

La mediación en asuntos civiles y mercantiles en nuestro ordenamiento

Autora: Sara Díez Riaza

Profesora Agregada de Derecho Procesal
Universidad Pontificia Comillas

Resumen

El presente trabajo tiene por objeto el estudio de la implantación en España 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. La mediación es un sistema alternativo de solución de conflictos con poca tradición en España en comparación con otros sistemas como el arbitraje. Nuestra intención es colaborar a difundir las ventajas de la mediación en asuntos civiles y mercantiles.

Palabras clave: Mediación, Mediación en asuntos civiles y mercantiles, MASC (Métodos alternativos de solución de conflictos), mediador, Directiva 2008/52/CE.

I. Introducción

La inminente aparición de la Ley de mediación de asuntos civiles y mercantiles en nuestro ordenamiento como consecuencia de la trasposición de la Directiva 2008/52/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de mayo de 2008, cuyo artículo 12 establece que los Estados miembros deberían poner en vigor las disposiciones legales, necesarias para dar cumplimiento a la misma antes del 21 de mayo de 2011, exigen que ésta sea una realidad. Por ello, estimamos necesario hacer un estudio de la futura nueva ley y analizar su viabilidad como sistema de solución de conflictos alternativos a la vía jurisdiccional, ciñéndonos exclusivamente al ámbito civil y mercantil.

La mediación se ubica entre los llamados ADR (Alternative Dispute Resolution), respondiendo en castellano a las siglas MASC (Métodos Alternativos¹ de Solución de Conflictos). Convive junto con el Arbitraje, la Negociación, la Conciliación como sistemas extrajudiciales, por tanto, ¿alternativos a qué? nos podríamos preguntar, pues la respuesta es tan sencilla como al proceso.

La mediación frente al proceso posee una serie de características distintivas que MALARET² condensa en las siguientes, el proceso mira al pasado y la mediación al futuro, el proceso se centra en los hechos, la mediación en las relaciones personales, el proceso busca establecer culpas y responsabilidades, la mediación busca reestructurar la relación, el proceso termina con ganador y perdedor, la mediación termina con una solución que favorece a ambas partes, entre otras.

Se trata de un método persuasivo, pues no se emplea la fuerza o vis coactiva, autocompositivo, un tercero ajeno al conflicto actúa aunque no impone la solución como en el arbitraje, extrajudicial si bien puede existir una derivación judicial a este medio de solución y luego un reconocimiento ejecutivo al acuerdo al que se llegue, pero en cualquier caso la solución es ajena al órgano jurisdiccional.

La mediación es un procedimiento con ya cierta tradición en los países anglo-americanos, aunque no data de más de cuarenta años. En Estados Unidos en los años setenta, como consecuencia de los actos de conmemoración del famoso discurso del insigne jurista, filósofo del derecho y profesor de Harvard, Roscoe Pound que pronunció en el año 1906 en la American Bar Association sobre “Las causas de la insatisfacción popular en la Administración de justicia”, tuvo lugar en 1976 la conferencia del también profesor de Harvard, Frank Sander, en la que propuso su ya famo-

¹ Curiosamente MORENO CATENA, Víctor, “La Resolución jurídica de conflictos”, en *Mediación y resolución de conflictos: técnica y ámbitos* (SOLETO MUÑOZ Helena. Dir.), Tecnos, Madrid, 2011, p 35, haciendo referencia a estas siglas sugiere como mejor correspondencia a la letra “a” la palabra adecuados frente a la de alternativos. Con esta precisión se refleja claramente una opinión que compartimos pues la excesiva judicialización de la solución de cualquier tipo de conflicto hace que se acuda al juzgado para que el juez dé respuesta a cuestiones que van desde conflictos que no rebasan el ámbito íntimo de las personas, hasta asuntos en los que el pleito acaba erosionando las relaciones personales y comerciales que debería perdurar en el tiempo.

² MALERET, Juan, *Manual de negociación y mediación, (The Harvard euronegotiation projet)*, Colex, Madrid, 2003, 3ª ed., p. 90.

sa teoría sobre los tribunales de múltiples puertas (*multidoor courthouse*), según la cual aquel que se acercara a un tribunal de justicia iba a obtener una propuesta variada de programas o “puertas” para solventar el conflicto cuya resolución pretendía, entre los cuales se encontraba la mediación³.

Así por la proliferación de las separaciones matrimoniales hizo de la mediación un método de éxito en los Estados Unidos. Al poco tiempo, tras la experiencia positiva norteamericana se extendió a Canadá, desde Ontario, donde se instauró la mediación familiar con carácter de gratuito a principios de los años ochenta.

En los países latinoamericanos, se halla fuertemente arraigada, Argentina fue el primer país en introducirla a principios de los años noventa en el contexto judicial y como requisito obligatorio previo a la vía jurisdiccional.

En la Unión Europea, con cierto retraso respecto de los países del continente americano se está instaurando poco a poco la mediación. Como exponente de los países de sistema anglosajón destaca el supuesto de Reino Unido cuyos hitos, que dan paso a una implantación progresiva de la mediación, se pueden ceñir, de un lado, al informe Lord Wolf, presidente del Tribunal Supremo, sobre la justicia civil de 1996, donde se destacó la necesidad de que la justicia ha de estar íntimamente relacionada con la velocidad en la respuesta al conflicto que se plantea y, de otro, a la implantación de un programa piloto en el Central London County Court sobre mediación anexos al Tribunal. Ello desembocó en 1999 en la reforma de Lord Wolf, que favorecían los ADR en la solución de conflictos, como consecuencia de la derivación judicial hacia los mismos.

Entre los países del sistema continental se está desarrollando con gran fuerza en el ámbito civil y mercantil. Así, la Ley austríaca sobre mediación en materia civil (*Zivilrechts-Mediations-Gesetz*), publicada en el Boletín Oficial de Austria el 6 de junio de 2003, y cuyo contenido, como manifiesta el Consejo General del Poder Judicial guarda no pocos paralelismos con el Anteproyecto sometido a informe.

II. Los antecedentes con especial atención a la directiva 2008/52/CE

Los diferentes instrumentos legales que constituyen las causas que van a provocar la aparición de una nueva Ley de mediación en nuestro país son variados⁴.

³ Vid. PEREZ MARTEL, ROSA, *Mediación civil y Administración de Justicia*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia 2008, pp 42 y ss. donde la autora desarrolla la propuesta de Sander del Tribunal de múltiples puertas.

⁴ La Recomendación trata sobre la mediación en el ámbito de la familia, debido al creciente número de rupturas de pareja y se detiene en el análisis de las consecuencias de los procesos judiciales de las mismas, lo que hizo que se potenciase la preocupación por este tema, y por la implementación de esta resolución alternativa de este tipo de conflictos, reduciéndose de este modo las consecuencias negativas de los mismos, no sólo para los adultos, sino también para los menores involucrados en este tipo de rupturas.

Por ello, declara la propia Recomendación lo siguiente: “Teniendo en cuenta los resultados de la investigación en lo que respecta al uso de la mediación y de las experiencias llevadas en este terreno en varios países, que demuestran que el recurrir a la mediación familiar podrá, llegado el caso:

En Europa en los años ochenta comienza a sentirse una sensibilización sobre los sistemas alternativos a la jurisdicción para resolver conflictos y obtener una solución más rápida que la que ofrecían los Tribunales así es un claro exponente de ello la Recomendación (86) 12 del Consejo de Ministros a los Estados miembros del Consejo de Europa respecto a medidas para prevenir y reducir la carga de trabajo excesiva en los Tribunales⁵.

El Consejo de Europa, mediante la Recomendación de 21 de enero de 1998, sobre mediación familiar, introdujo la primera de las novedades legislativas en el continente europeo, haciéndose eco de la preocupación existente sobre este sistema muy indicado para la solución de este tipo de conflictos.

En España como consecuencia de lo anterior, la Disposición Adicional Tercera de la Ley 15/2005, de 8 de julio, por la que se modificó el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de separación y divorcio⁶ estableció que “El Gobierno remitirá a las Cortes un proyecto de ley sobre mediación basada en los principios establecidos en las disposiciones de la Unión Europea, y en todo caso en los de voluntariedad, imparcialidad, neutralidad y confidencialidad y en el respeto a los servicios de mediación creados por las Comunidades Autónomas”.

Las Comunidades Autónomas se adelantaron a la regulación vía legislativa de la mediación familiar, por ello nos encontramos en la legislación española autonómica, unas leyes que se ha dedicado casi exclusivamente al ámbito de la mediación familiar, aunque alguna ampliando los supuestos a determinados conflictos de origen sucesorio, a saber: En Galicia la Ley 4/2001, de 31 de mayo⁷, en Valencia la Ley 7/2001, de 26 de noviembre, Reguladora de Mediación Familiar de la Comunidad Valenciana, en Canarias la Ley 15/2003, de 8 de abril, en Castilla-La Mancha la Ley 4/2005, de 24 de mayo, en Castilla-León la Ley 1/2006, de 6 de abril, de Mediación familiar, en Madrid la Ley 1/2007, de 21 de febrero, en Asturias la Ley 3/2007, de 23 de marzo, en el País Vasco la Ley 1/2008, de 8 de febrero, en Andalucía la Ley 1/2009, de 27 de febrero, en Cataluña la Ley 1/2001, de 15 de marzo, fue derogada por la Ley 15/2009, de 22 de julio, de mediación en el ámbito del derecho privado, más amplia que la anterior, en las Islas Baleares, Ley 14/2010, de 9 de diciembre, de mediación familiar y en Cantabria recientemente se ha aprobado la Ley 1/2011, de 28 de marzo, de mediación.

-
- Mejorar la comunicación entre los miembros de la familia;
 - Reducir los conflictos entre las partes en litigio;
 - Dar lugar a acuerdos amistosos;
 - Asegurar el mantenimiento de las relaciones personales entre los padres y los hijos;
 - Reducir los costes económicos y sociales de la separación y del divorcio para las partes y para los Estados;
 - Reducir el tiempo necesario para la solución de conflictos”.

⁵ Adoptada por el Consejo de Ministros de 16 de septiembre de 1986, durante la 39ª reunión de los Delegados de los Ministros.

⁶ BOE núm. 163, de 9 de julio de 2005.

⁷ Desarrollada por el Decreto 159/2003, de 31 de enero, por el que se regula la figura del mediador familiar, el Registro de Mediadores Familiares de Galicia y el reconocimiento de la mediación gratuita.

La experiencia de la mediación intrajudicial familiar amparada por el artículo 770. 7 de la LEC, que permite a las partes en los procesos matrimoniales solicitar de común acuerdo la suspensión del proceso para someterse a mediación, ha sido objeto de numerosas experiencias pilotos que están dando positivos resultados. Existe más camino andado en este tipo de mediaciones pues como dice el magistrado ANDRÉS JOVEN, con notable acierto de concreción sobre la problemática que surge en este tipo de conflictos, “que por la vía del procedimiento judicial y de las resoluciones de los Tribunales, casi nunca se resuelven los problemas que afectan realmente a una familia en crisis ya que a poco que se analicen los mismos, estos son en algunos aspectos, sin duda de carácter jurídico, pero en muchos otros, resultan notoriamente ajenos a este ámbito y por consiguiente irresolubles de todo punto en los juzgados”⁸.

La exigencia de su regulación, en el ámbito civil y mercantil, no sólo circunscrita a la mediación familiar, viene de la Unión Europea a través 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 mercantiles⁹.

Los hitos que preceden a esta Directiva son:

- 1º) La ya referida Recomendación del Consejo de Ministros Europeo a los Estados miembros respecto a medidas para prevenir y reducir la carga de trabajo excesiva de los tribunales, de 1986, en la que se establecía, entre otras cosas, el objetivo de promover la solución amistosa de los conflictos.
- 2º) El Consejo Europeo, en su reunión de Tampere de 15 y 16 de octubre de 1999, que instó a los Estados miembros a que instauraran procedimientos alternativos de carácter extrajudicial¹⁰.
- 3º) En mayo de 2000, el Consejo adoptó unas Conclusiones sobre modalidades alternativas de solución de conflictos en asuntos civiles y mercantiles, en las que indicó que la definición de principios fundamentales en ese ámbito constituye un paso fundamental para permitir el desarrollo y funcionamiento adecuados de los procedimientos extrajudiciales de solución de conflictos en asuntos civiles mercantiles, de manera que se simplifique y mejore el acceso a la justicia.

⁸ ANDRÉS JOVEN, Joaquín María, “Proyecto para la implantación en España de la mediación familiar e intrajudicial tras la entrada en vigor de la ley 15/2005” en *Alternativas a la judicialización de los conflictos: la mediación*. SÁEZ VALCÁLCER, Ramón y ORTUÑO MUÑOZ, Pascual, (Dir.), Estudios de Derecho Judicial 111-2006 Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2007, p 196.

⁹ Diario Oficial de la Unión Europea, serie L 136/3, de 24 de mayo de 2005.

¹⁰ En la Conclusión número treinta el Consejo Europeo invita al Consejo a que, “a partir de propuestas de la Comisión, instaure normas mínimas que garanticen un nivel adecuado de asistencia jurídica en litigios transfronterizos en toda la Unión, así como normas especiales de procedimiento comunes para la tramitación simplificada y acelerada de litigios transfronterizos relativos a demandas de consumidores o de índole mercantil de menor cuantía, así como a demandas de pensión alimenticia y a reclamaciones sin oposición. Los Estados miembros deberían instaurar asimismo procedimientos extrajudiciales alternativos”.

- 4º) En abril de 2002, la Comisión presentó un Libro Verde¹¹ sobre las modalidades alternativas de solución de conflictos, diferentes al arbitraje, en el ámbito del derecho civil y mercantil en el que hacía balance de la situación imperante en lo que respecta a métodos de solución en la Unión Europea y con el que inició una amplia consulta con los Estados miembros y las partes interesadas sobre posibles medidas para promover el uso de la mediación.
- 5º) Finalmente nos encontramos con la propuesta de Directiva publicada el 22 de octubre de 2004¹².

A través de esta Directiva la Comisión fomenta acudir a la mediación como medio de solucionar conflictos en asuntos civiles y mercantiles, y trata de procurar la solución amistosa de éstos.

El ámbito de aplicación de esta Directiva se limita a los conflictos transfronterizos en asuntos civiles y mercantiles, excepto en los de ámbito fiscal, aduanero o administrativos, o aquellos en los que interviene la responsabilidad del Estado por actos u omisiones en el ejercicio de su poder público. Como otras esta Directiva no se aplica a Dinamarca.

En lo que afecta a su contenido, una vez que define los términos “mediación” y “mediador”, la Directiva establece que los Estados miembros den su consentimiento para que los Tribunales sugieran a las partes recurrir a esta modalidad, ciertamente en nuestro ordenamiento, como veremos más adelante, esta posibilidad existe a través del artículo 414 LEC que regula la audiencia previa en el juicio ordinario y es lo que da pie a la posible derivación judicial de la mediación¹³. No se puede impedir el

¹¹ COM(2002) 196 final - no publicado en el Diario Oficial Como continuación del plan de acción de Viena y de las conclusiones del Consejo Europeo de Tampere, el Consejo de Ministros de Justicia e Interior invitó a la Comisión a presentar un Libro Verde sobre métodos alternativos de solución de conflictos en el derecho civil y mercantil distintos del arbitraje que recapitulara la situación existente y llevara a cabo una amplia consulta con el fin de preparar las medidas concretas que deban adoptarse. La prioridad debería concederse a la posibilidad de establecer principios fundamentales, en general o en ámbitos específicos, que den las garantías necesarias para que la solución de conflictos por instancias extrajudiciales ofrezca el nivel de seguridad requerido en la administración de la justicia.

En su Libro Verde la Comisión recuerda que el desarrollo de estas nuevas formas de solución de litigios no debe verse como una manera de remediar las dificultades de funcionamiento de los tribunales sino como una forma más consensuada de pacificación social y, en muchos casos, más conveniente que el recurso al juez o a un árbitro.

Los métodos alternativos de solución de conflictos, como la mediación, permiten a las partes volver a entablar un diálogo para encontrar una solución a su conflicto, en vez de encerrarlos en una lógica de confrontación de la que normalmente surgen un vencedor y un vencido.

¹² COM (2004) 718 final.

¹³ El párrafo primero del artículo 414 de la LEC dispone que: “Una vez contestada la demanda y, en su caso, la reconvenición, o transcurridos los plazos correspondientes, el Secretario judicial, dentro del tercer día, convocará a las partes a una audiencia, que habrá de celebrarse en el plazo de veinte días desde la convocatoria.

Esta audiencia se llevará a cabo, conforme a lo establecido en los artículos siguientes, para intentar un acuerdo o transacción de las partes que ponga fin al proceso, examinar las cuestiones procesales que pudieran obstar a la prosecución de éste y a su terminación mediante sentencia sobre su objeto, fijar con precisión dicho objeto y los extremos, de hecho o de derecho, sobre los que exista controversia entre las partes y, en su caso, proponer y admitir la prueba”.

acceso judicial por la mediación, siempre ha de establecerse como una de las modalidades de solución de conflictos de que dispone nuestra sociedad.

Se garantiza la ejecución de los acuerdos transaccionales alcanzados gracias a la mediación. Si bien es cierto que los acuerdos a los que voluntariamente llegan las partes son más fáciles de ejecutar, en cualquier caso los Estados miembros garantizarán que las partes, o una de ellas con el consentimiento explícito de las demás, puedan solicitar que se dé carácter ejecutivo al contenido de un acuerdo escrito resultante de una mediación. El contenido de tal acuerdo se hará ejecutivo a menos que, en el caso de que se trate, bien el contenido de ese acuerdo sea contrario al Derecho del Estado miembro donde se formule la solicitud, bien la legislación de ese Estado miembro no contemple su carácter ejecutivo. De esta forma se establece un procedimiento que permitirá el reconocimiento mutuo y la ejecución de acuerdos transaccionales en toda la Unión Europea, en las mismas condiciones que las establecidas para las sentencias y resoluciones judiciales.

Respecto de los plazos de prescripción para poder reanudar un procedimiento judicial o un arbitraje, estos se suspenden en el caso de optar por la mediación. Así los Estados miembros garantizarán que el hecho de que las partes que opten por la mediación con ánimo de solucionar un litigio no les impida posteriormente iniciar un proceso judicial o un arbitraje en relación con dicho litigio por haber vencido los plazos de caducidad o prescripción durante el procedimiento de mediación.

Se garantiza la confidencialidad y la calidad de la mediación, por ello se determina que los Estados miembros garantizarán, salvo acuerdo contrario de las partes, que ni los mediadores ni las personas que participan en la administración del procedimiento de mediación estén obligados a declarar, en un proceso judicial civil o mercantil o en un arbitraje, sobre la información derivada de un procedimiento de mediación o relacionada con dicho proceso, excepto

- cuando sea necesario por razones imperiosas de orden público del Estado con el fin de garantizar la integridad física de una persona, etc.;
- cuando la revelación del contenido del acuerdo resultante de la mediación sea necesaria para ejecutar o poner en práctica dicho acuerdo.

Finalmente respecto de la Directiva de la que partimos como base de nuestra futura e inminente regulación se puede decir que tanto la Comisión como los Estados miembros fomentan la formación de mediadores y la redacción de códigos voluntarios de buena conducta, así como la adhesión a estos códigos por los mediadores y organismos que prestan servicios de mediación.

No hay que olvidar que en octubre de 2004 se elaboró un Código de conducta¹⁴ para los mediadores por una serie de expertos europeos en el que se establece una

¹⁴ Este Código apenas ocupa tres páginas pero en él se señalan las líneas maestras de actuación de los mediadores referidas a las siguientes materias: competencia, designación, y honorarios de los mediadores y pro-

serie de principios cuyo cumplimiento se deja al arbitrio de los mediadores individuales, bajo su propia responsabilidad. Este código podrá aplicarse a cualquier tipo de mediación en asuntos civiles y mercantiles. Se hace especial hincapié en la imparcialidad e independencia del mediador respecto de la cual especifica que “el mediador respetará la confidencialidad sobre toda información, derivada de la mediación o relativa a la misma, incluida la mera existencia de la mediación en el presente o en el pasado, a menos de que haya razones legales o de orden público en sentido contrario. Salvo disposición legal en contrario, ninguna información revelada confidencialmente a los mediadores por una de las partes podrá revelarse a otras partes sin su autorización¹⁵”.

En cuanto a las políticas nacionales hemos de destacar que España ha tomado conciencia de la necesidad de establecer métodos alternativos de solución de conflictos, en concreto de la mediación, de manera que en el Plan estratégico de Modernización de la Justicia 2009-2012 presentado por el Ministerio de Justicia se prevé su implantación a través de la “actuación 4.2.3”, que lleva por título: “Desarrollo e implantación de nuevos mecanismos de resolución alternativa de controversias”, se “incluye una serie de medidas organizativas y legislativas que permitirán el progresivo establecimiento de procedimientos y sistemas para una solución de los conflictos jurídicos alternativa a la vía judicial. En concreto se potenciarán mecanismos como la mediación, la conciliación o el arbitraje en distintas jurisdicciones así como el arreglo extrajudicial de controversias entre organismos públicos. El objetivo es, de un lado, contribuir a descongestionar los tribunales que actualmente operan en muchos casos única vía de solución de los conflictos intersubjetivos y, por otro, ofrecer a la sociedad nuevas formas de arreglo de problemas, quedando el recurso a los tribunales como *ultima ratio*.”

III. Situación actual de la tramitación legislativa

El anteproyecto de ley de mediación en asuntos civiles y mercantiles (en adelante ALMACM) fue presentado por el Ministerio de Justicia al Consejo de Ministros aprobándolo en su sesión de 19 de febrero de 2010, presentado a la vez que otros dos anteproyectos el de reforma de la Ley de Arbitraje y de Regulación del Arbitraje institucional en la Administración General de Estado y el de Ley Orgánica, complementaria de los dos anteriores, por el que se modifica la Ley Orgánica del Poder Judicial para adaptar las competencias de los juzgados y tribunales en estas materias. A su vez el ALMACM ha sido objeto de informe tanto del Consejo General del Poder

moción de sus servicios, independencia e imparcialidad del mediador, así como el procedimiento a seguir para la solución de conflicto con el fin de que culmine en el acuerdo de mediación, potenciando la confidencialidad.

¹⁵ Sobre este tema *vid.* BELLOSO MARTÍN, Nuria, “Una propuesta de código ético de los mediadores”, *Cuadernos electrónicos de filosofía del derecho*, nº 15, 2007 (Textos de las XXI Jornadas de la Sociedad Española de Filosofía Jurídica y Política, “Problemas actuales de la Filosofía del Derecho”, Universidad de Alcalá, 28, 29 y 30 de Marzo de 2007), <http://www.uv.es/CEFD/15/belloso.pdf>.

Judicial emitido con fecha de diecinueve de mayo de dos mil diez, como del Consejo de Estado emitido en marzo de 2011.

Además el Consejo de Ministros en su sesión de 8 de abril de 2011 aprobó la remisión al Congreso del Proyecto de Ley de Mediación en Asuntos Civiles y Mercantiles (en adelante PLMACM), en el resumen de prensa¹⁶ se destacan las principales características del proyecto las siguientes:

- Se establece para asuntos civiles y mercantiles en conflictos nacionales o transfronterizos. Se excluyen expresamente la mediación laboral, penal y en materia de consumo.
- Las instituciones y servicios de mediación establecidas o reconocidas por las diversas Administraciones podrán asumir las funciones de mediación, dando continuidad a la tarea que ya vienen desempeñando.
- Someterse a la mediación será voluntario, excepto en los procesos de reclamación de cantidad inferiores a seis mil euros en los que se exigirá el inicio de la mediación, al menos, mediante la asistencia a la sesión informativa gratuita, como requisito previo para acudir a los tribunales.
- Nadie estará obligado a concluir un acuerdo ni a mantenerse en el procedimiento de mediación.
- La solicitud de inicio de la mediación interrumpe la prescripción o caducidad de acciones judiciales.
- El procedimiento garantiza la confidencialidad y la imparcialidad del mediador entre las partes, sin que éste pueda imponer solución o medida concreta alguna.
- Se fija un plazo máximo para la mediación de dos meses, prorrogable por otro más.
- Se establece la configuración del acuerdo de mediación como un título ejecutivo equiparable a los laudos arbitrales y a tal fin se introduce en la Ley de Enjuiciamiento Civil las reformas precisas.

Además hacen una especificación del estatuto del mediador manifestando que: “para dar garantías de profesionalidad y calidad a la actividad se regula un estatuto mínimo del mediador, con las siguientes condiciones para ejercer como tal:

- Tener un seguro de responsabilidad civil.
- Estar inscrito en un registro público y de información gratuita para los ciudadanos.

Se regulan también los derechos y deberes de los mediadores y el de los servicios e instituciones de mediación, que igualmente deberán inscribirse en el registro. La

¹⁶ Vid. www.lamoncloa.gob.es/ConsejodeMinistros/Referencias/_2011/refc20110408.htm#Mercantiles

Ley permitirá, igualmente, también el desarrollo de la mediación a través de medios electrónicos, siempre que se garantice la identidad de los intervinientes y el respecto a los principios de mediación.

A fecha de 29 de abril de 2011, en la que cerramos este artículo, se ha presentado al Congreso el proyecto para su tramitación parlamentaria, se encuentra en la Comisión de Justicia, y ha sido calificado el 26 de abril¹⁷.

Respecto a la tramitación de los otros anteproyectos a los que hemos hecho referencia se están tramitando como el Proyecto de Ley de reforma de la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje y de regulación del arbitraje institucional en la Administración General del Estado¹⁸ y el Proyecto de Ley Orgánica complementaria de la Ley para la reforma de la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de arbitraje y de regulación del arbitraje institucional en la Administración General del Estado, por la que se modifica la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial¹⁹, por lo que se ha deslindado de esta última, la parte relativa a la ley de mediación, y además se puede dar la paradoja que se aprueben éstos proyectos y posteriormente la ley de mediación en asuntos civiles y mercantiles aunque hagan referencia a la misma.

IV. El proyecto de ley de mediación en asuntos civiles y mercantiles

IV.1. Concepto legal de mediación

La mediación no es otra cosa que un método alternativo de solución de conflictos, persuasivo frente a coactivo, autocompositivo de carácter bilateral, destacado así por MORENO CATENA²⁰ pues si bien interviene un tercero, nunca impone la solución, son las propias partes las que llegan al acuerdo, y es un sistema extrajudicial frente al proceso²¹.

El ALMACM lo definía en su artículo primero como “aquella negociación estructurada de acuerdo con los principios de esta ley, en que dos o más partes en

¹⁷ BOCG, Serie A: Proyectos de Ley, núm. 122-I, de 29 de abril de 2011, pp 1 a 12.

¹⁸ Presentado el 16/07/2010, calificado el 03/09/2010, actualmente se encuentra en el Senado. Tramitación seguida por la iniciativa: Comisión de Justicia Publicación desde 03/09/2010 hasta 08/09/2010, Comisión de Justicia Enmiendas desde 08/09/2010 hasta 15/12/2010, Comisión de Justicia Informe desde 15/12/2010 hasta 16/02/2011, Comisión de Justicia Aprobación con competencia legislativa plena desde 16/02/2011 hasta 22/02/2011, y en el Senado desde 22/02/2011.

¹⁹ Presentado el 16/07/2010, calificado el 03/09/2010, la situación actual es que se encuentra en el Senado. Tramitación seguida por la iniciativa: Comisión de Justicia Publicación desde 03/09/2010 hasta 08/09/2010, Comisión de Justicia Enmiendas desde 08/09/2010 hasta 15/12/2010, Comisión de Justicia Informe desde 15/12/2010 hasta 16/02/2011, Comisión de Justicia Dictamen desde 16/02/2011 hasta 22/02/2011, Pleno Aprobación desde 22/02/2011 hasta 10/03/2011 y Senado desde 10/03/2011.

²⁰ MORENO CATENA, Víctor, “La Resolución jurídica de conflictos”, en *Mediación y resolución de conflictos: técnica y ámbitos* (SOLETO MUÑOZ Helena. Dir.), Tecnos, Madrid, 2011, p 36.

²¹ Sobre la naturaleza jurídica de la mediación y su relación con el mandato *vid.* ROGEL VIDÉ, Carlos, “Mediación y transacción en el Derecho civil” en *Mediación, Arbitraje y resolución extrajudicial de conflictos en el siglo XXI* (GARCÍA VILLALUENGA Leticia, Directora), Reus, Madrid, 2010, vol. I, pp 19 a 40.

conflicto intentan voluntariamente alcanzar por sí mismas un acuerdo para su resolución con la intervención de un mediador”.

Esta definición fue hartamente criticada por el Consejo General del Poder Judicial por emplear términos confusos como “negociación estructurada” que nada tienen que ver con la misma y propuso como alternativa la siguiente:

“A los efectos de esta Ley se entiende por mediación aquel medio alternativo de solución de conflictos que, a través del procedimiento legalmente previsto, se dirige a intentar alcanzar la solución extrajudicial de un conflicto mediante el acuerdo y por voluntad de las propias partes interesadas, con la preceptiva intervención de uno o varios mediadores que no podrán tener funciones decisorias”

El PLMACM acoge las recomendaciones del Consejo General del Poder Judicial y redefine la mediación refiriéndose a la misma, en el artículo primero como: “aquel medio de solución de controversias en que dos o más partes intentan voluntariamente alcanzar por sí mismas un acuerdo con la intervención de un mediador”.

Además el proyecto añade un segundo párrafo acotando a las mediaciones que se produzcan al amparo de esta ley los efectos procesales regulados en la misma: “Sólo las mediaciones desarrolladas con arreglo a esta ley producirán los efectos procesales que en ella se establecen”.

IV.2. El ámbito de aplicación de la mediación y los efectos respecto de la prescripción

El ALMACM delimitó el Ámbito de la ley a conflictos civiles y mercantiles, no penales, laborales o de consumo y acoge en su aplicación a los conflictos transfronterizos. Con relación a este punto el Informe del Consejo General del Poder Judicial exigió con cierta reiteración que se incluyera la regulación de una mediación intrajudicial, entendiendo como tal “la que se acuerda por las partes una vez planteado el litigio en sede judicial sobre la base de la información suministrada por el propio juez, quien puede dejar el procedimiento en suspenso hasta tanto se verifique si las partes alcanzan o no un acuerdo”²².

Además, añade el Consejo General del Poder Judicial, se recomienda que se fije su ámbito de aplicación con más exactitud, delimitando si entran o no los conflictos familiares y si esta ley es compatible y puede cohabitar con las autonómicas referidas a la mediación familiar y excluye por nomenclatura los conflictos, penales, laborales, fiscales, tributarios, aduanero y curiosamente los administrativos cuando el ya proyecto paralelo sobre el arbitraje institucional, en la administración general del Estado, va a modificar la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa para esta-

²² Informe al Anteproyecto de ley de mediación en asuntos civiles y mercantiles, Consejo General del Poder Judicial, 19 de mayo de 2010, p 32.

blecer como preceptiva en determinados supuestos la mediación desarrollada por la Ley de mediación.²³

El PLMAC no acoge expresamente las recomendaciones del Consejo General del Poder judicial y sólo se limita a excluir los derechos y obligaciones indisponibles a la voluntad de las partes, coincidiendo con lo establecido en el art. 1 de la Directiva 2008/52/CE y añade un párrafo referido a los conflictos transfronterizos²⁴ con elemento extranjero cuya redacción es la siguiente: “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.

Sin embargo parece estar presente en esta ley la voluntad de incluir los conflictos en materia de familia pues el artículo 8 del PLMACM se refiere a ellos expresamente y el artículo 11 de una manera no tan directa. ¿Deberán por tanto, revisarse las legislaciones autonómicas en esta materia si es que se oponen a la nueva ley?

Respecto a los efectos de la mediación sobre los plazos de prescripción y caducidad de la acciones, se pretende garantizar que con el inicio de la mediación esto ocurra así de tal manera se favorecerá acudir a este sistema alternativo²⁵ sin temor a perder expectativas judiciales. En esta cuestión el Consejo General del Poder Judicial aplaude la regulación aunque no dogmática de la “suspensión” de la prescripción y no de interrupción, pues lo contrario podría tener efectos perversos como los dilatorios del procedimiento.

IV.3. Los principios informadores de la mediación

Procedemos a analizar cuáles de estos principios han sido acogidos por la regulación de la mediación comparando entre el Anteproyecto y el Proyecto:

IV.3.1. El principio de voluntariedad

La mediación tendrá por regla general carácter voluntario salvo que la ley prevea lo contrario. El PLMACM²⁶ al modificar el apartado 3 del artículo 437 de la LEC, el cual establece que en los juicios verbales a los que alude el apartado 2 del artículo 250 que consistan en una reclamación de cantidad, –las demandas cuya cuantía no

²³ Informe al Anteproyecto de ley de mediación en asuntos civiles y mercantiles, Consejo General del Poder Judicial, 19 de mayo de 2010, p 29.

²⁴ Para delimitar qué ha de entenderse por conflicto transfronterizo hay que acudir al artículo 2 de la Directiva 2008/52/CE que queda prácticamente traspuesto al artículo 3 del PLMACM según el cual es: “...aquel en el que 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...”.

²⁵ Correlativamente se establece por el PLMACM una propuesta de modificación del artículo 415 de la LEC relativo a la audiencia previa del juicio ordinario por el cual se podrá solicitar que se alce la suspensión y se señale fecha para la continuación de la audiencia.

²⁶ Vid. el número 10 de la Disposición final cuarta del PLMACM referida a la Modificación de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil.

exceda de seis mil euros y no se refieran a ninguna de las materias previstas en el apartado 1 del artículo 249 LEC en el que se determina el ámbito del juicio ordinario, y a ninguna de las materias previstas en el apartado 1 del 250 LEC, y no se trate de una materia de consumo— será obligatorio el intento de mediación de las partes en los seis meses anteriores a la interposición de la demanda.

Como consecuencia de lo anterior el apartado 2 del artículo 439²⁷, que será modificado por la futura ley de mediación, determinará que no se admitirán las demandas en que se reclame una cantidad si no se acompañase acta final acreditativa del intento de mediación en los seis meses anteriores a su interposición. Aunque como dispone el apartado 4, la mediación exigida por ley se tendrá por intentada mediante la aportación del acta en la que conste la inasistencia de cualquiera de las partes.

Seguramente en el ánimo de todos está aquello que expresa el Consejo General del Poder Judicial en su informe respecto de la mediación obligatoria, que advierte de los peligros de volver al mismo sistema que se establecía respecto de la conciliación preceptiva, suprimida en 1984, por ineficaz y porque se convirtió en un mero trámite, por lo que manifiesta que “es dudoso que el recurso obligatorio a la mediación o a la conciliación redunde por sí solo en una auténtica reducción de la litigiosidad, antes bien corre el riesgo de acabar convirtiéndose en una suerte de formalidad cumplimentada de forma rutinaria, y en definitiva en una traba para el acceso al sistema judicial”.

Incluso podemos asegurar que la obligatoriedad de la mediación va contra su propia esencia al nacer como un sistema voluntario de solución de conflictos como manifiesta PEREZ DAUDÍ²⁸ al referirse a la misma como la mediación necesaria por imposición del legislador argumentando lo discutible que resulta esta opción legislativa que lejos de potenciar este ADR o reducir la litigiosidad se obtenga un efecto contrario.

IV.3.2. *El principio dispositivo*

Por el mismo se determina que la mediación se inicie y se termine en cualquier momento a voluntad de las partes, salvo que sea preceptivo o se hayan comprometido mediante cláusula incorporada a un contrato. Se puede incorporar cláusula al contrato, pudiendo denunciar la validez de la misma en la primera sesión mediadora. En cualquier caso nadie está obligado a mantenerse en el procedimiento de mediación ni a concluir un acuerdo.

²⁷ Vid. el número 11 de la Disposición final cuarta del PLMACM referida a la Modificación de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil.

²⁸ PEREZ DAUDÍ Vicente, en “Aspectos procesales de la mediación en asuntos civiles y mercantiles”, *Mediación y resolución de conflictos: técnica y ámbitos* (SOLETO MUÑOZ Helena. Dir.), Tecnos, Madrid, 2011, p 393.

Para el tratamiento procesal de la falta de intento de mediación, como señala PÉREZ DAUDÍ²⁹ se podía haber optado por dos sistemas: uno que se trata de un requisito procesal previo a la interposición a la demanda e inadmitirla si no se justifica documentalmente, otro, asimilarlo a la sumisión a arbitraje y obligar a que sea la parte adversa la que lo alegue en la forma que la ley procesal determine, optando el legislador español por la primera.

Además abundando en esta cuestión el CGPJ aconsejó en relación al APLMACM, que se perfilaran bien los efectos entre la mediación y el proceso de manera que “para dotar de efectividad a esa prohibición de entablar acciones judiciales constante un procedimiento de mediación, se aconseja establecer la correspondiente excepción procesal, de manera que una parte pueda hacer valer la pendencia del proceso de mediación en el caso de que, sin haberse puesto fin a éste, la otra parte interponga una acción judicial o una demanda arbitral”³⁰. Sin embargo, el PLMACM no ha contemplado la regulación de la excepción procesal pues no consta entre las futuras modificaciones de la LEC, aunque sí lo ha tenido en cuenta al regular los principios informadores de la mediación, pues en el artículo 7.2 PLMACM determina que “cuando exista un pacto por escrito que exprese el compromiso de someter a mediación las controversias surgidas o que puedan surgir, se deberá intentar el procedimiento pactado de buena fe, antes de acudir a la jurisdicción o a otra solución extrajudicial. Dicha cláusula surtirá estos efectos incluso cuando la controversia ver-se sobre la validez o existencia del contrato en el que conste”³¹.

IV.3.3. *El principio de imparcialidad*

Se garantiza la igualdad de las partes manteniendo una posición neutral el mediador sin que pueda actuar en beneficio o perjuicio de alguna de ellas. Y curiosamente el PLMACM a diferencia del AMACM, hace una alusión expresa en esta materia a la mediación familiar manifestando que esta se hará teniendo en cuenta el interés superior del menor.

Hay que incardinar este principio con el artículo 14 del PLMACM puesto que impide al mediador iniciar el procedimiento o continuarlo si existe algún a causa que ponga en tela de juicio su imparcialidad, y para ello regula alguna de estas circunstancias tales como todo tipo de relación personal, contractual o empresarial con una de las partes, cualquier interés directo o indirecto en el resultado de la mediación o que el mediador, o un miembro de su empresa u organización, hayan actuado ante-

²⁹ Cit. pp 394 y 395.

³⁰ Informe al Anteproyecto de ley de mediación en asuntos civiles y mercantiles, Consejo General del Poder Judicial, 19 de mayo de 2010, pp 34 y 35.

³¹ Ha de ponerse en relación este artículo con el 11.2 que se refiere al comportamiento de las partes en la mediación para lo que establece que durante el tiempo en que se desarrolle la mediación las partes no podrán interponer entre sí ninguna acción judicial o extrajudicial en relación con su objeto.

riormente a favor de una o varias de las partes en cualquier circunstancia, con excepción de la mediación, este texto coincide con el apartado 2.1 del código de conducta de la Unión Europea de octubre de 2004 al que ya hemos hecho referencia.

IV.3.4. El principio de neutralidad

La finalidad principal de la mediación, hecho que además le diferencia de otros métodos alternativos de solución de conflictos es que las partes llegan a un acuerdo por sí mismas sin que el mediador por su posición neutral pueda imponer una solución.

IV.3.5. El principio de confidencialidad

Se regula expresamente en el PLMACM que los mediadores no podrán ser llamados a declarar en un proceso judicial sobre aquello que hayan tenido conocimiento a través de la mediación, con las salvedades dispuestas por la ley como que lo acuerden las partes o por razones de orden público u otras regladas previa autorización judicial³².

V. El estatuto mínimo del mediador

Los requisitos para ser mediador se concretan en el artículo 12 del PLMACM según el cual podrán serlo las personas naturales que se hallen en el pleno disfrute de sus derechos civiles y carezcan de antecedentes penales por delito doloso, estén en posesión de título oficial universitario o de educación profesional superior, que tengan suscrito un seguro de responsabilidad civil o garantía equivalente y que figuren en el Registro de mediadores y de instituciones de mediación.

Varía considerablemente la redacción respecto del ALMACM que establecía que podían ser mediadores las personas naturales, en el pleno ejercicio de sus derechos civiles y políticos, inscritos en el Registro de mediadores y de instituciones de mediación del Ministerio de Justicia y respecto a la titulación debía estar en posesión del título universitario de Grado.

Resulta especialmente interesante lo que tiene que decir el Consejo General del Poder Judicial en su informe sobre el anteproyecto y que se puede reproducir para el PLMACM en estos puntos concretos, específicamente los referidos a los requisitos

³² El Código de conducta del mediador de la UE de octubre de 2004 se refiere expresamente a la confidencialidad en su apartado cuarto y último en el cual se dispone que : “El mediador respetará la confidencialidad sobre toda información, derivada de la mediación o relativa a la misma, incluida la mera existencia de la mediación en el presente o en el pasado, a menos de que haya razones legales o de orden público en sentido contrario. Salvo disposición legal en contrario, ninguna información revelada confidencialmente a los mediadores por una de las partes podrá revelarse a otras partes sin su autorización.

para ser mediador, de los cuales nos unimos a ellos y nos hacemos eco. Así pone de manifiesto que “en particular, merece destacarse que no se requiera que el mediador deba tener una titulación que avale determinado nivel de conocimientos técnico-jurídicos, lo cual probablemente resultaría necesario a la vista de que el artículo 33 del Anteproyecto proclama con rotundidad que “no podrán homologarse judicialmente ni ejecutarse los acuerdos cuyo contenido sea contrario a Derecho”. Es decir, si el mediador carece de formación jurídica –y con independencia de que las partes puedan hacerse asesorar por profesionales del Derecho, podría conducir a las partes hacia la aprobación de un acuerdo no susceptible de homologación o ejecución judicial. Por lo mismo, difícilmente podrá el mediador, si carece de conocimientos jurídicos, denunciar por escrito en el acta final que los términos de la mediación son incompatibles con la ley, o verificar la conformidad del acuerdo de mediación con el ordenamiento jurídico”³³.

Y añade: “con esto no se quiere significar que el único título académico admisible para ejercer como mediador haya de ser el de licenciado o graduado en Derecho, ni mucho menos que los únicos profesionales con perfil adecuado para actuar de mediadores sean los abogados en ejercicio, pues es claro no ya que otros profesionales con probada experiencia en sus relaciones con la Administración de Justicia, como sería el caso de *procuradores* y graduados sociales, podrían igualmente realizar esa labor, sino que titulados en campos como la psicología y disciplinas afines pueden resultar si cabe más aptos para desempeñar las funciones de mediador”³⁴.

Respecto a los que pueden ser mediadores, el Consejo señala la insuficiencia de la regulación de la capacitación para ser mediadores, pues si bien exige una titulación de grado, y se preocupa de regular un seguimiento de su formación, en ningún caso exige una formación inicial, por lo que apunta a “la necesidad de que las Administraciones públicas competentes fomenten –v. gr. como exigencia que condicione la inscripción en el correspondiente Registro– la formación tanto inicial como continua de los mediadores, manteniendo así una mayor fidelidad con lo previsto en el artículo 4.2 de la Directiva”³⁵.

Se prevé en el artículo 13 PLMACM la formación inicial y continuada de los mediadores para ello, las Administraciones públicas competentes, en colaboración con las instituciones de mediación, fomentarán la adecuada formación de los mediadores. La objeción que hemos de hacer es que al no establecer un mínimo de formación va a haber una seria diferencia de exigencia entre las diferentes Comunidades Autónomas, como ya ocurre con los mediadores familiares. Al menos se debería haber establecido

³³ Informe al Anteproyecto de ley de mediación en asuntos civiles y mercantiles, Consejo General del Poder Judicial, 19 de mayo de 2010, p 42.

³⁴ Informe al Anteproyecto de ley de mediación en asuntos civiles y mercantiles, Consejo General del Poder Judicial, 19 de mayo de 2010, p 43.

³⁵ Informe al Anteproyecto de ley de mediación en asuntos civiles y mercantiles, Consejo General del Poder Judicial, 19 de mayo de 2010, p 44.

una mínima formación inicial con especificación de créditos y de contenidos. Por ello, con acierto BELLOSO MARTÍN expone la problemática que ofrece la carencia de una regulación unitaria y homogénea, estableciendo como prioridad la necesidad de preparar profesionales que dominen el ámbito de la conflictología, las técnicas de negociación y que sean capaces de conseguir acuerdos consensuales³⁶.

Se deja a las Administraciones públicas competentes en colaboración con las instituciones de mediación la elaboración de códigos de conducta voluntarios y su adhesión a tales códigos³⁷.

El PLMACM contempla alguno de los derechos y obligaciones de los mediadores, entre los que se establece la obligación, en cualquier momento de procedimiento, de dar a conocer las causas que pongan en tela de juicio su imparcialidad.

Establece que la aceptación de la mediación obliga a los mediadores a cumplir fielmente el encargo, incurriendo, si no lo hiciere, en responsabilidad por los daños y perjuicios que causaren. El perjudicado tendrá acción directa contra el mediador y, en su caso, la institución de mediación que corresponda con independencia de las acciones de reembolso que asistan a ésta contra los mediadores.

VI. El procedimiento de mediación

El Capítulo IV del PLMACM contiene el procedimiento de mediación y podemos señalar como características generales que es un procedimiento sencillo y flexible que permite que sean los sujetos implicados en la mediación los que determinen libremente sus líneas fundamentales³⁸.

El PLMACM flexibiliza este procedimiento haciéndolo más sencillo en relación con el ALMACM pues si por algo se tiene que caracterizar la mediación como manifiesta SOLETO MUÑOZ es por la capacidad de adaptación de su estructura a las necesidades y voluntad de los participantes en cada caso³⁹.

El PLMACM se limita a establecer aquellos requisitos imprescindibles para dar validez al acuerdo que las partes puedan alcanzar, siempre bajo la premisa de que alcanzar un acuerdo no es algo obligatorio, pues, a veces, como enseña la práctica,

³⁶ BELLOSO MARTÍN, Nuria, “La formación en mediación: algunas perplejidades de los formadores en mediación y diversas inquietudes de los alumnos que se forman en mediación”, “Mediación y transacción en el Derecho civil” en *Mediación, Arbitraje y resolución extrajudicial de conflictos en el siglo XXI* (GARCÍA VILLALUENGA Leticia, Directora), Reus, Madrid, 2010, vol. I, p 125.

³⁷ No debemos olvidar la existencia del código base de la Unión Europea aprobado en octubre de 2004.

³⁸ En la Exposición de Motivos del PLMACM se refiere al procedimiento de la siguiente manera: “... la ley articula un procedimiento elemental, informal, y reducido en el tiempo, dando a las partes la oportunidad de que puedan solucionar por sí mismos sus controversias, y que al hacerlo liberen también a nuestros tribunales de justicia de una excesiva carga de trabajo, permitiéndoles atender con mayor celeridad aquellos otros asuntos que por su naturaleza o relevancia no son disponibles para las partes”.

³⁹ SOLETO MUÑOZ, Helena, “El proceso de mediación”, *Mediación y resolución de conflictos: técnica y ámbitos* (SOLETO MUÑOZ Helena. Dir.), Tecnos, Madrid, 2011, p 225.

no es extraño que la mediación persiga simplemente mejorar relaciones y se establezca una acción de nulación contra aquel acuerdo de mediación que incurra en determinados vicios.

La designación de mediador se podrá hacer por las partes de mutuo acuerdo o por la institución de mediación pudiéndose ser uno o varios sin encarecimiento del procedimiento mediador.

Respecto de la forma, el lugar y la lengua será el que acuerden las partes, tendrá la duración que se determine por acuerdo de las partes pero con un plazo máximo de dos meses con prórroga excepcional de un mes más.

Se establece el uso de medios electrónicos pudiendo las partes acordar que todas o alguna de las actuaciones de mediación se lleve a cabo por medios electrónicos, además establece de forma preceptiva que la mediación que consista en una reclamación de cantidad que no exceda de 300 euros se desarrollará por medios electrónicos, salvo que el empleo de éstos no sea posible para alguna de las partes.

El PLMACM regula como actuaciones previas la información a las partes que se centra en las posibles causas que puedan afectar a su imparcialidad, en las características de la mediación, su coste, en la organización del procedimiento y las consecuencias del acuerdo que se pudiera alcanzar, además se comunicará a las partes que las sesiones podrán ser individuales o abiertas, y en el caso de ser la mediación obligatoria se les informará sobre su gratuidad.

Realizadas las actuaciones previas, debe comenzar la mediación mediante la “sesión constitutiva” en la que las partes expresarán su deseo de desarrollar la mediación y dejarán constancia de la identificación de las partes, la designación del mediador y, en su caso, de la institución de mediación o la aceptación del designado por una de las partes, el objeto del conflicto que se somete al procedimiento de mediación, el programa de actuaciones y duración máxima prevista para el desarrollo del procedimiento, el coste total de la mediación o las bases para su determinación, con indicación separada de los honorarios del mediador y de otros posibles gastos, la declaración de aceptación voluntaria por las partes de la mediación y de que asumen las obligaciones de ella derivadas, el lugar de celebración y la lengua del procedimiento. Todo se consignará en un acta en la que consten estos aspectos. En caso de no llegar a un acuerdo, dicha acta declarará que la mediación se considera intentada sin efecto.

Como fases genéricas de un proceso de mediación podemos convenir con BARONA VILAR que el procedimiento negociador se puede desarrollar en cinco etapas: Una etapa inicial, otra que se centra en la exposición de las partes, la tercera que se concreta en la identificación de intereses y necesidades, la siguiente y cuarta tratará de desarrollar un trabajo para alcanzar una visión de conjunto creativa, terminado con una etapa de conclusión⁴⁰

⁴⁰ BARONA VILAR, S., “Solución extrajudicial de conflictos en el ámbito empresarial: negociación, mediación y arbitraje”, en *Mediación un método de ? conflictos. Estudio interdisciplinar*, GONZÁLEZ- CUÉLLAR SERRANO, Nicolás, (Dir.), Colex, Madrid, 2010, pp 88 y 89.

La mediación se deberá desarrollar de forma muy libre, debiendo ser convocadas las partes a las sesiones con suficiente antelación y con la información necesaria, las mismas podrán ser o no simultáneas, se comunicará a la otra parte de la celebración de las sesiones, salvo impedimento por confidencialidad y se dará traslado de documentación a las otras partes sólo con la autorización expresa de quien las aporta.

El procedimiento finaliza mediante la redacción del acta final que podrá contener el reflejo de haber llegado a un acuerdo las partes o lo contrario, reflejar esa falta de acuerdo.

Las causas por las que pueden no llegar a un acuerdo son varias, bien por voluntad de todas o alguna de las partes cuando ejerzan su derecho a dar por terminadas las actuaciones, bien porque haya transcurrido el plazo máximo previsto para la duración del procedimiento, o bien cuando el mediador aprecie de manera justificada que las posiciones de las partes son irreconciliables o concurra otra causa que determine su conclusión.

Si se llega a un “acuerdo de mediación” deberá constar la identidad y el domicilio de las partes, el lugar y fecha en que se suscribe, las obligaciones que cada parte asume y que se ha seguido un procedimiento de mediación ajustado a las previsiones de esta ley, con indicación del mediador o mediadores que han intervenido y, en su caso, de la institución de mediación en la cual se ha desarrollado el procedimiento. Deberá firmarse por las partes o sus representantes y presentarse al mediador, en el plazo máximo de diez días desde el acta final, para su firma. Se entregará un ejemplar a cada una de las partes, reservándose otro el mediador para su conservación. Dicho documento será título que lleva aparejada ejecución.

El PLMACM libera, con respecto al ALMACM, al mediador de comprobar su adecuación a lo pactado por las partes en el acta final y su conformidad con el ordenamiento jurídico, procediendo, en su caso, a su firma en presencia de las partes o sus representantes.

Así se acoge lo manifestado por el Consejo General del Poder Judicial en su informe sobre el extremo relativo a la homologación por la simple firma del mediador con la que mostrará su conformidad del acuerdo con lo manifestado por las partes en el acta final y su adecuación a derecho, por lo que consideró que “... cabe propugnar la configuración de un procedimiento de homologación preceptivo y uniforme para todos los casos de mediación, sobrevenga ésta o no tras haberse iniciado un proceso judicial, lo que, además de lograr una adecuación con los mandatos de la Directiva, permitiría dotar de sentido a la previsión del artículo 33 de la Norma proyectada, al implementar un mecanismo merced al cual sería posible verificar la conformidad a Derecho del acuerdo de mediación. En línea con esa medida, procedería modificar el artículo 517.2.3º LEC, para incluir en él no sólo las resoluciones judiciales que homologuen transacciones judiciales o acuerdos logrados en el proceso (artículo 415.2 LEC), sino también aquéllas que homologuen acuerdos de mediación alcanza-

dos fuera del proceso, conforme a los principios y requisitos previstos en la Ley ahora proyectada”⁴¹.

Respecto a la impugnación, como ya hemos señalado con anterioridad se podrá ejercer la llamada acción de anulación. Será competente para conocerla el Juzgado de Primera Instancia del domicilio o residencia del demandado o de cualquiera de ellos, se sustanciará por los cauces del juicio verbal de la Ley de Enjuiciamiento Civil, caducará a los treinta días señalándose motivos tasados. Será además posible demanda de Revisión conforme a lo establecido en la Ley de Enjuiciamiento Civil para las sentencias firmes.

El capítulo quinto regula la ejecución de los acuerdos de mediación que, como ya hemos visto se les dota de fuerza ejecutiva y por tanto, será título ejecutivo cuando cumpla los requisitos establecidos en esta ley, sin perjuicio de que las partes puedan libremente y en cualquier momento elevarlo a escritura pública, aportando la documentación necesaria de la mediación efectuada, además cuando el acuerdo se hubiere alcanzado en una mediación desarrollada después de iniciar un proceso judicial, las partes podrán solicitar del tribunal su homologación.

El órgano competente para la ejecución forzosa del mismo dependerá si se trata de una mediación iniciada estando en curso un proceso, se instará ante el tribunal que homologó el acuerdo, pero si se tratase de acuerdos formalizados tras un procedimiento de mediación será competente el Juzgado de Primera Instancia del lugar en que se hubiera firmado el acuerdo de mediación, según lo previsto en el apartado 2 del artículo 545 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. No podrán ejecutarse los acuerdos cuyo contenido sea contrario a Derecho.

VII. Conclusiones

No existe tradición de la mediación en España por lo que si no colaboran los abogados y los jueces a facilitar y promover su implantación difícilmente tendrá éxito.

La mediación ha de ser siempre voluntaria establecerla de modo preceptivo va contra su propia esencia y se convertirá el intento obligatorio en un mero trámite.

Entendemos necesaria la regulación mínima a nivel nacional de los requisitos de formación de los mediadores.

Bibliografía

ANDRÉS JOVEN, Joaquín María, “Proyecto para la implantación en España de la mediación familiar e intrajudicial tras la entrada en vigor de la ley 15/2005” en *Alternativas a la judicialización de los conflictos: la mediación*. SÁEZ

⁴¹ Informe al Anteproyecto de ley de mediación en asuntos civiles y mercantiles, Consejo General del Poder Judicial, 19 de mayo de 2010, p 86.

- VALCÁLCER, Ramón y ORTUÑO MUÑOZ, Pascual, (dir.), *Estudios de Derecho Judicial 111-2006 Consejo General del Poder Judicial*, Madrid, 2007, pp 193 a 205.
- BARONA VILAR, S., “Solución extrajudicial de conflictos en el ámbito empresarial: negociación, mediación y arbitraje”, en *Mediación un método de ? conflictos. Estudio interdisciplinar*, GONZÁLEZ- CUÉLLAR SERRANO, Nicolás, (Dir.), Colex, Madrid, 2010, pp 88 y 89.
- BELLOSO MARTÍN, Nuria, “Una propuesta de código ético de los mediadores”, *Cuadernos electrónicos de filosofía del derecho*, nº 15, 2007 (Textos de las XXI Jornadas de la Sociedad Española de Filosofía Jurídica y Política, “Problemas actuales de la Filosofía del Derecho”, Universidad de Alcalá, 28, 29 y 30 de Marzo de 2007), <http://www.uv.es/CEFD/15/belloso.pdf>.
- BELLOSO MARTÍN, Nuria, “La formación en mediación: algunas perplejidades de los formadores en mediación y diversas inquietudes de los alumnos que se forman en mediación”, “Mediación y transacción en el Derecho civil” en *Mediación, Arbitraje y resolución extrajudicial de conflictos en el siglo XXI* (GARCÍA VILLALUENGA Leticia, Directora), Reus, Madrid, 2010, vol. I, p 121 a 148.
- MALERET, Juan, *Manual de negociación y mediación, (The Harvard eurnegotiation projet)*, Colex, Madrid, 2003, 3ª ed.
- MORENO CATENA, Víctor, “La Resolución jurídica de conflictos”, en *Mediación y resolución de conflictos: técnica y ámbitos* (SOLETO MUÑOZ Helena. Dir.), Tecnos, Madrid, 2011, pp 27 a 46.
- PEREZ DAUDÍ Vicente, en “Aspectos procesales de la mediación en asuntos civiles y mercantiles”, *Mediación y resolución de conflictos: técnica y ámbitos* (SOLETO MUÑOZ Helena. Dir.), Tecnos, Madrid, 2011, p 385 a 402.
- PEREZ MARTEL, ROSA, *Mediación civil y Administración de Justicia*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia 2008.
- ROGEL VIDÉ, Carlos, “Mediación y transacción en el Derecho civil” en *Mediación, Arbitraje y resolución extrajudicial de conflictos en el siglo XXI* (GARCÍA VILLALUENGA Leticia, Directora), Reus, Madrid, 2010, vol. I, pp 19 a 40.
- SOLETO MUÑOZ, Helena, “El proceso de mediación”, *Mediación y resolución de conflictos: técnica y ámbitos* (SOLETO MUÑOZ Helena. Dir.), Tecnos, Madrid, 2011, pp 225 a 229.

