

Comentarios al anteproyecto de ley de mediación en asuntos civiles y mercantiles*

Analysis of the draft law on mediation in civil and commercial matters

Emiliano Carretero Morales

Profesor de Derecho Procesal y Resolución Alternativa de Conflictos
Universidad Carlos III de Madrid
Mediador

Fecha de presentación: enero, 2010. Fecha de publicación: marzo, 2011.

Resumen

El presente artículo tiene como objetivo analizar el Anteproyecto de Ley de mediación en asuntos civiles y mercantiles, que pretende incorporar a nuestro ordenamiento la Directiva 2008/52/CE. El estudio se centra en el tratamiento que el legislador español ha realizado de algunas cuestiones relevantes como los principios que han de regir la mediación, su ámbito de aplicación, el papel

del mediador, el procedimiento a seguir o la eficacia y ejecutividad de los acuerdos conseguidos en la misma.

Abstract

This article aims to analyze the Draft Law on Mediation in Civil and Commercial Matters, which is intended to incorporate into our legal order the Directive 2008/52/CE. The study focuses on how the Spanish legislator has dealt with some relevant issues such as the principles governing mediation, its scope of application, the role of the mediator, the procedure to be followed or the effectiveness and enforceability of the agreements reached therein.

Sumario

- I. INTRODUCCIÓN: LA CRISIS DE LOS SISTEMAS TRADICIONALES Y LA IMPLEMENTACIÓN DE MEDIOS COMPLEMENTARIOS DE SOLUCIÓN DE CONFLICTOS.

- II. ANTECEDENTES DE LA MEDIACIÓN EN ASUNTOS CIVILES Y MERCANTILES.

- III. EL ANTEPROYECTO DE LEY DE MEDIACIÓN EN ASUNTOS CIVILES Y MERCANTILES.
 1. CONCEPTO DE MEDIACIÓN.
 2. ÁMBITO DE APLICACIÓN.
 3. TRATAMIENTO DE LA PRESCRIPCIÓN Y CADUCIDAD EN EL ANTEPROYECTO.
 4. PRINCIPIOS INFORMADORES DEL PROCEDIMIENTO DE MEDIACIÓN.
 - A) VOLUNTARIEDAD
 - B) PRINCIPIO DISPOSITIVO
 - C) IMPARCIALIDAD Y NEUTRALIDAD
 - D) CONFIDENCIALIDAD

E) OTROS PRINCIPIOS INFORMADORES DE LA
MEDIACIÓN

5. ESTATUTO DEL MEDIADOR.
 - A) FORMACIÓN
 - B) INTERVENCIÓN
 - C) RESPONSABILIDAD CIVIL
6. EL PROCEDIMIENTO DE MEDIACIÓN.
 - A) FLEXIBILIDAD
 - B) DURACIÓN
 - C) USO DE NUEVAS TECNOLOGÍAS
 - D) COSTE
7. EL ACUERDO DE MEDIACIÓN.
 - A) EFICACIA
 - B) EJECUTIVIDAD

IV. BIBLIOGRAFÍA.

Palabras clave

Mediación en asuntos civiles y mercantiles, Directiva 2008/52/CE, Anteproyecto Ley de mediación, mediador, principios informadores, procedimiento de mediación.

Keywords

Mediation in Civil and Commercial Matters, Directive 2008/52/EC, Draft Law on Mediation, mediator, fundamental principles, mediation process.

I. INTRODUCCIÓN: LA CRISIS DE LOS SISTEMAS TRADICIONALES Y LA IMPLEMENTACIÓN DE MEDIOS COMPLEMENTARIOS DE SOLUCIÓN DE CONFLICTOS.

El tiempo en que vivimos se caracteriza, entre otras cosas, por la complejidad técnica que están alcanzando ciertos ámbitos. Se plantean nuevos tipos de conflictos para los que los sistemas de resolución clásicos se han mostrado claramente obsoletos lo que hace cada vez más frecuente acudir a sujetos especializados en estos ámbitos para ayudarnos a entender y gestionar de la forma más adecuada aquello que es objeto de nuestro interés.

La globalización, la realización del mercado interior en la Unión Europea, la fuerte intensificación de los intercambios comerciales fruto de la misma, el incremento de la movilidad de los ciudadanos, el auge del comercio electrónico, han provocado que los conflictos transfronterizos surgidos entre nacionales de distintos Estados se incrementen considerablemente, por lo que a los problemas prácticos y conocidos de saturación de los tribunales, se añaden otras cuestiones complejas de conflictos de leyes y de jurisdicciones, que no hacen sino complicar aún más la ya delicada situación existente.

En nuestro país, los intentos por adaptarnos a las nuevas necesidades, de modernizar las estructuras procesales del Estado y de aumentar el número de medios materiales y humanos al servicio de la Administración de Justicia, como remedio a los males de los que adolece la misma, no han supuesto sino soluciones parciales y en algunas ocasiones ni tan siquiera eso porque se ha

* Artículo realizado en el marco del Proyecto JLS/2209/JPEN/OG/0802/30-CE-0357274/00 de Mediación conectada con los Tribunales.

constatado un incremento directamente proporcional entre el número de nuevos órganos judiciales y el número de nuevos asuntos que éstos tienen que atender.

Es posible que frente a la creación de nuevas leyes y de nuevos órganos judiciales que las apliquen, quizás sea más conveniente plantearse la creación de otros recursos más eficientes, como por ejemplo incorporar gestores responsables que supervisen el correcto funcionamiento y utilización de los recursos existentes, detectar las múltiples disfunciones del sistema e incorporar nuevas formas o vías de resolución de conflictos¹.

Hay que buscar no sólo que existan vías de recurso que permitan al ciudadano defender cualquiera de los derechos que tenga reconocidos, sino que estas vías sean conocidas y adecuadas, permitiendo el objetivo que pretenden cumplir.

Un buen sistema de resolución de conflictos será más eficiente en tanto en cuanto disponga de diferentes mecanismos que permitan gestionar y resolver las controversias suscitadas con el menor costo posible y con el mayor nivel de satisfacción para todas las partes implicadas en las mismas.

¹ Tal y como ponen de manifiesto ORTUÑO Y HERNÁNDEZ, “en España se ha multiplicado por cuatro el número de juzgados, se modernizan las leyes, se quintuplica el número de jueces (en los treinta últimos años) y el sistema judicial sigue sin funcionar. Sin embargo, parece que nadie se para a pensar que en el Reino Unido, sólo con 1.200 jueces, se ofrece al doble de los ciudadanos de España una justicia de mayor calidad que la media de la Europa continental o, cuando menos, una justicia mucho mejor valorada entre la ciudadanía. Igual ocurre esotros muchos Estados de Common Law, fundamentalmente Nueva Zelanda y Australia, y de forma más significativa en Canadá. Curiosamente es en estos países en los que se desarrollaron los métodos alternativos de resolución de controversias en el último siglo, y en los que, en los últimos veinte años, se ha implantado y desarrollado la mediación”. Véase, ORTUÑO MUÑOZ, J. P. y HERNÁNDEZ GARCÍA, J., Sistemas alternativos a la resolución de conflictos (ADR): la mediación en las jurisdicciones civil y penal, Documento de trabajo 110/2007, Revista de la Fundación Alternativas, pág. 21.

En este sentido, la responsabilidad no ha de recaer sólo sobre el Estado y la Administración de Justicia, hay que intentar devolver a los ciudadanos el protagonismo sobre la gestión de sus propios intereses y, por ende, de sus propios conflictos. La respuesta judicial ha de estar basada en el principio de intervención mínima y sólo se ha de acudir a ella cuando resulte imposible la utilización de otros mecanismos de resolución o cuando la propia naturaleza de la cuestión debatida haga necesaria su presencia. Sin embargo, motivos de tradición jurídica y de mentalidad confrontativa clásica hacen que la tendencia sea precisamente la contraria, es decir cuando surge cualquier tipo de problema la primera alternativa a la que por inercia el ciudadano suele acudir es a la vía judicial.

Para hacer frente a esta tendencia e intentar invertir la misma, se precisa un cambio de mentalidad en la sociedad, pero éste no se va a producir espontáneamente, por lo que se requiere una labor de apuesta institucional significativa y clara por la utilización de medios complementarios de solución de disputas, habiendo de promoverse la profesionalización de los mismos y de dotarse de estructuras y medios necesarios para su efectiva implementación.

En los últimos tiempos, y siguiendo las directrices marcadas por la Unión Europea, desde las instituciones públicas, se viene trabajando en este sentido y una de las principales líneas de actuación del Plan Estratégico de Modernización del Sistema de Justicia 2009-2012, presentado por el Ministerio de Justicia, dentro del Eje Estratégico “Un servicio público orientado a las personas”, consiste en el desarrollo e implantación de nuevos mecanismos de resolución alternativa de controversias, y, en consecuencia, prevé la adopción de “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”, mencionándose en concreto la potenciación de “mecanismos como la mediación, la conciliación o el arbitraje

en distintas jurisdicciones, así como el arreglo extrajudicial de controversias entre organismos públicos”, todo ello con el doble objetivo de “contribuir a descongestionar los tribunales que actualmente operan en muchos casos como única vía de solución de conflictos intersubjetivos” y de “ofrecer a la sociedad nuevas formas de arreglo de problemas, quedando el recurso a los tribunales como última ratio”².

Las modalidades alternativas de solución de conflictos, entre las que destaca la mediación, permiten a las partes inmersas en un conflicto volver a entablar un diálogo para intentar encontrar una solución consensuada, en vez de enfrentarlos en una lógica de confrontación de la que normalmente siempre resulta un vencedor y un perdedor.

II.- ANTECEDENTES DE LA MEDIACIÓN EN ASUNTOS CIVILES Y MERCANTILES.

Desde hace años las instituciones comunitarias vienen manifestando su empeño en mejorar el acceso de los ciudadanos a la justicia y en establecer un

2 Véase en este sentido el Informe al Anteproyecto de Ley de Mediación en asuntos civiles y mercantiles, redactado por el Consejo General del Poder Judicial, págs. 9 y 10 (www.poderjudicial.es).

Recientes declaraciones del Ministro de Justicia van en esta línea y el mismo ha asegurado que la utilización de la mediación “no sólo va a permitir respuestas judiciales mucho más satisfactorias para las partes implicadas, sino que va a ayudar a descongestionar los tribunales de este país”, añadiendo que “no todos los asuntos tienen por qué llegar al juez” y que existen “soluciones complementarias que dan mejores resultados que la propia jurisdicción”. Concluye manifestando que la utilización de estos sistemas alternativos “contribuirán a la difícil adaptación del sistema judicial español al siglo XXI y ofrecerán un servicio de calidad a la altura de los ciudadanos, pues la solución no puede venir sólo desde un punto de vista cuantitativo, sino también cualitativo”. Véase, Diario La Ley, 15 Oct., LA LEY 22051/2010.

espacio de libertad, seguridad y justicia en el que particulares y personas jurídicas no puedan verse en ningún caso impedidos o disuadidos de ejercitar sus derechos por la complejidad o incompatibilidad de los distintos ordenamientos y sistemas legislativos de los Estados miembros.

En este interés común por facilitar, no sólo el acceso, sino también la mejora de los medios al alcance de los ciudadanos para hacer valer sus derechos, el Consejo Europeo, en su reunión de Tampere de 1999, instó a los Estados miembros a que instauraran procedimientos alternativos de carácter extrajudicial con vistas a mejorar y facilitar dicho acceso a sus ciudadanos.

En el mes de mayo de 2000, el Consejo adoptó una serie de Conclusiones sobre modalidades alternativas de resolución de conflictos, en las que indicaba que la definición de principios fundamentales en ese ámbito constituía un paso fundamental para permitir el adecuado desarrollo y funcionamiento de los procedimientos extrajudiciales de solución de conflictos en asuntos civiles y mercantiles, en aras a fortalecer y simplificar el acceso a la Justicia.

Con posterioridad, la Comisión presentó el Libro Verde de 19 de abril de 2002 sobre las modalidades alternativas de solución de conflictos en el ámbito del derecho civil y mercantil³, en el que se hacía un balance de situación respecto del tema en la Unión Europea y que dio lugar a una amplia consulta con los Estados miembros acerca de las posibles medidas a adoptar en orden a la utilización y promoción de la mediación. En dicho Libro, la Comisión recuerda que el desarrollo de estas formas de solución de conflictos no debe contemplarse como un remedio a los males de la Justicia y a las dificultades de funcionamiento de los tribunales, sino como otra forma más consensual de pacificación social y, en muchas ocasiones, más adecuada que las formas adversariales clásicas.

³ Se puede consultar el texto íntegro del Libro Verde en la siguiente dirección, http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/site/es/com/2002/com2002_0196es01.pdf.

Fruto destacable de este Libro Verde fue la Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles⁴, presentada por la Comisión el 22 de octubre de 2004, en la cual se venía a proteger la confidencialidad del proceso, otorgar efectos suspensivos sobre los plazos de prescripción y caducidad promover una estructura para permitir la calidad y mejora de mediación, e introducir diversas disposiciones referidas a la relación que la mediación debería guardar con el proceso jurisdiccional civil en aras a facilitar o posibilitar la eficacia de los acuerdos alcanzados en la misma⁵.

Finalmente, el 24 de mayo de 2008 se publicó en el Diario Oficial de la Unión Europea 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 mercantiles⁶, como nuevo marco normativo en materia de mediación a utilizar por los países de la Unión en conflictos de carácter transfronterizo, estableciéndose como fecha de transposición de la misma a los ordenamientos internos de los distintos Estados miembros la del 21 de mayo de 2011.

La Directiva se configura como una norma de mínimos que permite que sean los propios Estados los que decidan el modelo de mediación que pretenden utilizar en su respectivo territorio y los requisitos que han de reunir las personas o instituciones encargadas de llevar a cabo la misma. No entra, pues, la Directiva a regular cuestiones concretas como la duración máxima del proceso

4 <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2004:0718:FIN:ES:PDF>.

5 Sobre la evolución y situación de la mediación en Europa, véase SOLETO MUÑOZ, H., La mediación en la Unión Europea, en SOLETO MUÑOZ, H. y OTERO PARGA, M. (Coords.) Mediación y solución de conflictos. Habilidades para una necesidad emergente, Tecnos, Madrid, 2007, págs. 185-192.

6 <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2008:136:0003:0008:ES:PDF>.

de mediación, el coste de la misma, la formación que ha de tener el mediador o su régimen de responsabilidad, delegando en los diferentes Estados miembros la responsabilidad sobre estas cuestiones. El objetivo de la Directiva es, básicamente, facilitar el acceso a modalidades alternativas de solución de conflictos, promover el uso de la mediación, así como la formación inicial y continua de los mediadores y organizaciones especializadas, y asegurar una relación equilibrada entre la mediación y el proceso judicial⁷.

En nuestro país y por lo que respecta a la mediación, la misma se encuentra regulada a efectos jurídicos y con trascendencia a nivel judicial, únicamente en el ámbito del Derecho laboral, el familiar y el relativo a la responsabilidad penal de menores.

Uno de los principales problemas hasta la fecha ha sido la dispersión normativa y la ausencia de una norma estatal que complete la normativa autonómica existente sobre medios alternativos de solución de conflictos, asegurando la eficacia de la mediación y su coherencia con la legislación procesal. Tampoco existe en nuestro ordenamiento jurídico una norma que ponga en conexión la mediación y su práctica con el ejercicio de la jurisdicción, por lo que se hace necesario cubrir estas lagunas⁸.

7 Para un estudio más detallado de las distintas cuestiones abordadas en la Directiva 2008/52/CE, véanse, entre otros, BELLOSO MARTÍN, N., Un paso más hacia la desjudicialización. La Directiva europea 2008/52/CE sobre mediación en asuntos civiles y mercantiles, en Revista Eletronica de Direito Processual, Vol.II; ROBLES LATORRE, P., Apuntes sobre la Directiva de mediación en asuntos civiles y mercantiles, en Revista de Derecho Privado, noviembre-diciembre 2008, págs. 97 a 108; ORTIZ PRADILLO, J.C., La mediación en la Unión Europea: la Directiva sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles, en Mediación: un método de ? conflictos. Estudio interdisciplinar, Colex, Madrid, 2010, págs. 55-72.

8 Tal y como se recoge en el Informe de gestión de la mediación penal y civil correspondiente al año 2009, un total de 98 juzgados en el orden penal y 34 en el orden civil se hallaban adscritos

A la oportunidad de incorporar a nuestro ordenamiento una Ley sobre mediación en Derecho privado, se añade además el hecho de que hay que hacerlo.

La Ley 15/2005, de 8 de julio, de modificación del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de separación y divorcio, introdujo expresamente la posibilidad para las partes de solicitar la suspensión del proceso matrimonial en el caso de que las mismas desearan acudir a mediación y en su Disposición Final Tercera ordenaba al Gobierno remitir 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 Autónomas⁹.

al proyecto impulsado desde el Consejo General del Poder Judicial, destacando el papel de los órganos radicados en Cataluña que representan un 54% del total de los del orden penal y un 74% del ámbito civil (www.poderjudicial.es).

9 Con anterioridad a esta reforma la mediación familiar ya estaba presente en nuestro Derecho positivo por su inserción en algunas normas de Derecho internacional privado, entre las que destaca en el ámbito de la responsabilidad parental el Reglamento (CE) 2201/2003, en cuyo art. 55.e) se establece que las Autoridades Centrales de los Estados miembros, cooperarán para "facilitar la celebración de acuerdos entre los titulares de la responsabilidad parental a través de la mediación o por otros medios, y facilitar con este fin la cooperación transfronteriza".

También esta institución cuenta con una cierta tradición en las leyes forales y autonómicas sobre la materia, desde la primera mención expresa en el art. 79 del Código de Familia de Cataluña de 1998, hasta las leyes específicas de Galicia, Ley 4/2001 de 31 de mayo, Valencia, Ley 7/2001 de 26 de noviembre, Canarias, Ley 15/2003 de 8 de abril, Castilla la Mancha, Ley 4/2005 de 24 de mayo, Castilla León, Ley 1/2006 de 6 de abril, Madrid, Ley 1/2007 de 21 de febrero, Asturias, Ley 3/2007 de 23 de marzo, País Vasco, Ley 1/2008 de 8 de febrero, Andalucía, Ley 1/2009 de 27 de febrero, Cataluña, Ley 15/2009 de 22 de julio por la que deroga la anterior Ley 1/2001 vigente hasta ese momento dicha Comunidad y Aragón, Ley 2/2010, de

Además, como se ha comentado anteriormente, 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 ha de ser incorporada a nuestro ordenamiento antes del día 21 de mayo de 2011, en cumplimiento de lo dispuesto en la propia Directiva.

En este sentido, el Anteproyecto de Ley de Mediación en Asuntos Civiles y Mercantiles, presentado por el Ministro de Justicia el día 19 de febrero de 2010 ante el Consejo de Ministros y que se encuentra actualmente en fase de tramitación parlamentaria, viene a intentar paliar estas ausencias y a incorporar al ordenamiento jurídico español la citada Directiva.

La futura normativa pretende establecer una regulación genérica que sirva de cobertura a las ya existentes en las Comunidades Autónomas y que además sea norma de enlace con la Ley de Enjuiciamiento Civil, que habrá de ser reformada a fin de incorporar las modificaciones que afectan a varios de sus artículos, dotando de la necesaria seguridad jurídica a la mediación que de facto se viene realizando en algunas materias de derecho privado ajenas al ámbito estrictamente familiar.

III.- EL ANTEPROYECTO DE LEY DE MEDIACIÓN EN ASUNTOS CIVILES Y MERCANTILES.

El Anteproyecto consta de la Exposición de Motivos, treinta y tres artículos estructurados en cinco capítulos, una disposición adicional y seis disposiciones

26 de mayo, de igualdad en las relaciones familiares ante la ruptura de convivencia de los padres que dedica el Capítulo III a la mediación familiar.

finales que aseguran el encaje de la mediación con los procedimientos judiciales.

Respecto de los capítulos, el primero de ellos recoge las disposiciones generales y trata de cuestiones como la definición de mediación, el ámbito de aplicación de la norma, los efectos que el inicio del procedimiento de mediación surtirá sobre los plazos de prescripción y caducidad y del Registro de mediadores e instituciones de mediación cuya gestión vaya a depender del Ministerio de Justicia.

En el capítulo segundo se habla de los principios que han de informar la mediación y el procedimiento en que ha de desarrollarse.

En el capítulo tercero se recoge el estatuto del mediador, la formación que ha de tener el mismo y se habla de quién habrá de asumir los costes de la mediación.

En el capítulo cuarto se regula el proceso de mediación y los requisitos que ha de reunir el acuerdo, en su caso, conseguido en el mismo para ser considerado válido.

Y, por último, el capítulo quinto regula la ejecución de los acuerdos de mediación.

A continuación voy a realizar unos breves comentarios y consideraciones sobre algunas de las cuestiones que me parecen más relevantes del articulado del Anteproyecto.

1. CONCEPTO DE MEDIACIÓN.

Ya en la propia Exposición de Motivos del Anteproyecto se dice que es necesario abordar fórmulas válidas y aceptadas en el Estado de Derecho, orientadas a preservar el ejercicio de la jurisdicción y se habla de la mediación no como alternativa al proceso judicial, sino como cauce complementario de resolución de conflictos que reporta claros beneficios, no sólo para los ciudadanos, a quienes se ofrece otras vías o recursos más adecuados en determinados supuestos para intentar solucionar sus conflictos, sino también para la propia Administración de Justicia al permitir liberar a los tribunales de parte de la pesada carga de trabajo que soportan.

Me parece importante este primer matiz y el hecho de que se incida en la concepción de la mediación vista, no sólo como un mecanismo cuya única función sea la de aligerar la carga de trabajo de los tribunales, sino como una forma de resolución de conflictos que se ofrece al ciudadano como un recurso más que, en determinadas ocasiones, puede resultar más adecuado que la vía judicial para resolver sus problemas. Entiendo que ésta, y no otra, ha de ser la primera finalidad de la mediación, la cual si se implementa correctamente va a tener como consecuencia, no como fin, la reducción del número de asuntos que tengan que resolver los tribunales de justicia.

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 define en su artículo 3 la mediación como *"un procedimiento estructurado, sea cual sea su nombre o denominación, en el que dos o más partes en un litigio intentan voluntariamente alcanzar por sí mismas un acuerdo sobre la resolución de su litigio con la ayuda de un mediador. Este procedimiento puede ser iniciado por las partes, sugerido u ordenado por un órgano jurisdiccional o prescrito por el Derecho de un Estado miembro"*.

De forma muy similar se define la mediación en el artículo 1 del Anteproyecto como *“aquella negociación estructurada de acuerdo con los principios de esta ley, en que dos o más partes en conflicto intentan voluntariamente alcanzar por sí mismas un acuerdo para su resolución con la intervención de un mediador”*.

Se ha criticado desde algunos sectores que la utilización del término “negociación” no es afortunada, por cuanto se suele emplear para referirse a otro medio alternativo de resolución de disputas en el que no se precisa la intervención de un tercero¹⁰. Considero que dicho término en ningún caso contradice la esencia de la mediación, pues la misma no es otra cosa que un proceso de negociación asistida por un tercero, el mediador, cuya labor precisamente consiste en ir guiando dicho proceso y facilitando la comunicación entre las partes a fin de que éstas por sí mismas puedan alcanzar una solución consensuada y esto lo va a realizar, normalmente, siguiendo los pasos de cualquier proceso de negociación, es decir definiendo las cuestiones a tratar, ayudando a las partes a detectar y priorizar sus intereses para que éstas puedan generar opciones que, una vez analizadas y evaluadas, puedan transformarse en acuerdos libremente alcanzados que pongan fin a todas las cuestiones controvertidas¹¹.

2. ÁMBITO DE APLICACIÓN.

Por lo que respecta al ámbito de aplicación, el Anteproyecto de Ley, como se ha comentado, incorpora al ordenamiento jurídico español la Directiva 2008/52/CE, pero además va más allá, toda vez que la Directiva se limitaba a fijar una serie

¹⁰ Véase en este sentido el Informe del CGPJ al Anteproyecto de Ley de Mediación..., op. cit. págs.22 y ss.

¹¹ Acerca del proceso de negociación, sus fases y elementos, véase SOLETO MUÑOZ, H., Negociación, en SOLETO MUÑOZ, H. (Dir.) Mediación y resolución de conflictos: técnicas y ámbitos, Tecnos, Madrid, 2011, págs. 176 y ss.

de normas mínimas para fomentar e impulsar la utilización de la mediación en litigios civiles y mercantiles de carácter transfronterizo, y la futura Ley regula un régimen general aplicable, no sólo a litigios de carácter transfronterizo, sino también a todos aquellos que tengan lugar en territorio nacional y que pretendan tener un régimen jurídico vinculante.

Así, en principio, la mediación se puede aplicar a todos los conflictos que surjan dentro de una relación civil o mercantil, siempre y cuando las partes puedan disponer libremente de su objeto.

Se incluyen los asuntos civiles y mercantiles, y se excluyen expresamente los asuntos laborales que tienen regulación propia, los temas penales y los de consumo que también tienen su propia regulación al hilo del arbitraje de consumo.

Aunque no se refiere a ellos expresamente el Anteproyecto, también quedarían excluidos de su ámbito de aplicación, en aplicación de lo dispuesto en el art. 1.2 de la Directiva, los asuntos fiscales, aduaneros y administrativos, así como todos aquellos que estén conectados con la responsabilidad del Estado por actos realizados en ejercicio de su actividad soberana.

Nada que objetar respecto de la exclusión de los asuntos laborales y penales. La mediación en temas laborales tiene su propia regulación específica¹², lo cual no significa que la misma sea la adecuada y que se esté haciendo bien en la práctica, más bien al contrario, considero que hay bastantes aspectos francamente mejorables en la mediación que se viene realizando en el ámbito laboral y en las instituciones encargadas de prestar la misma¹³.

12 Vid. arts. 63 y ss. de la Ley de Procedimiento Laboral.

13 Los llamados comúnmente, en la mayoría de las Comunidades Autónomas, SMAC (Servicios de Mediación, Arbitraje y Conciliación), son los organismos encargados de realizar las funciones que su propia denominación establece y que por ley le vienen atribuidas, sin embargo

En el orden penal, actualmente sólo se encuentra regulada legalmente la mediación en el ámbito de los menores infractores, en la Ley Orgánica 5/2000 Reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores, sin embargo en el Derecho penal de adultos la mediación aún no se encuentra expresamente reconocida, a pesar de las distintas Recomendaciones y normativa comunitaria¹⁴ que instan a su utilización y de los distintos programas pilotos que se están implementando en diversos órganos jurisdiccionales penales del

en la práctica su labor se reduce básicamente a la conciliación laboral obligatoria y previa a la vía jurisdiccional social, significando además que de “conciliación”, propiamente dicha, lo único que tiene es el nombre, toda vez que no es mucha la labor conciliadora o mediadora que se realiza en orden a intentar avenir posturas contradictorias, habiendo quedado configurada en realidad como un mero trámite o carga pre-procesal para las partes.

Véase también en este sentido, SOLETO MUÑOZ, H., Mediación laboral. Mediación comunitaria, en SOLETO MUÑOZ, H. y OTERO PARGA, M. (Coords.) Mediación y solución..., op. cit., págs. 335-337.

14 Recomendación núm. R (83) 7 de 23 de junio de 1983 del Comité de Ministros del Consejo de Europa, orientada a potenciar la participación del público en la elaboración y aplicación de políticas criminales que tiendan a prevenir la criminalidad y a facilitar la indemnización y la reparación a la víctima, como una forma de sustitución de la pena privativa de libertad.

Recomendación núm. R (85) 11 de 28 de junio de 1985 del Comité de Ministros del Consejo de Europa, relativa a la posición de la víctima en el marco del Derecho penal y del procedimiento penal.

Recomendación núm. R (87) 18 de 17 de septiembre de 1987 del Comité de Ministros del Consejo de Europa, concerniente a la simplificación de la Justicia criminal.

Recomendación núm. R (87) 21 de 17 de septiembre de 1987 del Comité de Ministros del Consejo de Europa, sobre la asistencia a las víctimas y la prevención de la victimización.

Recomendación núm. R (99) 19 de 15 de septiembre de 1999 del Comité de Ministros del Consejo de Europa, sobre la mediación en materia penal.

Recomendación núm. R (2006) 8 de 14 de junio de 2006 del Comité de Ministros del Consejo de Europa, sobre la asistencia a las víctimas de las infracciones.

Decisión marco (2001/220/JAI) del Consejo de la Unión Europea de 15 de marzo de 2001, relativa al Estatuto de la Víctima en el Proceso Penal.

territorio español¹⁵. Es de esperar que próximamente, bien a través de una norma específica, o bien en la esperada nueva Ley de Enjuiciamiento Criminal, el legislador español definitivamente aborde y regule la utilización de la mediación en cuestiones penales.

Sin embargo, considero que no es acertado excluir del ámbito de aplicación de la futura Ley los conflictos relativos al ámbito del consumo, toda vez que la mediación se configura como un procedimiento que puede conseguir una respuesta mucho más adecuada que los procedimientos tradicionales utilizados hasta la fecha para la resolución de este tipo de conflictos, jurisdicción y arbitraje¹⁶.

La mediación en el ámbito de los conflictos de consumo en nuestro ordenamiento no se desarrolla de manera autónoma, sino que se encuentra integrada en otro mecanismo de solución de conflictos que es el arbitraje, de forma que aparece como una actuación propia de los órganos arbitrales y dentro del sistema arbitral¹⁷.

15 Por ejemplo los que se vienen desarrollando desde hace tiempo en Cataluña y País Vasco, o el puesto en marcha desde el año 2009 por el Instituto de Justicia y Litigación Alonso Martínez de la Universidad Carlos III en los Juzgados de Leganés (Madrid).

16 La mediación en el ámbito de los conflictos de consumo encaja perfectamente en lo dispuesto en el artículo 51 de la CE que establece que "Los poderes públicos garantizarán la defensa de los consumidores y usuarios protegiendo mediante procedimientos eficaces la seguridad, la salud y los legítimos intereses económicos de los mismos".

17 Para más información sobre esta materia, véase BLANCO CARRASCO, M., La alternativa de la mediación en conflictos de consumo: presente y futuro, Anuario Jurídico y Económico Escurialense, XLII, 2009, págs. 129-152.

Véase igualmente, MORENO CORDERO, G., La Directiva Comunitaria 2008/52/CE sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles (especial referencia a la mediación de consumo en el ordenamiento español), Revista de la Corte Española de Arbitraje, Vol. XXIV, 2009, págs. 87-117.

El sistema de arbitraje de consumo viene regulado en el Real Decreto 231/2008, de 15 de febrero y se estructura a través de las Juntas Arbitrales de Consumo que tienen carácter permanente y los órganos arbitrales que se constituyen para resolver la cuestión litigiosa concreta que se les someta.

En el Real Decreto se habla de la mediación, pero es considerada como un paso previo al arbitraje, pudiendo solicitarse antes de la remisión al sistema arbitral, mediante la presentación de una reclamación o queja ante las Asociaciones de Consumidores u organismos de consumo como las Oficinas Municipales de Información al Consumidor (OMIC), o bien una vez remitida la reclamación al sistema arbitral, pero antes de conocerse el conflicto por el órgano arbitral¹⁸.

El art. 38 del citado Real Decreto habla expresamente de la mediación en el procedimiento arbitral y establece *"1. Cuando no existan causas de inadmisión de la solicitud de arbitraje, se intentará mediar para que las partes alcancen un acuerdo que ponga fin al conflicto, salvo oposición expresa de cualquiera de las partes o cuando conste que la mediación ha sido intentada sin efecto. 2. La mediación se registrará por la legislación sobre la materia que resulte de aplicación, correspondiendo, no obstante, al secretario de la Junta Arbitral de Consumo dejar constancia en el procedimiento arbitral de la fecha de inicio y fin de la mediación, así como del resultado de ésta. 3. En todo caso, quien actúe como mediador en el procedimiento arbitral está sujeto en su actuación a los mismos requisitos de independencia, imparcialidad y confidencialidad exigidos a los árbitros."*

¹⁸ El art. 37.3 RD 231/2008 establece que "En el supuesto de no apreciar la existencia de causas de inadmisión de la solicitud: a) En la resolución que acuerde el inicio del procedimiento arbitral constará expresamente la admisión de la solicitud de arbitraje, la invitación a las partes para alcanzar un acuerdo a través de la mediación previa en los supuestos en que proceda y...".

Nada se dice ni en éste ni en ningún otro precepto de la citada norma, qué ha de entenderse por mediación, quién o quienes habrán de ser los mediadores, como serán designados y cuáles serán sus funciones, cómo se desarrollará el proceso de mediación, en que plazo habrá de llevarse a cabo, etc., sólo se determina el momento en el que ha de desarrollarse la mediación, que ha de ser una vez admitida la solicitud de arbitraje, la necesidad de dejar constancia fehaciente de la misma en el procedimiento arbitral y los principios mínimos que han de regir la actuación del mediador que, por otra parte, coinciden con los exigidos en el Anteproyecto de Ley de Mediación y en el resto de leyes autonómicas que regulan dicha materia.

Por tanto, considero que, dada la insuficiencia con la se encuentra regulada la mediación en el ámbito de los conflictos de consumo y su escasa utilización en la práctica, hubiere sido conveniente incluir los mismos dentro del ámbito de aplicación de la futura ley a fin de darles la cobertura legal adecuada e impulsar la efectiva implementación de la mediación como sistema más adecuado, incluso que el arbitraje en muchos supuestos, para la solución de conflictos referidos al consumo.

Por otra parte, nada dice el Anteproyecto de los asuntos relativos al Derecho de Familia y, en particular, en materia de separación y divorcio. Únicamente, quedarían excluidos de su ámbito de aplicación aquellas cuestiones que no tengan carácter dispositivo para las partes (estado civil, capacidad, etc.), pero nada obsta para que pueda ser aplicado al resto de cuestiones que sí entran en el ámbito privado o disponible.

La Ley 15/2005, de 8 de julio, por la que se modifican el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de separación y divorcio, anunciaba en su Disposición Final Tercera una futura Ley de Mediación, disponiendo la

obligatoriedad del Gobierno de remitir a las Cortes un Proyecto de Ley sobre Mediación que habría de reconocer el respeto a los servicios de mediación creados por las Comunidades Autónomas. A pesar de dicha previsión, esta Ley no llegó a crearse, por lo que podría entenderse todos estos temas quedan bajo el ámbito de aplicación del Anteproyecto al ser materia civil, pero no se subraya especialidad alguna respecto de los mismos.

El Anteproyecto, siguiendo el tenor y la finalidad de la Directiva 52/2008, está concebido para ser de aplicación a temas comerciales y mercantiles, regulando una mediación distinta a la que se viene desarrollando en la práctica en el ámbito familiar, dónde la mediación en sí y el rol del mediador, básicamente facilitador, poco tiene que ver con el del mediador comercial o mercantil, mucho más intervencionista y evaluativo.

El verdadero espíritu de la Directiva es el de regular los conflictos en el ámbito civil y mercantil, es decir relaciones de carácter meramente privado, con exclusión expresa en el artículo 1 de asuntos fiscales, aduaneros, administrativos y sobre responsabilidad del Estado: *"La presente Directiva se aplicará, en los litigios transfronterizos, en los asuntos civiles y mercantiles, con la salvedad de aquellos derechos y obligaciones que no estén a disposición de las partes en virtud de la legislación pertinente. No se aplicará, en particular, a los asuntos fiscales, aduaneros o administrativos ni a la responsabilidad del Estado por actos u omisiones en el ejercicio de su autoridad soberana (acta iure imperii)."*

En el Considerando 10 de la Directiva se señala igualmente que *"no debe aplicarse a los derechos y obligaciones que las partes no sean libres de decidir por sí mismas en virtud de la legislación aplicable pertinente. Estos derechos y obligaciones son especialmente frecuentes en los ámbitos del Derecho de familia y del Derecho laboral"*, por lo que parece dar a entender que las materias

correspondientes al Derecho de familia han de quedar fuera de su ámbito de aplicación, al no tener muchas de ellas carácter dispositivo para las partes. Se permitirá, sin embargo, que cada Estado establezca su aplicabilidad, es decir, que la Directiva no está enfocada, en principio, a la mediación en materias que no son de libre disposición de las partes, si bien ello no impide que los Estados adopten al trasponer ésta a su ordenamiento interno, la misma normativa para asuntos civiles, para temas de familia o conflictos laborales¹⁹.

La mediación familiar tiene una serie de peculiaridades y de factores, como la especial importancia de los sentimientos, las emociones y las relaciones entre las partes, que la dotan de una especial complejidad e idiosincrasia, por lo que quizás sería más adecuado crear una Ley de Mediación Familiar a nivel estatal que genere criterios comunes que puedan llegar a definir una cierta homogeneidad en la normativa autonómica que trata esta materia, en una orientación diferente a la relativa disparidad de criterios existente en este momento.

De no ser así, al menos sería conveniente que en el Anteproyecto se recogiesen algunas de las especialidades de la mediación en los asuntos relativos a cuestiones familiares, como podrían ser por ejemplo la duración del proceso, que normalmente requerirá de más tiempo que una mediación mercantil por lo que probablemente el plazo máximo de tres meses pueda resultar insuficiente, la conveniencia de la co-mediación o el rol que han de desempeñar los mediadores.

En cualquier caso, la normativa estatal que regule este tema habrá de ser consecuente con el desarrollo que esta materia tiene en el plano autonómico, tanto en lo propiamente legislativo como, también, en la experiencia existente,

¹⁹ Véase, SOLETO MUÑOZ, H., La mediación vinculada a los tribunales, en SOLETO MUÑOZ, H. (Dir.) Mediación y resolución..., op. cit., pág. 318.

incidiendo en cuestiones especialmente trascendentes como la formación de los mediadores en este ámbito²⁰.

3. TRATAMIENTO DE LA PRESCRIPCIÓN Y CADUCIDAD EN EL ANTEPROYECTO.

Para que pueda tener lugar el inicio del proceso de mediación es fundamental generar confianza en las partes y ésta sería imposible de alcanzar si no se garantiza a las mismas que en caso de no llegarse a ningún acuerdo, no se producirá ninguna repercusión negativa sobre su derecho de acceso a los tribunales.

La tutela judicial efectiva es un derecho básico consagrado constitucionalmente y su eventual puesta en peligro obviamente genera desconfianza, por ello la paralización de los plazos legales de prescripción y caducidad durante el desarrollo del proceso de mediación es una medida básica para que la implementación de la mediación tenga el debido éxito y evitar posibles reticencias de las partes.

El legislador, con buen criterio y para evitar posibles desincentivos o un mal uso de la mediación, prevé la suspensión de la prescripción frente a la regla general de su interrupción²¹. Si se hubiese optado por la interrupción se podría haber

20 En este sentido, véase GARCÍA PRESAS, I., Las directrices de la Unión Europea en materia de mediación. Su proyección en España. *Dereito, Revista Xurídica da Universidade de Santiago de Compostela*, Vol.18, nº 1, 2009, pág. 249.

21 La Directiva permitía a los Estados regular este aspecto como tuviesen por conveniente, así en el Considerando 24 señalaba que "Con el fin de alentar a las partes a hacer uso de la mediación, Los Estados miembros deben garantizar que sus normas sobre plazos de caducidad y prescripción no impidan a las partes recurrir a los tribunales o al arbitraje en caso de que fracase su intento de mediación. Los Estados miembros deben asegurarse de que se obtenga este resultado, aun cuando la presente Directiva no armonice las normas sobre prescripción y

dado pie a que la mediación hubiese podido ser utilizada malintencionadamente por alguna de las partes con el único propósito de iniciar la misma para hacer desaparecer los plazos transcurridos, pero sin intención de llegar a acuerdo alguno.

La determinación del día de inicio y del día de finalización del proceso de mediación, cuando el mismo no ha concluido mediante acuerdo, es clave para la seguridad jurídica de las partes. En este sentido, el Anteproyecto considera que la fecha de inicio para el cómputo del plazo de suspensión comenzará con la presentación de la solicitud de mediación por una de las partes o desde su depósito en una institución de mediación, siendo el plazo de finalización el de la firma del acuerdo o, en su defecto, el que conste en el acta que pone fin al procedimiento y que habrá de ser firmada por el mediador y las partes.

También se reanudará el cómputo de los plazos de prescripción y caducidad, una vez haya transcurrido el tiempo legal establecido para el desarrollo del proceso de mediación que es de dos meses, ampliable a otro más con carácter excepcional y de común acuerdo por las partes.

caducidad..." e igualmente en el art. 8 establece que "1. Los Estados miembros garantizarán que el hecho de que las partes 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.". Otros Estados miembros, por ejemplo Grecia que ya ha incorporado la Directiva a su ordenamiento, han optado por la interrupción de los plazos de prescripción y caducidad, véase art. 11 Ley 3898/2010 de Mediación en Asuntos Civiles y Mercantiles, Boletín del Gobierno (Φ.Ε.Κ.) Α'211/16-12-2010.

4. PRINCIPIOS INFORMADORES DEL PROCEDIMIENTO DE MEDIACIÓN.

A) VOLUNTARIEDAD

Si algo identifica a la mediación es su carácter consensual, las partes son libres de emitir sus consentimientos y, por tanto, son ellas quienes eligen y deciden sobre el destino de su conflicto. Elemento fundamental de la mediación, por su propia esencia, es la voluntariedad, tanto en su inicio como en su desarrollo.

Para que tenga lugar el inicio del procedimiento de mediación es imprescindible el consentimiento expreso y libremente manifestado por las partes, el cual se suele materializar mediante la firma del correspondiente documento de aceptación por las mismas. Sin embargo, esta aceptación voluntaria no supone en ningún caso que las partes se vean obligadas a concluir la mediación iniciada, por lo que éstas pueden poner fin a la misma en el momento en el que lo consideren oportuno, quedando, en todo caso, salvaguardada la posibilidad que tienen de acudir a los tribunales a fin de poder instar ante los mismos la tutela efectiva de sus derechos.

Se ha cuestionado la voluntariedad, tal y como viene concebida en el Anteproyecto, toda vez que en el propio art. 7 donde se habla de la misma como principio informador del proceso de mediación, se dice que “El sometimiento a mediación es voluntario, sin perjuicio de la obligatoriedad de su inicio cuando lo prevea esta ley o la legislación procesal.”

Además, y con el loable fin de intentar impulsar el uso de la mediación como sistema adecuado de gestión de conflictos, se prevé también la obligatoriedad del intento de mediación en los seis meses anteriores a la interposición de la

demanda, como requisito de procedibilidad para los juicios verbales de reclamación de cantidad (hasta 6.000 euros)²².

Quizás hubiese sido más recomendable hacer obligatorio el intento de mediación en otros ámbitos más adecuados a priori, como por ejemplo todos aquellos temas relativos a cuestiones de Derecho de familia o propiedad horizontal, en los que las relaciones entre las partes parecen aconsejar o propiciar una solución consensuada al conflicto, pero en cualquier caso es de reseñar la voluntad del legislador por fomentar la utilización de la mediación como alternativa previa al proceso judicial²³.

22 Así, en la Disposición final segunda que prevé la modificación de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en su apartado 10 establece que "El apartado 3 del artículo 437 pasa a ser el 4 y se introduce un nuevo apartado 3 con la siguiente redacción: 3. En los juicios verbales a los que alude el apartado 2 del artículo 250 que consistan en una reclamación de cantidad, no se refieran a alguna de las materias previstas en el apartado 1 del mismo artículo 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."

23 "En Italia también se ha impuesto la mediación obligatoria en algunos casos. El artículo 5 del Decreto legislativo 28/2010 prevé que será una condición de procedibilidad en las acciones relativas a una controversia en materia de copropiedad, derechos reales, división de cosa común, sucesiones hereditarias, patria potestad, arrendamientos, comodatos, arrendamiento de industria, resarcimiento de daños derivados de una responsabilidad médica y de difamación a través de imprenta o con cualquier otro mecanismo de publicidad, seguros, bancarios y financieros.

Como puede observarse no se ha optado por exigirla con carácter obligatorio en todo tipo de reclamaciones de cantidad hasta una cuantía. El legislador italiano ha elegido aquellos procesos judiciales en los que puede ser factible llegar a un acuerdo extrajudicial bien porque la partes tendrán que mantener una relación personal o comercial posteriormente o bien porque concurren otras circunstancias que pueden hacer viable el acuerdo." Véase, PÉREZ DAUDÍ, V., Aspectos procesales de la mediación en asuntos civiles y mercantiles, en SOLETO MUÑOZ, H. (Dir.) Mediación y resolución..., op. cit., pág. 497.

Entiendo que estas previsiones en nada afectan a la voluntariedad de la mediación, por cuanto la “obligatoriedad” de la que se habla quedaría reducida a una primera sesión informativa del mediador a las partes, en la que habrá de explicarles en qué consiste y las ventajas que puede ofrecerles la mediación en la búsqueda de un acuerdo como vía de solución, decidiendo éstas posteriormente si deciden iniciar el proceso de mediación u optar por la vía jurisdiccional²⁴.

No se obliga, por tanto, a las partes a iniciar la mediación, como erróneamente parece desprenderse del tenor del art. 7, simplemente tienen que acudir a esa primera sesión informativa, pero el comienzo de la mediación no tendrá lugar en ningún caso si las partes libremente así lo deciden, de otra forma podría verse vulnerado su derecho de acceso a los tribunales y por tanto a la tutela judicial efectiva.

Frente a algunas opiniones que entienden que no es conveniente optar por la “obligatoriedad” de la mediación²⁵, particularmente creo que es muy positivo

24 En este sentido, señala BUTTS GRIGGS, que la característica de la voluntariedad es consustancial a la aceptación del resultado de la mediación, pero no lo es respecto de la derivación a una sesión informativa. BUTTS GRIGGS, T., Respuestas al cuestionario del CEJ sobre mediación, Madrid, febrero de 2008.

Igualmente, señala SOLETO MUÑOZ, que “es conveniente, conforme a la voluntariedad, consecuencia del principio de libre disposición, que las partes acudan voluntariamente a la mediación, sin embargo, ello no puede suceder si no conocen las características de la mediación. Lo primero será entonces recibir información sobre el procedimiento de mediación, lo cual se hace a través de la derivación a una primera sesión de mediación o sesión informativa por parte del Tribunal.”, SOLETO MUÑOZ, H., La mediación vinculada a los tribunales, en SOLETO MUÑOZ, H. (Dir.) Mediación y resolución..., op. cit., pág. 310.

25 El informe al Anteproyecto presentado por el Consejo General del Poder Judicial se muestra contrario a la obligatoriedad de la mediación y argumenta que ya el propio legislador parece ser consciente que será un trámite ineficaz al prever en el art. 19.1 del Anteproyecto que “en los supuestos de mediación obligatoria las sesiones informativas serán gratuitas. En tal caso, se

que el legislador haya optado por impulsar ésta, haciendo preceptivo su intento, aunque sea en determinados supuestos y no, precisamente, los más indicados.

Ahora bien no basta con obligar a las partes a acudir a una sesión informativa previa de mediación como requisito previo a la vía judicial, sin más. Si no queremos caer en errores pasados, como sucedió con la conciliación²⁶, es necesario que dicha sesión informativa se haga bien, es decir no basta con hacer saber a las partes la existencia de la mediación como una posible vía de solución de conflictos, sin más. El mediador, que ha de ser un profesional debidamente cualificado, en la sesión informativa ha de poner en conocimiento de las partes cuál es su rol, cuál es el objeto de la mediación y qué ventajas concretamente puede ofrecer ésta frente al proceso contencioso en la resolución de su conflicto. Sólo de esta forma las mismas podrán tener elementos de juicio suficiente para valorar la conveniencia de optar por la mediación o por la vía judicial²⁷.

podrá tener por intentada la mediación y cumplida la obligación legal justificando la asistencia" y en el artículo 24 que "La mediación exigida por ley se tendrá por intentada mediante la aportación del acta en que conste la inasistencia de cualquiera de las partes". Véase el Informe del CGPJ al Anteproyecto de Ley de Mediación..., op. cit. págs. 95-98.

26 En España, hasta el año 1984 era preceptivo intentar la conciliación como requisito previo de admisión de la demanda en todos los procedimientos civiles. Como señala MORENO CATENA, "el acto de conciliación se había convertido en la mayoría de los casos en una mera formalidad, en una cortapisa más que era preciso salvar dentro de la carrera de obstáculos en que había convertido el proceso civil, pero en la inteligencia de su escasa o nula virtualidad; no en vano se ha dicho que la historia de la conciliación es la historia de una gran ilusión desvanecida." Véase, CORTÉS DOMÍNGUEZ, V. y MORENO CATENA, V., *Derecho Procesal Civil. Parte General*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, pág. 114.

27 Señala COLMENERO GUERRA que, "sobre todo para aquellos que entienden que dicho trámite puede entorpecer una pronta solución jurisdiccional del asunto, conviene llamar la atención sobre los datos que en el ámbito civil registran las estadísticas del CGPJ; así en el año 2008 los Juzgados de Primera Instancia resolvieron 680.171 asuntos, pero sólo 146.442 de ellos lo fueron por sentencia, lo que quiere decir que el resto, algo más de 500.000 asuntos, lo

B) PRINCIPIO DISPOSITIVO

Recoge el art. 8 del Anteproyecto como manifestaciones del principio dispositivo la posibilidad de que las partes puedan decidir voluntariamente tanto el inicio del procedimiento de mediación como su permanencia en el mismo, reiterando en cierta medida la voluntariedad a la que hacía alusión en artículo anterior.

Obviamente, no cabrá mediación, ni por tanto acuerdo, sobre aquellos conflictos cuyo objeto no tenga carácter dispositivo para las partes²⁸, lo cual no excluye que la futura ley no sea de aplicación a todas las cuestiones de Derecho de familia, sino sólo a aquellas de las que las partes no puedan disponer libremente.

Se habla en el apartado tercero del art. 8 de las cláusulas de sumisión a mediación incorporadas por las partes a un contrato, dotando de eficacia y de plenos efectos jurídicos a las mismas, aún cuando el conflicto pudiere suscitarse por la propia existencia o validez del contrato en el que dicha cláusula se encontrase incluida, lo que viene a mostrar muy a las claras el interés por parte del legislador de promover la mediación como un recurso más, aparte de la jurisdicción y el arbitraje, al servicio de la resolución de conflictos.

fueron mediante formas anormales de terminación, la mayoría de las cuales suelen enmascarar algún tipo de transacción o negociación entre las partes, y si ello es así, establecer mecanismos al inicio del proceso que permitan cribar asuntos, sin más compromiso que asistir a la primera sesión informativa, no parece una idea descabellada, máxime cuando te aseguras la interrupción o suspensión de la prescripción o caducidad." Véase, COLMENERO GUERRA, J.A., Consideraciones sobre los anteproyectos de Ley de Mediación y de Reforma de la Ley de Arbitraje, en www.codigosdeconducta.com.

28 En este sentido, véanse arts. 19.1 y 751.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil sobre el poder de disposición de las partes sobre el proceso y sobre sus pretensiones.

Dicha cláusula no afectaría a la voluntariedad de la mediación, toda vez que no es sino fruto de un acuerdo de las partes en ejercicio de su autonomía de la voluntad, vinculando en todo caso a las mismas respecto de su “intento”, pero no en cuanto a su inicio forzoso y, menos aún, a su permanencia en el procedimiento. Si no existe voluntad en alguna de las partes de intentar llegar a un acuerdo, no tiene sentido obligarlas a iniciar un procedimiento que se sabe de antemano está condenado al más absoluto fracaso, desde el punto y hora en que al no haber un tercero que imponga la solución al litigio, la misma queda en manos de las partes que, precisamente, no tienen voluntad de hacerlo.

C) IMPARCIALIDAD Y NEUTRALIDAD

Respecto de la imparcialidad y neutralidad, a las que se refieren los arts. 9 y 10 del Anteproyecto, cabría entender que la imparcialidad hace referencia a la necesaria equidistancia que el mediador ha de tener respecto de las partes, de forma que se evite que una posible inclinación de éste hacia alguna de las posturas de las mismas pueda incidir en el resultado del proceso; y la neutralidad haría referencia a la relación del mediador con el resultado del conflicto, de forma que no oriente el mismo hacia sus propios valores morales, religiosos o culturales, habiendo de respetar los propios de cada una de las partes.

El mediador ha de intentar el equilibrio entre las partes, para lo cual ha de situarse en una situación equidistante de ambas y no tomar partido por alguna de ellas en ningún caso. Las partes han de percibir que el mediador considera legítimas todas las opciones que ambas planteen, que las respeta y que su cometido en el proceso consiste en ayudarlas a conseguir una solución justa y adecuada para ellas.

Se recoge en el art. 16.3 una previsión, cuando menos, curiosa²⁹. Se establece en el mencionado precepto que “antes de iniciar o de continuar su tarea, el mediador deberá revelar cualquier circunstancia que afecte o pueda afectar a su imparcialidad o bien generar un conflicto de intereses” y que “en tales casos el mediador sólo podrá aceptar continuar la mediación a condición de que esté seguro de poder mediar con total imparcialidad y siempre que las partes lo consientan y lo hagan constar expresamente”.

Parece un claro contrasentido, no es lógico pensar que si efectivamente existe alguna causa o razón que pueda poner en tela de juicio la profesionalidad e imparcialidad del mediador, las partes, aún a sabiendas de dicha circunstancia, vayan a confiar en que el mismo vaya a realizar su trabajo adecuadamente, ni que éste efectivamente sea capaz de abstraerse de todo y “asegurar”, como dice el artículo, a las partes que va a actuar con total imparcialidad³⁰.

D) CONFIDENCIALIDAD

Sobre todo en el ámbito de las relaciones civiles o mercantiles, propio del Anteproyecto, actualmente se viene prestando especial importancia al cuidado y mantenimiento de las relaciones, de forma que ya no sólo interesa resolver

29 Previsión que por cierto también se recoge en el Código de Conducta Europeo para Mediadores. Vid. http://ec.europa.eu/civiljustice/adr/adr_ec_code_conduct_es.pdf

30 En este sentido, me parece más coherente la regulación que de este tema ha hecho el legislador catalán. Así en el art. 6 de la Ley 15/2009, de 22 de julio, de mediación en el ámbito del derecho privado, de la Comunidad Autónoma de Cataluña, al hablar de la imparcialidad y neutralidad de la persona mediadora establece en el apartado tercero que “Si existe conflicto de intereses, vínculo de parentesco por consanguinidad hasta el cuarto grado o afinidad hasta el segundo grado, o amistad íntima o enemistad manifiesta entre la persona mediadora y una de las partes, la persona mediadora debe declinar la designación. En caso de duda, puede solicitar un informe a su colegio profesional”. En caso de no declinar la designación el mediador podrá ser recusado por alguna de las partes, tal y como se establece en el apartado quinto del mismo artículo.

puntualmente el conflicto surgido en el desarrollo de dichas relaciones, sino “pacificar” la situación de cara a relaciones futuras, efecto que obviamente no se consigue a través del proceso judicial.

Cada vez es más frecuente encontrarse con situaciones en las que las partes inmersas en un conflicto no son partidarias de airear sus disputas en un proceso judicial, ni de poner de manifiesto en el mismo información que, de acudir a un proceso de mediación, no sería necesario proporcionar a la otra parte, por lo que la garantía de la confidencialidad se antoja esencial en este marco³¹.

Se podría decir que el núcleo estructural del procedimiento de mediación es el manejo de la información confidencial ofrecida por las partes al mediador desde la sesión inicial y de ello va a depender en gran medida el éxito o el fracaso de la mediación.

Las partes nunca van a poner en juego información relevante a sabiendas de que podría ser utilizada en su contra en caso de no llegarse a acuerdo alguno en el proceso de mediación, de ahí que la garantía en el control de la información se torne como punto clave en aras a garantizar su no utilización en un proceso judicial o arbitral posterior.

Por tanto, la estricta observancia de la confidencialidad es la que va a generar el necesario clima de confianza para el correcto desarrollo de la mediación, al permitir que las partes dejen al margen posibles estrategias procesales y colaboren en la búsqueda común de una salida negociada al conflicto, con la

31 Respecto a las ventajas de la utilización de la mediación en conflictos empresariales y la importancia de la confidencialidad en los mismos, véase FAJARDO MARTOS, P. y SANZ PARRILLA, M., La Mediación como Mecanismo Alternativo de Solución de Conflictos en Derecho de Seguros y Reaseguros, en Simposio sobre Tribunales y Mediación. Nuevos caminos para la Justicia. Comunicaciones, Barcelona, 2009, págs. 47-54.

seguridad de que toda la información que pongan de manifiesto en las correspondientes sesiones no podrá ser utilizada en ningún caso en un ulterior proceso judicial de no alcanzarse una solución consensuada.

Tal y como se recoge en el Anteproyecto³², ni los mediadores, ni las personas que participen en la administración de un procedimiento de mediación podrán ser obligados a prestar declaración en un ulterior proceso judicial o arbitral, si no se llegase a acuerdo en el mismo.

Se considera que tanto el procedimiento de mediación, como toda la documentación que haya sido utilizada en el mismo tendrán carácter absolutamente confidencial, extendiéndose la obligación de confidencialidad tanto a las partes intervinientes como al mediador, el cual incurrirá en responsabilidad personal, siendo inhabilitado, en caso de incumplimiento de dicho deber.

Hasta la fecha, salvo los asuntos de mediación familiar amparados por las diversas normas autonómicas que regulan expresamente la confidencialidad, no existe disposición legal alguna que impida que un mediador o cualquier persona interviniente en un proceso de mediación pueda ser llamado a fin de ser interrogado sobre hechos o cuestiones debatidas en el mismo, por lo que se hace preciso solventar con urgencia este delicado tema³³.

32 Vid. art. 11 del Anteproyecto

33 En los distintos programas y proyectos piloto de mediación, tanto en el ámbito civil como en el penal, que se vienen desarrollando en distintos órganos jurisdiccionales de España, se recoge la garantía de la confidencialidad en los protocolos de actuación que sirven de guía tanto para órganos jurisdiccionales, como para las demás partes implicadas en dichos programas, pero estos protocolos se configuran como códigos de conducta o de buenas prácticas, sin que en ningún caso se les pueda otorgar fuerza jurídica vinculante, por lo que el "peligro" de que alguna de las partes pueda intentar servirse del proceso de mediación para obtener información de la otra parte y utilizarla en el proceso judicial sigue existiendo hasta que no sea promulgada

Se establecen en el Anteproyecto una serie de excepciones al deber de confidencialidad.

En primer lugar, y como nueva manifestación del principio dispositivo de las partes, se permite que las mismas lo puedan acordar así expresamente en el acta inicial de la mediación.

En segundo lugar, cuando sea necesario por razones de orden público o cuando lo requiera la protección del interés superior del menor o la prevención de daños a la integridad física o psicológica de una persona, si bien en este caso se requerirá previa autorización judicial motivada, lo cual parece totalmente lógico y adecuado, no pudiendo quedar al arbitrio de las partes la apreciación de dichas cuestiones³⁴.

También se exigirá resolución judicial motivada cuando sea necesario conocer el contenido de un acuerdo de mediación para poder procederse a su ejecución, lo cual también parece coherente, si bien en este caso la quiebra de la confidencialidad habrá de limitarse al contenido del acuerdo, no pudiendo

una norma que otorgue la oportuna cobertura legal y definitivamente proteja la confidencialidad de dichas informaciones.

Pueden consultarse algunos de estos protocolos en la pestaña de mediación que tiene abierta el Consejo General del poder Judicial en su página web (www.poderjudicial.es).

34 En este caso el Anteproyecto va un paso más allá de la Directiva 52/2008/CE, que si bien recoge como excepciones en su art. 7: "a) cuando sea necesario por razones imperiosas de orden público en el Estado miembro de que se trate, en particular cuando así lo requiera la protección del interés superior del menor o la prevención de daños a la integridad física o psicológica de una persona, o b) cuando el conocimiento del contenido del acuerdo resultante de la mediación sea necesario para aplicar ejecutar dicho acuerdo", no establece la necesidad de la previa autorización judicial motivada, por lo que parece dejar abierta la posibilidad de que las propias partes, amparándose en estas causas de excepción, puedan hacer un uso indebido de la información obtenida durante el proceso de mediación.

extenderse a otras cuestiones que hayan podido ser debatidas a lo largo del proceso.

Y, por último, se establece también como excepción, aquellos casos en que así lo establezca la legislación procesal, lo cual parece dejar una puerta abierta a posibles nuevas excepciones en virtud de criterios de oportunidad.

E) OTROS PRINCIPIOS INFORMADORES DE LA MEDIACIÓN

En el art. 12 del Anteproyecto se hace mención a otra serie de principios que han de informar la mediación, como la flexibilidad. Las partes son las que habrán de decidir cómo quieren que se organice el proceso, si bien habrán de respetar en cualquier caso los principios de igualdad y contradicción, correspondiendo al mediador velar en todo momento por el respeto absoluto de los mismos.

Se dice igualmente, que las partes habrán de colaborar con el mediador, y habrán de actuar conforme a los principios de buena fe y respeto mutuo, premisas necesarias para el correcto desarrollo del proceso de mediación.

No se habla, sin embargo del carácter personalísimo que ha de tener la mediación³⁵.

35 Este carácter personalísimo de la mediación si ha sido recogido por ejemplo en la Ley 15/2009, de 22 de julio, de mediación en el ámbito del derecho privado, de la Comunidad Autónoma de Cataluña, que en su art. 8 establece que "1. En la mediación, las partes y la persona mediadora deben asistir personalmente a las reuniones sin que puedan valerse de representantes o de intermediarios. En situaciones excepcionales que hagan imposible la presencia simultánea de las partes, pueden utilizarse medios técnicos que faciliten la comunicación a distancia, garantizando los principios de la mediación. 2. En la mediación civil entre una pluralidad de personas, las partes pueden designar portavoces con reconocimiento de

Teniendo en cuenta que el proceso de mediación no se plantea en términos jurídicos, sino como un debate de intereses contrapuestos en el que las partes han de trabajar colaborativamente en la búsqueda de una solución consensuada, para su correcto desarrollo, el mismo ha de llevarse a cabo por el mediador con las partes personalmente, no con representantes de éstas, sean abogados u otros.

Es necesario que el mediador tenga contacto directo con las partes para poder trabajar con ellas, ayudarlas a enfocar el conflicto, buscar sus intereses, generar opciones y, en definitiva, llevarlas a la búsqueda de soluciones.

Esta necesaria intervención personal de las partes en el proceso de mediación no implica que no puedan asistir en ningún caso sus representantes o abogados.

La presencia de representantes o de abogados en el proceso de mediación en ocasiones puede favorecer el mismo, pero en otras muchas puede perjudicarlo, por lo que es conveniente que, de estar presentes en el desarrollo de las sesiones, el mediador identifique claramente a los representantes cuál ha de ser su rol y les haga ver que los verdaderos protagonistas del conflicto y, en definitiva, dueños de la solución son las partes.

Se recoge en el apartado segundo del art. 12 una previsión que cabría ser considerada más como un efecto del inicio del proceso de mediación, que como un principio informador del mismo. Así, se dice que “Durante el tiempo que se desarrolle la mediación y en relación con su objeto las partes no podrán interponer entre sí ninguna acción judicial o extrajudicial”. Es decir, el comienzo

capacidad negociadora, que representen los intereses de cada colectivo implicado.” También aparece como un principio esencial del proceso de mediación en la Ley de Asturias (art.8), en la de Baleares (art. 2.f), en la del País Vasco (art. 8.i) o Galicia (art. 8.1).

de un proceso de mediación vendría a producir el mismo efecto de litispendencia que supone el inicio de una acción judicial, imposibilitando a las partes para ejercitar cualquier otro tipo de acción mientras se encuentre pendiente el desarrollo de la mediación.

5. ESTATUTO DEL MEDIADOR.

A) FORMACIÓN

La Directiva 52/2008/CE define en el art. 3 b) como mediador a “todo tercero a quien se pida que lleve a cabo una mediación de forma eficaz, imparcial y competente, independientemente de su denominación o profesión en el Estado miembro en cuestión y del modo en que haya sido designado o se le haya solicitado que lleve a cabo la mediación”. No se exige pues, a priori, ninguna formación especializada, ni ningún requisito especial para desempeñar la función de mediación, lo cual parece haber guiado al legislador español a regular, a mi parecer, con excesiva laxitud este tema de gran importancia.

Así, se establece en el art. 14 del Anteproyecto que *“Podrán ejercer funciones de mediador, aquellas personas naturales que se hallen en el pleno disfrute de sus derechos civiles, siempre que la legislación no lo impida o que estén sujetos a incompatibilidad, que posean como mínimo, el título de grado universitario de carácter oficial o extranjero convalidado y que se encuentren inscritas en el Registro de mediadores y de instituciones de mediación”*.

La propia Directiva en el Considerando 16 establece que *“los Estados miembros deben promover, por los medios que consideren adecuados, la formación de mediadores y el establecimiento de mecanismos eficaces de control de calidad relativos a la prestación de servicios de mediación”, e igualmente en el art. 4.2 dice que “Los Estados miembros fomentarán la formación inicial y continua de mediadores para garantizar que la mediación se lleve a cabo de forma eficaz, imparcial y competente en relación con las partes”*.

Existe pues, una evidente preocupación por la formación, no sólo inicial, sino también por la formación continua y permanente de los mediadores, en orden a garantizar que la prestación de sus servicios se lleve a cabo de forma eficaz, imparcial y competente en relación con las partes.

En el Anteproyecto se dice que la figura del mediador es esencial, sin embargo cuando habla de su formación se establece que el mismo habrá de tener una formación general que le permita desempeñar su tarea. No se especifica en qué habrá de consistir esa formación general, pese a reconocer que la actividad de mediación se despliega en múltiples ámbitos profesionales y sociales, por lo es evidente que requerirá de habilidades que, en muchas ocasiones, dependerán de la propia naturaleza del conflicto. No es suficiente, por tanto, estar en posesión de un título universitario, entiendo que es necesario exigir una formación específica en técnicas de mediación y en las diversas disciplinas que conforman ésta.

La calidad del procedimiento de mediación va a depender en gran medida de la idoneidad y capacitación de los mediadores intervinientes en el mismo. La mediación exige una preparación técnica y multidisciplinar muy especializada, por lo que quien la ejerza deberá acreditar que posee la formación adecuada.

En este sentido, me parece acertado no haber limitado el ejercicio de la mediación a profesionales de un ámbito específico³⁶, como por ejemplo a los

36 Por ejemplo en Grecia, el legislador al trasponer la Directiva a su ordenamiento interno ha optado porque sólo puedan ser mediadores los abogados en ejercicio. Vid. Ley 3898/2010 de Mediación en Asuntos Civiles y Mercantiles, Boletín del Gobierno (Φ.Ε.Κ.) Α' 211/16-12-2010. Por lo que respecta a nuestro país, las diferentes Comunidades Autónomas han regulado este tema de forma muy diversa. De acuerdo con lo establecido en las distintas leyes autonómicas, el mediador debe estar cualificado con formación específica teórica y práctica, que sea suficiente para realizar las actuaciones que requiere el proceso de mediación. No hay unanimidad a este respecto en las distintas comunidades autónomas, puesto que mientras unas

procedentes del Derecho o de la Psicología. Cualquier profesional, ya sea un abogado, un trabajador social o, por qué no, un médico o un matemático, pueden ser mediadores perfectamente cualificados, siempre y cuando hayan recibido la debida formación.

Para poder mediar en el ámbito de los conflictos recogidos en el Anteproyecto, y toda vez que se va a tratar básicamente de conflictos de naturaleza jurídica, una parte importante de esta instrucción habrá de consistir en conocimientos legales³⁷. Pero esta base jurídica no es suficiente, también habrá de acreditarse formación en herramientas y técnicas de comunicación, básicas para el desarrollo de la labor del mediador, así como conocimientos de psicología, sociología y otras disciplinas.

Es importante exigir la acreditación de conocimientos previos para poder actuar como mediador y también lo es la formación continua de los mismos. Las Administraciones públicas competentes, a través de las instituciones o centros

exigen, para poder inscribirse en el Registro de mediadores familiares que habilita para el ejercicio como mediador familiar, estar en posesión de un título universitario de grado superior o medio, junto con un complemento de formación teórico-práctico (art. 12 Ley madrileña, art. 3 Ley catalana); otras, especifican que debe tratarse de un titulado en derecho, psicología, psicopedagogía, sociología, trabajo social, educación social, graduado social, además de acreditar una formación específica en postgrado en los distintos niveles de experto, especialista o master (arts. 8 Ley castellano-leonesa, 7 Ley valenciana, art. 13 Ley andaluza). Véase, GONZÁLEZ PILLADO, E., Principios básicos del proceso de mediación familiar en la legislación autonómica, en SOLETO MUÑOZ, H. (Dir.), *Mediación y resolución...*, op. cit., pág. 464.

³⁷ Dichos conocimientos jurídicos resultan imprescindibles, toda vez que el mediador no ha de permitir que las partes puedan llegar a acuerdos que sean contrarios a Derecho. Si el mediador carece de esta necesaria formación jurídica mínima podría conducir a las partes a la conclusión de acuerdos que no fuesen viables y, por tanto, susceptibles de ejecución. Establece el art. 28.3 del Anteproyecto, refiriéndose a los acuerdos de mediación, que "El mediador comprobará 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...".

encargados de prestar los servicios de mediación, son quienes habrán de impartir dicha formación y exigir a sus mediadores los conocimientos y aptitudes necesarias para poder ser acreditados y llevar a cabo su función con garantías.

Dada la comentada omisión acerca de la necesidad de demostrar conocimientos específicos previos en mediación, es de esperar que las Administraciones públicas dispongan las características y requisitos que han de cumplir los servicios e instituciones de mediación para poder ofrecer un servicio de calidad y que, tanto éstos como el futuro Registro de mediadores que se cree en su momento, a su vez, requieran a sus mediadores la exigencia de esa formación previa para poder ser acreditados en los mismos.

Se ha criticado al texto del Anteproyecto que, pese a haber sido previsto en el artículo 2 a) de la Directiva, el mismo no prevé contemplar la mediación llevada a cabo por un juez que no sea responsable de ningún procedimiento judicial vinculado al litigio, lo cual podría ser aconsejable al permitir aprovechar la experiencia que muchos jueces han venido acumulando en la práctica de la mediación intrajudicial³⁸.

Entiendo que, pese a que el juez tenga experiencia en programas de mediación conectados con los tribunales, su papel en cualquier caso no es o no ha sido el de actuar como mediador en los mismos, por lo que no me parece buena idea atribuirle ahora ese rol sin más.

Si el juez no tiene formación específica en mediación no puede actuar como mediador, igual que tampoco debería hacerlo un fiscal, un abogado o un psicólogo por mucha experiencia que acrediten en un determinado campo. Si estamos abogando por la calidad y profesionalización de la mediación es

38 Vid. el Informe del CGPJ al Anteproyecto de Ley de Mediación..., op. cit. pág.24.

conveniente exigir conocimientos y formación específica en las técnicas y disciplinas que la misma aborda.

Me parece muy adecuado aprovechar los conocimientos y experiencia que los jueces pueden aportar en el campo de resolución alternativa de conflictos, al igual que se viene realizando desde hace años y con muy buen resultado en Estados Unidos y otros países anglosajones, pero no lo llamemos mediación, existen otras figuras cuya denominación encaja mucho mejor con la naturaleza de su intervención (Neutral Fact-Finding o Early Neutral Evaluation, Mini Trial, Settlement Conferences, etc.)³⁹.

B) INTERVENCIÓN

Con carácter general, la función del mediador ha de ir dirigida a facilitar la comunicación entre las partes, salvar las situaciones de bloqueo que se producen en cualquier negociación, generar, sólo en caso de que sea necesario, distintas opciones de solución a las partes y aportar a las mismas una visión de futuro de las decisiones adoptadas.

El mediador también es el garante de los intereses más necesitados de protección, como pueden ser los menores en los procesos de familia o los consumidores en los conflictos de consumo, habiendo igualmente de equilibrar la posición de las partes en la mediación a fin de permitir que la negociación entre las mismas se desarrolle en igualdad de condiciones.

Se dice en el Anteproyecto que la intervención del mediador en el proceso de mediación ha de ser activa y orientada a la solución de la controversia, a

³⁹ Para más información acerca de éstas y otras modalidades alternativas de resolución de conflictos, véase BARONA VILAR, S., Solución extrajudicial de conflictos. Alternative Dispute Resolution (ADR) y Derecho Procesal, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, págs. 86 y ss.

diferencia de otras figuras afines, como la conciliación, donde la participación del tercero se produce con una menor implicación o capacidad de respuesta⁴⁰.

De difícil conceptualización resulta la mediación como mecanismo de solución de conflictos, a partir de las distintas acepciones y variaciones que se han dado a la misma en los diferentes ordenamientos.

Existe un concepto de mediación activa, donde el mediador puede proponer a las partes soluciones al conflicto en el que ha intervenido, siendo ellas quienes deciden si acogen o no alguna de las mismas, y también existe una acepción de mediación pasiva, en la que el mediador intenta facilitar un acercamiento entre las partes, dejando total libertad a éstas para que puedan alcanzar un acuerdo⁴¹.

40 Véase en este sentido el punto II de la Exposición de Motivos y el art. 16 del Anteproyecto.

41 Sostiene SOLETO MUÑOZ, y coincide plenamente con dicha opinión, que "cada mediador puede tener su propio y personal estilo de hacer mediación, pero que es conveniente que amplíe su repertorio para poder ser un facilitador y adecuarse a las distintas situaciones a las que haya de enfrentarse. Es diferente la forma de abordar la mediación en un caso en el que no existen relaciones personales entre las partes, de un supuesto en el que sí existen (familia, trabajo, vecindad...), e igualmente será distinta la forma de abordar un conflicto puntual (disputa sobre linde de fincas...) que un conflicto amplio (separación, herencia...), por lo que el mediador ha de tener esa permeabilidad o capacidad de adaptación para ser capaz de mediar eficientemente en cada supuesto concreto".

"En general, la visión de la mediación en España y en Europa es de corte más bien pasivo o facilitador, si bien desde el ámbito anglosajón, en el que se lleva trabajando en mediación más tiempo que en el resto de países del entorno, se viene apostando más por una mediación más activa o evaluativa, de acuerdo con las circunstancias y la materia del conflicto, sobre todo en el ámbito civil y mercantil."

Véase, SOLETO MUÑOZ, H., La mediación vinculada a los tribunales, en SOLETO MUÑOZ, H. (Dir.) Mediación y resolución..., op. cit., pág. 303.

En el ámbito de la mediación familiar, entiendo que el mediador ha de adoptar una actitud más pasiva o facilitativa, toda vez que las partes mejor que nadie conocen cuál es la naturaleza de su conflicto o de las cuestiones que están debatiendo, no en vano se trata de circunstancias personales, emociones, sentimientos, necesidades económicas o de otra índole, pero, en definitiva, del ámbito más íntimo de la persona, por lo que el protagonismo del mediador habría de limitarse a ayudar a que las partes sean capaces de detectar esos intereses y orientarles para encontrar puntos de acuerdo que satisfagan los mismos en la medida de lo posible. Sólo si las partes son incapaces por sí mismas de generar opciones que satisfagan los intereses mutuos, y así se lo reclaman al mediador, éste podría ayudar a buscar más activamente vías de acuerdo, incluso ofreciendo soluciones a las mismas, si bien la adopción de la decisión final o de los acuerdos correspondería, en todo caso, a las partes.

Sin embargo, en el ámbito de las relaciones más estrictamente civiles o mercantiles, donde los intereses son de otra naturaleza, básicamente de carácter económico o empresarial, y donde no suele haber implicaciones de carácter emocional o personal, el papel del mediador puede y debe ser, porque así lo van a demandar las propias partes, mucho más activo o evaluativo, orientado en todo caso, no ya a la mejora o a la transformación de las relaciones, sino a la búsqueda de la solución que ponga fin al conflicto⁴².

42 Existen diferentes modelos teóricos de mediación. El Modelo Harvard o Modelo Tradicional Lineal sería el que más se adecuaría al tratamiento de conflictos en el ámbito meramente mercantil o empresarial, toda vez que es de inspiración utilitarista y como tal busca únicamente la solución rápida del conflicto, sin preocuparse de indagar en las causas del mismo. Sin embargo, para los conflictos familiares aparecen como más indicados otros modelos, como el Circular Narrativo de Sara Cobb o el Modelo Transformativo de Bush y Folger, toda vez que hacen primar el tratamiento y recomposición de la comunicación y de las relaciones como base del futuro acuerdo entre las partes. Para más información sobre estos distintos modelos, véase OTERO PARGA, M., Los modelos teóricos de la mediación, en SOLETO MUÑOZ, H. y OTERO

C) RESPONSABILIDAD CIVIL

Por lo que respecta a la responsabilidad civil del mediador, recoge el Anteproyecto una serie de supuestos tasados en los que el mediador habrá de responder y asumir las consecuencias resultantes de su actuación, fundamentalmente cuando se alejan de los principios rectores que informan el procedimiento de mediación, por ejemplo cuando quebrantan la obligación de confidencialidad en el manejo de la información, cuando incumplen su deber de imparcialidad resultando un claro beneficio para alguna de las partes, cuando permiten la adopción de acuerdos manifiestamente ilegales o cuando intervienen en un proceso de mediación existiendo causas de incompatibilidad o abstención, causando con ello un perjuicio a cualquiera de las partes⁴³.

Por la propia naturaleza del trabajo que desarrollan los mediadores se hace complicado pensar en un mal ejercicio del mismo, toda vez que su función va a consistir básicamente en intentar ayudar a las partes a resolver su conflicto y, además, éstas mantienen la disponibilidad sobre su permanencia voluntaria en el procedimiento, pudiendo abandonarlo en el momento en que muestren la más mínima disconformidad con el proceder del mediador, pero en cualquier caso no está de más el establecimiento con fines preventivos de un régimen sancionador por un eventual ejercicio profesional incorrecto.

PARGA, M. (coords.), *Mediación y solución de conflictos. Habilidades para una necesidad emergente*, Tecnos, Madrid, 2007, págs. 158-171.

43 Casi la totalidad de las leyes de mediación familiar y sus respectivos reglamentos de las distintas Comunidades Autónomas prevén un régimen sancionador de carácter civil o penal y establecen un rango para cada tipo de sanciones, que van desde las leves hasta las muy graves, fijando un procedimiento sancionador y designándose los órganos competentes para ello.

6. EL PROCEDIMIENTO DE MEDIACIÓN.

La mediación se podrá iniciar bien a través de solicitud conjunta de ambas partes, o bien a petición de una de ellas, siempre y cuando el resto acepte posteriormente⁴⁴.

Dicha petición se podrá presentar por las partes ante alguna de las instituciones de mediación de las que habla el Anteproyecto. También podrán hacerlo directamente ante el mediador o mediadores que vayan a llevar a cabo el procedimiento de mediación.

La mediación podrá ser realizada por un solo mediador o por varios. En este sentido, el Anteproyecto parece apostar por que sea un único mediador el encargado de la mediación, al desincentivar el uso de la co-mediación limitando el coste que habrá de tener ésta, que habrá de ser el mismo, intervengan uno o varios mediadores en el procedimiento⁴⁵.

No parece que tenga mucho sentido que, tal y como se recoge en el propio texto del Anteproyecto, en determinadas ocasiones, bien por la complejidad de la materia o bien por conveniencia de las partes, sea recomendable la co-mediación como fórmula más adecuada para llevar adelante el proceso de mediación con garantías, pero, sin embargo, no se reconozca el derecho de los

44 Tal y como se establece en el art. 20 del Anteproyecto: "En la solicitud de mediación se consignarán los datos y circunstancias de las partes interesadas en la mediación o, en su caso, del solicitante y del requerido o requeridos de mediación, el domicilio o domicilios o medio electrónico de comunicación en que puedan ser citados, el objeto de la mediación que se pretenda y la fecha.

La solicitud se podrá acompañar de aquellos documentos sobre los que las partes interesadas en la mediación o el solicitante apoyen su petición, de los cuales se entregará copia a las demás."

45 Véase art. 21.2 del Anteproyecto.

mediadores a poder percibir sus honorarios ajustados al trabajo desempeñado⁴⁶.

A) FLEXIBILIDAD

Se dice en el Anteproyecto que el procedimiento habrá de ser sencillo, ágil, eficaz y económico y que la duración del mismo no podrá superar los dos meses, ampliable a otro más. Se regula un procedimiento elemental y bastante informal, siendo las partes y el propio mediador, quienes habrán de sentar las bases de cómo quieren que éste se desarrolle.

Si algún elemento ha de definir el procedimiento de mediación, éste ha de ser la flexibilidad⁴⁷. El proceso de mediación no debe ajustarse a normas legales prefijadas, por lo que ha de primar la voluntad de las partes y del mediador a la hora de configurar el mismo.

La mediación intenta sustituir la actitud confrontativa de las partes por una más colaborativa. Es un procedimiento muy básico que consta de una primera sesión informativa en la que el mediador hace saber a las partes su rol y el objeto de la mediación, y si, una vez instruidas, éstas decidiesen

46 En los países anglosajones, donde la mediación civil y mercantil se viene practicando desde hace ya algunos años, el procedimiento normalmente se viene desarrollando por un solo mediador, aunque pueden intervenir más mediadores, los cuales, obviamente, perciben la remuneración correspondiente por su trabajo. Sin embargo, en mediación familiar, por la complejidad y naturaleza de las cuestiones debatidas, es más habitual trabajar en co-mediación, siendo recomendable además que el equipo esté integrado por mediadores cuya formación de origen no sea la misma, sino complementaria (por ejemplo jurista-psicólogo).

47 Véase SOLETO MUÑOZ, H., La mediación: método de resolución alternativa de conflictos en el proceso civil español, Revista Eletronica de Direito Processual, Vol. III, 2009, Río de Janeiro.

voluntariamente iniciar el mismo, comenzarían propiamente el proceso de mediación.

En las sesiones que conforman el proceso de mediación las partes, con la ayuda del mediador, intentarán en un primer momento definir los asuntos que van a ser objeto de las sesiones y elaborar una agenda para su tratamiento, para posteriormente definir sus intereses y generar opciones que, una vez evaluadas, puedan dar lugar a acuerdos que pongan fin de forma justa a todas las cuestiones suscitadas. En cualquier caso, se intentará reducir al máximo los requisitos que estructuran ese procedimiento, buscando los imprescindibles para el correcto desarrollo del mismo⁴⁸.

La mediación implica una mayor libertad de las partes, en la medida en que éstas no están sujetas a ningún tipo de formalismo, haciendo y deshaciendo siempre en virtud de sus propios intereses, teniendo únicamente como barrera las disposiciones legales que en ningún caso podrán ser contravenidas por sus acuerdos, siendo además el mediador garante de la legalidad de dichos acuerdos⁴⁹.

B) DURACIÓN

Una ventaja evidente que presenta la utilización de la mediación es la rapidez. Cualquier proceso de mediación va a resultar más rápido, en todo caso, que el correlativo proceso judicial. Hay meditaciones, sobre todo las que se realizan en ámbitos como el mercantil o el laboral que pueden resolverse en una sola sesión, y las más complejas, algunas en el ámbito familiar, podrían demorarse

48 Al respecto, y para un conocimiento más detallado del proceso de mediación, véase MOORE, C., *El Proceso de Mediación*, Granica, Buenos Aires, 2006.

49 Vid. art. 28.3 del Anteproyecto.

hasta un máximo de tres meses, según prevé el Anteproyecto⁵⁰, con lo que, en todo caso, su duración seguiría siendo menor a la del procedimiento judicial, sin perder de vista además que el mediador puede poner fin al proceso de mediación si considera que alguna de las partes está haciendo un uso fraudulento del mismo y no existe voluntad de alcanzar acuerdos o de intentar solucionar el conflicto.

Respecto de la duración máxima del procedimiento de dos meses, ampliable excepcionalmente a un mes más, entiendo que el legislador ha intentado fijar un límite temporal con el fin, no ya de instar a las partes a llegar a un acuerdo rápidamente, sino de evitar que éstas puedan hacer un mal uso de la mediación utilizándola con fines meramente dilatorios.

Probablemente la mayoría de los procesos de mediación no necesiten del plazo establecido, pero puede suceder que por la complejidad de las cuestiones a tratar se necesite más tiempo, por lo que quizás hubiese sido más recomendable dejar al criterio de las propias partes y del mediador la duración máxima del procedimiento. No hay que olvidar que el mediador, si en algún

⁵⁰ Establece el art. 24 del Anteproyecto que “La duración del procedimiento de mediación será lo más breve posible y sus actuaciones se concentrarán en el mínimo número de sesiones.

La duración máxima del procedimiento será de dos meses a contar desde la fecha de la firma del acta inicial, prorrogables con carácter excepcional y de común acuerdo de las partes por un mes más.”

La Ley 15/2009, de 22 de julio, de mediación en el ámbito del derecho privado de Cataluña prevé un plazo superior ya que computa el mismo con días hábiles, no naturales como el Anteproyecto. Así, el art. 17.1 establece que “La duración de la mediación depende de la naturaleza y complejidad del conflicto, pero no puede exceder de los sesenta días hábiles, contaderos desde el día de la reunión inicial. Mediante una petición motivada de la persona mediadora y de las partes, el órgano o la entidad competente puede prorrogar su duración hasta un máximo de treinta días hábiles más, en consideración a la complejidad del conflicto o al número de personas implicadas.”

momento percibe que no existe voluntad de alcanzar acuerdo alguno entre las partes, como “director” del proceso puede poner fin al mismo, e igualmente cualquiera de las partes podrá abandonar la mediación cuando considere que no le va a ofrecer los resultados esperados, con la garantía además de que los plazos procesales de caducidad y prescripción se encuentran en suspenso.

C) USO DE NUEVAS TECNOLOGÍAS

La implementación de nuevas tecnologías cobra también un papel importante de cara a la utilización de la mediación en un futuro cercano. Tanto el legislador comunitario como el español han considerado que es necesario introducir en el sistema normativo el uso de las tecnologías de la información y comunicación como herramientas a utilizar en la resolución de conflictos y, particularmente en la mediación⁵¹.

Así, en el propio Anteproyecto se establece que las instituciones de mediación dispongan de medios telemáticos y que las partes de un conflicto puedan acordar su uso para el desarrollo de la mediación, estableciéndose la obligatoriedad de los medios electrónicos para las mediaciones que versen sobre reclamaciones de cantidad cuya cuantía no supere los 300 euros, siendo además en dichas reclamaciones obligatorio el intento de mediación.

Es evidente que la utilización de nuevas tecnologías se ha incrementado de forma considerable, particularmente en la última década. Las redes sociales, la comunicación a través del correo electrónico y las transacciones vía internet

⁵¹ El Considerando 9 de la Directiva 2008/52/CE establece que “La presente Directiva no debe impedir en modo alguno la utilización de las nuevas tecnologías de comunicaciones en los procedimientos de mediación”.

Por su parte, el Anteproyecto se refiere a este tema en los arts. 5.3 y 29, así como en la Disposición final tercera.

forman parte del acervo particular de cada vez más ciudadanos y empresas, que se han tenido que ir adaptando a los cambios que esta nueva sociedad tecnológica va imponiendo inexorablemente.

Sin embargo, y pese a los esfuerzos que se vienen realizando desde hace algún tiempo, estos cambios no se están apreciando en la Administración de Justicia con la misma intensidad o con el mismo ritmo que lo vienen haciendo en otros sectores, lo que está afectando no sólo a la imagen de la misma, sino también a su propia eficacia.

Entiendo que la utilización de estas nuevas tecnologías puede ser muy adecuada por las ventajas que las mismas ofrecen como son la deslocalización, la rapidez, la inmediación, la accesibilidad y el ahorro de costes.

Ahora bien, no es conveniente su aplicación a cualquier tipo de conflicto, no por lo menos en aquellos donde la intervención física del mediador se hace necesaria por la propia naturaleza del conflicto, como pueden ser todos los temas familiares o aquellos donde exista cualquier tipo de vínculo o relación personal que sea preciso observar. Si creo que pueden ofrecer un buen resultado en todos aquellos conflictos de reclamación de cantidad, independientemente de la misma, o en aquellas cuestiones donde las relaciones, o la conservación de las mismas, no tengan un carácter relevante, máxime si tenemos en cuenta que al no haber un contacto físico del mediador con las partes y eliminarse, por tanto, el factor humano, se garantiza la neutralidad en el tratamiento que cada una de las partes va a recibir.

Se aduce como argumento en contra de la utilización de estos medios, la posible falta de seguridad que podría vulnerar la confidencialidad del proceso, sin embargo entiendo que hoy en día existen suficientes elementos de

seguridad informática, como la firma electrónica o la criptografía, que permiten evitar con garantías cualquier tipo de injerencia en las comunicaciones.

D) COSTE

En cuanto al coste de la mediación, se busca que el mismo sea razonable y asumible para las partes, aunque haya de intervenir más de un mediador en el mismo proceso. En ningún momento la gratuidad se perfila como elemento definitorio de la mediación, lo cual es lógico pues supondría una carga económica difícil de asumir para las maltrechas arcas de la Administración de Justicia⁵².

Hay que distinguir las dos modalidades posibles de inicio de la mediación, así cuando sea obligatorio acudir a la sesión informativa en aquellos supuestos que la Ley expresamente prevea, dicha sesión no tendrá coste alguno para las partes; sólo cuando las partes voluntariamente decidiesen iniciar la mediación habrán de abonar la misma, estableciéndose una distribución equitativa del

52 La mayor parte de las leyes autonómicas establecen la gratuidad de la prestación del servicio de mediación para todas aquellas personas que reúnan la condición de beneficiarias del derecho de asistencia jurídica gratuita, de acuerdo con los criterios establecidos en la Ley 1/1996, de 10 de enero, de Asistencia Jurídica Gratuita (arts. 21 Ley canaria, 27 Ley Andaluza, 6.2 Ley valenciana). Sin duda, esta previsión guarda coherencia con el carácter alternativo y complementario de la mediación frente al proceso judicial y garantiza a las personas con insuficiencia de recursos para litigar la libertad para optar entre acudir ante los tribunales e iniciar el correspondiente proceso judicial, o iniciar un proceso de mediación para intentar llegar a un acuerdo que ponga fin al conflicto.

Salvo el supuesto de acreditación de insuficiencia de recursos económicos, el importe del servicio de mediación será asumido, con carácter general por las partes. Incluso, se refleja en muchas de las leyes de las comunidades autónomas que cuando el beneficio de justicia gratuita corresponda a una sola de las partes en conflicto, la otra sólo tendrá que abonar la mitad del coste del proceso de mediación, de acuerdo con las tarifas previstas (arts. 21 Ley canaria, 27 Ley Andaluza, 6.2 Ley valenciana). Véase, GONZÁLEZ PILLADO, E., Principios básicos del proceso de mediación familiar en la legislación autonómica, en SOLETO MUÑOZ, H. (Dir.), Mediación y resolución..., op. cit., pág. 463.

coste, lo cual es perfectamente lógico y adecuado teniendo en cuenta que estamos ante controversias que son de naturaleza privada y que las partes están buscando con la mediación hallar una solución más económica y más rápida y flexible que la que podrían obtener ante el órgano judicial de turno.

Los elevados costes del proceso judicial, e incluso del arbitraje, hacen cada vez más habitual la utilización de la mediación en el ámbito civil y mercantil. Si hay acuerdo, obviamente, las partes ahorrarán los costes de litigar⁵³.

Se prevé en el Anteproyecto, si la mediación no finaliza con acuerdo y no evita la sustanciación de un proceso judicial posterior con el mismo objeto, incluir los costes de la mediación en caso de condena en costas de alguna de las partes. Igualmente, prevé modificar el art. 394 de la Ley de Enjuiciamiento Civil para incluir el coste de la mediación en la condena en costas a la parte que incumpla lo dispuesto en el acuerdo de mediación para el caso de proceso declarativo, monitorio o de ejecución por incumplimiento de dicho acuerdo, y el art. 395.1 que establece que se entenderá que ha existido mala fe en el allanamiento efectuado por el demandado, y por tanto procederá la condena en costas, en los casos en que se hubiere iniciado procedimiento de mediación con carácter previo a la interposición de la demanda.

53 Según pone de manifiesto ESTEBAN DE LA ROSA, G, *Irrupción Del movimiento ADR en las relaciones transfronterizas*, Revista de la Corte Española de Arbitraje, vol.XX, 2005, pág. 100 “cada vez se aprecia con más frecuencia en la práctica comercial internacional, en especial cuando se trata de operaciones económicas de una cuantía significativa y de alta complejidad, que las partes optan en primer lugar por resolver sus futuras controversias acudiendo a la negociación o a la mediación, esto es, a mecanismos de autocomposición de intereses, y que sólo si éstos fallan, se acude al arbitraje”.

7. EL ACUERDO DE MEDIACIÓN.

A) EFICACIA

El resultado de la mediación pertenece a las partes, es decir sólo ellas son dueñas de la decisión final, por lo que de finalizar el proceso de mediación con acuerdo entre las partes es porque éstas están realmente convencidas de la bondad y justicia del pacto alcanzado⁵⁴.

En la mediación no hay ganadores ni perdedores, las partes trabajan colaborativamente en aras a la consecución de un acuerdo que les satisfaga mutuamente, por lo que una vez alcanzado, normalmente tras un laborioso y productivo proceso de diálogo y de restauración de la comunicación, éste va a ser debidamente comprendido y aceptado por cada uno de los individuos en conflicto.

Se ofrece a las partes una amplia gama de posibilidades para que éstas alcancen acuerdos, a diferencia de la vía judicial clásica donde la única solución posible es la acordada por el juez en aplicación de la oportuna legislación. Las partes sienten que el problema es suyo y que, por tanto, nadie mejor que ellas lo conoce y ha de saber cómo solucionarlo, por lo que dicha solución va a depender de su propia capacidad de respuesta.

Es importante que las partes cuando alcanzan un acuerdo lo hagan libre y conscientemente, sin posturas parcializadas o compromisos no equitativos alcanzados forzosamente que lo único que pueden conseguir es el posterior incumplimiento del mismo. Por esta razón, a lo mejor sería conveniente

54 En este sentido, GALEOTE MUÑOZ, M.P., La Mediación, en Sistemas de solución extrajudicial de conflictos, Editorial Universitaria Ramón Areces, Madrid, 2006, pág. 69.

introducir un período de reflexión antes de la firma del acuerdo o bien la introducción de un período breve de retractación una vez firmado.

El mediador, tal y como recoge el Anteproyecto, no ha de redactar el acuerdo de mediación, sino que habrán de ser las propias partes o sus representantes quienes lo hagan, pero ha de velar porque dicho acuerdo refleje la estricta voluntad de las partes en acatar el compromiso alcanzado y sus consecuencias, así como su conformidad con el ordenamiento jurídico⁵⁵.

Contra el acuerdo de mediación no cabrá recurso alguno, lo cual es lógico toda vez que no hace sino recoger la voluntad de las partes, por lo que éstas no pueden ir contra sus propios actos. Sólo cabrá solicitar la anulación o la revisión del mismo, de conformidad con lo dispuesto en la Ley de Enjuiciamiento Civil para las sentencias firmes, y podrá ejercitarse en el plazo máximo de un año desde la firma del acuerdo, si es por infracción de alguno de los requisitos previstos en el propio art. 28 del Anteproyecto, o desde que tuvo lugar el cese de la violencia o intimidación si son éstos los motivos que dan lugar a la solicitud, plazo que parece excesivo.

Normalmente, el índice de incumplimiento de los acuerdos de mediación es mucho menor que el de las resoluciones judiciales, de hecho es bastante bajo y por lo general, además, se ofrece a las partes la posibilidad de volver a mediación en caso de que surja algún tipo de discrepancia en la ejecución de los mismos.

B) EJECUTIVIDAD

Ya la Directiva 52/2008/CE en su artículo 6 ordenaba a los Estados miembros que garantizaran que las partes de mutuo acuerdo, o una de ellas con el

⁵⁵ Vid. art. 28.3 del Anteproyecto.

consentimiento explícito de las demás, pudiesen solicitar que se diese carácter ejecutivo al acuerdo de mediación, a no ser que o bien la legislación del Estado no contemplase expresamente dicha ejecutividad o que el acuerdo fuese contrario al orden público del mismo.

El Anteproyecto, siguiendo lo dispuesto en la Directiva y con la evidente intención de potenciar e impulsar la mediación como mecanismo de solución de conflictos, otorga fuerza ejecutiva a los acuerdos alcanzados por las partes en el proceso de mediación y eficacia de cosa juzgada como si de una sentencia judicial se tratase, haciendo de esta cuestión uno de los núcleos esenciales de su regulación.

Ahora bien, esta ejecutividad sólo se predica respecto de los acuerdos logrados al amparo de lo prescrito en el mismo, es decir no todos los acuerdos de mediación van a tener fuerza ejecutiva, sino única y exclusivamente aquéllos que el Anteproyecto establece, por lo que si se quiere otorgar fuerza jurídica vinculante a un acuerdo de mediación, éste necesariamente habrá de haber sido alcanzado siguiendo las normas del mismo.

Si el acuerdo de mediación se lograra, una vez iniciado un procedimiento judicial, se podrá solicitar por las partes que se dicte auto por el juez homologando el mismo y confiriéndole, por tanto, carácter ejecutivo.

Para el resto de supuestos su ejecutividad, en principio, como mero negocio jurídico inter partes, quedará sujeta a la voluntad de éstas y en caso de inobservancia las partes podrán intentar acudir nuevamente a mediación a fin de intentar resolver las cuestiones que han dado origen al incumplimiento o bien ir directamente a la vía judicial a intentar hacer valer lo pactado en mediación⁵⁶

56 Para VIOLA DEMESTRE, "según cual sea la materia objeto del conflicto, bien pudiera considerarse que los acuerdos alcanzados por las partes, con la intervención de un mediador,

o replantear ab initio la cuestión litigiosa ante el órgano jurisdiccional y obtener una resolución directamente ejecutable.

Destaca, no ya el hecho de que se otorgue eficacia de cosa juzgada a dichos acuerdos, lo cual ya se viene haciendo por ejemplo con figuras afines como los acuerdos transaccionales regulados en el art. 1816 del Código Civil, sino el que se prevea expresamente la inclusión en el art. 517. 2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil del acuerdo de mediación como título de ejecución.

Para articular el cumplimiento forzoso de lo acordado en mediación, obviamente, se habrá de acudir a la autoridad judicial dada la reserva en exclusiva conferida a los Juzgados y Tribunales en el art. 117 de nuestra Constitución.

Es de esperar que nuestros políticos agilicen los trámites y que la futura Ley de mediación en asuntos civiles y mercantiles vea la luz lo antes posible, siendo complicado ya en su debido plazo, mayo de 2011, y que, en cualquier caso, lo haga teniendo en cuenta algunas cuestiones que se hace preciso mejorar o

constituyen un contrato de transacción. Pues bien, esta transacción tiene para las partes la autoridad de cosa juzgada, es decir que no puede volver a tratarse de esta cuestión en procedimiento judicial, pues ya no existiría controversia, de tal modo que si una de ellas presenta una demanda judicial sobre el mismo objeto de controversia, la otra parte puede oponer la excepción de transacción terminada de acuerdo con lo que dispone el art. 1.816 CC. Sin embargo, el mismo art. 1816 CC señala que la vía de apremio, es decir, en general, la ejecución forzosa, en particular, la realización para hacer efectivo el pago al ejecutante con el producto de la liquidación de la transacción, tan sólo procederá si se trata de una transacción judicial. La transacción será judicial siempre que la autoridad judicial emita una resolución en la que se recoja la aprobación de los acuerdos adoptados por las partes, por ellas mismas o como resultado de un proceso de mediación, de acuerdo con las formalidades legales pertinentes." Véase, VIOLA DEMESTRE, I., El carácter ejecutivo de los acuerdos resultantes de mediación, en Simposio sobre Tribunales..., op. cit., págs. 24-25.

clarificar a fin de que la implementación e institucionalización de la mediación en nuestro ordenamiento a nivel nacional surta los efectos deseados.

IV.- BIBLIOGRAFÍA

BARONA VILAR, S., Solución extrajudicial de conflictos, Alternative Dispute Resolution y Derecho Procesal, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999

BELLOSO MARTÍN, N., Un paso más hacia la desjudicialización. La Directiva europea 2008/52/CE sobre mediación en asuntos civiles y mercantiles, en Revista Eletronica de Direito Processual, Vol.II

BLANCO CARRASCO, M., La alternativa de la mediación en conflictos de consumo: presente y futuro, Anuario Jurídico y Económico Escurialense, XLII, 2009

BUTTS GRIGGS, T., Respuestas al cuestionario del CEJ sobre mediación, Madrid, febrero de 2008

COLMENERO GUERRA, J.A., Consideraciones sobre los anteproyectos de Ley de Mediación y de Reforma de la Ley de Arbitraje, en www.codigosdeconducta.com.

CORTÉS DOMÍNGUEZ, V. y MORENO CATENA, V., Derecho Procesal Civil. Parte General, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010

ESTEBAN DE LA ROSA, G, Irrupción del movimiento ADR en las relaciones transfronterizas, Revista de la Corte Española de Arbitraje, vol.XX, 2005

FAJARDO MARTOS, P. y SANZ PARRILLA, M., La Mediación como Mecanismo Alternativo de Solución de Conflictos en Derecho de Seguros y Reaseguros, en Simposio sobre Tribunales y Mediación. Nuevos caminos para la Justicia. Comunicaciones, Barcelona, 2009

GALEOTE MUÑOZ, M.P., La Mediación, en Sistemas de solución extrajurisdiccional de conflictos, Editorial Universitaria Ramón Areces, Madrid, 2006

GARCÍA PRESAS, I., Las directrices de la Unión Europea en materia de mediación. Su proyección en España. Dereito, Revista Xurídica da Universidade de Santiago de Compostela, Vol.18, nº 1, 2009

GONZÁLEZ PILLADO, E., Principios básicos del proceso de mediación familiar en la legislación autonómica, en SOLETO MUÑOZ, H. (Dir.), Mediación y resolución de conflictos: técnicas y ámbitos, Tecnos, Madrid, 2011

MOORE, C., El Proceso de Mediación, Granica, Buenos Aires, 2006

MORENO CORDERO, G., La Directiva Comunitaria 2008/52/CE sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles (especial referencia a la mediación de consumo en el ordenamiento español), Revista de la Corte Española de Arbitraje, Vol. XXIV, 2009

ORTIZ PRADILLO, J.C., La mediación en la Unión Europea: la Directiva sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles, en Mediación: un método de ? conflictos. Estudio interdisciplinar, Colex, Madrid, 2010

ORTUÑO MUÑOZ, J. P. y HERNÁNDEZ GARCÍA, J., Sistemas alternativos a la resolución de conflictos (ADR): la mediación en las

jurisdicciones civil y penal, Documento de trabajo 110/2007, Fundación alternativas

OTERO PARGA, M., Los modelos teóricos de la mediación, en SOLETO MUÑOZ, H. y OTERO PARGA, M. (coords.), Mediación y solución de conflictos. Habilidades para una necesidad emergente, Tecnos, Madrid, 2007

PÉREZ DAUDÍ, V., Aspectos procesales de la mediación en asuntos civiles y mercantiles, en SOLETO MUÑOZ, H. (Dir.) Mediación y resolución de conflictos: técnicas y ámbitos, Tecnos, Madrid, 2011

ROBLES LATORRE, P., Apuntes sobre la Directiva de mediación en asuntos civiles y mercantiles, en Revista de Derecho Privado, noviembre-diciembre 2008

SOLETO MUÑOZ, H., La mediación en la Unión Europea, en SOLETO MUÑOZ, H. y OTERO PARGA, M. (Coords.) Mediación y solución de conflictos. Habilidades para una necesidad emergente, Tecnos, Madrid, 2007

SOLETO MUÑOZ, H., Mediación laboral. Mediación comunitaria, en SOLETO MUÑOZ, H. y OTERO PARGA, M. (Coords.) Mediación y solución de conflictos. Habilidades para una necesidad emergente, Tecnos, Madrid, 2007

SOLETO MUÑOZ, H., La mediación: método de resolución alternativa de conflictos en el proceso civil español, Revista eletrónica de Direito Processual, Vol. III, 2009, Río de Janeiro

SOLETO MUÑOZ, H., Negociación, en SOLETO MUÑOZ, H. (Dir.) Mediación y resolución de conflictos: técnicas y ámbitos, Tecnos, Madrid, 2011

SOLETO MUÑOZ, H., La mediación vinculada a los tribunales, en SOLETO MUÑOZ, H. (Dir.) Mediación y resolución de conflictos: técnicas y ámbitos, Tecnos, Madrid, 2011

VIOLA DEMESTRE, I., El carácter ejecutivo de los acuerdos resultantes de mediación, en Simposio sobre Tribunales y Mediación. Nuevos caminos para la Justicia. Comunicaciones, Barcelona, 2009

Diario La Ley, 15 Oct., LA LEY 22051/2010

Páginas Web:

Informe al Anteproyecto de Ley de Mediación en asuntos civiles y mercantiles, redactado por el Consejo General del Poder Judicial (www.poderjudicial.es)

http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/site/es/com/2002/com2002_0196es01.pdf

<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2004:0718:FIN:ES:PDF>

<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2008:136:0003:0008:ES:PDF>

http://ec.europa.eu/civiljustice/adr/adr_ec_code_conduct_es.pdf