MASC y nuevo requisito de procedibilidad, también en conflictos transfronterizos

ADR and new admissibility requirement, also in cross-border disputes

CARMEN AZCÁRRAGA MONZONÍS

Profesora Titular de Derecho Internacional Privado

(Universitat de València)

DOI: https:/doi.org/10.36151/MDIPR.2025.007

Bitácora Millennium, Nº 22 (julio-diciembre 2025)

Zaragoza, diciembre 2025

Abstract

La Ley Orgánica 1/2025 ha introducido en el sistema procesal español un requisito de procedibilidad en el orden civil vinculado al obligatorio recurso a los MASC con carácter previo a la vía judicial que también afecta a los asuntos civiles y mercantiles transfronterizos. En este estudio se analiza el impacto de esta novedad en esta clase de conflictos, cuya aplicación no estará exenta de ciertas dificultades por las peculiaridades propias de los asuntos vinculados con más de un país.

Organic Law 1/2025 has introduced into the Spanish procedural system an admissibility requirement in the civil order stating the mandatory recourse to ADR before going to court, which also affects cross-border civil and commercial matters. This study analyses the impact of this novelty on this type of disputes, the application of which will not be without difficulty due to the peculiarities of cases linked to more than one country.

Palabras clave: MASC, acceso a la justicia, requisito de procedibilidad, conflictos transfronterizos

Key words: *ADR, access to justice, admissibility requirement, cross-border disputes*

Sumario

I. Presentación

II. Ley Orgánica 1/2025: ámbito de aplicación y disputas internacionales

III. El impacto de la Ley Orgánica 1/2025 en los conflictos transfronterizos

1. El concepto de "conflicto transfronterizo"

A) Concepto de "conflicto transfronterizo": primer supuesto

a) Los elementos de internacionalidad del conflicto transfronterizo

b) Momentos a partir de los cuales se han de considerar los elementos de internacionalidad del conflicto transfronterizo

b.1) El momento en que las partes acuerdan hacer uso de la mediación

b.2) El momento en que es obligatorio acudir a la mediación

B) Concepto de "conflicto transfronterizo": segundo supuesto

a) Conflictos presentes y futuros

b) La irrelevancia del lugar de desarrollo de la mediación

c) La intención de la ejecución del pacto alcanzado en otro país

d) El traslado del domicilio de alguna de las partes

C) Del "conflicto transfronterizo" de la Ley 5/2012 de mediación a la Ley Orgánica 1/2025

2. Reflexiones en torno a la introducción del requisito de procedibilidad en los conflictos transfronterizos

A) Pertinencia de la medida en la resolución de conflictos transfronterizos

B) La mediación ¿obligatoria? en los conflictos transfronterizos

C) Otros medios adecuados de solución de controversias en los conflictos transfronterizos

a) La negociación directa entre las partes

b) La conciliación pública y privada

c) La oferta vinculante confidencial

d) La opinión de persona experta independiente

e) El Derecho colaborativo

IV. Conclusiones

Fuentes consultadas

I. Presentación*

La Ley Orgánica 1/2025, de 2 de enero, de medidas en materia de eficiencia del Servicio Público de Justicia[1] (LOESPJ) ha supuesto un cambio profundo en la litigación en España. La introducción en nuestro sistema de la obligatoriedad de recurrir a medios adecuados de solución de controversias (MASC) como requisito de procedibilidad, esto es, la necesidad, con carácter general[2], de acudir previamente a alguno de estos medios para que sea admisible una demanda en el orden civil (artículo 5.1 LOESPJ) ha generado incertidumbre, disparidad de criterios interpretativos, una avalancha previa de demandas para evitar esta exigencia y un encendido debate sobre diferentes aspectos: su verdadera eficacia, la necesidad de que supere el test de proporcionalidad para no afectar al derecho de acceso a la justicia[3] e incluso su posible inconstitucionalidad[4].

Compartimos que con esta novedad se ha producido un "viraje legislativo" que fuerza un cambio cultural en la litigación[5] que, a nuestro entender, era necesario en España, aunque su impulso se deba principalmente a paliar la descongestión de los tribunales[6]. El Preámbulo de la LOESPJ (IV) brinda los objetivos de esta decisión:

Fecha de recepción del original: 28 de mayo de 2025. Fecha de aceptación de la versión final: 22 de septiembre de 2025. Fecha de publicación: 22 de septiembre de 2025.

* Miembro del grupo de investigación MedArb de la Universitat de València. Trabajo realizado en el marco del Proyecto de investigación "Geopolítica Internacional y Movimientos Migratorios: Desafíos para el Derecho Internacional Privado Español" (GEODIPRI), con referencia PID2023-146226OB-I00, financiado por la Agencia Estatal de Investigación (AEI) y el Fondo Europeo de Desarrollo Regional (FEDER), cuya IP es Mercedes Soto Moya; y del Proyecto I+D+i para grupos de investigación emergentes CIGE/2024/3, titulado "Constitución española, conflictos de leyes y plurilegislación civil española", financiado por la Conselleria de Educación, Cultura, Universidades y Empleo de la Generalitat Valenciana, cuyo IP es Pablo Quinzá Redondo.

[1] BOE núm. 3, de 3 de enero de 2025.

[2] Se contemplan excepciones al requisito de procedibilidad en los artículos 3.2 y 5.2 y 3 LOESPJ. Por ejemplo, no se exigirá en la tutela judicial civil de derechos fundamentales, en la adopción de medidas judiciales de apoyo a las personas con discapacidad o en la filiación, paternidad y maternidad.

[3] PLANCHADELL-GARGALLO, A., "Acceso a una justicia próxima y MASC: un binomio necesario", en BARONA VILAR, S. (ed.), *Masc, to be or not to be: medios adecuados de solución de conflictos en la justicia*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2024, pp. 67-71.

[4] BELLIDO PENADÉS, R., *Medios alternativos de resolución de conflictos y derecho a la tutela judicial efectiva en derecho privado (español y de la Unión Europea),* Tirant lo Blanch, Valencia, 2022, pp. 101-105. El autor se refiere a la posible vulneración de la tutela judicial efectiva en relación con los gastos que el MASC puede suponer y al régimen de condena en costas.

[5] FELIU REY, J., "La mediación en asuntos civiles y mercantiles en España: De la voluntariedad a la obligatoriedad", *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 14, nº 2, 2022, p. 419.

[6] En contra, *Ibidem,* p. 409. FELIU REY no comparte el impulso de los MASC por una finalidad de descongestión de la administración de justicia, más que como un cambio cultural en el entendimiento y resolución de los conflictos. En las páginas 425-426 añade que "esta apuesta por la mediación no debe ser la respuesta a (o, incluso la huida de) aquello que se quiere evitar sino la consagración de

"se trata de potenciar la negociación entre las partes, directamente o ante un tercero neutral, partiendo de la base de que estos medios reducen el conflicto social, evitan la sobrecarga de los tribunales y pueden ser igualmente adecuados para la solución de la inmensa mayoría de las controversias en materia civil y mercantil".

Esta apuesta por los MASC se incardina en el conocido modelo "*multi-rooms Justice System*" al que se han ido incorporando estos medios a lo largo del siglo XX[7]. Sin embargo, es una realidad, sobre la que aportaremos datos más adelante, que hasta la fecha actual no se han consolidado a pesar de que llevan a disposición de la ciudadanía largo tiempo pudiendo aportar destacables beneficios tanto a sus intereses particulares como, en general, a la cohesión social.

La introducción obligatoria del recurso a los MASC como presupuesto de procedibilidad cuenta tanto con defensores como detractores, a los que realmente solo el tiempo y la experiencia práctica darán la razón en un sentido o en otro, cuando podamos ver empíricamente si esta medida ha recogido o no los frutos augurados por el legislador.

Hasta que llegue ese momento y podamos contar con información que revele la mayor o menor eficacia de esta medida, lo único cierto de momento es que los operadores jurídicos involucrados en litigios privados han de aplicar desde el 3 de abril de 2025 una normativa que impone un presupuesto de admisibilidad de la demanda vinculado al uso obligatorio de unos medios que no hace tanto se consideraban "alternativos" a la vía judicial, que pasaron a ser "complementarios" a esta y que ahora se consideran "adecuados" (MASC)[8] e incluso "obligatorios" (luego… ¿MOSC?[9]) para solucionar controversias.

---

una opción consciente y finalista que busca la mediación por su valor y significado". Entendemos que esta reflexión sería extensible a todos los medios extrajudiciales de resolución de controversias.

[7] BARONA VILAR, S., "Integración de la mediación en el moderno concepto de "Access to Justice". Luces y sombras en Europa", *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, nº 4, 2014, p. 6.

[8] Critica el uso de "adecuados" al no ver la necesidad de ese cambio de terminología ROCA MARTÍNEZ, J.M., "Oferta vinculante confidencial", en CALAZA LÓPEZ, S., ORDEÑANA GEZURAGA, I. y SIGÜENZA LÓPEZ, J. (dirs), *De los ADR (Alternative Dispute Resolution) a los CDR (Complementary Dispute Resolution) en la Jurisdicción civil*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2023, p. 682. En cambio, aplaude el recurso al término "adecuados" JIMÉNEZ FORTEA, F.J., "MASC y sustracción internacional de menores por sus propios padres", en BARONA VILAR, S. (ed.), *Masc, to be or not to be: medios adecuados de solución de conflictos en la justicia*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2024, p. 805, nota al pie nº 28.

[9] TORRE SUSTAETA, Mª V., "Pero ¿ha intentado usted llegar a un acuerdo? sobre cómo ser mediador y no morir en el «intento» (reflexiones de una mediadora -frustrada- sobre los más «MOSC» que «MASC»)", *La Ley. Mediación y Arbitraje*, nº 22, 2025.

Aquellas que no estén excluidas por razón de la materia se verán afectadas con carácter previo a la interposición de la demanda por la obligatoriedad del uso de los MASC, tal y como son concebidos con carácter amplio, abierto y flexible por el artículo 2 LOESPJ: a los efectos de esta ley, se entiende por estos "*cualquier tipo de actividad negociadora, reconocida en esta u otras leyes, estatales o autonómicas, a la que las partes de un conflicto acuden de buena fe con el objeto de encontrar una solución extrajudicial al mismo, ya sea por sí mismas o con la intervención de una tercera persona neutral*".

El artículo 5.1 II LOESPJ concreta cuáles podrían ser esos medios, algunos de los cuales se desarrollan con mayor profundidad en los artículos 14 y siguientes LOESPJ, sin olvidar que las opciones para cumplir el novedoso requisito van más allá de esta nueva Ley al referirse a la posibilidad de recurrir a "*cualquier otro tipo de actividad negociadora, reconocida en esta u otras leyes, estatales o autonómicas, pero que cumpla lo previsto en las secciones 1.ª y 2 ª, de este capítulo o en una ley sectorial*". De hecho, resulta pertinente recordar que el paso preceptivo por un MASC encuentra manifestaciones sectoriales en algunos ámbitos como en materia de cláusulas abusivas y de reclamaciones en el transporte aéreo de viajeros[10].

Del conjunto de tales disposiciones se desprenden distintas figuras de la autocomposición [11], con la intervención, o no, de terceros neutrales. Los abordaremos a lo largo del presente trabajo. En el primer caso se incluyen la mediación -único MASC con un procedimiento estructurado regulado en una Ley propia-, la conciliación privada o ante autoridades (notarios, registradores, letrados de la Administración de Justicia -LAJ- o jueces), la opinión no vinculante de una persona experta independiente o el recurso a un proceso de Derecho colaborativo. En el segundo, sin intervención de terceros neutrales sería posible cumplir esta exigencia por medio de la negociación entre las partes, directamente o a través de sus abogados-as, o bien mediante la remisión de una oferta vinculante confidencial de una parte a otra.

Esta novedad afecta a asuntos civiles y mercantiles, los cuales, como es conocido, pueden contar con elementos de internacionalidad que los sitúa bajo el paraguas del Derecho internacional privado. Por ello, es una buena noticia que el legislador español no se haya olvidado en esta ocasión de este escenario, a diferencia de lo

[10] HERRERO PEREZAGUA, J.F., "El intento de arreglo amistoso como presupuesto de procedibilidad", en BARONA VILAR, S. (ed.), *Masc, to be or not to be: medios adecuados de solución de conflictos en la justicia*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2024, p. 128.

[11] Identifica las características principales de estos cauces BARONA VILAR, S., "Claves vertebradoras del modelo de justicia en el siglo XXI", *Revista Boliviana de Derecho*, nº 32, 2021, p. 26, quien habla de "favorecer la intervención de quienes se hallan en conflicto, trabajando valores como responsabilidad, reconocimiento del otro, perdón, comunicación, escucha, etc".

acontecido en anteriores reformas de calado en el ordenamiento español. La mala noticia es que, como suele suceder ante la presencia de novedades legislativas, surgen dudas en su aplicación por diferentes motivos, como tendremos la oportunidad de explicar en este trabajo. Con este fin, a lo largo del mismo nos plantearemos las siguientes preguntas:

¿Cuáles son las condiciones de aplicabilidad de la nueva LOESPJ? ¿Se exige el requisito de procedibilidad en los asuntos internacionales? ¿En todos ellos? ¿Qué se entiende por "conflicto transfronterizo" a estos efectos? ¿Resulta pertinente la adopción de esta medida cuando el asunto se vincula con varios países? ¿Qué medios pueden usar las partes para cumplir con esta exigencia? ¿Alguno se considera más conveniente que otro en la litigación internacional? ¿Es posible cumplir con el nuevo requisito con una fórmula negocial desarrollada en el extranjero? ¿Contamos ahora en España con un modelo de mediación obligatoria?

Comenzaremos por unas primeras reflexiones sobre el ámbito de aplicación de la LOESPJ en relación con las disputas internacionales.

II. Ley Orgánica 1/2025: ámbito de aplicación y disputas internacionales

La obligatoriedad del recurso a los MASC en España dependerá de la efectiva aplicación de la LOESPJ y, en particular, de su Título II, que regula las "Medidas en materia de eficiencia procesal del Servicio Público de Justicia". El ámbito de aplicación de este Título se recoge en el artículo 3.1 II LOESPJ, en virtud del cual "*En defecto de sometimiento expreso o tácito a lo dispuesto en este título, su regulación será aplicable cuando, al menos, una de las partes tenga su domicilio en España y la actividad negociadora se realice en territorio español*".

Por lo tanto, el requisito de procedibilidad será exigible por aplicación de esta nueva normativa en dos supuestos: primero, cuando las partes se hayan sometido al Título II de la Ley de forma explícita o tácita; y, segundo, en defecto de lo anterior, si el asunto presenta dos vínculos concretos con España (de forma acumulativa): una de las partes, al menos, ha de tener localizado su domicilio en nuestro país y, además, la actividad negociadora ha de llevarse a cabo en territorio español.

Las condiciones de aplicabilidad anteriores nos llevan a unas primeras reflexiones en el contexto de las controversias privadas internacionales. La primera de ellas se refiere a la pertinencia misma de esta norma, que condiciona su aplicación en primer lugar al sometimiento de las partes a través de una fórmula idéntica a la consagrada

en el artículo 2.1 II de la Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles[12] (LMACM).

Sin embargo, esa extrapolación literal plantea algunos problemas ya que, para empezar, no parece haber tenido en cuenta que si bien en la mediación tiene sentido condicionar la aplicación de la LMACM al sometimiento de las partes (ya que el recurso a este MASC depende de su voluntad), no es este el caso de la aplicación de las leyes procesales españolas en caso de litigar en nuestro país, ya que estas regirán necesariamente el procedimiento según lo estipulado por el artículo 3 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (LEC)[13].

En consecuencia, se cuestiona la necesidad de esta primera condición, que no hace sino complicar la comprensión del ámbito de aplicación del Título II LOESPJ, considerando que su efectiva aplicación no depende realmente de la decisión de las partes de someterse o no a esta nueva Ley. La decisión que en la práctica desencadenará su efectiva aplicación será realmente la de litigar ante los tribunales españoles.

Es decir, si actualmente antes de acudir a la vía judicial en el orden civil se requiere en determinados asuntos el paso previo por una actividad negociadora, será esa intención de litigar ante nuestros tribunales la que constituya en definitiva el presupuesto a partir del cual se produce la consecuente aplicación de la LOESPJ en tanto Ley aplicable al procedimiento, y, con ello, la exigencia de recurrir a un MASC. El razonamiento anterior desplaza consecuentemente la virtualidad de la segunda condición porque la primera se va a cumplir siempre que se entienda que ha existido ese "sometimiento" a los tribunales españoles, lo que nos lleva a la segunda reflexión.

La introducción de un elemento procesal regido por el Derecho español que impone un requisito para que, en su caso, sea admisible una futura demanda exige necesariamente resolver con carácter previo la competencia judicial internacional de los tribunales españoles. Partiendo de la base de que esta medida se aplica ante la proyectada intención de interponer una demanda en España -o de intentar evitar que se acabe interponiendo-, ello obliga, primero, a conocer si son efectivamente competentes los tribunales españoles para conocer del asunto ya que, de lo contrario, decaería la necesidad de cumplir con este requisito procesal contenido en la legislación española en calidad de Ley aplicable al procedimiento, como señalábamos anteriormente.

[12] BOE núm. 162, de 7 de julio de 2012.
[13] BOE núm. 7, de 8 de enero de 2000. Artículo 3 LEC: "(…), *los procesos civiles que se sigan en el territorio nacional se regirán únicamente por las normas procesales españolas*".

Considerando lo anterior, cabe recordar que los criterios de atribución de competencia contenidos en el Derecho internacional privado español son múltiples, se contemplan tanto en normativa de fuente internacional como estatal y cuentan con distinta naturaleza. Mientras algunos se basan en la autonomía de la voluntad de las partes, otros se construyen sobre criterios objetivos. Esta variada naturaleza incide necesariamente en la interpretación de la primera regla del ámbito de aplicación que estamos analizando.

Así, una sumisión expresa o tácita a los tribunales españoles podría entenderse como un sometimiento al Título II de la LOESPJ, siquiera indirecto, por cuanto las partes han adoptado la decisión de litigar en España y, por ende, esa decisión conllevaría el obligatorio recurso a los MASC con carácter previo a la vía judicial incluso si ninguna de ellas estuviera domiciliada en España. Sin embargo, no parece tan claro que esto se pueda justificar en el supuesto de una competencia exclusiva, donde las partes se ven abocadas a litigar ante nuestros tribunales, por lo que verdaderamente no ha existido esa voluntad (indirecta) de someterse a nuestras leyes procesales.

Imaginemos un contrato de arrendamiento de un bien inmueble situado en nuestro país en el que las partes están domiciliadas en otro estado. Si se plantea un litigio relativo a ese contrato, siendo exclusivamente competentes los tribunales españoles para conocer de este asunto en virtud del Reglamento (UE) n° 1215/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2012, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil (Reglamento Bruselas I bis) [14], ¿sería posible hablar realmente de un sometimiento (expreso o tácito) al Título II de la LOESPJ cuando no se da tal elemento de voluntariedad para litigar en España? Si se responde negativamente a esta pregunta y las partes no están domiciliadas en nuestro país, se podría concluir que esta nueva exigencia procesal no resulta aplicable a este caso al no darse las condiciones de aplicabilidad del artículo 3.1 II LOESPJ.

En otras palabras, la naturaleza exclusiva del foro de competencia existente en esta clase de asuntos (entre otros) desdibuja de algún modo el elemento volitivo que sustenta la eventual aplicación de la LOESPJ, y con ello, recuérdese además que, de entenderse que no se ha dado tal "sometimiento", la siguiente condición de aplicabilidad exige que al menos una de las partes esté domiciliada en España, por lo que si no se cumple este requisito, podría no ser de aplicación la LOESPJ, y, por ende, decaería la exigencia de recurrir a los MASC como presupuesto de admisibilidad de esta clase de demandas. Cuestión diferente sería que se interpretara ese eventual "sometimiento" a la LOESPJ de manera mucho más

[14] DOUE L 351 de 20 de diciembre de 2012. Artículo 24.1 del Reglamento Bruselas I bis.

flexible, siendo conscientes de la innecesaria concurrencia de la voluntad de las partes para terminar aplicando una Ley procesal española en caso de ser competentes nuestros tribunales.

La tercera reflexión que suscita la norma por lo que respecta a su aplicabilidad a los asuntos civiles o mercantiles internacionales se plantea en escenarios en los que la relación jurídica no presenta de partida conexión alguna con nuestro país. Por ejemplo, un supuesto relativo a un contrato de compraventa de mercaderías cuyos elementos se conectan con otros estados, tanto la celebración del contrato como su ejecución, entre dos partes no españolas domiciliadas en el extranjero.

Aparentemente esta situación no se vincula con España, de modo que en principio quedaría fuera del alcance de la LOESPJ. Sin embargo, si se plantea un litigio relativo a ese contrato y se concluye que pueden ser efectivamente competentes los tribunales españoles con base en el mencionado Reglamento Bruselas I bis (por ejemplo, por la vía de una sumisión expresa o tácita a nuestros tribunales, foros que no dependen siquiera del domicilio de las partes en la Unión Europea [15]), se entenderá entonces que si en algún momento estas deciden litigar en España se estarán "sometiendo" indirectamente a la LOESPJ, y que, por lo tanto, se exigirá una actividad negociadora previa a la vía judicial.

Por consiguiente, aunque el ámbito de aplicación de la LOESPJ arroje algunas dudas en los asuntos internacionales y, además, estos no presenten inicialmente vínculos con España, se considera que la onda expansiva de los MASC derivada de esta reforma alcanzará también a los asuntos privados internacionales sin vínculos con nuestro país cuando se decida litigar aquí. Ahora bien, resuelta esta duda, continúan surgiendo otras. Esa actividad que se va a exigir a las partes domiciliadas en el extranjero si deciden en algún momento litigar en España, ¿debe necesariamente desarrollarse aquí? ¿Tendría validez en nuestro país el resultado de un MASC desarrollado en otro estado? ¿Se aceptaría en España para acreditar el intento de negociación el resultado, por ejemplo, de una mediación celebrada en otro país de conformidad con una Ley extranjera?

Parece claro que actualmente para litigar en España en vía judicial en asuntos civiles y mercantiles no excluidos se exige ese presupuesto de admisibilidad de la demanda como requisito procesal con base en la LOESPJ. Lo que no está tan claro a la luz de lo expuesto es que la propia actividad negociadora deba necesariamente regirse también por la Ley española. Si se inicia en el extranjero el desenlace puede ser doble: bien las partes consiguen alcanzar un acuerdo bien no lo logran optando entonces por acudir a la vía judicial en España según sus intereses. En ese caso,

[15] Artículos 25 y 26 del Reglamento Bruselas I bis.

entendemos que no se debería exigir que la negociación inicial se haya regido por la Ley española ni que se haya celebrado necesariamente en España.

Si hubieran alcanzado un acuerdo en el extranjero no hubieran tenido que litigar aquí en ningún momento y, en consecuencia, no se hubiera activado esta nueva exigencia procesal, apreciándose una desvinculación entre la fase extrajudicial (y el MASC elegido y desarrollado) y la regulación española. Por la misma razón, no habiéndose alcanzado tal acuerdo, ese mismo proceso regido por una Ley extranjera debería servir para cumplir igualmente este requisito, siempre que la acreditación documental del intento de alcanzar un acuerdo cumpla con los requisitos necesarios para ser reconocida en España[16].

De lo contrario, se estaría obligando a las partes a recurrir de nuevo a un MASC, incurriendo en más gastos y dilaciones indebidas, o incluso a que se informaran con antelación sobre los requisitos procesales para litigar en nuestro país en un momento de la relación en la que ni siquiera se plantean que se vaya a recurrir a la vía judicial en España o incluso habiéndolo valorado, que no lo acaben necesitando al final, lo que carece de sentido a efectos prácticos.

En suma, como terminamos de ver, se plantean dudas interpretativas desde la óptica internacionalprivatista por lo que respecta al alcance de este requisito de procedibilidad en algunos asuntos privados internacionales. Con todo, sería razonable pensar que los abogados-as de las partes aconsejarán a sus clientes no arriesgarse a una inadmisión -o sanción, como veremos-, sobre todo en los inicios de la aplicación de esta novedad en España, a la espera de contar con instrucciones más precisas sobre la aplicación práctica de este requisito en los casos internacionales.

A partir de ahí, en el apartado siguiente analizaremos qué impacto ha tenido esta novedad en el tratamiento de los asuntos privados que presentan vínculos con más de un país, partiendo de la base de que el artículo 3.1 LOESPJ concreta que las disposiciones del Título II "*son de aplicación a los asuntos civiles y mercantiles, incluidos los conflictos transfronterizos*".

III. El impacto de la Ley Orgánica 1/2025 en los conflictos transfronterizos

El hecho de que el requisito de procedibilidad se aplique a los asuntos civiles y mercantiles "*incluidos los transfronterizos*" invita a analizar las novedades

[16] Por lo que respecta a la traducción de los documentos no redactados en castellano o lenguas cooficiales, véase el artículo 144 LEC. Deberá tenerse en cuenta, asimismo, en su caso, la necesidad de legalización o apostilla de documentos públicos extranjeros según exige el artículo 323 LEC.

introducidas por esta Ley desde la perspectiva internacionalprivatista, así como a reflexionar sobre diversas cuestiones que atañen especialmente al tratamiento de las relaciones privadas internacionales en contextos de litigación extrajudicial.

Comenzaremos delimitando el concepto de "conflicto transfronterizo" (1) y posteriormente abordaremos la introducción del requisito de procedibilidad en esta clase de asuntos (2).

1. El concepto de "conflicto transfronterizo"

La inclusión de los "conflictos transfronterizos" en el artículo 3.1 LOESPJ hace necesario delimitar qué debe entenderse por estos, principalmente por dos motivos. Primero, porque cabe la posibilidad de que no todo asunto civil o mercantil con elementos de extranjería se incluya en este concepto; y, segundo, porque la consideración de un conflicto como transfronterizo conllevará la aplicación de un régimen jurídico diferenciado a los asuntos nacionales en determinados aspectos de relevancia, como la determinación del Derecho aplicable al fondo de la controversia.

La noción de "conflicto transfronterizo" no se ha dejado a la interpretación del operador jurídico, sino que se ha optado por remitir a una definición ya existente en la normativa reguladora de la mediación, que cuenta desde 2012 a nivel estatal con una regulación especial. Por mor del artículo 3.1 LOESPJ, a los efectos de la aplicación del Título II LOESPJ se considerarán "conflictos transfronterizos" los contemplados por el artículo 3 LMACM, una definición que se mantiene intacta desde la aprobación de esta Ley y que proviene a su vez de la Directiva 2008/52/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de mayo de 2008, sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles[17], si bien con mayor amplitud que esta.

El artículo 3.1 LMACM acoge dos situaciones en las que un conflicto se considerará transfronterizo. La primera de ellas procede de la citada Directiva mientras que la segunda se refiere a otro supuesto de nueva creación (y dudoso acierto): "*Un conflicto es transfronterizo cuando al menos una de las partes está domiciliada o reside habitualmente en un Estado distinto a aquél en que cualquiera de las otras partes a las que afecta estén domiciliadas cuando acuerden hacer uso de la mediación o sea obligatorio acudir a la misma de acuerdo con la ley que resulte aplicable*". Y añade a continuación que "*También tendrán esta consideración los conflictos previstos o resueltos por acuerdo de mediación, cualquiera que sea el lugar en el que se haya realizado, cuando, como consecuencia del traslado del*

[17] DOUE L 136, de 24 de mayo de 2008.

domicilio de alguna de las partes, el pacto o algunas de sus consecuencias se pretendan ejecutar en el territorio de un Estado distinto".

Son diversas las cuestiones de interés que es posible extraer de cada de uno de los dos supuestos que conforman esta compleja definición. Las veremos a continuación diferenciado cada uno de ellos.

A) Concepto de "conflicto transfronterizo": primer supuesto

Como señalábamos anteriormente, la primera parte de la definición contemplada en el artículo 3.1 LMACM se inspira en la Directiva de 2008; en concreto de su artículo 2, si bien en el proceso de transposición esta definición se adaptó a una realidad internacional que trascendía las fronteras de la Unión Europea, como demuestra el hecho de que la Ley española no se refiera a "Estados miembros" sino a "Estados" en general.

Por el contrario, de este artículo 2 de la Directiva sí recoge dos aspectos destacables. Aunque con una redacción mejorable, hace referencia, a) a los elementos de internacionalidad relevantes a los efectos de esta normativa, y b) a los momentos a partir de los cuales hay tener en cuenta esos elementos con ese mismo objetivo. Veamos cada uno de estos aspectos.

a) Los elementos de internacionalidad del conflicto transfronterizo

La definición de "conflicto transfronterizo" del artículo 3.1 LMACM, a la cual remite el artículo 3.1 LOESPJ, se centra en elementos referidos a las partes y no a las circunstancias que rodean al litigio a efectos de verificar la condición transnacional del conflicto. Tales aspectos se refieren al lugar de residencia o al domicilio de los litigantes, que deben localizarse en países diferentes.

La utilización alternativa de los criterios "residencia habitual" y "domicilio" plantea, además, una reflexión adicional. Esta opción, que proviene asimismo de la Directiva, resulta sensible a las distintas culturas jurídicas europeas, ya que en algunos Estados de la Unión, a diferencia del nuestro, no se trata de conceptos equivalentes. Por ello hay quien ha apreciado una decisión consciente en ese uso indistinto de términos, con el ánimo 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"[18].

Por otra parte, el artículo 3.2 LMACM regula la determinación del *domicilio* de las partes en los asuntos intracomunitarios, esto es, entre litigantes que *residan* en distintos Estados miembros de la Unión Europea, utilizando nuevamente de forma indistinta tales conceptos. Tal y como prevé la Directiva de 2008 y se trasladó oportunamente a la LMACM en aquel momento, el domicilio se determinará de conformidad con el entonces vigente Reglamento (CE) nº 44/2001 del Consejo, de 22 de diciembre de 2000, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil (Reglamento Bruselas I)[19], que incorporaba respuestas uniformes a esta cuestión distinguiendo entre el domicilio de las personas físicas y el de las personas jurídicas, en los artículos 59 y 60 respectivamente.

Actualmente, esta referencia debe entenderse hecha al antes citado Reglamento Bruselas I bis, que desplazó al anterior en enero de 2015. En particular, al artículo 62 por lo que respecta al domicilio de las personas físicas y al artículo 63 en el caso de las personas jurídicas, preceptos que ofrecen normas continuistas del régimen anterior[20].

Señalar, por último, que aun siendo positivo contar con normas que resuelven la delimitación del domicilio de las personas físicas o jurídicas en asuntos

[18] CALDERÓN CUADRADO, MªP. 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, p. 31. En el Derecho internacional privado español, el artículo 40.1 del Código civil identifica ambos conceptos al señalar que "*Para el ejercicio de los derechos y el cumplimiento de las obligaciones civiles, el domicilio de las personas naturales es el lugar de su residencia habitual, y, en su caso, el que determine la Ley de Enjuiciamiento Civil*".

[19] DOCE L 12, de 16 de enero de 2001.

[20] De esta suerte, por lo que respecta a las personas físicas, el artículo 62 del Reglamento Bruselas I bis sigue diferenciando entre la necesidad de determinar el domicilio de una persona en el Estado miembro de los tribunales que conozcan del asunto o en otro Estado miembro, instando en todo caso a aplicar la ley interna del país en cuestión para confirmar el domicilio en el territorio de que se trate. Los tribunales del foro aplicarán la *lex fori*, su propia ley interna, para confirmar si el domicilio se localiza en su territorio, y aplicarán las normas nacionales de otros Estados miembros para discernir si la persona está domiciliada en sus territorios. En cuanto a las personas jurídicas, la redacción actual del artículo 63 del Reglamento Bruselas I bis es igualmente continuista respecto del Reglamento Bruselas I. Contempla un concepto uniforme (que no depende de las leyes nacionales) además de flexible ya que recoge tres conexiones alternativas. A estos efectos, se entenderá que las personas jurídicas están domiciliadas en el lugar en que se encuentre cualquiera de los elementos incluidos en la disposición: su sede estatutaria, su administración central o su centro de actividad principal.

intracomunitarios, resulta pertinente recordar que la LMACM trasciende los litigios conectados con la Unión Europea ya que aborda todo litigio transfronterizo entre partes que residan en países diferentes, pertenezcan o no a esta organización. De ahí que todavía quedaría por esclarecer cómo se concretaría el domicilio de aquellas personas vinculadas con terceros estados. Tal vez una solución conveniente pasaría por extrapolar estas soluciones del Derecho europeo a los asuntos vinculados con terceros países.

b) Momentos a partir de los cuales se han de considerar los elementos de internacionalidad del conflicto transfronterizo

La primera parte de la definición objeto de estudio contempla un criterio temporal a partir del cual se ha de determinar el domicilio o la residencia de las partes en países distintos a los efectos de concluir que el conflicto cuenta con carácter transfronterizo. Estas deberán estar domiciliadas o residir habitualmente en Estados diferentes "*cuando acuerden hacer uso de la mediación o sea obligatorio acudir a la misma de acuerdo con la ley que resulte aplicable*".

Por lo tanto, el momento a considerar para identificar el conflicto como transfronterizo es dual porque se refiere a dos posibles momentos: bien a aquel en que las partes acuerdan recurrir a la mediación, ahondando así en su carácter tradicionalmente voluntario, bien al momento en que sea obligatorio acudir a la misma, una novedad que estamos estrenando actualmente en España (si bien con un carácter más amplio porque se refiere a la obligatoriedad de recurrir a los MASC; no necesariamente a la mediación).

Conocer la fecha exacta que ha de tenerse en cuenta para determinar si un litigio que las partes intentan resolver por mediación reviste o no este carácter persigue ofrecer seguridad jurídica según el Considerando 15 de la Directiva de 2008. De ahí la relevancia de concretar los dos momentos a los que se refiere el artículo 3.1 LMACM, en cuya redacción se ha omitido ese elemento temporal preciso a diferencia de lo estipulado en el artículo 2 de la Directiva del cual proviene[21], lo que nos obliga a desarrollar una labor interpretativa para colmar esta laguna.

Será por tanto necesario delimitar temporalmente los dos momentos recogidos por la norma española. Primero, el de la expresión "cuando acuerden hacer uso de la

[21] Artículo 2. Litigios transfronterizos: "1. *A efectos de la presente Directiva, se entenderá por litigio transfronterizo aquel en que al menos una de las partes está domiciliada o reside habitualmente en un Estado miembro distinto del Estado miembro de cualquiera de las otras partes* en la fecha en que*: a) las partes acuerden hacer uso de la mediación una vez surgido el litigio, o b) un tribunal dicte la mediación, c) sea obligatorio recurrir a la mediación a tenor de la legislación nacional, o d) a efectos del artículo 5, se remita una invitación a las partes*".

mediación"; y, segundo, el de la referencia a "cuando sea obligatorio acudir a la misma de acuerdo con la ley que resulte aplicable".

b.1) El momento en que las partes acuerdan hacer uso de la mediación

Respecto al acuerdo entre las partes, entendemos que son tres las posibilidades que se abren en esta labor interpretativa.

En primer lugar, cabe señalar que la LMACM se refiere en el artículo 6.2 al acuerdo de sometimiento a mediación como "*un pacto por escrito que exprese el compromiso de someter a mediación las controversias surgidas o que puedan surgir*". Por lo tanto, cabría entender que las partes "acuerdan hacer uso de la mediación" a la fecha de la firma de dicho pacto, considerando entonces que es en ese momento cuando ha de identificarse que las partes están domiciliadas en países distintos.

Sin embargo, esta norma no solo abarca disputas ya existentes sino también aquellas "que puedan surgir", por lo que se abre una ventana temporal entre la celebración del pacto y la eventual controversia surgida en el futuro durante la cual pueden haberse modificado las circunstancias personales de las partes y, entre ellas, su lugar de residencia. Si estas ya no residen en distintos países, ya no estaríamos ante un conflicto transfronterizo tal y como se define en el artículo 3.1 LMACM.

En consecuencia, la fórmula del artículo 6.2 LMACM no siempre va a cumplir este concepto ni la exigencia temporal de la Directiva, por lo que no se considera una solución satisfactoria a los fines perseguidos, una situación que no se plantearía si el legislador se hubiera ceñido a los litigios ya surgidos como señala el artículo 2 de la Directiva.

En segundo lugar, si la mención a ese acuerdo a recurrir a la mediación se refiriera no tanto al pacto explícito entre las partes de someterse a esta sino al momento en que se inicia efectivamente, consideramos que en ese caso se cumpliría la exigencia de concreción temporal a efectos de verificar en ese momento si nos encontramos ante un conflicto interno o transfronterizo. El problema de tal interpretación es que no se desprende con claridad del tenor del artículo 3.1 LMACM que la localización de los domicilios/residencias en países distintos deba darse necesariamente cuando se inicie el procedimiento. Más bien al contrario, de la literalidad de la norma parece desprenderse que tal pacto de sometimiento a mediación se tiene que haber celebrado antes de que este comience.

La tercera y última solución se infiere de la propia Directiva de 2008, en concreto de su Considerando 15. Tras poner en valor la importancia de la fecha que ha de tenerse en cuenta para determinar si un litigio que las partes intentan resolver por mediación reviste o no carácter transfronterizo con el fin de ofrecer seguridad jurídica, dispone que "debe considerarse que las partes convienen en recurrir a la mediación en la fecha en que toman medidas concretas para iniciar el procedimiento de mediación". La dificultad estribaría a continuación en discernir cuáles serían esas "medidas concretas" dirigidas a iniciarlo, una cuestión que podría encontrar respuesta en el artículo 16 LMACM, que regula la solicitud de inicio de la mediación.

Hasta aquí ha quedado evidenciado que la exacta concreción temporal del acuerdo de sometimiento a mediación a efectos de identificar en ese momento el domicilio/residencia de las partes en países distintos y, con ello, la determinación de la naturaleza internacional de la disputa no está exenta de complejidad. El legislador español, a diferencia de la Directiva, no ha concretado ese momento y ello genera dudas interpretativas. Veamos si ocurre lo mismo con el momento en que "*sea obligatorio acudir a la misma* [a la mediación] *de acuerdo con la ley que resulte aplicable*".

b.2) El momento en que es obligatorio acudir a la mediación

La referencia al momento en que la mediación sea obligatoria nos conduce a reflexionar sobre, al menos, dos aspectos interesantes. El primero, la mera referencia a la obligatoriedad de recurrir a la mediación. El segundo, que esa obligatoriedad se requiera en virtud de la "ley que resulte aplicable".

La obligatoriedad de la mediación en Europa encuentra su base en el artículo 5.2 de la Directiva de 2008 en los siguientes términos: "*La presente Directiva no afectará a la legislación nacional que estipule la obligatoriedad de la mediación o que la someta a incentivos o sanciones, ya sea antes o después de la incoación del proceso judicial, siempre que tal legislación no impida a las partes el ejercicio de su derecho de acceso al sistema judicial*". Partiendo de esta premisa, otros países europeos vienen apostando por la mediación obligatoria desde hace años, una posibilidad que el legislador español se ha planteado en alguna ocasión en materia civil y mercantil, pero por la que no se ha decidido hasta la fecha contemplando en la mediación el principio de voluntariedad en su máxima extensión[22].

[22] Durante el desarrollo legislativo de la regulación actual se planteó la introducción de la mediación obligatoria en reclamaciones dinerarias de cierta cuantía y en separación y divorcio. Véase el cambio de postura frente a esta posibilidad en AZCÁRRAGA MONZONÍS, C.: "ADRs in Spain: Projected Changes for Arbitration and Mediation", *ZZPInt*, nº 14, 2009, pp. 174-175.

Como señalábamos *supra*, con base en esa posibilidad que ofrece la Directiva, el artículo 3.1 LMACM prevé en la definición de "conflicto transfronterizo" tanto la voluntariedad de las partes para acordar hacer uso de la mediación como la obligatoriedad de acudir a la misma "*de acuerdo con la ley que resulte aplicable*". De partida no se sabe muy bien a qué ley se estará refiriendo el legislador español. Y si nos dirigimos hacia la Directiva de 2008 para facilitar la comprensión de este precepto, la lectura del artículo 2.1 c) nos permite concluir que en el caso de la norma europea esa referencia a la "ley aplicable" es fruto de la necesidad de abarcar las distintas Leyes procesales nacionales sobre MASC de los Estados de la Unión Europea, una necesidad carente de fundamento en la transposición a un país, como España, que no contemplaba la mediación obligatoria.

Es decir, mientras la Directiva señala que se entenderá por litigio transfronterizo (entre otros) aquel en que las partes residan/estén domiciliadas en estados (*miembros)* distintos "*en la fecha en que* (…) *sea obligatorio recurrir a la mediación* a tenor de la legislación nacional", nuestro legislador ha optado por la fórmula "cuando sea obligatorio '*de acuerdo con la ley que resulte aplicable*'". Esta expresión induce ciertamente a confusión (¿a qué ley se refiere?) y, además, parece innecesaria por cuanto podría simplemente estar refiriéndose a la Ley nacional en su condición de Ley aplicable al procedimiento, de nuevo en virtud del artículo 3 LEC (*lex fori*), y no a cualquier otra Ley.

De lo anterior se extrae que, desde la perspectiva española y hasta la fecha, no parece que se haya podido aplicar esa regla, ya que la Ley aplicable al procedimiento (la Ley española) no contempla la mediación obligatoria [23]. Actualmente tampoco, como explicaremos con más detalle después, pero, al menos, aplicar hoy la Ley del procedimiento en el orden civil y, por lo tanto, la LOESPJ y la LEC, conlleva que quepa hablar de obligatoriedad de los MASC como presupuesto de procedibilidad tal y como se termina de instaurar en el Derecho español (con la posibilidad de recurrir a la mediación para cumplir ese requisito, entre otros medios). Confirmado ese extremo, por lo tanto, será en ese momento cuando se deberá concretar si las partes están domiciliadas/residen en países distintos a efectos de considerar ese conflicto como transfronterizo.

B) Concepto de "conflicto transfronterizo": segundo supuesto

La segunda parte de la definición de "conflicto transfronterizo" contemplada en el artículo 3.1 LMACM no proviene de la Directiva de 2008. Fue introducida por el

[23] GÓMEZ JENÉ, M., FELIU ÁLVAREZ DE SOTOMAYOR, S., GARAU SOBRINO, F.F., "Capítulo VIII. Cuestiones de Derecho procesal civil internacional", en LÓEZ SIMÓ, F. y GARAU SOBRINO, F.F. (coords), *Mediación en materia civil y mercantil Análisis de la normativa de la UE y española (Directiva 2008/52/CE, Ley 5/2012 y RD 980/2013),* Tirant lo Blanch, Valencia, 2014, p. 334.

legislador español en tal Ley[24] y, a nuestro parecer, genera dudas sobre su pertinencia y formulación.

Comencemos por recordar que el artículo 3.1 LMACM dispone que "*También tendrán esta consideración los conflictos previstos o resueltos por acuerdo de mediación, cualquiera que sea el lugar en el que se haya realizado, cuando, como consecuencia del traslado del domicilio de alguna de las partes, el pacto o algunas de sus consecuencias se pretendan ejecutar en el territorio de un Estado distinto*". Del tenor de la norma identificamos cuatro aspectos a analizar: a) la referencia a conflictos presentes y futuros; b) la irrelevancia del lugar de desarrollo de la mediación; c) la intención de ejecutar en otro país el pacto alcanzado, en su totalidad o parcialmente; y, finalmente, d) que lo anterior se derive del traslado del domicilio de alguna de las partes.

a) Conflictos presentes y futuros

La segunda parte de la definición analizada se refiere a los conflictos "*previstos o resueltos por acuerdo de mediación*". Aunque nos asalta una primera duda sobre el referido "acuerdo de mediación", ya que puede estar refiriéndose tanto al acuerdo para someter las disputas a mediación (conflictos *previstos* en acuerdo de mediación) como al ya alcanzado por las partes que pone fin a la controversia (conflictos *resueltos* por acuerdo de mediación), entendemos, en definitiva, que el legislador se está refiriendo tanto a las disputas que se prevean en un futuro como a las ya existentes, que han sido resueltas tras un proceso de mediación que ha culminado con ese acuerdo entre las partes.

Este amplio alcance, unido al hecho de que, como veremos posteriormente, la norma se basa en hechos e intenciones que todavía no se han producido o constatado, imprime a esta regla de un carácter futurible que puede conllevar su aplicación residual. Sin embargo, al menos los conflictos "resueltos por acuerdo de mediación" estarían dotados de una mayor virtualidad práctica y, con ello, de más posibilidades a la hora de constituir el objeto de un conflicto de estas características tal y como se configura en esta segunda parte de la definición del artículo 3.1 LMACM. Ello principalmente debido a que la misma atiende a la vocación de circulación internacional que puede acompañar a todo acuerdo que ponga fin a un

[24] Tampoco se contemplaba en la norma que precedió a la LM, el derogado Real Decreto-ley 5/2012, de 5 de marzo, de mediación en asuntos civiles y mercantiles (BOE núm. 56, de 6 de marzo de 2012). El artículo 3.1 RD solo incluía la primera parte de la definición antes analizada: "1. *Un conflicto es transfronterizo cuando al menos una las partes está domiciliada o reside habitualmente en un Estado distinto a aquél en que cualquiera de las otras partes a las que afecta estén domiciliadas cuando acuerden hacer uso de la mediación o sea obligatorio acudir a la misma de acuerdo con la ley que resulte aplicable*".

conflicto privado con vínculos transnacionales, en cuyo marco cabe la posibilidad de que las partes tengan la necesidad de que sea ejecutado en un país diferente a aquel en que se desarrolló la mediación.

De hecho, a nuestro juicio, la eficacia extraterritorial de los acuerdos de mediación constituye uno de los aspectos clave de la mediación transfronteriza. De poco sirve que las partes alcancen un acuerdo si en los asuntos internacionales no se prevé que tal pacto pueda producir eficacia en más de un país, una eventualidad que las partes vinculadas a asuntos transnacionales pueden perfectamente necesitar para ejercer sus derechos. Ahondaremos con mayor profundidad en esta temática en un epígrafe posterior.

b) La irrelevancia del lugar de desarrollo de la mediación

La segunda parte del concepto estudiado no exige que la mediación se haya desarrollado en España. Al contrario, señala que los conflictos también pueden tener la consideración de transfronterizos "*cualquiera que sea el lugar en el que se haya realizado*". Sin embargo, esta precisión, aun siendo positiva en términos de internacionalización, colisiona con uno de los escenarios que contempla la norma reguladora del ámbito de aplicación de la propia Ley, como se comprueba en el artículo 2 LMACM: "*En defecto de sometimiento expreso o tácito a esta Ley, la misma será aplicable cuando, al menos, una de las partes tenga su domicilio en España y la mediación se realice en territorio español*".

La norma incluye por lo tanto dos condiciones de aplicabilidad que se ordenan de manera subsidiaria. La LMACM se aplicará cuando las partes se hayan sometido expresa o tácitamente a la misma, o, en su defecto, cuando, al menos, una de ellas tenga su domicilio en España y además (dos condiciones acumulativas) la mediación se realice en territorio español. Por ende, podría plantearse una disfunción entre las normas estudiadas si las partes no se someten a la LMACM y el proceso no se desarrolla en nuestro país. Ante tales circunstancias, la LMACM no sería de aplicación y tampoco lo será entonces la segunda parte de la definición de conflicto transfronterizo, aunque es poco probable que se dé este supuesto considerando que la mediación requiere la voluntad de las partes (y por lo tanto, su sometimiento) para llevarse a efecto.

c) La intención de la ejecución del pacto alcanzado en otro país

La segunda parte de la noción de conflicto transfronterizo se construye sobre una intención. El artículo 3.1 LMACM señala que también tendrán esta consideración aquellos conflictos en los que "*el pacto o algunas de sus consecuencias se*

pretendan ejecutar en el territorio de un Estado distinto". Ahora, resulta evidente que las partes podrán *pretender* llevar a cabo esa ejecución en otro país, o no, según el caso; dependerá de los intereses de las personas afectadas y de que la ejecución del acuerdo se lleve a término o no de manera voluntaria.

Si las partes cumplen voluntariamente con los términos pactados en todos los países vinculados a la controversia, no se requerirá instar la ejecución en otro país; en caso contrario, alguna de las partes podría tener interés en solicitarlo por los cauces que estudiaremos más adelante. Se dé una circunstancia o la otra, lo cierto es que esta formulación dota a la definición de conflicto transfronterizo de una excesiva carga de potencialidad [25], por lo que consideramos que este elemento intencional, que tampoco será sencillo de probar, puede conllevar, de nuevo, una determinación residual de esta clase de conflictos transfronterizos.

d) El traslado del domicilio de alguna de las partes

La modificación del domicilio de alguna de las partes constituye el último elemento identificador de los conflictos transfronterizos a los que se refiere el segundo supuesto de la definición contenida en el artículo 3.1 LMACM. Recopilando todos los elementos anteriores, podría decirse que estos conflictos transfronterizos pueden ser *previstos* o *resueltos* por acuerdo de mediación, que puede haberse realizado en cualquier lugar, y, además, se parte de una intención de ejecución del acuerdo, total o parcial, en otro país "*como consecuencia del traslado del domicilio de alguna de las partes*".

Por lo tanto, ese cambio del domicilio de alguna de ellas actúa como desencadenante de la intención de ejecutar el acuerdo en un país distinto, por lo que entendemos que, aunque la norma no lo dice explícitamente, este cambio de domicilio ha de producirse a un país distinto al del domicilio originario debido al espíritu internacional de la norma objeto de estudio. Se presume, por lo tanto, que si una persona cambia de país de domicilio podría pretender ejecutar el pacto alcanzado en una mediación en otro país.

Como decíamos anteriormente, esa presunción se confirmará o no dependiendo del caso, pero si algo es indiscutible es que en la mediación internacional se puede producir esta necesidad, por lo que es preciso regular que los pactos resultantes de este MASC (o de otros) puedan traspasar fronteras para garantizar la tutela judicial

[25] ESPLUGUES MOTA, C. y AZCÁRRAGA MONZONÍS, C., "Artículo 3. Mediación en conflictos transfronterizos", en CASTILLEJO MANZANARES, R. (dir.): *Comentarios a la Ley 5/2012, de mediación en asuntos civiles y mercantiles*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, p. 52.

efectiva en las relaciones privadas internacionales. Remitimos nuevamente a un epígrafe posterior para estudiar cómo se regula esta necesidad.

C) Del "conflicto transfronterizo" de la Ley 5/2012 de mediación a la Ley Orgánica 1/2025

Tal y como señalamos al inicio de este trabajo, la LOESPJ remite a una definición preexistente de conflicto transfronterizo en la normativa reguladora de la mediación aprovechando que este MASC cuenta desde el año 2012 con una regulación especial que incluye asimismo esta clase de litigios y los define a esos efectos. A pesar de comprender la oportunidad de esta remisión en aras de unificar y armonizar las distintas normas reguladoras de los MASC, esta decisión no parece la más oportuna por distintos motivos.

En primer lugar, porque, como se ha visto en epígrafes anteriores, la definición del artículo 3.1 LMACM no está exenta de dificultades e incógnitas interpretativas. En segundo lugar, porque contempla un segundo supuesto de dudoso acierto dotado de excesiva potencialidad. Y, en tercer lugar, debido a que su ámbito de aplicación es excesivamente restrictivo ya que los elementos de internacionalidad que contempla vinculados a los domicilios o residencias de las partes no son los únicos susceptibles de dotar de carácter internacional a las situaciones privadas.

Con todo, el legislador nos conduce a aplicar una definición que, por mor del artículo 3.1 LOESPJ, trasciende ahora de la mediación y que hay que adaptar a otros MASC. Siendo así, habría que reformular el artículo 3.1 LMACM a estos efectos. Por lo tanto, se entenderá que "*Un conflicto es transfronterizo cuando al menos una de las partes está domiciliada o reside habitualmente en un Estado distinto a aquél en que cualquiera de las otras partes a las que afecta estén domiciliadas cuando acuerden hacer uso* de la actividad negociadora [y no solo de la mediación] *o sea obligatorio acudir a la misma de acuerdo con la ley que resulte aplicable. También tendrán esta consideración los conflictos previstos o resueltos por acuerdo de* cualquier actividad negociadora [y no solo por acuerdo de mediación]*, cualquiera que sea el lugar en el que se haya realizado, cuando, como consecuencia del traslado del domicilio de alguna de las partes, el pacto o algunas de sus consecuencias se pretendan ejecutar en el territorio de un Estado distinto*".

En otras palabras, un conflicto será transfronterizo a los efectos de la LOESPJ cuando las partes estén domiciliadas (o residan habitualmente) en estados distintos en el momento en que acuerden hacer uso de la actividad negociadora o sea obligatorio acudir a la misma de acuerdo con la ley que resulte aplicable. De igual modo, tendrán esta consideración los conflictos previstos o resueltos por acuerdo derivado de cualquier actividad negociadora, independientemente de donde se haya

realizado, cuando se pretenda ejecutarlo, total o parcialmente, en el territorio de otro estado como consecuencia de que alguna de las partes ha trasladado su domicilio (se entiende que a otro país).

Ahora bien, no cabe olvidar para finalizar de acotar este concepto en relación con el requisito de procedibilidad de la nueva LOESPJ que esta misma norma recoge exclusiones, algunas de las cuales se refieren precisamente a situaciones privadas internacionales que se podrían incluir en la definición estudiada en las que no se va a exigir el recurso a un MASC con carácter previo a la vía judicial. Por ejemplo, de acuerdo con el artículo 5.2 g) LOESPJ se excluye de esta novedosa exigencia la restitución o retorno de menores en los supuestos de sustracción internacional, un ámbito en el que se aprecia una cierta discordancia entre la normativa de la Unión Europea y la Ley española.

La sustracción intracomunitaria de niños y niñas se regula en el marco de la Unión Europea en el Reglamento (UE) 2019/1111 del Consejo, de 25 de junio de 2019, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia matrimonial y de responsabilidad parental, y sobre la sustracción internacional de menores[26], conocido como Reglamento Bruselas II ter. Este instrumento incentiva el recurso a los MASC para la resolución de esta clase de asuntos con mayor determinación que su antecedente[27], el denominado Bruselas II bis[28]. La inclusión expresa de la posibilidad de recurrir a formas alternativas de resolución de litigios en el Reglamento actual Bruselas II ter constituye de hecho una de las mayores novedades introducidas en esta nueva regulación de la sustracción internacional de menores[29].

[26] DOUE núm. 178, de 2 de julio de 2019.

[27] ESPLUGUES MOTA, C., "El Reglamento Bruselas II Ter y el recurso a los MASC en materia de responsabilidad parental y sustracción internacional de menores", *Cuadernos de derecho transnacional*, vol. 13, nº 2, 2021, pp. 156-157, 160. El autor asegura que el Reglamento Bruselas II ter ha implicado, entre otros avances, un paso adicional en el fomento de la mediación, y de cualquier otro mecanismo MASC, como vía de resolución de las controversias surgidas en materia de responsabilidad parental y sustracción internacional de menores. Estudia esta interrelación en el Reglamento que le precedió, conocido como Reglamento Bruselas II bis, CHÉLIZ INGLÉS, MªC., *La sustracción internacional de menores y la mediación. Retos y vías prácticas de solución*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018.

[28] Reglamento (CE) nº 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, por el que se deroga el Reglamento (CE) nº 1347/2000 (DOUE núm. 338, de 23 de diciembre de 2003)

[29] GONZÁLEZ MARIMÓN, M., "La regulación de la sustracción internacional de menores en el Reglamento Bruselas II Ter y sus principales novedades", *Cuadernos de derecho transnacional*, vol. 14, nº 1, 2022, p. 303; GONZÁLEZ MARIMÓN, M., "MASC y vulnerables en situaciones transfronterizas. ¿Un binomio posible?", en BARONA VILAR, S. (ed.), *Masc, to be or not to be:*

De acuerdo con el artículo 25 del citado Reglamento, intitulado "Formas alternativas de resolución de litigios", el órgano judicial deberá "*Lo antes posible y en cualquier fase del procedimiento*" invitar a las partes, ya sea directamente o, en su caso, con la asistencia de las Autoridades Centrales, "*a que consideren si están dispuestas a recurrir a la mediación o a otra vía alternativa de resolución de litigios*". Eso sí, salvo que tal decisión pudiera contrariar el interés superior del menor, que no se considere adecuado en el caso particular o conlleve un retraso indebido del procedimiento. En el Considerando 43 del Reglamento Bruselas II ter se hace referencia, por ejemplo, a que resultaría inapropiado recurrir a la mediación en los casos de violencia sobre la mujer. Y se añade, además, que los esfuerzos por alcanzar una solución amistosa a través de la mediación u otros medios apropiados "no deben prolongar indebidamente el procedimiento de restitución en virtud del Convenio de La Haya de 1980 [sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores]"[30].

Por otra parte, en la Resolución del Parlamento Europeo, de 12 de septiembre de 2017, sobre la aplicación de la Directiva de 2008[31] se destaca la importancia de la mediación en el ámbito del Derecho de familia y, en especial, en los asuntos relativos a la custodia de los hijos, el derecho de visita y la sustracción de menores. Se asegura que en estos contextos la mediación puede crear un clima constructivo para las negociaciones y garantizar un trato justo entre los padres, favoreciendo soluciones amistosas duraderas y en interés de los menores sobre su residencia principal, las modalidades de visita o los acuerdos relativos a la pensión alimenticia.

Y es que los MASC están llamados a jugar un papel importante para prevenir conflictos en asuntos sobre sustracción de menores, para solucionarlos cuando surgen y como mecanismo para facilitar la ejecución de una orden de retorno[32]. Sin embargo, mientras desde Europa, aun con las salvedades antedichas, se impulsa la mediación u otros MASC en asuntos que afectan a niños y niñas, y, en particular, en la sustracción internacional de menores, España excluye esta materia de la nueva exigencia procesal introducida por la LOESPJ, lo que no deja de resultar paradójico. Continúa siendo posible recurrir a la mediación intrajudicial a iniciativa de las partes

medios adecuados de solución de conflictos en la justicia, Tirant lo Blanch, Valencia, 2024, pp. 411 y ss.

[30] Convenio sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores, hecho en La Haya el 25 de octubre de 1980 (BOE núm. 202, de 24 de agosto de 1987).

[31] Resolución del Parlamento Europeo, de 12 de septiembre de 2017, sobre la aplicación de la Directiva 2008/52/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de mayo de 2008, sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles (Directiva sobre la mediación) (2016/2066(INI)). Disponible en (consultado el 26 de mayo de 2025) https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-8-2017-0321_ES.html

[32] OREJUDO PRIETO DE LOS MOZOS, P., "Competencia judicial internacional y contenido de los acuerdos de mediación en la sustracción internacional de menores", en AZCÁRRAGA MONZONÍS, C., y QUINZÁ REDONDO, P. (dirs), *Tratado de mediación, Vol. III, Mediación en conflictos de familia*, 2017, p. 190.

en los asuntos de restitución de menores sustraídos internacionalmente cuando se aplique normativa internacional (un convenio internacional o normativa de la Unión Europea) y además el menor se encuentre en España[33], pero se ha desechado su imposición.

Seguramente esta decisión proceda de la necesidad de que los asuntos que afectan a niños y niñas se resuelvan con la máxima celeridad posible para proteger su interés superior, de ahí que imponer el paso previo por una actividad negociadora no se haya considerado pertinente en esta clase de asuntos. Pero si este razonamiento se encuentra en la base de esta exención, se ha reivindicado desde la abogacía especializada en Derecho de familia que también tendría que haberse adoptado respecto de otros asuntos en los que están implicados niños, como un divorcio con hijos menores[34].

Por último, la interpretación de la noción de "conflicto transfronterizo" a los efectos de la LOESPJ exige asimismo tener en cuenta la posible transformación de asuntos domésticos en transfronterizos como consecuencia del eventual traslado del domicilio de alguna de las partes a otro país, así como otras exclusiones explícitamente contempladas en esta Ley. Nótese, para terminar, que en virtud del artículo 5.3 LOESPJ no se exigirá la acreditación del intento alcanzar un acuerdo para presentar la petición de requerimiento europeo de pago conforme al Reglamento (CE) nº 1896/2006 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006, por el que se establece un proceso monitorio europeo[35], ni para solicitar el inicio de un proceso europeo de escasa cuantía en aplicación del Reglamento (CE) nº 861/2007 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de julio de 2007, por el que se establece un proceso europeo de escasa cuantía[36].

---

[33] Artículo 778 quinquies, apartado 12, LEC.

[34] IRAIZOZ RECLUSA, A., "El requisito de procedibilidad en los procesos de Familia", 27 de febrero de 2025, Disponible en (consultado el 26 de mayo de 2025): https://www.aeafa.es/noticias-ampliadas/2821/1/editorial-n130-el-requisito-de-procedibilidad-en-los-procesos-de-familia/. El Secretario de la Asociación Española de Abogados de Familia (AEAFA) defiende que "En todos estos conflictos donde están implicados menores, las dilaciones en la tramitación de los procesos traen siempre consecuencias muy perniciosas. Por ello, en mi opinión, todos los procesos de Familia, y en todo caso los que afectan a menores, deberían haber quedado eximidos o liberados de la actividad negociadora previa a la vía judicial".

[35] DOUE núm. 399, de 30 de diciembre de 2006. Esta exclusión es lógica por cuanto el artículo del Reglamento dispone que tiene por objeto: "a) *simplificar, acelerar y reducir los costes de litigación en asuntos transfronterizos relativos a créditos pecuniarios no impugnados*". Por lo tanto, no tendría sentido exigir una negociación previa.

[36] DOUE núm. 199, de 31 de julio de 2007. Según el artículo 1 de este Reglamento, esta exclusión resulta asimismo pertinente por cuanto este procedimiento europeo persigue "*simplificar y acelerar los litigios de escasa cuantía en asuntos transfronterizos y de reducir los costes*".

2. Reflexiones en torno a la introducción del requisito de procedibilidad en los conflictos transfronterizos

De lo visto hasta este momento ha quedado evidenciado que la litigación en ciertos asuntos privados internacionales, no excluidos en la LOESPJ, se van a ver afectados por el requisito de procedibilidad. No será el caso, entre otros, de la sustracción internacional de menores, pero sí de otros muchos que recaen en el ámbito material de la nueva norma. A modo de ejemplo, un divorcio, un incumplimiento contractual, una reclamación por daños o una herencia que se vinculen con personas que residen en países distintos cuando acuerden hacer uso de la fórmula negocial correspondiente o sea obligatorio acudir a esta de acuerdo con la ley aplicable al procedimiento (ergo, la Ley española).

En consecuencia, se confirma que el profundo cambio impulsado por la LOESPJ también se proyecta en toda su intensidad en los conflictos transfronterizos. Asumiendo esta nueva realidad procesal, cabría preguntarse si esta medida resulta pertinente o no en este ámbito (A). Nos ayudará a responder a esa pregunta la experiencia de la obligatoriedad de la mediación en el ámbito europeo (B). Y finalizaremos este apartado analizando con mayor profundidad otros MASC distintos a la mediación susceptibles de ser utilizados en la resolución de conflictos transfronterizos (C).

A) Pertinencia de la medida en la resolución de conflictos transfronterizos

A diferencia de lo acontecido en otras reformas de relevancia producidas en las últimas décadas en el Derecho privado español, en esta ocasión el legislador sí ha incluido de forma explícita en la LOESPJ su aplicación a las disputas privadas internacionales. Lo que no ha hecho ha sido prever normas específicas para esta clase de asuntos. Ni siquiera ha consagrado un concepto propio de conflicto transfronterizo; la Ley remite, como hemos visto, a la LMACM. Tampoco ha contemplado normas que resuelvan o aclaren dificultades propias de esta clase de litigios, tanto de índole procesal (¿cuál es la ley aplicable al procedimiento?) como de fondo (¿por qué ley debe regirse la controversia?), unas lagunas que ya existían con la LMACM y que siguen sin respuesta hasta la fecha, obligando a una labor interpretadora que permita la efectiva aplicación de los MASC a esta clase de asuntos.

A pesar de lo anterior, consideramos acertada la introducción de esta medida, en general en asuntos civiles y mercantiles, y, en particular, en los conflictos transfronterizos, principalmente porque a pesar de su potencial y de las múltiples ventajas que presentan, de sobra conocidas, los MASC no han conseguido desarrollarse plenamente en la práctica europea, incluyendo la española, como

demuestran los datos consultados sobre la experiencia de los últimos años. Lo veremos analizando el desarrollo de la mediación en la última década.

Destacamos en primer lugar la información que proporcionó en el año 2014 el Informe del Parlamento Europeo conocido como "'Rebooting' the Mediation Directive"[37], de cuyo título ya se desprende que el impacto de la Directiva había sido limitado en aquel momento. No en vano, el Informe revelaba que el número de mediaciones representaba entonces en la Unión Europea de media menos del 1% de los asuntos sustanciados[38].

Por otra parte, la Comisión Europea aseguró en 2016 que la Directiva ha aportado valor añadido a la Unión Europea y que, gracias a la concienciación de los legisladores nacionales sobre las bondades de este MASC, su aplicación ha tenido un efecto considerable en la legislación de varios Estados miembros. Sin embargo, evidencia al mismo tiempo determinadas dificultades en relación con el funcionamiento de los sistemas nacionales de mediación en la práctica, particularmente relacionadas con la falta de una cultura de la mediación en los Estados miembros, el insuficiente conocimiento de cómo tratar los casos transfronterizos, el bajo nivel de conocimiento de la mediación y el funcionamiento de los mecanismos de control de calidad para los mediadores[39].

En la misma línea, la citada Resolución del Parlamento Europeo de 2017 insta a los Estados miembros a intensificar sus esfuerzos para fomentar el recurso a la mediación en litigios civiles y mercantiles. Subraya el lanzamiento de campañas de información adecuadas y la necesidad de intercambiar buenas prácticas para favorecer la concienciación sobre la utilidad de la mediación.

Finalmente por lo que respecta al panorama internacional, el Consejo de Europa asegura en un reciente Informe de 2024 sobre la eficiencia de la justicia que algunos países han realizado progresos significativos en la promoción de la mediación y la resolución extrajudicial de conflictos a través de reformas legislativas y desarrollos

[37] EUROPEAN PARLIAMENT, "'Rebooting' the Mediation Directive: Assessing the Limited Impact of Its Implementation and Proposing Measures to Increase the Number of Mediations in the EU", 2014. Disponible en: (consultado el 26 de mayo de 2025): http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/etudes/join/2014/493042/IPOL-JURI_ET(2014)493042_EN.pdf

[38] *Ibidem*, p. 162.

[39] COMISIÓN EUROPEA, "Informe de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo y al Comité Económico y Social Europeo sobre la aplicación de la Directiva 2008/52/CE del Parlamento Europeo y del Consejo sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles", 2016. COM(2016) 542 final. Disponible en (consultado el 26 de mayo de 2025): https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52016DC0542

institucionales, pero constata un escaso impacto general, sobre todo en la mediación intrajudicial, que sigue infrautilizada[40].

En el escenario español, las Asociaciones profesionales también han aportado datos interesantes que muestran la necesidad de tomar nuevas medidas de promoción de los MASC. En 2018, la Federación Nacional de Asociaciones de Profesionales de la Mediación apuntaba, entre otras debilidades, al desconocimiento general de la población sobre la mediación, qué es, sus ventajas y la incidencia en la población, así como las reticencias de algunos operadores jurídicos por desconocimiento[41]. En 2022, la Cámara Oficial de Comercio, Industria y Servicios de Madrid proporcionaba una visión algo más positiva al asegurar que el 86% de los más de mil encuestados respondieron que conocen la mediación, si bien solo un 31% declaró haberla utilizado[42].

En definitiva, como señala el Preámbulo de la LOESPJ (IV), desde la entrada en vigor de la LMACM, el 27 de julio de 2012, "no se ha conseguido desarrollar la potencialidad augurada desde su gestación", de ahí que, considerando este panorama, y aun comprendiendo las voces críticas o escépticas ante la nueva exigencia procesal, apoyamos la pertinencia de la obligatoriedad de los MASC como requisito de procedibilidad porque resulta necesario adoptar medidas que impliquen un verdadero revulsivo que aleje a la sociedad española de la cultura de la confrontación y la acerque a soluciones negociadas, ante el fracaso de la voluntariedad para conseguir este objetivo. Por ello, la introducción de esta medida, aunque controvertida, debería verse como una oportunidad de cambio, que deberá ser aplicada con rigor por todos los operadores jurídicos para que sea eficaz y en cuyo marco va a tener un protagonismo esencial la abogacía, que debería transmitir este mensaje al ciudadano con más pedagogía, si cabe, que antes de la imposición.

Partimos pues de una visión positiva de la introducción de esta medida, también en los asuntos transfronterizos, ya que de esta manera los potenciales beneficios del

---

[40] COUNCIL OF EUROPE, European Commission for the Efficiency of Justice, "2024 CEPEJ Evaluation Report (datos de 2022), Trends and Conclusions", p. 5. Disponible en (consultado el 26 de mayo de 2025): https://rm.coe.int/trends-and-conclusions-2024-cepej-evaluation-report-2022-data-/1680b1fa00. El mismo organismo informa de que la mediación extrajudicial sigue siendo muy difícil de evaluar y, por lo tanto, no ofrece una imagen global de la mediación en un país.

[41] FEDERACIÓN NACIONAL DE ASOCIACIONES DE PROFESIONALES DE LA MEDIACIÓN, "Estado de la mediación en España", 2018. Disponible en (consultado el 26 de mayo de 2025): https://www.centrodemediacionmurcia.com/wp-content/uploads/2020/05/ESTADO-DE-LA-MEDIACION-EN-ESPA%C3%91A.pdf

[42] CÁMARA OFICIAL DE COMERCIO, INDUSTRIA Y SERVICIOS DE MADRID, "Informe sobre conocimiento, uso y percepción de arbitraje, mediación y otros MASC", 2022. Disponible en (consultado el 26 de mayo de 2025): https://www.arbitramadrid.com/wp-content/uploads/2022/03/Informe-Encuesta-Arbitraje-Mediacion-y-otros-MASCs.pdf

uso de los MASC no se limitarán a los asuntos nacionales. Ahora bien, esta medida deberá ir acompañada de otras que aseguren su éxito no solo por la vía de la imposición sino también para que ayuden a transitar hacia ese deseable cambio de cultura en la litigación. Respecto de estas medidas complementarias, hemos de reconocer que nos suscita dudas el recurso a la sanción en caso de negativa injustificada a recurrir a los MASC de forma previa a la vía judicial, una posibilidad, por otro lado, que permite la Directiva de 2008[43] y que ya existe en otros Estados miembros de la Unión Europea[44].

Cierto es que la ausencia de consecuencias ante un incumplimiento como el que estrena el sistema procesal español nunca generaría el efecto deseado, pero en este caso, la sanción se ha traducido en la necesidad de interpretar un novedoso y controvertido concepto jurídico indeterminado como es el "abuso del servicio público de Justicia" del artículo 7.4 LOESPJ[45], que puede dar lugar a criterios interpretativos dispares y, por lo tanto, a un tratamiento diferenciado en la práctica del derecho a la tutela judicial efectiva.

De acuerdo con el Preámbulo de la LOESPJ (IV) se erige como una excepción al principio general de vencimiento objetivo en costas e informa sobre los criterios para su imposición al sancionar a aquellas partes que hubieran rehusado injustificadamente acudir a un MASC cuando este sea preceptivo. También del Preámbulo es posible extraer ejemplos de abuso entendido como "la utilización irresponsable del derecho fundamental de acceso a los tribunales recurriendo injustificadamente a la jurisdicción cuando hubiera sido factible y evidente una solución consensuada de la controversia"[46], pero al final la delimitación de los contornos de este nuevo concepto se delega en la jurisprudencia.

---

[43] Artículo 5.2 de la Directiva de 2008: "*La presente Directiva no afectará a la legislación nacional que estipule la obligatoriedad de la mediación o que la someta a incentivos o sanciones, ya sea antes o después de la incoación del proceso judicial, siempre que tal legislación no impida a las partes el ejercicio de su derecho de acceso al sistema judicial*".

[44] Según el citado Informe de la Comisión Europea del año 2016 (pp. 8-9), cinco Estados miembros de la Unión Europea imponen sanciones como medio para fomentar el recurso a la mediación: Hungría, Irlanda, Italia, Polonia y Eslovenia.

[45] Artículo 7.4 LOESPJ: "*Si se iniciara un proceso judicial con el mismo objeto que el de la previa actividad negociadora intentada sin acuerdo, los tribunales deberán tener en consideración la colaboración de las partes respecto a la solución consensuada y el eventual abuso del servicio público de Justicia al pronunciarse sobre las costas o en su tasación, y asimismo para la imposición de multas o sanciones previstas, todo ello en los términos establecidos en la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil*".

[46] Preámbulo de la LOESPJ (IV): por ejemplo, "(…) los litigios de cláusulas abusivas ya resueltos en vía judicial con carácter firme y con idéntico supuesto de hecho y fundamento jurídico, o en los casos en que las pretensiones carezcan notoriamente de toda justificación impactando en la sostenibilidad del sistema, del cual quiere hacerse partícipe a la ciudadanía".

A falta de conocer el recorrido judicial que tendrá esta medida, de partida su efectiva aplicación en la práctica ha generado opiniones escépticas como viene ocurriendo con los conceptos de "temeridad" o "mala fe procesal"[47]. Hasta entonces, sin embargo, no podemos obviar que mientras coadyuva a alcanzar ese anhelado cambio cultural (aunque sea a golpe de amenaza y sanción) también genera agitación, preocupación e incertidumbre, lo que en nada favorece a la promoción de los MASC con ese propósito. Por ello, para conseguir los objetivos perseguidos por el nuevo modelo este no debería depender únicamente de sanciones. Esta medida debería ir acompañada de otras que incentiven el recurso a los MASC, incluso en materias no sujetas a este requisito. Por ejemplo, menores tasas judiciales a las partes que intenten una actividad negociadora antes de presentar su demanda, deducciones fiscales eficaces y atractivas o servicios públicos gratuitos[48], además de educación, pedagogía e inversión económica para aspirar a un verdadero cambio de mentalidad sin el cual esta reforma procesal no podrá tener éxito[49].

Junto con lo anterior, en el ámbito de los conflictos transfronterizos cobra especial importancia la apuesta por garantizar la formación en Derecho internacional privado de los profesionales intervinientes. Los profesionales que intervienen en la práctica de los MASC en conflictos transnacionales han de estar convenientemente formados en esta disciplina para garantizar la eficacia del sistema y que los acuerdos alcanzados sean acordes a la Ley, una cuestión particularmente importante para asegurar su posterior ejecución, ya sea voluntaria o forzosa, y bien dentro de nuestras fronteras o en el extranjero.

La correcta determinación del Derecho aplicable en las relaciones privadas internacionales objeto de los MASC es pues crucial en este contexto, una operación que adquiere relevancia principalmente en dos momentos: por un lado, antes de comenzar el procedimiento a la hora de concretar las materias disponibles por las

[47] CALAZA LÓPEZ, S., "¿Una multa por litigar? Sí, Usted ha incurrido en un abuso de la justicia como servicio púbico cuando debería haber procurado la desjudicialización de su conflicto", *Nueva Fiscalidad*, nº 2, 2024, p. 58. La autora asegura que la experiencia práctica ha demostrado "un insignificante (prácticamente nulo) uso, en sus sentencias, de estos conceptos". Por ello prevé que nuestros juzgadores serán conscientes de que "los justiciables no acuden a la Jurisdicción -salvo (puntuales) casos patológicos- por veleidad ni capricho" y que "seguirán esta senda de 'no sancionar ni castigar' (…)".

[48] De nuevo gracias a la información que ofrece el mencionado Informe de la Comisión Europea del año 2016 (p. 8) conocemos que trece Estados miembros ofrecen incentivos financieros a la mediación mediante la reducción o el reembolso total de las tasas y costes de los procesos judiciales si se alcanza un acuerdo de mediación durante procesos judiciales suspendidos. Por ejemplo, en Eslovaquia se reembolsa un 30%, 50% o 90% de las tasas judiciales, dependiendo de la fase del proceso en que se alcance el acuerdo. En algunos Estados miembros, la mediación misma se ofrece de forma gratuita o a bajo coste, según la situación económica de las partes.

[49] NOMS HEREDIA, N. (y otros), "Diálogos para el futuro judicial XCV. MASC: claves de un nuevo paradigma (1ª parte)", *Diario La Ley*, nº 10683, 2025, p. 7.

partes y, por ende, aquellos asuntos susceptibles de someterse a un MASC o respecto de los cuales existe la obligación de hacerlo desde la aprobación de la LOESPJ; y, por otro lado, al finalizar, para confirmar la adecuación de la solución alcanzada con el Derecho que resulte aplicable, que puede ser el ordenamiento español o el de otro país.

La necesidad de concretar la Ley aplicable al fondo del asunto se refleja en el ámbito de la mediación en esos mismos dos momentos, tal y como recoge la LMACM de 2012. Primero, antes de que se inicie la mediación, con el fin de determinar los derechos y obligaciones disponibles para las partes "*en virtud de la legislación aplicable*" (artículo 2.1.I LMACM). Y segundo, al finalizar esta, momento en que, si las partes deciden elevar a escritura pública el acuerdo alcanzado, el notario verificará el cumplimiento de los requisitos exigidos por la LMACM y que "*su contenido no es contrario a Derecho*" (artículo 25.2 LMACM).

En la misma línea, la aplicación de la LOESPJ a los conflictos transfronterizos requiere asimismo en determinadas circunstancias la concreción del Derecho aplicable al fondo del asunto. El artículo 4 LOESPJ, regulador del principio de autonomía privada en el desarrollo de los MASC, dispone en su apartado primero que "*Las partes son libres para convenir o transigir, a través de estos medios, sobre sus derechos e intereses,* siempre que lo acordado no sea contrario a la ley*, a la buena fe ni al orden público*". Sin embargo, no se podrá someter a MASC "*los conflictos que versen sobre materias que no estén a disposición de las partes* en virtud de la legislación aplicable". Junto con lo anterior, en el contexto de la formalización del pacto alcanzado, el artículo 12.5 LOESPJ estipula que "*Para llevar a cabo la elevación a escritura pública del acuerdo, el notario verificará el cumplimiento de los requisitos exigidos en esta ley* y que su contenido no es contrario a Derecho".

En consecuencia, en la litigación extrajudicial de los conflictos transfronterizos se confirma la importancia de concretar correctamente el Derecho estatal aplicable. Siendo así, el siguiente paso exige conocer cómo determinarlo. Ante la ausencia de normativa específica, se impone la aplicación de las normas generales del Derecho internacional privado español[50], de fuente internacional o estatal según la materia[51], lo que implica considerar la norma de conflicto correspondiente a la categoría jurídica resultante del proceso de calificación de los hechos, que será la que

[50] ESPLUGUES MOTA, C. y AZCÁRRAGA MONZONÍS, C., "Artículo 3. Mediación en conflictos transfronterizos", *cit.*, p. 67.

[51] Tal norma de conflicto podrá ser de origen europeo, convencional o nacional, dependiendo de la posible acción del legislador europeo o convencional en la materia objeto de la disputa ya que estas fuentes internacionales prevalecerían sobre las normas de conflicto de origen estatal contenidas en el Código civil español (Gaceta de Madrid núm. 206, de 25 de julio de 1889).

identifique el Derecho estatal que rija el fondo del asunto, que bien podrá ser el español o uno extranjero[52]. Este será el ordenamiento jurídico que regule en cada asunto en particular cuáles son las materias disponibles y la conformidad del contenido del acuerdo para poder llevar a cabo la elevación a escritura pública, lo que permitirá, en última instancia y de ser necesario, colmar el interés legítimo de las partes en conflictos transfronterizos de ejecutar el pacto en el extranjero.

Como hemos manifestado *supra*, la circulación internacional de acuerdos derivados de los MASC constituye uno de los aspectos más relevantes en los asuntos vinculados a varios estados por cuanto las partes pueden tener la necesidad de que estos acuerdos produzcan eficacia en más de un país. Para que esto sea posible, la formación en Derecho internacional privado de los profesionales intervinientes vuelve a cobrar importancia. Estos deben conocer el marco regulador de la eficacia extraterritorial de acuerdos, principalmente contenido en normativa de la Unión Europea, aunque no solo, ya que el entramado de normas existente incluye asimismo convenios internacionales en múltiples materias.

El alto grado de cumplimiento de los pactos a los que se llega a través de los MASC se presenta como una de sus principales ventajas. En el caso de la mediación, por ejemplo, el alto nivel de satisfacción se debe a su propia naturaleza, ya que son las partes las que, llegado el caso, ponen fin al conflicto alcanzando un acuerdo que convenga a todas ellas. No obstante, no deja de ser cierto que no siempre se va a cumplir el acuerdo de manera voluntaria, por lo que en algunos supuestos se requiere instar la ejecución del acuerdo.

Por lo anterior, resulta imprescindible regular la formalización de los acuerdos resultantes de los MASC y, con ellos, dotarlos de fuerza ejecutiva con vistas a garantizar la eficacia de estos sistemas de resolución de conflictos. En el ámbito de la mediación, el legislador español considera en el Apartado III del Preámbulo de la LMACM que el reconocimiento del acuerdo de mediación como título ejecutivo constituye el "corolario" de esta regulación. Y ello es particularmente importante en las relaciones privadas internacionales ya que esta premisa permitirá la posterior circulación internacional del acuerdo, como se desprende tanto de la LMACM como de la nueva LOESPJ.

[52] Para ahondar en el proceso de determinación del Derecho aplicable a los asuntos transfronterizos, véase AZCÁRRAGA MONZONÍS, C., "La determinación del derecho aplicable a las situaciones privadas internacionales. Claves prácticas de funcionamiento del sistema", en ORTEGA GIMÉNEZ, A. y RIVES FULLEDA, M.R. (dirs.), *Práctica del ejercicio de la abogacía y derecho internacional privado de la unión europea, Volumen I. Parte general: el Derecho internacional privado como sistema jurídico y el ejercicio de la abogacía. Aspectos claves de su funcionamiento*, Aranzadi, 2023.

El artículo 12.6 LOESPJ señala que la ejecución en otro estado de un acuerdo resultante de una actividad negociadora requerirá, además de la elevación a escritura pública, el cumplimiento de los requisitos que puedan exigir, en su caso, tanto los convenios internacionales en que España sea parte como las normas de la Unión Europea. Esta disposición pone de manifiesto dos elementos esenciales en el ámbito de la eficacia extraterritorial de los acuerdos derivados de los MASC: por un lado, la importancia de la formalización del acuerdo, y, por otro lado, la existencia de normativa de fuente internacional -convencional o europea- que servirá de cauce para su ejecución más allá de las fronteras españolas.

La suma de ambos elementos nos traslada a un escenario conformado por un conjunto de instrumentos internacionales que proporcionan la base jurídica que hace posible esa circulación internacional de acuerdos en su condición de documentos públicos con fuerza ejecutiva o transacciones judiciales. En este marco destacan especialmente los Reglamentos europeos en materia civil y mercantil adoptados en las últimas décadas, que conforman el actual Derecho internacional privado europeo. Entre otros, el antes citado Reglamento Bruselas I bis, que nos ofrece una definición de tales conceptos en su artículo 2, letras b) y c)[53].

Partiendo de esos conceptos autónomos, que es posible encontrar en términos similares en otros instrumentos europeos, el artículo 58 del Reglamento Bruselas I bis dispone que los documentos públicos que tengan fuerza ejecutiva en el Estado miembro de origen gozarán también de esa misma fuerza ejecutiva en los demás Estados miembros de la Unión Europea sin necesidad de declaración de fuerza ejecutiva en el Estado requerido o de destino. Además, la ejecución de un documento público únicamente se podrá denegar en caso de que sea manifiestamente contraria al orden público del Estado miembro requerido.

Junto con ello, el artículo 59 del mismo Reglamento señala que las transacciones judiciales que tengan fuerza ejecutiva en el Estado miembro de origen serán ejecutadas en los demás Estados miembros en las mismas condiciones que los documentos públicos, por lo que proclama, de nuevo, la posible ejecución directa intracomunitaria de la que podrían beneficiarse los pactos alcanzados por las partes en los MASC que se constituyan como documentos públicos o transacciones judiciales en asuntos que versen sobre materias contenidas en el ámbito de

[53] A los efectos de este Reglamento, se entenderá por "transacción judicial": un pacto aprobado por un órgano jurisdiccional de un Estado miembro o concluido ante un órgano jurisdiccional de un Estado miembro en el curso del procedimiento. Y se entenderá por "documento público": un documento formalizado o registrado oficialmente como documento público 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 una autoridad pública u otra autoridad habilitada a tal fin.

aplicación material de los Reglamentos que conforman el actual Derecho internacional privado europeo.

B) La mediación ¿obligatoria? en los conflictos transfronterizos

La posible obligatoriedad de la mediación ha sido desde antaño una cuestión discutida y controvertida. La Directiva de 2008 permite a los Estados miembros incluir esta opción como requisito de procedibilidad en sus legislaciones nacionales (artículo 5.2, en línea con el Considerando 14) en aras de legítimos intereses generales, como conseguir una resolución más rápida y menos costosa o reducir la carga de trabajo de los tribunales, sin que por ello se desnaturalice la esencia de esta institución ni quede afectado el principio de tutela judicial efectiva "siempre y cuando la tramitación previa de ese procedimiento extrajudicial no conduzca a una decisión vinculante para las partes, que sería excluyente del recurso a una resolución judicial, no implique un retraso sustancial a efectos del ejercicio de una acción judicial, interrumpa la prescripción, y no ocasione gastos a las partes, o estos sean escasamente significativos"[54].

A lo anterior hay que añadir lo establecido por el artículo 3.a) de la Directiva, que define la "mediación", añadiendo a continuación que "(…) *Este procedimiento puede ser iniciado por las partes, sugerido u ordenado por un órgano jurisdiccional o prescrito por el Derecho de un Estado miembro*". Es decir, se prevé que se pueda iniciar de forma voluntaria –ya sea esa voluntad "pura" o "inducida"- u obligatoria –por mandato judicial o legal-[55]. Partiendo de esta base, si bien la voluntariedad ha prevalecido en la transposición de la Directiva, algunos Estados miembros han incluido la obligatoriedad en sus modelos, con mayor o menor protagonismo, como destacan los estudios comparados elaborados en la materia[56].

En Europa hace tiempo que se ha entendido que determinados tipos de litigios son especialmente adecuados para ser resueltos por mediación debido a sus especiales características. En estos casos, la lista de materias suele ser restringida y a menudo se limita a asuntos familiares o disputas vecinales. En otros países, sin embargo, se han introducido intentos obligatorios de mediación para combatir la sobrecarga

[54] MARTÍNEZ PALLARÉS, J.I., *De la litigación a la avenencia, ¿por el camino de las prímulas?,* Laborum ediciones, Murcia, 2024, pp. 246-247.
[55] GINEBRA MOLINS, M.E. y TARABAL BOSCH, J., "La obligatoriedad de la mediación derivada de la voluntad de las partes: las cláusulas de mediación", *InDret*, nº 4, 2013, p. 5.
[56] Véase ESPLUGUES MOTA, C., "Civil and Commercial Mediation in the EU after the transposition of Directive 2008/52/EC", en ESPLUGUES, C., *Civil and Commercial Mediation in Europe. Cross-border mediation*, vol. II, Intersentia, Cambridge, 2014, pp. 485 y ss., p. 575; ESPLUGUES MOTA, C., "General Report: New Developments in Civil and Commercial Mediation – Global Comparative Perspectives", en ESPLUGUES, C. y MARQUIS, L., *New Developments in Civil and Commercial Mediation. Global and Comparative Perspectives*, Springer, Heidelberg, 2015, pp. 1 y ss, p. 16.

judicial, como ocurre en Italia, y en estos supuestos la lista de controversias susceptibles de ser sometidas a intentos preceptivos de mediación suele ser más extensa[57].

El antes citado Informe del Parlamento Europeo de 2014 titulado "'Rebooting' the Mediation Directive" muestra cómo las únicas medidas que han probado ser eficaces en el fomento de la mediación coinciden en introducir la obligatoriedad en algunos aspectos. Se destacan, en particular, la mediación obligatoria en algunas categorías de asuntos, las sesiones informativas obligatorias (denominadas "modelo *opt-in*") y la mediación obligatoria en algunos asuntos con la posibilidad de retirarse en la primera reunión con poco o nulo coste ("modelo *opt-out*")[58].

Las dos últimas opciones, que se consideran similares -aunque el Informe se inclina más por la segunda[59] (de hecho, la primera no ha generado un número significativo de mediaciones en los países en los que se contempla[60])-, permiten que las partes acudan efectivamente a la mediación y la consideren seriamente como cauce para resolver su conflicto. El modelo italiano se basa precisamente en el sistema *opt-out*, apreciándose una relación directa entre la introducción de la mediación obligatoria en algunos asuntos como condición previa a la vía judicial y el incremento de las mediaciones. Tras esta reforma se reportaron más de 200.000 mediaciones al año, constituyendo el único Estado miembro de la Unión Europea que alcanzó tales cifras. Es además revelador que se redujeran durante el periodo en que se eliminó dicha obligación (diciembre 2012 a septiembre 2013, como consecuencia de una sentencia del Tribunal Constitucional italiano) y que volvieran a aumentar cuando se implantó de nuevo[61].

---

[57] VAN RHEE, C.H., "Mandatory mediation before litigation in civil and commercial matters: a European Perspective", *Access to Justice in Eastern Europe*, nº 4-12, 2021, p. 9.

[58] Se analizan todas estas medidas con mayor profundidad en AZCÁRRAGA MONZONÍS, C., "El (limitado) impacto de la directiva sobre mediación en asuntos civiles y mercantiles y la mediación obligatoria como medida de promoción", en BARONA VILAR, SILVIA, *Mediación, arbitraje y jurisdicción en el actual paradigma de justicia*, Aranzadi, 2016, pp. 103-118.

[59] Véanse pp. 9, 152 y 164 del Informe "Rebooting the Mediation Directive". La nota al pie nº 10 del Informe (p. 9) añade que la mayor eficacia del modelo "*opt-out*" parte de permitir que las partes tengan una experiencia mediadora, cosa que no ofrece el modelo "*opt-in*". Además, normalmente la primera reunión con el mediador tiene como objetivo informar a las partes sobre el procedimiento de mediación. La experiencia estadounidense permite también apreciar la conveniencia de este sistema para fomentar las mediaciones: mientras los programas "*opt-in*" han supuesto un 25% de participación, los "*opt-out*" han alcanzado un 70%. El Informe proporciona información sobre la práctica en Estados Unidos en las pp. 210 y ss.

[60] *Ibidem*, p. 164.

[61] *Ibidem*, p. 163. Ahonda en el modelo italiano y la correlación entre la mediación obligatoria y el éxito de este MASC con base en este Informe del Parlamento Europeo CHÉLIZ INGLÉS, MªC., "La

El legislador español, por lo tanto, ha seguido la senda que emprendieron otros países europeos con base en la Directiva de mediación y ha apostado por introducir elementos de obligatoriedad en el sistema nacional de MASC. Sin embargo, es importante matizar en contraposición al sistema italiano que, aunque se desprenda de la lectura de la LOESPJ el mayor protagonismo de la mediación, que efectivamente se potencia en esta Ley como se manifiesta en el Preámbulo (IV) y en el articulado, la introducción de la obligatoriedad se refiere en nuestro país no solo a esta sino a todo un conjunto de MASC al alcance de los ciudadanos, también otros no estructurados ni con regulación especial como pueda ser la tradicional negociación entre los abogados-as de las partes (artículo 5.1 II LOESPJ).

Además, cabe matizar también que con la aprobación de esta nueva Ley la mediación *puede* ahora ser obligatoria pero no lo *es* necesariamente, ya que, además de contemplarse entre otros MASC, el principio de voluntariedad y libre disposición continuará siendo la clave de bóveda de este procedimiento. Lo que resulta imperativo es el intento de resolución vía MASC, pero no necesariamente a través de una mediación. Las partes podrán elegir este medio para cumplir el requisito de procedibilidad entre las múltiples opciones que ofrece el ordenamiento jurídico español. En este sentido, la elección del MASC más idóneo para cada asunto constituye otro factor determinante del que dependerá el éxito de esta reforma.

Siendo así, ¿a quién corresponde seleccionarlo? ¿De quién puede partir la iniciativa? Según el artículo 5.4 LOESPJ, la iniciativa de acudir a los MASC puede proceder de las partes (de una de ellas o de ambas de común acuerdo) o de la derivación de estas a este tipo de medios por parte de un juez-a o del LAJ. Además, continúa señalando esta misma disposición que en aquellos supuestos en que todas las partes plantearan acudir a un MASC y no existiera acuerdo sobre cuál de ellos utilizar, "*se empleará aquel que se haya propuesto antes temporalmente*". Por lo tanto, el legislador español apuesta por la regla "*Prior tempore, potior iure*" para resolver esta peculiar situación.

Esta norma, que pareciera sencilla de aplicar en un primer momento, genera ciertas dudas. Por un lado, acerca del momento exacto a partir del cual se va a considerar que se ha propuesto "antes" para delimitar qué MASC prevalece a estos efectos, sobre todo en los supuestos en que las partes tomen la iniciativa al mismo tiempo; y, por otro lado, porque abre una nueva incógnita en la práctica profesional, paralela al fenómeno conocido como "*race to court*" existente en la litigación judicial

UE y la armonización de la regulación en materia de mediación: ¿Hacia una mediación obligatoria en todos los estados miembros?", *Revista de Estudios Europeos*, nº 71, 2018, pp. 199 y ss.

internacional, ya que fomenta que las partes tomen una rápida decisión sobre el MASC a utilizar para que prevalezca su criterio en este marco.

Si en el ámbito judicial se trata de asegurar la competencia judicial internacional de los tribunales de un determinado país y de favorecer una solución final acorde a los intereses de la parte que ha interpuesto la demanda en primer lugar[62], en el contexto que nos ocupa consistiría en el impulso del medio que mejor convenga a los intereses de cada parte de acuerdo con el asesoramiento de su abogado-a. La asistencia letrada no es preceptiva en todos los MASC[63] pero no cabe duda de que su papel y acompañamiento será determinante en la práctica, entre otros momentos, a la hora de elegir aquel con el que cumplir este nuevo requisito.

Desde el punto de vista extrajudicial, el hecho de que esta norma estimule a tomar esta decisión cuanto antes no se percibe necesariamente como un efecto negativo ya que interesa agilizar la resolución del conflicto, o al menos intentarlo, y evitar dilaciones indebidas -un riesgo incontestable de la introducción de esta exigencia-. Sin embargo, una excesiva premura a la hora de plantear el MASC con la intención, nada desdeñable, de dar por cumplido el requisito como un mero trámite y además a través del que más convenga a cada parte -y no siempre por motivos relacionados con una mayor expectativa de alcanzar un acuerdo- sí puede alterar la finalidad de esta reforma y, por ende, el éxito del sistema en su conjunto. Como acertadamente se ha señalado "se corre el riesgo de que para descongestionar la vía judicial se acabe desnaturalizando la extrajudicial"[64]. Sería deseable pues contar con un

[62] Véase este fenómeno en el ámbito de las crisis matrimoniales en MASEDA RODRÍGUEZ, J., "Procesos paralelos en materia de crisis matrimoniales: régimen de la litispendencia (y acciones dependientes) intracomunitaria", *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, nº 38, 2019, p. 18. El autor asegura que "operar a partir de un principio de prioridad temporal, en combinación con la pluralidad de foros alternativos (y no jerárquicos) ofrecidos en el Reglamento 2201/2003 [actualmente Reglamentos Bruselas II ter], tiene como consecuencia el fomento de lo que se conoce como una carrera hacia los Tribunales o *race to courts*, relevante en cualquier tipo de materias en las que este mismo tipo de conflictos se resuelve atendiendo al mismo principio y más sin duda en este ámbito de las crisis matrimoniales donde el *forum shopping* no se basa, únicamente (…) en las divergencias entre normativas en cuanto a la relajación o disolución del vínculo matrimonial, sino, sobre todo, por las divergencias existentes en las respuestas a aquellas causas vinculadas".

[63] De hecho, según el artículo 6.2 LOESPJ únicamente lo es para la formulación de una oferta vinculante para cuantía superior a 2.000 euros. El artículo 6 LOESPJ, regulador de la asistencia letrada, reza como sigue: "*1. Las partes podrán acudir a cualquiera de los medios adecuados de solución de controversias asistidas de abogado. 2. Únicamente será preceptiva la asistencia letrada a las partes cuando se utilice como medio adecuado de solución de controversias la formulación de una oferta vinculante, excepto cuando la cuantía del asunto controvertido no supere los dos mil euros o bien cuando una ley sectorial no exija la intervención de letrado o letrada para la realización o aceptación de la oferta*".

[64] TORRE SUSTAETA, Mª V., "Pero ¿ha intentado usted llegar a un acuerdo? sobre cómo ser mediador y no morir en el «intento» (reflexiones de una mediadora -frustrada- sobre los más «MOSC» que «MASC»)", *cit.*, p. 5.

sistema de garantías o de control de mala praxis que evite que este paso acabe convirtiéndose en un simple trámite vacío de contenido[65].

Partiendo de lo anterior, auguramos que la mediación no va a ser precisamente el MASC más elegido por las partes en los conflictos transfronterizos. Se trata de un mecanismo asentado en nuestro modelo de litigación considerando que cuenta con una regulación especial desde hace más de una década y con profesionales formados en la materia para ejercer como mediadores; sin embargo, al mismo tiempo, puede concebirse como el procedimiento más "costoso" de cuantos ofrece nuestro ordenamiento para colmar la nueva exigencia procesal, dicho esto en términos temporales, económicos y de esfuerzo en las relaciones con la contraparte.

A lo anterior se suma en el caso de los asuntos transfronterizos las especialidades propias de esta clase de litigios, como pudieran ser la eventual distancia geográfica entre las personas implicadas –y consecuente diferencia horaria, lo que dificulta la comunicación-, las diferencias idiomáticas, la posible colisión de contextos culturales y religiosos basados en valores y principios diversos, la interacción de dos o más sistemas jurídicos y la necesidad de acudir en ocasiones a la cooperación internacional para su resolución[66].

A partir de lo expuesto en este epígrafe, concluimos que ni cabe decir actualmente que la mediación ha pasado a ser obligatoria en España como hubiera sucedido de salir adelante la propuesta de "obligatoriedad mitigada" con el malogrado Anteproyecto de Ley de Medidas de impulso de la Mediación[67] (que no llegó ni al debate parlamentario), ni creemos que vaya a ser el MASC más beneficiado en este nuevo impulso hacia la desjudicialización y el fomento de la cultura de la paz. De nuevo, el tiempo dirá. Mientras, nos detendremos a analizar otros medios contemplados en la LOESPJ a la luz de las necesidades de los conflictos privados internacionales.

---

[65] VALIÑO CES, A., "¿Mediación voluntaria u obligatoria? Análisis de un debate inacabado", en ALONSO SALGADO, C., RODRÍGUEZ ÁLVAREZ, A. y VALIÑO CES, A. (dirs), *Nuevos debates acerca del sistema de justicia civil*, Dykinson, Madrid, 2024, p. 124.

[66] AZCÁRRAGA MONZONÍS, C., "La formación del mediador en la mediación internacional" en COBAS COBIELLA, M.E. (dir.), *Mediación, arbitraje y conciliación. Una puesta al día*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, p. 164.

[67] FELIU REY, J., "La mediación en asuntos civiles y mercantiles en España: De la voluntariedad a la obligatoriedad", *cit.*, pp. 416-417. Para profundizar en el estudio de este Anteproyecto, véase PÉREZ MORIONES, A., "El Anteproyecto de Ley de Impulso de la Mediación: en particular, la regulación de la mediación obligatoria mitigada", *Diario La Ley*, nº 9360, 2019, así como BELLIDO PENADÉS, R., "Nuevos impulsos a la mediación y a otros MASC para la resolución de controversias de Derecho privado en Derecho español (A propósito del Anteproyecto de Ley de medidas de eficiencia procesal)", en BARONA VILAR, S., *Meditaciones sobre mediación (Med+)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2022, pp. 107-112.

C) Otros medios adecuados de solución de controversias en los conflictos transfronterizos

Hasta el momento la mediación ha tenido un protagonismo esencial en el análisis del requisito de procedibilidad desde la perspectiva del Derecho internacional privado debido principalmente a dos motivos. En primer lugar, por la remisión de la LOESPJ a la LMACM en dos aspectos relevantes: uno, para acotar el ámbito de aplicación del Título II de la LOESPJ -una decisión no muy afortunada por cuanto habla de sometimiento a la norma cuando las leyes procesales no son dispositivas-; y, dos, para proporcionar el concepto de conflicto transfronterizo -arrastrando por ello las dudas interpretativas estudiadas-. En segundo lugar, debido a la preexistencia de una regulación especial, tanto a nivel estatal como autonómico[68], lo que otorga a este MASC un carácter consolidado frente a otros en este nuevo contexto marcado por la obligatoriedad.

Sin embargo, la mediación no es el único medio de interés en el ámbito de los conflictos transfronterizos y, tal y como hemos manifestado anteriormente, ni siquiera creemos que vaya a ser el más utilizado en la práctica tras este impulso forzado. Seguramente la inercia del pasado otorgará esta distinción al recurso a las negociaciones entre los abogados-as de las partes (artículo 14.1 LOESPJ), con la diferencia de que a partir de ahora se deberá acreditar el intento de alcanzar un acuerdo.

Partiendo de esta conjetura, finalizaremos este estudio con una aproximación a otros medios autocompositivos previstos en los artículos 14 y siguientes de la LOESPJ que no han sido aludidos hasta el momento, algunos de los cuales han sido creados *ex novo* con ocasión de la aprobación de la LOESPJ[69]. En concreto: a) la negociación directa entre las partes, b) la conciliación pública y privada, c) la oferta vinculante confidencial, d) la opinión de persona experta independiente y e) el Derecho colaborativo.

[68] Para ahondar en la normativa autonómica véase RODRÍGUEZ LLAMAS, S., "El papel de las comunidades autónomas en el impulso de la mediación familiar", en AZCÁRRAGA MONZONÍS, C. y QUINZÁ REDONDO, P. (dirs), *Tratado de mediación, Vol. III, Mediación en conflictos de familia*, 2017, pp. 205-230.

[69] ARRUTI BENITO, S., "La conciliación judicial, notarial o registral, regulada en la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la jurisdicción voluntaria: ¿es necesario un nuevo modelo conciliatorio?" en CALAZA LÓPEZ, S., ORDEÑANA GEZURAGA, I., SIGÜENZA LÓPEZ, J. (dirs), *De los ADR (Alternative Dispute Resolution) a los CDR (Complementary Dispute Resolution) en la Jurisdicción civil*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2023, p. 225. La autora se refiere a la conciliación privada, la oferta vinculante confidencial y la opinión de experto independiente.

a) La negociación directa entre las partes

El artículo 14.1 LOESPJ señala que las partes podrán cumplir el requisito de procedibilidad, entre otras vías, mediante la negociación directa o, en su caso, a través de sus abogados-as. En el presente trabajo ya nos hemos posicionado sobre la importancia que creemos que va a tener la negociación entre los profesionales de la abogacía que van a asistir a las partes, ya que, aunque no siempre sea preceptiva su intervención, el tradicional recurso a un abogado-a para litigar en caso de conflicto es una realidad en España.

Junto con ello, la LOESPJ proclama también en esa misma disposición la negociación directa entre las partes como posible MASC en el contexto que nos ocupa, un sistema que parte de su capacidad de pactar ya que serán las únicas que pondrán fin a la controversia[70]. Se echa de menos un desarrollo normativo más profundo de esta posibilidad, algo de lo que carece la nueva Ley, que reconoce expresamente esta opción sin regularla, quedando en el aire ciertas incógnitas sobre un aspecto importante para impulsar su utilización: la acreditación del intento de alcanzar un acuerdo.

El artículo 10.2 LOESPJ regula en general esa acreditación según haya intervenido o no un tercero neutral. Si no es el caso, la norma exige "*cualquier documento firmado por ambas partes*" donde se haga constar una serie de elementos, pero… en el caso de la negociación directa entre las partes, ¿y si una de estas se niega a dejar constancia de ello o a firmar ese documento? En su defecto, podrá acreditarse el intento de negociación mediante cualquier documento que pruebe que la otra parte ha recibido la solicitud o invitación para negociar o, en su caso, la propuesta, en qué fecha, y que ha podido acceder a su contenido íntegro. Pero de nuevo, si la otra parte se niega a proporcionar esas pruebas, ¿cómo se podría entonces probar el intento?[71]

Ante estas dificultades es posible que su uso para cumplir el requisito de procedibilidad sea seguramente residual, pero al menos alcanzamos a identificar ciertas similitudes y diferencias respecto a otros MASC para que pueda ser valorado por los ciudadanos.

---

[70] ARANDA JURADO, Mª M., "La negociación directa entre las partes o a través de sus abogados en el proyecto de ley de medidas de eficiencia procesal del servicio público de justicia", en CALAZA LÓPEZ, S., ORDEÑANA GEZURAGA, I., SIGÜENZA LÓPEZ, J. (dirs), *De los ADR (Alternative Dispute Resolution) a los CDR (Complementary Dispute Resolution) en la Jurisdicción civil*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2023, p. 378.

[71] Se refiere a estas lagunas GÓMEZ-LINACERO CORRALIZA, A., "Los MASC y su impacto procesal tras la LO 1/2025, de 2 de enero: preguntas y respuestas en clave práctica", *Diario La Ley*, nº 10651, 2025, p. 25.

La negociación directa comparte múltiples elementos con otros medios autocompositivos, tales como la flexibilidad, la adaptación a las necesidades de las partes, la privacidad y la voluntariedad, de modo que estas consideren que han ganado y han cedido de manera recíproca, además de actuar de buena fe y con respeto mutuo[72]. En cambio, la diferencia principal con otros MASC radicaría en la ausencia de intervención de profesionales (ni abogados-as, ni terceros neutrales, ni expertos). La falta de asistencia letrada es posible en virtud del artículo 6 LOESPJ, donde se recoge que es potestativa salvo casos excepcionales. Sin embargo, en los supuestos en que no sea preceptiva, si cualquiera de las partes pretendiera servirse de ella, deberá comunicarlo a la otra para que pueda decidir valerse también de esa asistencia.

b) La conciliación

Dentro de este MASC la Ley diferencia entre la conciliación privada (novedad de la LOESPJ) o la desarrollada ante autoridades: notarios, registradores, LAJ o jueces, cuyas funciones conciliadoras se implantaron por la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria (LJV)[73].

En el ámbito de la conciliación pública, se remite a la normativa reguladora de la actividad de cada una de esas autoridades en el artículo 14 LOESPJ, apartados 3 a 6. La conciliación ante notario se rige por lo dispuesto en el Capítulo VII del Título VII de la Ley del Notariado, de 28 de mayo de 1862 (artículos 81 y siguientes)[74]. La conciliación ante el registrador se regula por lo dispuesto en el Título IV bis de la Ley Hipotecaria (artículo 103 bis)[75]. La conciliación ante el LAJ por lo establecido en el Título IX de la LJV (artículos 139 y siguientes), y finalmente, la conciliación ante el juez o la jueza de paz se regirá por lo establecido en el artículo 47 LEC y, de nuevo, por el Título IX de la LJV.

Por lo que respecta a la conciliación privada, el artículo 15 LOESPJ se refiere a la posibilidad de requerir a una persona con conocimientos técnicos o jurídicos relacionados con la materia en cuestión, con el fin de que gestione una negociación dirigida a alcanzar un acuerdo conciliatorio con la parte a la que se pretenda demandar.

[72] ARANDA JURADO, MªM., "La negociación directa entre las partes o a través de sus abogados en el proyecto de ley de medidas de eficiencia procesal del servicio público de justicia", *cit*., pp. 378-380.
[73] BOE núm. 158, de 3 de julio de 2015.
[74] Gaceta de Madrid núm. 149, de 29 de mayo de 1862.
[75] Decreto de 8 de febrero de 1946 por el que se aprueba la nueva redacción oficial de la Ley Hipotecaria (BOE núm. 58, de 27 de febrero de 1946).

En esta disposición y en la siguiente, artículo 16 LOESPJ, se regulan los siguientes aspectos de la conciliación privada: los requisitos para intervenir como persona conciliadora, el encargo profesional, la asunción por parte de esta persona de la responsabilidad de llevar a cabo una gestión leal, objetiva, neutral e imparcial del encargo recibido, la sujeción a responsabilidad por el ejercicio inadecuado de su función y un amplio elenco de las funciones que ha de desempeñar. Entre ellas, proponer directamente a las partes posibles soluciones (lo que permite diferenciar al conciliador del mediador, quien debe limitarse a acercar posturas) e invitarles a que formulen propuestas de solución "*que construyan un eficaz acuerdo común*" (artículos 16 g) LOESPJ).

De los requisitos recogidos en el artículo 16 LOESPJ para intervenir como persona conciliadora se infiere que podrá ser una persona física o jurídica. Así, se exige: a) estar inscrita como ejerciente[76] en uno de los colegios profesionales que cita[77] o bien estar inscrita como persona mediadora en los registros correspondientes o pertenecer a instituciones de mediación debidamente homologadas [78]; b) ser imparcial y guardar los deberes de confidencialidad y secreto profesional; y c) en el caso de que se trate de una sociedad profesional, cumplir los requisitos establecidos en la Ley 2/2007, de 15 de marzo, de sociedades profesionales[79], y estar inscrita en el Registro de Sociedades Profesionales del colegio profesional del domicilio, debiendo cumplir la persona que actúe como conciliadora los requisitos exigidos en este precepto.

c) La oferta vinculante confidencial

El artículo 17.1 LOESPJ estipula que cualquier persona con interés en dar solución a un conflicto puede formular a la otra parte una oferta vinculante confidencial en los términos del artículo 9 LOESPJ. La parte que propone la solución queda obligada a cumplir la obligación que asume, una vez que la otra parte la acepta expresamente. Tal aceptación tendrá además carácter irrevocable. La forma en que se remita la oferta y en que se realice la aceptación deberá permitir dejar constancia de diversos

[76] Se ha considerado discriminatoria esta condición en las profesiones jurídicas frente a otras que no diferencian entre ejercientes y no ejercientes. También cabe preguntarse por qué no deberían admitirse expertos sin colegio profesional como conciliadores privados. LARENA BELDARRAIN, J., "La conciliación privada", en CALAZA LÓPEZ, S., ORDEÑANA GEZURAGA, I., SIGÜENZA LÓPEZ, J. (dirs), *De los ADR (Alternative Dispute Resolution) a los CDR (Complementary Dispute Resolution) en la Jurisdicción civil*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2023, pp. 537-538.

[77] Colegios de la abogacía, procura, graduados sociales, economistas, notariado o de los registradores de la propiedad, así como, en su caso, en cualquier otro colegio que esté reconocido legalmente.

[78] Nótese que la referencia a los mediadores en la conciliación privada puede generar dudas y disfunciones en la aplicación práctica de los dos MASC implicados.

[79] BOE núm. 65, de 16 de marzo de 2007.

aspectos: la identidad del oferente, la recepción efectiva por la otra parte y la fecha en la que se produce, así como su contenido.

Se trata por lo tanto de una declaración de voluntad en origen, con vocación de conformar un negocio bilateral. De esta suerte, se entiende que la concurrencia de voluntades se produce de manera sucesiva o diferida en el tiempo de modo que la aceptación extingue la oferta, que se transforma en un acuerdo vinculante. Ni la oferta ni la aceptación están sujetas a formalismos, lo que lleva a concluir que puede formularse/aceptarse por escrito, oralmente, por correo postal, por correo electrónico, burofax, conducto notarial, a través de un tercero neutral, por medios telemáticos, videoconferencia u otro medio análogo de transmisión de la voz o de la imagen[80].

Si la oferta vinculante se rechaza, o no es aceptada expresamente por la otra parte en el plazo de un mes (u otro plazo superior establecido por la parte requirente), la oferta vinculante decaerá y la parte que propuso la oferta podrá ejercitar la acción que le corresponda ante el tribunal competente, entendiendo que se ha cumplido el requisito de procedibilidad. En este supuesto será suficiente con acreditar la remisión de la oferta a la otra parte por manifestación expresa en el escrito de demanda o en la contestación a la misma, en su caso, acompañada del justificante de envío y de que la misma ha sido recibida por la parte requerida, sin que pueda mencionarse su contenido.

De acuerdo con el artículo 6.2 LOESPJ y sin saber muy bien por qué, cuando se recurra a este MASC será preceptiva la asistencia letrada a partir de dos mil euros. No se exigirá en caso contrario o bien cuando una ley sectorial no lo requiera para la realización o aceptación de la oferta[81].

d) La opinión de persona experta independiente

En virtud del artículo 18 LOESPJ, se introduce en nuestro ordenamiento jurídico por primera vez una figura que los operadores económicos llevan décadas empleando para resolver disputas en el tráfico comercial[82]. Con la finalidad de resolver una

[80] ROCA MARTÍNEZ, J.M., "Oferta vinculante confidencial", *cit.*, pp. 695, 704.
[81] *Ibidem*, p. 701. El autor no comparte que se haya hecho preceptiva la asistencia letrada en la oferta vinculante confidencial y no en los demás MASC. Considera que si se defiende la necesidad de asistencia letrada se debería haber extendido a todos, aunque esa decisión no estaría justificada, ni siquiera sobre la base de su obligatoriedad.
[82] DÍAZ TARRAGÓ, M.T., "Resolución de disputas contables por experto independiente en el ámbito de la compraventa de empresas", en CALAZA LÓPEZ, S., ORDEÑANA GEZURAGA, I., SIGÜENZA LÓPEZ, J. (dirs), *De los ADR (Alternative Dispute Resolution) a los CDR (Complementary Dispute Resolution) en la Jurisdicción civil*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2023, p. 598.

controversia, las partes pueden designar conjuntamente a una persona experta independiente para que emita una opinión sobre la materia objeto del conflicto contando con toda la información y pruebas de que dispongan las partes, que estarán obligadas a proporcionarle.

La opinión emitida no será vinculante, algo lógico si hablamos de recurrir a medios que posibiliten que las partes puedan alcanzar un acuerdo por sí mismas. Estas tendrán la oportunidad de hacerlo contando con un informe que emite una persona considerada experta en la materia objeto de la controversia, para lo que deberá acreditar que está en posesión de los títulos oficiales que garanticen esos conocimientos técnicos. Su actuación deberá ser diligente y seguir los estándares propios de la actuación profesional que se le haya encargado. Se le exige, además, que manifieste bajo juramento o promesa que dice la verdad, que ha actuado y actuará con la mayor objetividad posible, ya favorezca o perjudique a cualquiera de las partes.

El dictamen[83] se emitirá por escrito antes de iniciarse el proceso judicial o durante su tramitación, pudiendo versar sobre cuestiones jurídicas o sobre cualquier otro aspecto técnico relacionado con la capacitación profesional del experto. Al igual que la oferta vinculante, tendrá carácter confidencial en los términos del artículo 9 LOESPJ.

Se establece un plazo de diez días desde la comunicación de la opinión a las partes para que estas hagan recomendaciones, observaciones o propuestas de mejora con el fin de aceptar la propuesta del experto. Si las conclusiones fuesen aceptadas por todas las partes, el acuerdo se consignará en los términos previstos en el artículo 12 LOESPJ ("Formalización del acuerdo") y tendrá los efectos previstos en el artículo 13 LOESPJ ("Validez y eficacia del acuerdo"). En cambio, si las partes no aceptan (una de ellas o ninguna) la opinión de la persona experta, esta extenderá a cada una de ellas una certificación que acredite que se ha intentado llegar a un acuerdo por esta vía a los efectos de tener por cumplido el requisito de procedibilidad.

e) El Derecho colaborativo

Por último, el artículo 19 LOESPJ contempla el MASC conocido como Derecho colaborativo, una metodología que nació en Estados Unidos[84] y con contrastada experiencia internacional[85] que consiste en un proceso por el que las partes buscan

[83] Nótese que la norma utiliza de forma indistinta los términos "opinión", "dictamen" e "informe".
[84] PARAMIO JUNQUERA, N., "Derecho colaborativo: de la teoría a la práctica", *Jado: boletín de la Academia Vasca de Derecho*, nº 28, 2017, p. 457.
[85] Preámbulo de la LOESPJ (IV).

una solución consensuada a su controversia, total o parcial, acompañadas y asesoradas cada una de ellas por un abogado-a ejerciente, colegiado y acreditado en Derecho colaborativo, así como con la intervención, en su caso, de terceras personas neutrales expertas en las diferentes materias objeto de la controversia o facilitadoras de la comunicación.

El apartado segundo de este precepto recoge los principios fundamentales del proceso colaborativo, esto es: la buena fe, la negociación sobre intereses, la transparencia, la confidencialidad, el trabajo en equipo entre las partes, sus abogados-as y las terceras personas expertas neutrales que, en su caso, pudieran participar -ya que se trata de una metodología multidisciplinar-, así como la renuncia a los tribunales por parte de los-as profesionales de la abogacía que hayan intervenido en el proceso en el caso de no lograr que se solucione la controversia, total o parcialmente. La renuncia de los letrados-as a intervenir en un posible litigio posterior diferencia a este MASC de otros y se considera la garantía de que todos los intervinientes en el proceso "reman hacia el acuerdo"[86].

Los abogados-as intervinientes deberán redactar un acta final cuando termine el proceso colaborativo en la que se hagan constar los siguientes aspectos: las partes, los profesionales que han intervenido, las sesiones efectuadas, así como los acuerdos adoptados y las cuestiones sobre las que no haya sido posible alcanzar un acuerdo entre las partes.

Como todos los MASC, el Derecho colaborativo podría ser un medio idóneo para resolver ciertas controversias y no tanto para otras. Lo será especialmente para la conflictividad empresarial y familiar, cuando existe una relación personal, profesional o comercial que puede perdurar en el tiempo y que requiere de una estabilidad[87]; sin embargo, para otros dispuesta puede no considerarse un medio idóneo.

Por otra parte, al igual que todos los MASC, presenta también tanto ventajas como inconvenientes[88]. Por lo que respecta a las ventajas, se han destacado las siguientes: a) garantía de que los abogados-as no agravarán el conflicto y que se va a trabajar en equipo buscando que la solución cumpla lo mejor posible con los intereses y necesidades de ambas partes; b) la multidisciplinariedad; c) propicia en gran medida que las partes conserven una relación positiva, lo que es especialmente importante en relaciones con vocación de continuidad, como en las disputas con

[86] AJA RUIZ, C., "El Derecho colaborativo", *Otrosí. Revista del Colegio de Abogados de Madrid*, nº 9, 2021, p. 48.
[87] BARONA VILAR, S., "¡Los MASC existen! Son medios de acceso a la justicia", en BARONA VILAR, S. (ed.), *Masc, to be or not to be: medios adecuados de solución de conflictos en la justicia*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2024, p. 37.
[88] PARAMIO JUNQUERA, N., "Derecho colaborativo: de la teoría a la práctica", *cit.*, pp. 470-473.

hijos; d) permite a los clientes retener el control sobre el proceso de resolución del conflicto y sobre su resultado final; e) flexibilidad del proceso; f) maximiza la privacidad; g) costes generalmente inferiores a un proceso judicial; h) ofrece a las partes la oportunidad de aprender y mejorar la comunicación y habilidades para resolver problemas como herramientas que les ayuden a evitar o minimizar conflictos futuros.

Para terminar, como desventajas del Derecho colaborativo se subrayan las siguientes: a) requiere la buena fe de todos los intervinientes para garantizar el éxito para que no se utilice para conseguir retrasos deshonestos o dilaciones indebidas, o incluso como forma de obtener información u obtener pruebas para un proceso posterior; b) las partes deberán ser capaces y estar dispuestas a reunirse con la otra parte cara a cara en reuniones con sus abogados y eventualmente otros profesionales, lo que supone una responsabilidad personal para comunicar y negociar acuerdos; y finalmente, c) el posible aumento del coste para el cliente si el proceso colaborativo termina sin acuerdo y ha de contratar nuevos abogados para una futura defensa judicial.

IV. Conclusiones

La primera conclusión que se extrae de este estudio, que está llegando a su fin, pone el foco en la gran oportunidad que se presenta para los MASC. Era preciso que se les otorgara la oportunidad de ser conocidos y aplicados por la ciudadanía, que puede no estar familiarizada con su existencia y los beneficios que les pueden aportar a la hora de resolver su disputa. Las dudas y quejas de los profesionales de la abogacía son razonables y comprensibles ante una novedad de tal calado, pero esta medida era necesaria para agilizar el camino hacia la cultura de la paz. Ahora deberemos esperar porque revertir la situación exigirá un esfuerzo prolongado y la intervención en múltiples campos.

En segundo lugar, la amplitud y flexibilidad con la que se regulan los MASC en la LOESPJ presenta aspectos positivos y negativos. El positivo más destacable, a nuestro juicio, consiste en la posibilidad que asiste a las partes de elegir el que más se adecúe a su conflicto entre un extenso y abierto elenco de fórmulas, una elección en la que generalmente se verán acompañadas por sus abogados-as. El inconveniente, la creación de nuevas figuras menos formalizadas con escaso desarrollo normativo y la consecuente dificultad y heterogeneidad de implantación que tendrán en la práctica, amén de su pugna con mecanismos más estructurados y asentados como la mediación, que consideramos que saldrán peor parados a pesar de su mayor implantación en nuestro país.

En tercer lugar, se considera que el papel de la abogacía va a ser determinante en el desarrollo más o menos exitoso del nuevo modelo. Estos profesionales deberán asesorar convenientemente a sus clientes sobre la nueva normativa, con pedagogía a la altura de la oportunidad que se plantea y, especialmente importante, han de realizar un buen diagnóstico de la controversia que les conduzca a aconsejar el MASC más apropiado. De lo contrario, el riesgo *micro* vendrá asociado a la posible inadmisión de la demanda y a que los jueces puedan considerar que sus clientes han hecho un uso abusivo de la justicia; y el riesgo *macro* supondrá que el recurso a los MASC acabe convirtiéndose en un mero trámite si los intervinientes en estos asuntos no confían en el nuevo sistema.

En cuarto y último lugar, es preciso señalar que se percibe de forma positiva que la LOESPJ no se haya olvidado de los asuntos civiles y mercantiles de índole internacional, si bien entendemos que su regulación es mejorable en diversos sentidos. Por un lado, porque suscita múltiples dudas interpretativas ya desde la lectura de su ámbito de aplicación. Por otro lado, porque la definición de conflicto transfronterizo importada desde la Ley reguladora de la mediación no es satisfactoria; olvida otros asuntos potencialmente internacionales y es confusa en su formulación y resultados. Finalmente, también se considera que la nueva regulación tiene margen de mejora desde la perspectiva internacional porque perpetúa incógnitas que ya planteaba la normativa sobre mediación y se ha perdido una ocasión para despejarlas.

Con todo, aguardamos con esperanza los resultados de esta importante novedad legislativa, que esperemos contribuya a acelerar el cambio cultural en la litigación que nuestro país necesita

Fuentes consultadas

Bibliografía

AJA RUIZ, C., “El Derecho colaborativo”, *Otrosí. Revista del Colegio de Abogados de Madrid*, nº 9, 2021

ARANDA JURADO, MªM., “La negociación directa entre las partes o a través de sus abogados en el proyecto de ley de medidas de eficiencia procesal del servicio público de justicia”, en CALAZA LÓPEZ, S., ORDEÑANA GEZURAGA, I., SIGÜENZA LÓPEZ, J. (dirs), *De los ADR (Alternative Dispute Resolution) a los CDR (Complementary Dispute Resolution) en la Jurisdicción civil*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2023

ARRUTI BENITO, S., "La conciliación judicial, notarial o registral, regulada en la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la jurisdicción voluntaria: ¿es necesario un nuevo modelo conciliatorio?" en CALAZA LÓPEZ, S., ORDEÑANA GEZURAGA, I., SIGÜENZA LÓPEZ, J. (dirs), *De los ADR (Alternative Dispute Resolution) a los CDR (Complementary Dispute Resolution) en la Jurisdicción civil*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2023

AZCÁRRAGA MONZONÍS, C.: "ADRs in Spain: Projected Changes for Arbitration and Mediation", *ZZPInt*, nº 14, 2009

AZCÁRRAGA MONZONÍS, C., "El (limitado) impacto de la directiva sobre mediación en asuntos civiles y mercantiles y la mediación obligatoria como medida de promoción", en BARONA VILAR, SILVIA, *Mediación, arbitraje y jurisdicción en el actual paradigma de justicia*, Aranzadi, 2016

AZCÁRRAGA MONZONÍS, C., "La formación del mediador en la mediación internacional" en COBAS COBIELLA, M.E. (dir.), *Mediación, arbitraje y conciliación. Una puesta al día*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019

AZCÁRRAGA MONZONÍS, C., "La determinación del derecho aplicable a las situaciones privadas internacionales. claves prácticas de funcionamiento del sistema", en ORTEGA GIMÉNEZ, A. y RIVES FULLEDA, M.R. (dirs.), *Práctica del ejercicio de la abogacía y derecho internacional privado de la unión europea, Volumen I. Parte general: el Derecho internacional privado como sistema jurídico y el ejercicio de la abogacía. Aspectos claves de su funcionamiento*, Aranzadi, 2023

BARONA VILAR, S., "Integración de la mediación en el moderno concepto de "Access to Justice". Luces y sombras en Europa", *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, nº 4, 2014

BARONA VILAR, S., "Claves vertebradoras del modelo de justicia en el siglo XXI", *Revista Boliviana de Derecho*, nº 32, 2021

BARONA VILAR, S., "¡Los MASC existen! Son medios de acceso a la justicia", en BARONA VILAR, S. (ed.), *Masc, to be or not to be: medios adecuados de solución de conflictos en la justicia*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2024

BELLIDO PENADÉS, R., *Medios alternativos de resolución de conflictos y derecho a la tutela judicial efectiva en derecho privado (español y de la Unión Europea),* Tirant lo Blanch, Valencia, 2022

BELLIDO PENADÉS, R., "Nuevos impulsos a la mediación y a otros MASC para la resolución de controversias de Derecho privado en Derecho español (A propósito del Anteproyecto de Ley de medidas de eficiencia procesal)", en BARONA VILAR, S., *Meditaciones sobre mediación (Med+)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2022

CALAZA LÓPEZ, S., "¿Una multa por litigar? Sí, Usted ha incurrido en un abuso de la justicia como servicio púbico cuando debería haber procurado la desjudicialización de su conflicto", *Nueva Fiscalidad*, nº 2, 2024

CALDERÓN CUADRADO, Mª P. 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

CHÉLIZ INGLÉS, MªC., *La sustracción internacional de menores y la mediación. Retos y vías prácticas de solución*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018

CHÉLIZ INGLÉS, MªC., "La UE y la armonización de la regulación en materia de mediación: ¿Hacia una mediación obligatoria en todos los estados miembros?", *Revista de Estudios Europeos*, nº 71, 2018

DÍAZ TARRAGÓ, M.T., "Resolución de disputas contables por experto independiente en el ámbito de la compraventa de empresas", en CALAZA LÓPEZ, S., ORDEÑANA GEZURAGA, I., SIGÜENZA LÓPEZ, J. (dirs), *De los ADR (Alternative Dispute Resolution) a los CDR (Complementary Dispute Resolution) en la Jurisdicción civil*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2023

ESPLUGUES MOTA, C. y AZCÁRRAGA MONZONÍS, C., "Artículo 3. Mediación en conflictos transfronterizos", en CASTILLEJO MANZANARES, R. (dir.): *Comentarios a la Ley 5/2012, de mediación en asuntos civiles y mercantiles*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013

ESPLUGUES MOTA, C., "Civil and Commercial Mediation in the EU after the transposition of Directive 2008/52/EC", en ESPLUGUES, C., *Civil and Commercial Mediation in Europe. Cross-border mediation*, vol. II, Intersentia, Cambridge, 2014

ESPLUGUES MOTA, C., "General Report: New Developments in Civil and Commercial Mediation – Global Comparative Perspectives", en ESPLUGUES, C. y MARQUIS, L., *New Developments in Civil and Commercial Mediation. Global and Comparative Perspectives*, Springer, Heidelberg, 2015

ESPLUGUES MOTA, C., "El Reglamento Bruselas II Ter y el recurso a los MASC en materia de responsabilidad parental y sustracción internacional de menores", *Cuadernos de derecho transnacional*, vol. 13, nº 2, 2021

FELIU REY, J., "La mediación en asuntos civiles y mercantiles en España: De la voluntariedad a la obligatoriedad", *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 14, nº 2, 2022

GINEBRA MOLINS, M.E. y TARABAL BOSCH, J., "La obligatoriedad de la mediación derivada de la voluntad de las partes: las cláusulas de mediación", *InDret*, nº 4, 2013

GÓMEZ JENÉ, M., FELIU ÁLVAREZ DE SOTOMAYOR, S., GARAU SOBRINO, F.F., "Capítulo VIII. Cuestiones de Derecho procesal civil internacional", en LÓEZ SIMÓ, F. y GARAU SOBRINO, F.F. (coords), *Mediación en materia civil y mercantil. Análisis de la normativa de la UE y española (Directiva 2008/52/CE, Ley 5/2012 y RD 980/2013),* Tirant lo Blanch, Valencia, 2014

GÓMEZ-LINACERO CORRALIZA, A., "Los MASC y su impacto procesal tras la LO 1/2025, de 2 de enero: preguntas y respuestas en clave práctica", *Diario La Ley*, nº 10651, 2025

GONZÁLEZ MARIMÓN, M., "La regulación de la sustracción internacional de menores en el Reglamento Bruselas II Ter y sus principales novedades", *Cuadernos de derecho transnacional*, vol. 14, nº 1, 2022

GONZÁLEZ MARIMÓN, M., "MASC y vulnerables en situaciones transfronterizas. ¿Un binomio posible?", en BARONA VILAR, S. (ed.), *Masc, to be or not to be: medios adecuados de solución de conflictos en la justicia*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2024

HERRERO PEREZAGUA, J.F., "El intento de arreglo amistoso como presupuesto de procedibilidad", en BARONA VILAR, S. (ed.), *Masc, to be or not to be: medios adecuados de solución de conflictos en la justicia*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2024

JIMÉNEZ FORTEA, F.J., "MASC y sustracción internacional de menores por sus propios padres", en BARONA VILAR, S. (ed.), *Masc, to be or not to be: medios adecuados de solución de conflictos en la justicia*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2024

LARENA BELDARRAIN, J., "La conciliación privada", en CALAZA LÓPEZ, S., ORDEÑANA GEZURAGA, I., SIGÜENZA LÓPEZ, J. (dirs), *De los ADR (Alternative Dispute Resolution) a los CDR (Complementary Dispute Resolution) en la Jurisdicción civil*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2023

MARTÍNEZ PALLARÉS, J.I., *De la litigación a la avenencia, ¿por el camino de las prímulas?,* Laborum ediciones, Murcia, 2024

MASEDA RODRÍGUEZ, J., "Procesos paralelos en materia de crisis matrimoniales: régimen de la litispendencia (y acciones dependientes) intracomunitaria", *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, nº 38, 2019

NOMS HEREDIA, N. (y otros), "Diálogos para el futuro judicial XCV. MASC: claves de un nuevo paradigma (1ª parte)", *Diario La Ley*, nº 10683, 2025

OREJUDO PRIETO DE LOS MOZOS, P., "Competencia judicial internacional y contenido de los acuerdos de mediación en la sustracción internacional de menores", en AZCÁRRAGA MONZONÍS, C., y QUINZÁ REDONDO, P. (dirs), *Tratado de mediación, Vol. III, Mediación en conflictos de familia*, 2017

PARAMIO JUNQUERA, N., "Derecho colaborativo: de la teoría a la práctica", *Jado: boletín de la Academia Vasca de Derecho*, nº 28, 2017

PÉREZ MORIONES, A., "El Anteproyecto de Ley de Impulso de la Mediación: en particular, la regulación de la mediación obligatoria mitigada", *Diario La Ley*, nº 9360, 2019

PLANCHADELL-GARGALLO, A., "Acceso a una justicia próxima y MASC: un binomio necesario", en BARONA VILAR, S. (ed.), *Masc, to be or not to be: medios adecuados de solución de conflictos en la justicia*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2024

ROCA MARTÍNEZ, J.M., "Oferta vinculante confidencial", en CALAZA LÓPEZ, S., ORDEÑANA GEZURAGA, I. y SIGÜENZA LÓPEZ, J. (dirs), *De los ADR (Alternative Dispute Resolution) a los CDR (Complementary Dispute Resolution) en la Jurisdicción civil*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2023

RODRÍGUEZ LLAMAS, S., "El papel de las comunidades autónomas en el impulso de la mediación familiar", en AZCÁRRAGA MONZONÍS, C. y QUINZÁ REDONDO, P. (dirs), *Tratado de mediación, Vol. III, Mediación en conflictos de familia*, 2017

TORRE SUSTAETA, M.V., "Pero ¿ha intentado usted llegar a un acuerdo? sobre cómo ser mediador y no morir en el «intento» (reflexiones de una mediadora -frustrada- sobre los más «MOSC» que «MASC»)", *La Ley. Mediación y Arbitraje*, nº 22, 2025

VALIÑO CES, A., "¿Mediación voluntaria u obligatoria? Análisis de un debate inacabado", en ALONSO SALGADO, C., RODRÍGUEZ ÁLVAREZ, A. y VALIÑO CES, A. (dirs), *Nuevos debates acerca del sistema de justicia civil*, Dykinson, Madrid, 2024

VAN RHEE, C.H., "Mandatory mediation before litigation in civil and commercial matters: a European Perspective", *Access to Justice in Eastern Europe*, nº 4-12, 2021

Documentación

CÁMARA OFICIAL DE COMERCIO, INDUSTRIA Y SERVICIOS DE MADRID, "Informe sobre conocimiento, uso y percepción de arbitraje, mediación y otros MASC", 2022. Disponible en (consultado el 26 de mayo de 2025): https://www.arbitramadrid.com/wp-content/uploads/2022/03/Informe-Encuesta-Arbitraje-Mediacion-y-otros-MASCs.pdf

COUNCIL OF EUROPE, European Commission for the Efficiency of Justice, "2024 CEPEJ Evaluation Report (datos de 2022), Trends and Conclusions", 2024. Disponible en: https://rm.coe.int/trends-and-conclusions-2024-cepej-evaluation-report-2022-data-/1680b1fa00

COMISIÓN EUROPEA, "Informe de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo y al Comité Económico y Social Europeo sobre la aplicación de la Directiva 2008/52/CE del Parlamento Europeo y del Consejo sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles", 2016. COM(2016) 542 final. Disponible en: https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52016DC0542

EUROPEAN PARLIAMENT, "'Rebooting' the Mediation Directive: Assessing the Limited Impact of Its Implementation and Proposing Measures to Increase the Number of Mediations in the EU", 2014. Disponible en: http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/etudes/join/2014/493042/IPOL-JURI_ET(2014)493042_EN.pdf

FEDERACIÓN NACIONAL DE ASOCIACIONES DE PROFESIONALES DE LA MEDIACIÓN, "Estado de la mediación en España", 2018. Disponible en:

https://www.centrodemediacionmurcia.com/wp-content/uploads/2020/05/ESTADO-DE-LA-MEDIACION-EN-ESPA%C3%91A.pdf

PARLAMENTO EUROPEO, Resolución del Parlamento Europeo, de 12 de septiembre de 2017, sobre la aplicación de la Directiva 2008/52/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de mayo de 2008, sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles (Directiva sobre la mediación) (2016/2066(INI)). Disponible en: https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-8-2017-0321_ES.html

Otras fuentes

IRAIZOZ RECLUSA, A., "El requisito de procedibilidad en los procesos de Familia", 27 de febrero de 2025. Disponible en: https://www.aeafa.es/noticias-ampliadas/2821/1/editorial-n130-el-requisito-de-procedibilidad-en-los-procesos-de-familia/