parece ir dirigido al juez cuando establece: «un compromiso de sometimiento a la mediación y la iniciación de ésta impide a los tribunales conocer de las controversias sometidas a mediación durante el tiempo en que se desarrolle ésta, siempre que la parte a quien interese lo invoque mediante declinatoria».

g. Responsabilidad civil de los mediadores: A diferencia de otras leyes que hemos revisado en materia de mediación y de arbitraje, este Decreto-Ley regula expresamente la responsabilidad de los mediadores y de las «instituciones de mediación», en su artículo 14, en los siguientes términos:

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 mala fe, temeridad o dolo. 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.



No se trata aquí de la genérica responsabilidad establecida a cargo del mediador y de las partes, por violación del deber de confidencialidad, a la cual nos hemos referido. Precisamente, en conexión con esta norma cabe mencionar que, dentro de las condiciones requeridas para ser mediador, el Decreto exige en el artículo 11 que el mismo deberá contar con formación específica para ejercer la mediación –lo cual requiere que siga cursos de formación *ad hoc*– y que deberá suscribir un seguro o garantía equivalente que cubra la responsabilidad civil derivada de su actuación en los conflictos en que intervenga.

h. Mediación derivada: No contempla actualmente este Decreto la posibilidad de que un juez pueda ordenar a las partes ir a un proceso de mediación, durante el proceso judicial. Según lo vimos al analizar la legislación italiana en la materia, el juez «puede ordenar» a las partes, según las circunstancias del caso y la conducta de las partes, que intenten un procedimiento de mediación y, en este caso, el agotamiento de la mediación es una condición de procedibilidad, aún en apelación.

i. Propuestas del mediador: Tampoco admitió el legislador español la facultad prevista en Italia de que el mediador formule una propuesta a las partes, con posibles consecuencias negativas en el plano del coste de la mediación, en caso de fracaso –*verbi gratia*, rechazo de la propuesta–. Según el Decreto-Ley que comentamos, en España un proceso de mediación inicia únicamente a solicitud de ambas partes o porque una de ellas la solicite, en cumplimiento de un pacto de sometimiento a mediación existente previamente entre las partes.

j. Acta final: En materia de terminación del procedimiento, el Decreto contempla, al igual que en el caso de Italia, una acta final que reflejará los acuerdos alcanzados de forma clara y comprensible, o su finalización por cualquier otra causa (artículo 22). En lo que concierne al acuerdo de mediación alcanzado por las partes, establece el artículo 23 que en él deberá constar la identidad y el domicilio de las partes, el lugar y fecha en que se suscribe, las obligaciones que cada parte asume y que se ha seguido un procedimiento de mediación, 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. El acuerdo de mediación no debe acompañar necesariamente el acta final puesto que el mismo deberá presentarse al mediador, en el plazo máximo de diez días desde el acta final, para su firma.

k. Ejecución del acuerdo de mediación: De conformidad con los principios de la Directiva Comunidad Europea, se regula lo relativo al carácter de título ejecutivo del acuerdo de mediación. En este sentido, se establece que las partes pueden elevar a escritura pública el acuerdo alcanzado tras un procedimiento de mediación. En este caso, el acuerdo de mediación debe presentarse ante un notario acompañado de copia de las actas de la sesión constitutiva y final del procedimiento. Cuando el acuerdo se hubiere alcanzado en una mediación desarrollada después de iniciar un proceso judicial, las partes pueden solicitar del tribunal su homologación de acuerdo con lo dispuesto en la Ley de Enjuiciamiento Civil española.

Desde el punto de vista teórico, considerando la naturaleza de las facultades de un verdadero mediador y los principios centrales que informan la mediación según la Directiva europea, este régimen luce muy equilibrado.

Sin embargo, se lo ha juzgado como ineficaz, por no contemplar la mediación obligatoria<sup>26</sup>. En España se analizaron los resultados positivos que este mecanismo ha arrojado en Italia, tal como hemos tenido ocasión de resaltar. Ello explica las iniciativas recientes para introducirlo en España, aunque sea de forma mitigada, para darle más impulso a la mediación.

---

<sup>26</sup> Para un análisis de los motivos del éxito de la mediación obligatoria en Italia y la necesidad de su introducción en España *cf.*: HERRERA DE LAS HERAS, Ramón: «La mediación obligatoria para determinados asuntos civiles y mercantiles». En: *INDRET*. N.º 1. Barcelona, 2017, pp. 13-16. Especialmente, las conclusiones que formula el autor al respecto (*ibíd.*, p. 21). También cabe consultar, en el mismo sentido, a: SENOSIAIN MAYA, Julia Isabel: *Mediación obligatoria y tutela judicial efectiva*. Universidad de Navarra. Tesis de Maestría. Pamplona, 2017, pp. 16 y 17, <https://academica-e.unavarra.es/bitstream/handle/2454/27311/72147TFMsenosiaim.pdf?sequence=1&isAllowed=y>.

En este sentido, el 11 de enero de 2019 el Consejo de Ministros español anunció la aprobación de un Anteproyecto de Ley de Impulso de la Mediación<sup>27</sup>. Las motivaciones del Consejo mencionado para justificar esta iniciativa fueron expresadas del modo siguiente:

... La nueva regulación supera el modelo de mediación actualmente vigente basado en su carácter exclusivamente voluntario por el denominado de «obligatoriedad mitigada» que obliga a los litigantes a asistir a una sesión informativa y exploratoria en los seis meses previos a la interposición de la demanda en un número tasado de materias. Esta sesión será conducida por un mediador y estará dirigida a explorar tanto el asunto objeto de controversia como el posicionamiento inicial de las partes, que recibirán información clara y precisa del procedimiento, de la dinámica de trabajo que se seguirá en caso de que finalmente se acuerde continuar la mediación y de sus beneficios frente a la vía judicial en cuanto a ahorro de tiempo y costes. En la mediación no se requiere abogado ni procurador y el coste económico de recurrir a un mediador se estima muy inferior al que incurrirían las partes si optaran por la vía judicial.

La obligación de intentar la mediación se extiende a los casos civiles más comunes, como pequeñas reclamaciones de cantidad, herencias o asuntos de familia.

Se establece también una mediación intrajudicial que tendrá lugar cuando el juez o tribunal, una vez analizado el caso, considere que una forma alternativa al juicio puede resultar más satisfactoria para las partes, siempre que no se hubiera producido un intento de mediación con carácter previo al inicio del proceso. Se opta por no suspender el curso del proceso judicial<sup>28</sup>.

<sup>27</sup> Cuyo texto puede consultarse en: <https://www.aeafa.es/files/noticias/anteproyecto-leyimpulsomediacion.pdf>

<sup>28</sup> *Cfr.* la nota oficial en: <https://www.lamoncloa.gob.es/consejodeministros/Paginas/enlaces/110119-enlacemediacion.aspx>.

En este Anteproyecto, dentro de las modificaciones al Decreto-Ley vigente que hemos comentado, se propuso la reforma de su artículo 6. Su texto, al entrar en vigor la ley proyectada, será el siguiente:

La mediación es voluntaria. No obstante, los interesados estarán obligados a intentarla con carácter previo al inicio de un proceso declarativo en los siguientes casos: a. Medidas que se adopten con ocasión de la declaración de nulidad del matrimonio, separación, divorcio o las relativas a la guarda y custodia de los hijos menores o alimentos reclamados por un progenitor contra el otro en nombre de los hijos menores, así como aquellas que pretendan la modificación de las medidas adoptadas con anterioridad. b. Responsabilidad por negligencia profesional. c. Sucesiones. d. División judicial de patrimonios. e. Conflictos entre socios y/o con los órganos de administración de las sociedades mercantiles. f. Reclamaciones en materia de responsabilidad extracontractual que no traigan causa de un hecho de la circulación. g. Alimentos entre parientes. h. Propiedad horizontal y comunidades de bienes. i. Derechos reales sobre cosa ajena. j. Contratos de distribución, agencia, franquicia, suministro de bienes y servicios siempre que hayan sido objeto de negociación individual. k. Reclamaciones de cantidad inferiores a 2000 euros entre personas físicas cuando no traigan causa de un acto de consumo. l. Defectos constructivos derivados de un contrato de arrendamiento de obra. m. Protección de los derechos al honor, intimidad o la propia imagen. n. Procesos arrendaticios que hayan de ventilarse por los cauces del juicio ordinario.

A los efectos de esta ley y la legislación procesal, se entenderá por intento de mediación, al menos, la celebración ante el mediador de una sesión informativa y una sesión exploratoria, que podrán haberse celebrado en un único acto, y haberse efectuado dentro de los seis meses anteriores a la presentación de la demanda. A dicha sesión habrán de asistir las partes, personalmente si se trata de personas físicas, y el representante legal o persona con poder para transigir, si se trata de personas jurídicas.

En todos los casos indicados, se concibe al intento de mediación como «un trámite procedimental previo a la admisión de la demanda» y, en materias

de costas, se prevé que no existirá pronunciamiento a favor de aquel litigante que no hubiere acudido, sin causa justificada, a un intento de mediación, cuando fuera legalmente preceptivo o así lo hubiera acordado el tribunal durante el proceso. También se recoge ahora la figura que los italianos llaman «mediación delegada» y los españoles «mediación por derivación judicial». En este sentido, el Anteproyecto contempla una norma conforme a la cual: «siempre que no se haya intentado con carácter previo al proceso, el tribunal que conozca de la primera instancia podrá acordar la derivación a un procedimiento de mediación cualesquier tipos de asuntos civiles o mercantiles». Esta mediación derivada también puede ocurrir en segunda instancia, si no hubiese ya ocurrido anteriormente.

El tema de la constitucionalidad de la introducción del mecanismo de la mediación obligatoria, como presupuesto procesal en las materias antes señaladas, fue objeto de la debida consideración, tal como se desprende de lo afirmado en la exposición de motivos del Anteproyecto, en los términos siguientes:

Esta obligación se constituye como un presupuesto procesal necesario para acceder a la vía judicial, pero no supone una obligación de someterse a todo un proceso de mediación o de consensuar un acuerdo que ponga fin al litigio –lo que no se compadecería con el principio de voluntariedad en el que se sustenta la institución–, sino únicamente de haber sido informado de la existencia y ventajas de esta importante figura, así como una primera sesión exploratoria del conflicto. Además, esta obligación no afecta al derecho a la tutela judicial efectiva, pues se configura como un trámite de carácter previo. Queda en todo caso garantizado el acceso a la vía judicial, si no se llegara a acordar el inicio de la mediación, de forma que los tribunales solo se tengan que ocupar de aquellos conflictos que no hayan podido ser solucionados de otra forma. Por consiguiente, esta medida se compadece con la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, que en sentencia del 14 de junio del 2017, Menini, asunto C-75/16, señala que el Derecho de la Unión no se opone a una normativa nacional conforme a la cual, en determinados litigios, el recurso a un procedimiento de mediación constituye un requisito

de admisibilidad de la demanda judicial, siempre que tal exigencia no impida que las partes ejerzan su derecho de acceso al sistema judicial.

Por otro lado, la Comunidad Europea ha analizado específicamente el éxito de la mediación obligatoria en Italia. Al decir de una autora española:

La importancia y relevancia del tema se ha vuelto a poner de manifiesto en dos recientes trabajos, elaborados en el seno del Parlamento Europeo. El primero de ellos, es el Informe, de enero de 2014, titulado «*Rebooting*» *the Mediation Directive: Assessing the limited impact of its implementation and proposing measures to increase the number of mediations in the EU*. En este Informe, el Parlamento Europeo concluye que la principal medida que se debe adoptar para potenciar el uso de la mediación, es dotar de un carácter obligatorio en todos los países de la UE a dicho mecanismo de resolución de conflictos. El segundo trabajo, todavía más reciente que el anterior, es de 29 de noviembre de 2016, y se titula *The implementation of the Mediation Directive*. Uno de los cinco estudios que contiene, pone de manifiesto que en la práctica totalidad de los Estados miembros no se da una relación equilibrada entre la mediación y los procedimientos judiciales. De nuevo, como vía para resolver esta cuestión, se propone la instauración de una mediación obligatoria en todos los países de la Unión<sup>29</sup>.

Para finalizar, cabe señalar que este Anteproyecto contempla al final una *vacatio legis* de tres años contados a partir de la publicación de la ley en el *Boletín Oficial*, lo cual ha sido objeto de críticas por la exagerada extensión

---

<sup>29</sup> CHÉLIZ INGLÉS: ob. cit., cit., p. 192. Agrega esta autora que, sobre la base de la experiencia italiana, el Parlamento Europeo: «concluye en este Informe que la principal medida que deben adoptar para potenciar el uso de la mediación, es dotar de un carácter obligatorio en todos los países de la UE a dicho mecanismo de resolución de conflictos. En concreto, considera que a la hora de definir el grado en el que deben introducirse los elementos obligatorios, lo más adecuado parece un enfoque “mitigado” de la mediación obligatoria. Esta forma atenuada de mediación obligatoria consistiría en que las partes han de asistir necesariamente al proceso de mediación, pero pueden salir de él en el momento en el que no deseen continuar» (p. 201).

del plazo, además de las otras que han sido formuladas respecto a esta iniciativa<sup>30</sup>. En este sentido, el Consejo General del Poder Judicial español ha sugerido una *vacatio legis* de seis meses.

### **3. El mecanismo de la negociación asistida por los abogados: ¿Un nuevo mecanismos alternativos de resolución de controversias?**

#### *3.1. La Ley francesa N.º 2010-1609 del 22 de diciembre del 2010 y la convention de procédure participative*

El legislador francés mediante el artículo 37 de la Ley N.º 2010-1609, relativa a la ejecución de las decisiones judiciales, a las condiciones de ejercicio de ciertas profesiones reglamentadas y a los expertos judiciales, modificó, entre otras cosas, el Libro III del Código civil para introducir en él un nuevo título, el XVII, intitulado «*De la convention de procédure participative*» –De la convención de procedimiento participativo–.

Básicamente, se trata de la inclusión de siete nuevos artículos (del 2062 al 2068) dirigidos a regular este convenio que, en puridad de criterios, podemos considerar como un nuevo método alternativo de resolución de disputas. A continuación, haremos un breve comentario de estos artículos novedosos.

En primer lugar, se establece una nueva figura contractual, para regular un mecanismo de negociación entre las partes, asistidas por sus abogados, que tiene por objeto llegar a un arreglo amistoso y de buena fe de la controversia, antes de que la misma haya llegado a la sede arbitral o judicial (artículo 2062.- El convenio de procedimiento participativo es un acuerdo por el que las partes de una disputa en relación con la cual aún no se haya acudido a ningún juez ni árbitro se comprometen a trabajar conjuntamente y de buena fe para la resolución amistosa de su disputa).

<sup>30</sup> Por ejemplo, véanse las propuestas formuladas por la sección española del GEMME (Grupo Europeo de Magistrados por la Mediación) en: <https://mediacionesjusticia.com/2019/02/20/propuestas-de-gemme-espana-al-anteproyecto-de-ley-de-impulso-de-la-mediacion/>.

Para su validez se requiere, bajo pena de nulidad, que la misma conste por escrito; que establezca su plazo; el objeto de la disputa; los documentos e información necesarios para la resolución de la disputa, y las modalidades aplicables a su intercambio (artículo 2063).

En cuanto a su ámbito de aplicación, la convención de procedimiento participativo tan solo puede referirse a controversias que versen sobre derechos disponibles. Se excluyen las controversias laborales, respecto de las cuales existen otras modalidades de procedimiento (artículo 2064).

Desde el perfil de los efectos, mientras goce de vigencia, el convenio de procedimiento participativo conlleva a la inadmisibilidad de cualquier procedimiento ante el juez, en torno a la controversia. No obstante, el incumplimiento del convenio por una de las partes autoriza a la otra a acudir a la sede judicial (artículo 2065). Por otro lado, si las partes llegan a un arreglo, pueden homologarlo ante un juez. En caso de fracaso, pueden llevar la controversia ante un juez, quedando, en este supuesto, liberadas del procedimiento de conciliación o mediación previa (artículo 2066).

En materia de separación y divorcio, se innova al contemplar que los cónyuges podrán celebrar un convenio de procedimiento participativo con vistas a encontrar una solución consensuada en la materia (artículo 2067).

En línea con los principios expresados en el *Libro verde* de la Comunidad Europea en materia de mecanismos alternativos de resolución de controversias, la Ley N.º 2010-1609 reformó el artículo 2238 del Código civil francés en materia de prescripción, el cual es ahora del tenor siguiente:

La prescripción quedará suspendida a partir de la fecha en que, tras el surgimiento de un litigio, las partes acuerden recurrir a la mediación o la conciliación, o bien, en ausencia de acuerdo escrito, a partir de la fecha de la primera reunión de mediación o conciliación. La prescripción quedará asimismo suspendida a partir de la celebración de un convenio de procedimiento participativo. El plazo de prescripción comenzará a correr de



nuevo, durante un periodo que no podrá ser inferior a seis meses, a partir de la fecha en que bien una de las partes o ambas, bien el mediador o el conciliador, declaren que la mediación o la conciliación han finalizado. En caso de convenio de procedimiento participativo, el plazo de prescripción comenzará a correr de nuevo a partir de la fecha de extinción del plazo del convenio, durante un periodo que no podrá ser inferior a seis meses.

Con posterioridad, la Ley de modernización de la justicia de 18 de noviembre de 2016, llamada Ley «J21», introdujo algunas modificaciones a los artículos 2062, 2063, 2065 y 2066, recién citados, del Código civil francés. De las reformas introducidas, la más importante es la que se refiere al artículo 2062.

Inicialmente, esta norma subordinaba la posibilidad de celebrar un convenio de procedimiento participativo a la condición de que la controversia entre las partes no hubiese sido sometida al conocimiento de un juez o árbitro. En su redacción actual, el convenio obliga a las partes en disputa a actuar conjuntamente y de buena fe para encontrar una solución amistosa de su controversia o en la fase de instrucción del litigio (*«la convention de procédure participative est une convention par laquelle les parties à un différend s'engagent à œuvrer conjointement et de bonne foi à la résolution amiable de leur différend ou à la mise en état de leur litige»*).

Por eso, ahora el artículo 2065 establece que, mientras goce de vigencia el convenio de procedimiento participativo «que se haya celebrado antes de la intervención de un juez», conlleva a la inadmisibilidad de cualquier procedimiento judicial, en torno al litigio.

A continuación, veremos la influencia que esta figura de los franceses ha tenido sobre la legislación italiana.

### 3.2. *El caso de Italia*

Siguiendo las huellas del legislador francés, frente a la notable acumulación de expedientes judiciales sin decidir por retardo procesal, el legislador italiano, el 10 de noviembre de 2014, dictó la Ley N.º 162. Con este instrumento

se convierte en ley, con algunas modificaciones, el contenido del Decreto-Ley N.º 132, del 12 de septiembre de 2014.

El propósito de esta legislación resulta claro atendiendo al título del Decreto-Ley mencionado: «*Misure urgenti per la degiurisdizionalizzazione ed altri interventi per la definizione dell'arretrato in materia di processo civile*» –es decir, «Medidas urgentes para la desjudicialización y otras intervenciones para la solución del atraso en materia de proceso civil»–. De las distintas medidas que fueron tomadas, interesa mencionar lo relativo al esfuerzo dirigido a la expansión del arbitraje como medio de solución de controversias y a la introducción de la figura de la «negociación asistida por abogados, como condición previa a la admisibilidad de una demanda judicial».

No nos detendremos, en esta sede, a considerar otros aspectos de esta Ley. Baste señalar que, entre otras cosas, ella introdujo la posibilidad de los cónyuges de dirigirse al oficial del Estado Civil –el alcalde– para pedir directamente la separación o divorcio –lo que los italianos llaman ahora separación o divorcio *fai da te* o *self made*–, sin intervención del juez.

### 3.2.1. El arbitraje «sobrevenido»

En lo que concierne al arbitraje, conviene señalar que, en los juicios civiles pendientes ante un tribunal de instancia o en apelación, a la fecha de la entrada en vigencia del citado Decreto, que no tengan como objeto derechos indisponibles –o que no traten de la materia laboral o de previsión social–, las partes pueden, de común acuerdo, solicitar que la causa sea decidida conforme a un arbitraje que se rija por las reglas pertinentes del Título VIII del Libro IV del Código de Procedimiento Civil italiano –*verbi gratia*, el llamado «arbitraje ritual»–.

Para que ocurra el traslado de la causa a un tribunal arbitral, se requiere de una solicitud conjunta de las partes, motivo por el cual la doctrina ha manifestado su escepticismo acerca de la utilidad de este mecanismo<sup>31</sup>.

<sup>31</sup> DOSI, Gianfranco: *La negoziazione assistita da avvocati*. Giappichelli. Turín, 2014, p. 10.

Sin embargo, si una de las partes es la Administración Pública y la controversia no excede de la cuantía de 50 000 euros en materia de responsabilidad extracontractual o se trata de reclamos que tengan por objeto el cobro de sumas de dinero, no se requiere dicha solicitud conjunta. Una vez formulada la misma por el particular, se entenderá prestado el consentimiento de la Administración Pública para someterse a arbitraje en todos los procesos, a menos que manifieste expresamente su disconformidad dentro de los treinta días siguientes a la solicitud formulada por el particular. Se trata de un caso de silencio positivo de la Administración, cuyos efectos solo pueden ser evitados con una expresa manifestación de voluntad en contrario.

Por otro lado, una vez que las partes hayan manifestado su consentimiento y el juez de la causa haya verificado que las expresadas condiciones concurren, el tribunal remite el expediente al Colegio de Abogados con jurisdicción en la sede del tribunal o en la instancia de apelación, para proceder al nombramiento de los árbitros, cuando la cuantía de las causas exceda de cien mil euros, o de un único arbitro para las controversias de cuantía inferior, si las partes así lo acordaren. Cabe destacar que los árbitros son escogidos de común acuerdo por las partes o, en su defecto, por el presidente del Colegio. Los árbitros deben ser escogidos necesariamente entre los abogados que se hayan inscrito por lo menos con cinco años de antelación en el Colegio de la circunscripción judicial respectiva; que no hayan sido suspendidos del mismo; y que manifiesten con antelación su disponibilidad a ejercer esta función.

### 3.2.2. La negociación asistida por abogados

El legislador italiano siguió al francés, al recoger, con otra denominación y una regulación más detallada la figura antes comentada. En el Decreto que comentamos se especifica en el artículo 1 que: «la convención de negociación asistida por uno o más abogados es un acuerdo mediante el cual las partes convienen en cooperar de buena fe y con lealtad para resolver amigablemente la controversia mediante la asistencia de abogados inscritos en el Colegio».

Los puntos centrales de este mecanismo son los siguientes:

a. La convención debe contener: el plazo para el desarrollo de la negociación, el cual no puede ser inferior a un mes ni superior a tres meses, prorrogable por mutuo acuerdo por 30 días; el objeto de la controversia, que no puede referirse a derechos indisponibles o a la materia del Derecho del Trabajo. Ella debe constar por escrito, so pena de nulidad.

b. La convención debe ser concluida con la asistencia de uno o más abogados y es un deber deontológico de los abogados informar a sus clientes, en el momento de asumir un encargo, la posibilidad de recurrir a la convención de negociación asistida.

c. Quien pretenda ejercer una acción relativa a una controversia en materia de resarcimiento de daños derivados de la circulación de vehículos y embarcaciones debe invitar a la otra parte a estipular esta convención. De igual manera debe proceder quien desea demandar, por cualquier título, el cobro de cantidades inferiores a 50 000 euros, fuera de los casos previstos en el artículo 5, literal 1.º del Decreto legislativo N.º 28, del 4 de marzo del 2010. Este es el Decreto sobre la mediación, cuyo alcance ya hemos comentado. Se excluye la materia de controversias contractuales derivadas de contratos entre profesionales y consumidores. El procedimiento de negociación asistida es, en estos casos, condición de admisibilidad de la demanda judicial.

d. El impedimento de proceder por este motivo debe ser alegado por el demandado, so pena de caducidad, o apreciado de oficio por el juez en la primera audiencia. El juez puede, en este caso, otorgar un plazo de 15 días para la comunicación de la invitación a la negociación asistida.

e. Cuando esta negociación es condición de admisibilidad de la demanda judicial, la misma se considera cumplida si la invitación no es aceptada o si es rechazada dentro de los treinta días siguientes a su recepción o al vencimiento del término establecido por las partes en la convención o pacto de negociación.

f. Quedan a salvo las disposiciones que contemplan especiales procedimientos obligatorios de conciliación y mediación, cualquiera que fuese su denominación. La invitación a negociar debe expresamente señalar que si la misma no es respondida dentro de los treinta días siguientes, o es rechazada, el juez podrá valorar este hecho a los fines de las costas del proceso.

g. El acuerdo que compone la controversia, suscrito por las partes y por los abogados que las asisten, constituye título ejecutivo y permite la inscripción de la hipoteca judicial.

h. Constituye una falta deontológica del abogado impugnar un acuerdo en cuya redacción ha participado.

i. Desde el momento de la comunicación de la invitación a celebrar el acuerdo de negociación asistida, se produce el mismo efecto interruptivo de la prescripción que produce la demanda judicial. Al igual que en la mediación, la caducidad se interrumpe por una sola vez.

Como podrá apreciarse, este procedimiento tiene muchas similitudes con la convención de procedimiento participativo. Es considerado como una nueva modalidad de mecanismos alternativos de resolución de controversias o ADR por la doctrina italiana. Pero cabe resaltar que en Italia la negociación puede ser asistida por el mismo abogado para ambas partes, lo cual puede, eventualmente, suscitar problemas desde el punto de vista deontológico.

\* \* \*

**Resumen:** El autor efectúa algunas reflexiones comparativas sobre el Derecho europeo referente a mecanismos alternativos de resolución de controversias desarrollados en los últimos años. Así, examina la normativa de la Comunidad Europea sobre mediación; también explora los textos legislativos de Italia, Francia y España, dedicando especial atención a las nuevas fórmulas alternativas de resolución de controversias, como la negociación

asistida por abogados o el arbitraje sobrevenido. **Palabras clave:** Mediación, resolución alternativa, negociación asistida. Recibido: 18-10-19. Aprobado: 02-12-19.