

La mediación en asuntos civiles y mercantiles (breves notas a la Ley 5/2012, de 6 de julio)

*Mediation in Civil and Mercantile Affairs (Brief Notes on Law
5/2012, of 6th July)*

ISABEL VIOLA DEMESTRE*
Universidad de Barcelona

RECEPCIÓN: 02/05/2012 • ACEPTACIÓN: 03/10/2012

RESUMEN La promulgación de la normativa estatal sobre mediación en asuntos civiles y mercantiles ha significado un hito relevante en la legislación española al regular, por primera vez, en el ámbito estatal los aspectos generales de este medio de autocomposición de controversias que es la mediación, así como al conectarla con los tribunales, introduciendo modificaciones en las normas de la jurisdicción ordinaria civil. Hasta la fecha, la regulación se hallaba en las normas promulgadas por las comunidades autónomas y con alguna mención en la legislación civil y procesal, mas sin régimen jurídico estatal. En la nueva legislación, motivada por el mandato europeo de transponer la Directiva 52/2008/CE, se establece un concepto de mediación y sus principios informadores; se fija el ámbito objetivo de la norma, no sólo transfronteriza, según la citada Directiva, sino también la interna, instaurando el estatuto del mediador así como un procedimiento básico, del que se prevé, como gran innovación, el carácter ejecutivo a los acuerdos resultantes del procedimiento que son elevados a escritura pública notarial.

* Doctora en Derecho. Profesora Titular de Derecho Civil, Universidad de Barcelona, España. E-mail: isabelviola@ub.edu.

PALABRAS CLAVE Mediación, civil, mercantil, principios, ejecutividad.

ABSTRACT The promulgation of state regulations on mediation in civil and mercantile affairs has been an important milestone in Spanish legislation, regulating in the ambit of the state, for the first time, some general aspects of this means of dispute settlement by the parties involved, and connecting it to the courts, introducing modifications into the rules of the ordinary civil legal system. Up to now, regulation has been embodied in the regulations promulgated by autonomous communities, with some mention in civil and procedural legislation, but with no state legal regime. The new legislation, motivated by the European mandate to transpose Directive 52/2008/CE, establishes a concept of mediation and the principles informing it; it sets the target scope of the regulation, not just trans-border, as required by the Directive, but also internal, introducing the person of the mediator by statute, as well as a basic procedure. An important innovation is that the latter indicates the executive nature of agreements resulting from the procedure when converted into a notarised public deed.

KEYWORDS Mediation, civil, commercial, principles, enforceability.

I. Introducción

La promulgación del Real Decreto-Ley 5/2012, de mediación en asuntos civiles y mercantiles¹ (en adelante, RDLMACM) representó un hito relevante en la legislación española: por una parte, al regular, por primera vez, en el ámbito estatal, algunos generales aspectos de este medio de autocomposición de controversias que es la mediación ya que, hasta el momento, se contemplaba principalmente en el ámbito civil familiar (excepto, Cataluña y Cantabria, con normas de ámbito mayor al estrictamente familiar) mediante leyes promulgadas por la mayor parte de las comunidades autónomas² (excepto Extremadura,

1. Boletín Oficial del Estado (en adelante, BOE) N° 56, de 6 de marzo de 2012; corrección de errores, BOE N° 65, de 16 de marzo de 2012.

2. En Cataluña, Ley 1/2001, de 15 de marzo, de mediación familiar, que fue derogada por la Ley del Parlamento de Cataluña 15/2009, de 22 de julio, de mediación en el ámbito del derecho privado; en Galicia, Ley 4/2001, de 31 de mayo; en Valencia, Ley 7/2001, de 26 de noviembre; en Canarias, Ley 15/2003, de 8 de abril; en Castilla-La Mancha, Ley 4/2005, de 24 de mayo; en Castilla-León, Ley 1/2006, de 6 de abril; en

La Rioja, Murcia y Navarra); por otra parte, desde el punto de vista procesal, puesto que el Real Decreto-Ley conectó la mediación con la jurisdicción ordinaria civil al modificar cerca de 20 disposiciones de la Ley de Enjuiciamiento Civil, ampliando así las, hasta el momento, dos menciones presentes en los artículos 770 y 777, en sede de procesos matrimoniales³, a la vez que contempla la suspensión de los plazos de prescripción y de caducidad de acciones con la presentación de la solicitud de mediación (art. 4 RDLMACM).

Con este Real Decreto-Ley se incorporó al derecho español la Directiva 2008/52/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo de la Unión Europea, de 21 de mayo de 2008, sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles (Disposición final séptima RDLMACM), 9 meses después de haber expirado el plazo establecido por dicha Directiva para su transposición, esto es, el 21 de mayo de 2011, razón por la cual, el Gobierno del Estado aprobó dicha regulación por el cauce del Real Decreto-Ley, para su tramitación por la vía de urgencia⁴ (y con ello, tratar de evitar posibles sanciones por parte de

Islas Baleares, Ley 18/2006, de 22 de noviembre; en Madrid, Ley 1/2007, de 21 de febrero; en Asturias, Ley 3/2007, de 23 de marzo; en el País Vasco, Ley 1/2008, de 8 de febrero; en Andalucía, Ley 1/2009, de 27 de febrero; en Aragón, Ley 9/2011, de 24 de marzo y en Cantabria, Ley 1/2011, de 28 de marzo.

3. Esta dos menciones fueron incorporadas sólo 7 años antes de la LMACM, en concreto, por la ley 15/2005, de 8 de julio, por la que se modificaba el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil.

4. Si bien la norma de transposición de la Directiva 2008/52/CE ha sido promulgada mediante Real Decreto-Ley y, por tanto, a iniciativa del Gobierno, su contenido se enraiza en el Proyecto de Ley de Mediación en asuntos civiles y mercantiles (Diario oficial de la Cortes generales, en adelante, DOCG N° 122-I, de 19 de abril de 2011, Proyecto de ley 121/000122), como se pone de manifiesto en distintos preceptos, empezando, por ejemplo, con el concepto de mediación, del artículo 1, muy similares en uno y otro texto legal (al tomar la definición que en estos términos adopta la Directiva), pero que se verifica también en otros artículos, respecto de las instituciones de mediación, igualmente coincidentes, en la mayor parte de su redactado (artículo 5 del Proyecto y también de la LMACM). Pese a esta identidad en algunos de los preceptos de ambas normas, con el Real Decreto-Ley, y también en la Ley 5/2012, se establece una regulación particular en relación con algunos aspectos (como el carácter ejecutivo de los acuerdos resultantes de la mediación elevados a escritura pública) que en el Proyecto tenían una configuración distinta a la regulación vigente, que serán oportunamente puestos de relieve en el apartado correspondiente.

la Unión Europea por el incumplimiento del plazo fijado para la consabida transposición)⁵. Conviene resaltar de antemano que el Real Decreto-Ley tuvo un alcance mayor del previsto por la Directiva (fomentar la mediación en asuntos civiles y mercantiles transfronterizos, en 14 artículos) pues nuestra norma conforma un régimen general aplicable a toda mediación que tenga lugar en España, que pretenda tener un efecto vinculante, en el ámbito de los asuntos civiles y mercantiles (Exposición de Motivos, en adelante, EM, apartado II, par. 4 RDLMACM), sin perjuicio de las competencias que algunas comunidades autónomas puedan tener en el ámbito civil, cuya legislación autonómica será de aplicación directa, frente a la estatal.

Es preciso destacar también que, si bien el RDLMACM entró en vigor al día siguiente de su publicación en el Boletín Oficial del Estado, esto es, el 7 de marzo de 2012, como todo Real Decreto-Ley aprobado como decíamos por razones de urgencia y necesidad, posteriormente, fue convalidado por el Congreso de los Diputados, en este caso concreto, en su sesión del 29 de marzo de 2012, se tramitó como un Proyecto de Ley⁶ (art. 86 Constitución Española). Recibió 166 enmiendas presentadas en el Congreso de los Diputados⁷, y las posteriores por el Senado, algunas de las cuales fueron tomadas en consideración y que aparecen en el texto definitivo, la Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles (en adelante, LMACM)⁸.

Por su novedad, analizaremos los aspectos más relevantes de la legislación vigente, esto es, la Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles, en particular, el concepto, los principios informadores de la mediación estatal en el ámbito civil y mercantil, su ámbito objetivo y subjetivo, para terminar con algunas particularidades de su procedimiento, con especial mención al acuerdo resultante de la mediación y su carácter ejecutivo. Todo ello haciendo hincapié en aquellos puntos críticos o lagunas que la nueva legislación ofrece.

5. Al respecto de este procedimiento, véase SOLETO (2012) p. 11.

6. DOCG N° 6-1, de 10 de abril de 2012, Serie A, Proyectos de ley, N° 121/000005.

7. DOCG N° 6-7, de 24 de mayo de 2012, Serie A, Proyectos de ley, N° 121/000005.

8. BOE N° 162, de 7 de julio de 2012.

II. Concepto de mediación en la Ley 5/2012

La mediación se define en el artículo 1 LMACM como «aquel medio de solución de controversias, cualquiera que sea su denominación, en que dos o más partes intentan voluntariamente alcanzar por sí mismas un acuerdo con la intervención de un mediador». A diferencia de la Directiva⁹ y de otras leyes autonómicas¹⁰, que la definen, de inicio, como un procedimiento¹¹, la LMACM se refiere a ella así, en múltiples preceptos (art. 6, 7, 9, 13, el título IV «procedimiento de mediación», artículos 16, 17, 18, 19, 20, 22, 25, 26)¹². Otras expresiones legales aluden a la misma como «fórmula de autocomposición»¹³, «instrumento eficaz para la resolución de controversias» y también «como institución ordenada a la paz jurídica»¹⁴.

9. De la lectura del concepto establecido en la LMACM y el de la Directiva 2008/52/CE, ambos en el artículo 1, de sendas disposiciones normativas, se aprecian algunas diferencias. La Directiva incluye en este primer artículo referencias al modo de iniciarse la mediación, así como al hecho de que un juez puede llevar a cabo la mediación, siempre que no sea responsable de ningún litigio. La LMACM nada dice sobre este papel del juez y el inicio de la mediación lo regula en sede de procedimiento, en el Título IV.

10. ESTEVE (2009) p. 47.

11. Por ejemplo, en la Ley de la Comunidad Autónoma de Cataluña, que incorporó la Directiva sobre mediación en el año 2009, se define como un procedimiento no jurisdiccional, en su artículo 1. Ley 15/2009, de 22 de julio, de mediación en el ámbito del derecho privado (BOE núm 198, 17 de agosto de 2009), en su primer artículo. Por su parte, en la Ley 1/2011, de 28 de marzo, de Mediación de la Comunidad Autónoma de Cantabria, como se desprende de su artículo 2, «procedimiento estructurado», en los mismos términos que la Directiva comunitaria (Boletín Oficial de Cantabria –BOC– Nº 66, 5 de abril de 2011; BOE Nº 99, 26 de abril de 2011).

12. También en la Exposición de Motivos de la LMACM, apartado III, párrafos 4, 6 y 8 y apartado IV, párrafos 5 y 6, se refieren a la mediación como procedimiento.

13. La mediación es un medio autocompositivo de gestión y resolución de conflictos pues, como se explicita abiertamente en el texto de la norma, son las propias partes las que alcanzan los acuerdos de solución. La intervención del tercero se limita a crear el espacio de confianza necesario para que las partes se comuniquen, dialoguen y con su trabajo y responsabilidad puedan generar las opciones de solución que sean estables, duraderas de acuerdo con los respectivos intereses; a diferencia de los medios heterocompositivos en los que el tercero, juez o árbitro, decide el resultado de la controversia, en función de las pruebas aportadas por las partes, imponiendo su decisión que las partes deben cumplir.

14. Así se refiere a la mediación en la Exposición de Motivos LMACM, II, párrafo 2.º

De la definición se desprende, igualmente, que el legislador español la considera como una forma de resolver, de solucionar conflictos (en la misma línea que la Directiva) cuando, también, es un procedimiento de gestión¹⁵ e incluso de prevención de los mismos, como sucede cuando la persona mediadora interviene en una situación para tratar de evitar que el conflicto aflore. Piénsese, por ejemplo, en el mediador de la empresa familiar que participa en la elaboración del protocolo familiar mediante el cual se planifica la sucesión del fundador, con la finalidad de gestionar y prevenir una de las mayores fuentes del conflictos en estas organizaciones empresariales con miembros de la familia en la propiedad o la gestión, como es el relevo generacional. La intervención de mediador en estos casos es, por tanto, preventiva, antes incluso de que el problema haya aparecido. La ley podría haber considerado la mediación no sólo como medio de resolución sino también de prevención.

Además del precedente legislativo sobre el que descansa la definición, esto es, la Directiva 2008/52/CE, la justificación de considerar la mediación como un medio de solución de conflictos puede radicar en que su finalidad, más o menos manifiesta, es la de dar respuesta a la congestión actual de los juzgados y tribunales en España¹⁶ y en muchos países¹⁷, en general. Buena prueba de

15. Que la mediación es, además de un medio de resolver conflictos, mediante los acuerdos alcanzados por las propias partes, una forma de gestionarlos se desprende de la definición de mediación que recoge la ley catalana antes aludida («La mediación, como método de gestión de conflictos» art. 1.2 2. Ley 15/2009, de 22 de julio, de mediación en el ámbito del derecho privado).

16. MUÑOZ (2012) p. 6.

17. El aumento de la litigiosidad en los tribunales se ha puesto de relieve desde hace años. De ahí que se pretenda buscar otras vías, distintas a la vía judicial, que resuelvan los conflictos. En el año 1986, el Consejo de Europa ya constataba que «el incremento del número de casos llevados ante los tribunales puede interferir con el derecho de todos a una audiencia dentro de un plazo razonable; teniendo en cuenta, además, el elevado número de tareas no judiciales a realizar por los jueces que, en algunos países, tiene una tendencia a aumentar y convencidos del interés de limitar el número de tareas no judiciales realizadas por los jueces, así como de la reducción de la carga de trabajo excesiva de los tribunales con el fin de mejorar la administración de justicia; en consecuencia, se invita a los gobiernos de los estados miembros a considerar la conveniencia de llevar a cabo una o más de los siguientes objetivos como parte de sus funciones judiciales: I. Fomentar, en su caso, a una solución amistosa de controversias, ya sea al margen del sistema judicial, o antes o durante el proceso judicial. A tal efecto,

ello la encontramos en la propia Exposición de Motivos (en adelante, EM) de la LMACM: hacer «efectivo el primero de los ejes de la mediación, que es la desjudicialización de determinados asuntos» (EM, II, párrafo primero) o también al considerar que «puede ser un hábil coadyuvante para la reducción de la carga de trabajo de aquéllos [tribunales de justicia], reduciendo su intervención a aquellos casos en que las partes enfrentadas no hayan sido capaces de poner fin, desde el acuerdo, a la situación de controversia» (EM, II; párrafo segundo).

Más que con esta pretensión meramente desjudicializadora, coincidimos con el espíritu que se desprende de la Exposición de Motivos de la LMACM, en el sentido de que la mediación «contribuye a concebir a los tribunales de justicia en este sector del ordenamiento jurídico [asuntos civiles y mercantiles] como un último remedio, en caso de que no sea posible componer la situación por la mera voluntad de las partes». En efecto, en el ámbito civil y mercantil, en particular, cuando las partes tienen una controversia en el marco de una relación jurídica que se prolongará en el tiempo, sea del tipo que sea, familiar, contractual o empresarial, incluso de vecinos, la mediación se configura como el instrumento idóneo para gestionarla y resolver sus posibles, pues favorece el diálogo entre ellas y que alcancen por ellas mismas opciones de solución, preservando dicha relación.

La finalidad última y principal de la norma es la de garantizar un mejor acceso a la justicia¹⁸, principio fundamental de la Unión Europea, como así puede desprenderse de la propia Directiva 2008/52/CE¹⁹, que el Real Decreto-

las siguientes medidas podrían tomarse en consideración: a) junto con los incentivos apropiados, procedimientos de conciliación para la solución de las controversias antes o, también, fuera de los procedimientos judiciales». Véase el apartado I, de la Recomendación N° R (86) 12, del Comité de ministros del Consejo de Europa, a los Estados miembros relativa a las medidas para prevenir y reducir la sobrecarga de trabajo en los Tribunales, adoptada el 16 de septiembre de 1986.

18. En el año 1981, el Consejo de Europa ya emitió una recomendación por la que se indicaba a los Estados miembros del Consejo de Europa que se tomaran medidas para facilitar o alentar, allí donde sea apropiado, la conciliación de las partes y los acuerdos amistosos de las disputas antes del inicio de los procedimientos judiciales o durante los mismos (véase el punto 3, del apartado B. de la Recomendación N° R [81] 7, del Comité de ministros del Consejo de Europa, a los Estados miembros sobre medidas para facilitar el acceso a la justicia, adoptada el 14 de mayo de 1981).

19. Véanse los Considerandos 2, 3 y 5 de la Directiva 2008/52/CE, del Parlamento

Ley 5/2012 incorporó al ordenamiento jurídico español y que se concreta, en la ley vigente (LMACM), en el permitir el desarrollo y funcionamiento adecuados de los procedimientos extrajudiciales de solución de conflictos, como la mediación, en asuntos civiles y mercantiles, de tal manera que se simplifique y mejore el acceso a la justicia²⁰.

III. Los principios informadores de la mediación

La mediación se identifica²¹, desde sus inicios, con unos principios, como ideas, bases o razones fundamentales sobre las cuales discurre esta figura²². La LMACM instituye algunos de ellos, en concreto:

- Voluntariedad y libre disposición.
- Igualdad de las partes e imparcialidad.
- Neutralidad.
- Confidencialidad.
- Buena fe y respeto mutuo de las partes.

Europeo y del Consejo de la Unión Europea, de 21 de mayo de 2008, sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles

20. Y una resolución de un órgano jurisdiccional, dictada tras un período de tiempo largo, puede no ser justa. Se trata, por tanto, de proporcionar a las personas aquellos medios de resolución de conflictos que sean óptimos para cada tipo de conflicto. Si así se realiza, la consecuencia será que algunos de los conflictos que hasta el momento se trataban de resolver por la vía judicial, se solucionen por las vías alternativas que gestionen de forma eficiente dicha situación y, con ello, se consiga, como efecto, la disminución del número de demandas que se presentan en los órganos judiciales.

21. BARRAL *et al.* (2009) p.185.

22. Estos principios no son siempre coincidentes en todas las legislaciones ni, consecuentemente, los estudios que de éstas se derivan. Voluntariedad, confidencialidad, imparcialidad y neutralidad acostumbra a estar presentes en todas las regulaciones; no así, por ejemplo, los de flexibilidad, legalidad, equidad, carácter personal, buena fe o transparencia, entre otros. Un reflejo de esta disparidad respecto de los principios de la mediación en la legislación sobre mediación puede verse en LAUROBA *et al.* (2010) p. 837 y ss; MARTÍ (2011) p. 153. En derecho comparado, los distintos principios pueden consultarse en VILALTA (2011) p. 42-45.

1. Voluntariedad y libre disposición

La voluntariedad constituye uno de los pilares sobre los que se asienta la mediación. Y lo es tanto para las partes como para el mediador. Cada una de las partes, en ejercicio de su autonomía de la voluntad y libre disposición, tiene libertad para decidir el inicio de este procedimiento de mediación, del mismo modo que, una vez comenzado, y si así lo desea también, tiene la misma libertad para desistir del mismo, sin que exista obligación alguna de concluir un acuerdo (art. 6 LMACM). También es voluntaria para el mediador en el sentido de que éste puede renunciar a desarrollar la mediación, en cuyo caso estará obligado a entregar un acta a las partes en la que conste dicha renuncia (art. 13.3 LMACM), en este caso, sin indicación de causa alguna.

Este principio fundamental en la mediación que es la voluntariedad puede, hasta cierto punto, entrar en contradicción con la cláusula de sumisión a mediación que en un momento dado, en previsión de futuras controversias, las partes en una determinada relación hubieren podido acordar, puesto que, llegada la controversia, deberían iniciar un procedimiento de mediación. Sin embargo, si pensamos que las partes no están obligadas a permanecer en el procedimiento de mediación, este debate es estéril ya que, pese a dicha cláusula de sumisión, una vez iniciado el proceso de mediación cada una de ellas en cualquier momento tiene la libertad de desistir del mismo²³.

No obstante lo anterior, en la LMACM (art. 6) se prevé que si las partes en su momento hubieren pactado el compromiso de someter a mediación las controversias surgidas o que pudiesen surgir entre ellas, con base en la buena fe, éstas deberán intentar dicho procedimiento antes de acudir a la jurisdicción o a otra solución extrajudicial. Esta disposición podría dar a entender, quizás, que el incumplimiento de la cláusula de sumisión, esto es, el hecho de negarse a someterse a mediación pudiera ser considerado como una conculcación del principio de buena fe, a tomar en consideración, por tanto, por el tribunal que tuviera que conocer el conflicto, legitimándolo, tal vez, a desestimar una demanda posterior por parte del sujeto que ha incumplido en relación con la ejecución de otras disposiciones contractuales²⁴. De todos modos, y para propiciar que las partes tengan que someterse a mediación, cuando éstas han suscrito una cláusula de sumisión a dicho procedimiento, la propia LMACM

23. LAUROBA *et al.* (2010) p. 840.

24. LAUROBA *et al.* (2010) p. 840.

instituye un régimen particular de la declinatoria mediante el cual el demandado podrá denunciar la falta de jurisdicción por no haberse sometido a mediación la controversia, en virtud de la nueva redacción de los artículos 39, 63. 1, 65.2, 66 y 206 último párrafo de la Ley de Enjuiciamiento Civil (en adelante, LEC) que la Disposición Final Tercera, puntos 2 a 6, LMACM ha introducido en la Ley Rituaria.

Igualmente, este principio de voluntariedad habría podido quedar en entredicho en el caso de haber prosperado la propuesta del proyecto de ley de mediación en asuntos civiles y mercantiles, de modificación del artículo 437 de la LEC al introducir un nuevo apartado 3, en el que se proponía 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 [6000 euros], 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»²⁵.

Sin embargo, la LMACM no recoge esta obligatoriedad de la mediación en los juicios verbales de reclamación de cantidad inferiores a 6.000 euros, ni tampoco en ningún otro procedimiento particular alguno sobre materias concretas, a diferencia de lo que ha sucedido, por ejemplo, en Italia²⁶, donde el legislador, al transponer la Directiva 2008/52/CE, ha establecido la mediación obligatoria previa a la interposición de la demanda para las controversias que surjan en determinadas materias²⁷. Se establece, por otra parte, que en reclamaciones de cantidad que no exceda de 600 euros, la mediación se desarrollará preferentemente por medios electrónicos (art. 24 y Disposición Final Séptima LMACM).

25. En correspondencia, también se proponía la modificación del artículo 439 LEC, según el cual no se admitirían las demandas en que se reclamase una cantidad si no se acompañase acta u otro documento acreditativo del intento de mediación en los seis meses anteriores a su interposición, en los casos del artículo 250.2 del mismo cuerpo legal, esto es, en el juicio verbal, las demandas cuya cuantía no excediese de seis mil euros y no se refieran a ninguna de las materias previstas en el apartado 1 del artículo anterior.

26. MESTITZ y VOGLIOTTI (2011) p. 39.

27. Véase el artículo 5 del Decreto legislativo italiano de 4 de marzo de 2010, N° 28, emanado de la delegación contenida en el artículo 60 de la ley 18 de junio de 2009, N° 2009: se requiere la mediación previa obligatoria para las controversias en materia de condominio, derechos reales, divisiones, sucesiones hereditarias, pactos de familia, comodato, contratos bancarios y financieros, entre otras materias.

2. Igualdad de las partes e imparcialidad de los mediadores

El fundamento de este principio radica en garantizar que las partes tengan las mismas oportunidades para intervenir, que se mantenga el equilibrio entre sus respectivas posiciones y el respeto hacia los puntos de vista por ellas expresadas. Para ello, el mediador deberá actuar con imparcialidad; no podrá hacerlo «en perjuicio o interés de cualquiera de ellas» (art. 7 LMACM).

El mediador deberá revelar en todo momento (antes, esto es, en la sesión informativa²⁸ y durante la mediación) cualquier circunstancia que pueda afectar a su imparcialidad o que pueda generar un conflicto de intereses. A título de ejemplo, son consideradas por la norma como tales circunstancias y en cualquier caso: todo tipo de relación personal, contractual o empresarial con una de las partes; cualquier interés directo o indirecto en el resultado de la mediación; que el mediador o un miembro de su empresa u organización, hayan actuado anteriormente a favor de una o varias de las partes en cualquier circunstancia, a excepción de la mediación. Cualquier otra circunstancia que los sujetos de la mediación puedan considerar que incide en la imparcialidad del mediador, deberá ser así manifestada.

Si revelada dicha circunstancia, el mediador asegura que puede mediar con la imparcialidad que se requiere en el desempeño de sus funciones, las partes lo consienten y lo hacen constar expresamente, aquel podrá aceptar el inicio o, en su caso, la continuación de la mediación. En caso contrario, el procedimiento no debería iniciarse o, en su caso, continuar por circunstancia sobrevenida que incide determinadamente en la imparcialidad. Nada se prevé en el articulado sobre la renuncia o declinación de la designación, como así se regula en otros ordenamientos²⁹; parece que, sencillamente, el procedimiento terminaría por esta causa. Tampoco especifica la norma estatal regla alguna para la recusación del mediador, es decir, qué sucede cuando una de las partes descubre

28. Artículo 17. 1. párrafo 2 LMACM.

29. Por ejemplo, en la regulación de la mediación en Cataluña, el artículo 6.3 de la Ley 15/2009, de 22 de julio, de mediación en el ámbito del derecho privado dispone 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.

alguna circunstancia que puede poner en entredicho este principio esencial, se lo revela al mediador y éste lo niega o considera que la imparcialidad no queda alterada. Posiblemente, esta ausencia de regulación venga justificada porque, en este caso particular, si una de las partes, o las dos, desconfía del mediador, podrá poner fin al procedimiento en cualquier instante en virtud de esa libertad de desistir de la mediación a la que anteriormente hemos hecho referencia, otorgando, así, al principio de voluntariedad un papel predominante frente al de imparcialidad en este procedimiento de mediación. De todos modos, y como sucede en la designación de terceros que intervienen en un procedimiento (juez y árbitro), parecería conveniente articular un régimen de renuncia o abstención del mediador y de recusación del mismo³⁰ a instancia de las partes para el caso de que no quiera apartarse del procedimiento una vez éste ya se ha iniciado y concurriendo causas que inciden en su imparcialidad.

3) Neutralidad

La neutralidad es el principio de la mediación que se predica del resultado del procedimiento³¹: el mediador debe actuar de manera tal que se propicie que las partes en conflicto alcancen por sí mismas un acuerdo de mediación (art. 8 LMACM). Por tanto, el mediador ni decide ni impone una solución a la controversia de las partes, a diferencia de lo que sí que llevan a cabo los terceros que intervienen en los medios heterocompositivos de resolución de conflictos, como son el juez y el árbitro, y lo hacen con base en las pruebas admitidas en derecho aportadas por las partes. Las labores del mediador se concretan en facilitar la comunicación de las partes, velar porque dispongan de la información suficiente, desarrollando una conducta activa para lograr el acercamiento entre las partes, por remisión a lo dispuesto en el artículo 13.

30. En el artículo 22.2. LMACM se emplea la expresión «rechazo de las partes» en este mismo sentido. Nos reafirmamos en la conveniencia de manejar, para el mediador, las mismas expresiones (abstención, recusación, renuncia) que se utilizan en la designación de un tercero (juez, árbitro, tutor, etc.) cuyas circunstancias personales y/o profesionales pueden afectar de forma determinante en la labor que tiene encomendada.

31. Acerca de la distinción entre imparcialidad y neutralidad, véase ORTIZ (2011) p. 16.

4) Confidencialidad

Nos hallamos, de nuevo, ante uno de los pilares del procedimiento de mediación por cuanto asegura la necesaria confianza mutua de las partes, contribuye a garantizar la sinceridad en las comunicaciones, hasta el punto de impedir que la información, verbal o escrita, obtenida en dicho procedimiento pueda ser utilizada en un procedimiento judicial o arbitral posterior. Es más, incluso el propio procedimiento de mediación es en sí mismo confidencial (art. 9 LMACM) por lo que ni tan siquiera su propia existencia puede revelarse.

Una de las consecuencias esenciales de este principio es que los mediadores o las personas que participen en el procedimiento no están obligados a declarar o aportar la documentación obtenida en la mediación en un juicio o arbitraje posterior. No obstante todo lo anterior, hay que recalcar que este principio no es absoluto y son, por tanto, excepciones del mismo, de un lado, el consentimiento expreso de las partes en el sentido de dispensar de esta obligación, que debe constar por escrito y, de otro lado, la solicitud de un juez del orden penal mediante resolución judicial motivada (art. 9.2. a) y b) LMACM). También se contemplan como excepción al principio de confidencialidad otros supuestos más contemplados en ulteriores artículos: la información de qué parte o partes no asistieron a la sesión informativa, de forma injustificada³², según dispone el artículo 17.1 LMACM; y también, cuando una de las partes que ha mantenido una reunión por separado con el mediador³³ autoriza expresamente a éste a revelar a la otra parte la información o documentación que la primera le haya aportado en dicha reunión separada (art. 21.3 LMACM).

Nuevamente, pensamos que el legislador estatal no ha tenido presente otros supuestos en los que el principio de confidencialidad también puede dispensarse, sin necesidad de que las partes así lo manifiesten de modo expreso y por escrito: nos referimos, por ejemplo, entre otros, a efectos meramente estadísticos³⁴, de formación o investigación³⁵ (preservando, eso sí, siempre, la

32. Además, se entenderá que desisten de la mediación solicitada.

33. Conocida tradicionalmente como caucus o también sesión individual por contraposición con la sesión conjunta, en la que se hallan presentes las partes en conflicto.

34. Así se plasma en el art. 11.2.c) de la Ley de mediación familiar de la comunidad autónoma de Galicia; artículo 16.2 a) de la Ley de mediación familiar de la comunidad autónoma de las Islas Baleares y el artículo 26.3 de la Ley de mediación familiar de la comunidad autónoma de Castilla-La Mancha.

35. En este sentido, encontramos ejemplos en el artículo 7. 4. a) de la ley de me-

intimidación de las personas implicadas en los casos, al no revelar los nombres de las mismas) o el caso más paradigmático, en el orden jurídico, como es el de la homologación judicial³⁶. Una interpretación literal del texto de la norma nos conduce a tener que obtener un documento escrito en el que las partes renuncian a este principio en todos los casos, cuando, a efectos estadísticos o de formación, los datos no se revelan en un juicio o arbitraje posterior y, por consiguiente, no pueden perjudicar en modo alguno a las partes, que es lo que se pretende evitar, a fin de cuentas; y en el caso de la homologación judicial, está claro que si lo que se pretende es que la autoridad judicial valide los acuerdos, dejan de ser privados, por el consentimiento tácito de las partes, que ya han resuelto la controversia y persiguen que sean título ejecutivo de manera que, ante un eventual incumplimiento por parte de una de ellas, la otra pueda iniciar el procedimiento ejecutivo sin necesidad de recurrir al declarativo ordinario³⁷.

Desde el punto de vista subjetivo, la confidencialidad alcanza al mediador y las partes intervinientes (art. 9 LMACM). La conculcación del principio de confidencialidad por parte del mediador se sanciona, en la LMACM, con una remisión genérica a la responsabilidad que ello pueda generar en los términos previstos en el ordenamiento jurídico, pero no como una infracción deontológica específicamente contemplada³⁸. Del mismo modo, tampoco se prevé una sanción expresa para el caso de que una o ambas partes vulneren este principio

diación en el ámbito del derecho privado de Cataluña; artículo 10, 13 de la ley de mediación familiar de la comunidad autónoma de Castilla-León; artículo 16.2 a) de la comunidad autónoma de las Islas Baleares y artículo 7.3 a) de la Ley de mediación familiar de la comunidad autónoma del Principado de Asturias.

36. Art. 8 b) de la Ley de mediación familiar de la comunidad autónoma del País Vasco. Cuando el conocimiento del contenido del acuerdo resultante de la mediación sea necesaria para aplicar o ejecutar este acuerdo, la confidencialidad quedará exceptuada. Al respecto, también el artículo 7.1.b) de la Directiva 2008/52/CE citada.

37. La distinción entre confidencialidad y secreto profesional radica en que mientras que el primero se configura como un deber del mediador y no como un derecho, por contra, el secreto profesional, tiene titularidad dual, en cuanto que además de deber es un derecho, cuanto menos, del abogado art. 5.8 del Código Deontológico del Consejo General de la Abogacía Española. ORTIZ (2011) p. 26.

38. En cambio, la mayor parte de las legislaciones autonómicas, bien sea en el orden familiar, o en el derecho privado, dicho incumplimiento se configura como una infracción grave o muy grave. Véase, a título de ejemplo y por todas, el artículo 30 de la Ley de mediación en el ámbito del derecho privado de Cataluña.

esencial, que también podría quedar encuadrado en incumplimiento contractual, al obligarse a ello al firmar el acta de la sesión constitutiva o por la vía de la responsabilidad extracontractual, por los daños y perjuicios causados³⁹.

Recuérdese, además, que la revelación de secretos es también sancionable según lo dispuesto en el Título X del Código Penal español, relativo a los delitos contra la intimidad, el derecho a la propia imagen y a la inviolabilidad del domicilio; en particular, el artículo 199 del citado cuerpo legal contiene dos apartados diferenciados en función de si el sujeto que revela secretos ajenos los conoce por razón de su oficio o sus relaciones laborales (apartado 1) o bien es un profesional que incumple con su obligación de sigilo o reserva (apartado 2), con las consiguientes penas diferenciadas como consecuencia de dicha revelación⁴⁰.

Desde el punto de vista objetivo, según la LMACM, la confidencialidad alcanza el procedimiento de mediación y la documentación empleada en el mismo. Utilizando una expresión más genérica, las partes no podrán revelar la información que hubieran podido obtener del procedimiento (art. 9.1 LMACM). Tampoco se podrá revelar el contenido de las reuniones que el mediador tenga por separado con alguna de ellas. No podrá comunicar ni distribuir la información o documentación que la parte le hubiere aportado (art. 21. 3 LMACM), salvo su consentimiento expreso.

5) Buena fe y respeto mutuo de las partes

Consideramos pertinente incluir, también, como principios informadores de la mediación que regula la LMACM, estos dos que se exigen a las partes del conflicto y participantes de la mediación, siguiendo un criterio sistemático. Se hallan dentro del título relativo a los principios informadores, aunque, a diferencia de los anteriormente citados, la buena fe y el respeto mutuo no aparecen intitulados en el artículo 10 que los recoge como tales, pero sí citados en su apartado segundo y, por tanto, así los concebimos.

Siendo como es la mediación un procedimiento que persigue que las partes

39. ORTIZ (2011) p. 23 y ss; VIOLA (2011) p. 165 y ss.

40. En el apartado 1 del artículo 199 del Código Penal se prevé la pena de prisión de uno a tres años y multa de seis a doce meses; en el apartado 2, prisión de uno a cuatro años, multa de doce a veinticuatro meses e inhabilitación especial para el ejercicio de la citada profesión por tiempo de dos a seis años.

gestionen por sí mismas su controversia, mediante un espacio de confianza, en el que puedan revelar aquella información que les pueda ser útil a tal finalidad, el principio de buena fe deviene fundamental. En primer lugar, porque con él se acentúa el necesario elemento cooperativo que se requiere para la interpretación de las percepciones de cada una de las partes, para superar la desconfianza que pudiera existir entre ellas, para la interpretación del conflicto y, en su caso, el alcanzar acuerdos de solución. La mediación no debe ser utilizada, por tanto, como instrumento dilatorio⁴¹. Para evitarlo, se prevé además la suspensión de la prescripción o la caducidad de acciones cuando tenga lugar el inicio del procedimiento frente a la regla general de su interrupción (art. 4 LMACM). Además, y en los estrictos términos de la norma objeto de esta investigación, mientras la mediación esté abierta, las partes no podrán interponer entre sí ninguna acción judicial o extrajudicial sobre el mismo objeto del conflicto. En caso contrario, tanto la iniciación como el mero hecho de haberse comprometido a someterse a mediación conlleva el impedimento de que los tribunales puedan conocer de las controversias de que se trate, mientras la mediación se desarrolla y cuando la parte interesada lo invoque mediante la declinatoria antes aludida. La nueva regulación del artículo 395 LEC, relativo a las costas, incluye como otro supuesto de mala fe el haberse iniciado el procedimiento de mediación por la otra parte⁴². En otras palabras, la parte que vence en el procedimiento judicial puede tener que hacer frente al pago de las costas del mismo si pudo evitar dicho procedimiento recurriendo a la mediación y no lo hizo.

Para terminar con este apartado relativo a los principios informadores de la mediación de la LMACM, querríamos destacar la ausencia de otros tantos contemplados en cambio en legislaciones, tanto nacionales como internacionales, por ejemplo, el principio de transparencia⁴³ o de flexibilidad, tal vez, por considerarlos más como características de este procedimiento que como pilares de la misma.

Nos llama la atención que no exista referencia alguna al denominado carác-

41. LAUROBA *et al.* (2010) p. 845.

42. La LMACM, en su Disposición Final Segunda, punto 9, incluye una nuevo inciso en el artículo 395 LEC, relativo a las costas, considerando de mala fe si se hubiere iniciado procedimiento de mediación. Véase SOLETO (2012) p. 11-14.

43. La LMACM se refiere a la transparencia en el proceso de designación de los mediadores en la sede de las instituciones de mediación (art. 5 LMACM), pero no lo define como un principio general.

ter personalísimo, es decir, a que las partes deban estar presentes en el procedimiento de mediación y, por consiguiente, puedan recurrir a un representante que actúe en nombre y por cuenta suya⁴⁴.

Sabido es que, en algunos ámbitos⁴⁵ el procedimiento podría llevarse a cabo y hasta alcanzarse acuerdos sin que las partes coincidan en el mismo espacio físico. Sin embargo, en el ámbito civil, particularmente, el familiar, en el que la mediación favorece la adopción de los acuerdos que regulen los efectos derivados de la ruptura matrimonial, la ausencia del carácter personal en las sesiones del proceso podría desvirtuar la finalidad en este concreto ámbito, esto es, preservar la relación en beneficio de los hijos comunes. Posiblemente, esta circunstancia no sea tan necesaria en el ámbito mercantil, donde se trata de resolver cuestiones eminentemente económicas⁴⁶, sin el componente personal y relacional familiar (excepción hecha, claro está, de los conflictos en la empresa familiar). En estas controversias comerciales o empresariales, el deber de la asistencia personal a las distintas sesiones de mediación parece no ser tan esencial⁴⁷.

En suma, la LMACM no obliga a que las partes estén presentes, permitiendo, con ello, que sean sus representantes legales los que tomen las decisiones en nombre e interés de sus clientes. Si lo que se persigue es que la mediación sea del todo eficiente, nos posicionamos a favor de la participación personal en las sesiones de mediación de las partes que se hallan en un conflicto relacional⁴⁸.

44. Nuevamente, recurrimos a la Ley 15/2009, de 22 de julio, de mediación en el ámbito del derecho privado, de la Comunidad Autónoma de Cataluña, en la cual, su artículo 8, instituye el carácter personalísimo de la mediación al considerar, precisamente, que en sus sesiones de mediación se crea el discurso dialogado, la negociación y una eventual solución pactada, fruto de la concurrencia de voluntades.

45. En el ámbito penal, el mediador efectúa su labor manteniendo el diálogo con ambas partes, el imputado y el ofendido, por separado. Al respecto, MARTÍN (2010) p. 694.

46. Aunque no por ello están menos presentes las emociones de las personas implicadas en el conflicto.

47. Ello no obstante, si de lo que se trata, en ocasiones, es de aclarar malentendidos, de poder expresar los sentimientos y las emociones que los mismos hayan podido ocasionar, no cabe duda alguna que quien mejor los puede expresar es aquel que los ha vivido y sentido, e incluso, para poder percibir la reacción de la otra parte al escucharlos.

48. A favor también de la presencialidad sin que sea incompatible con el desarrollo de las ODR, esto es, Online Dispute Resolution, ORTIZ (2011) p. 30-34.

Una vez analizado el concepto y principios de la mediación en la LMACM, nos ocupamos del objeto y los sujetos de este procedimiento en asuntos civiles y mercantiles.

IV. Ámbito objetivo de la mediación en asuntos civiles y mercantiles

El procedimiento de mediación producirá efectos jurídicos cuando el objeto del conflicto, la materia de la controversia, afecte a derechos subjetivos de carácter disponible⁴⁹ o, según dispone la norma, sobre derechos y obligaciones que estén a disposición de las partes en virtud de la legislación aplicable (art. 2.1, *in fine*, a *sensu* contrario LMACM)⁵⁰.

Pero no todos los derechos y obligaciones respecto de los cuales las partes tengan la libre disposición dentro del ordenamiento jurídico son objeto de la mediación de la LMACM sino solamente los de los asuntos⁵¹ civiles y mercantiles según reza su artículo 2. Al respecto querríamos poner de relieve una cuestión competencial. Este artículo 2 debe interpretarse sin perjuicio de lo dispuesto por la legislación autonómica en materia civil, que como hemos comentado desde el inicio, y ahora recordamos, es extensa en el ámbito familiar, y en dos comunidades autónomas, en general o en derecho privado (Cantabria y Cataluña, respectivamente). De ahí que, en materia civil, habrá que estar a lo dispuesto por la Carta Magna, esto es, la Constitución Española y, por tanto, respecto del procedimiento de mediación en asuntos civiles, son de aplicación directa y preferente las normas de derecho civil promulgadas por la comunidades autónomas de que se trate⁵². Distinto tratamiento tienen los asuntos

49. Así se desprende de la Exposición de Motivos, apartado II, párrafo segundo de la LMACM.

50. En este sentido, expresamente lo establece el art. 1.2 de la Directiva 2008/52/CE.

51. El legislador estatal emplea la expresión «asuntos civiles y mercantiles» porque es la misma que se utiliza en la versión oficial española de la Directiva 2008/52/CE, sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles. Hay otras: la Comunidad Autónoma de Cataluña, por su parte, al incorporar la Directiva al ordenamiento jurídico catalán, en la materia civil respecto de la cual tiene competencia para legislar, empleó la expresión «ámbito del derecho privado».

52. Y ello, en estricta consonancia con lo previsto por la propia Exposición de Motivos del RDLMACM que, por su interés, reproducimos: «El presente real decreto-ley se circunscribe estrictamente al ámbito de competencias del Estado en materia de legisla-

mercantiles, que son de competencia exclusiva del Estado y, por consiguiente, la regulación de la mediación en este ámbito queda en manos de la Administración central, a través de esta Ley 5/2012, de 6 de julio.

Cuestiones competenciales al margen, en todo caso, se excluye del ámbito de aplicación de la norma la mediación penal, laboral, en materia de consumo y con las Administraciones públicas, en consonancia con lo establecido por la Directiva 2008/52/CE⁵³. Dichas exclusiones se prevén para preservar su regulación en las normas sectoriales correspondientes⁵⁴, como así sucede en el Real Decreto 281/2008, de 15 de febrero, por el que se regula el sistema arbitral de consumo⁵⁵.

En el caso de conflictos transfronterizos⁵⁶, la LMACM será aplicable cuando al menos una de las partes tenga su domicilio en España y la mediación se realice en territorio español (art. 2.1, párrafo segundo LMACM).

ción mercantil, procesal y civil, que permiten articular un marco para el ejercicio de la mediación, sin perjuicio de las disposiciones que dicten las Comunidades Autónomas en el ejercicio de sus competencias».

53. Como señaló el Consejo de Estado en su informe relativo al Anteproyecto de ley de mediación en asuntos civiles y mercantiles, y respecto de los conflictos con la Administración pública: «la Directiva excluye expresamente de su ámbito de aplicación a los asuntos fiscales, aduaneros o administrativos y a la responsabilidad patrimonial del Estado por actos u omisiones en el ejercicio de su autoridad soberana (*acta iure imperii*). Sin embargo, la norma proyectada no hace tal exclusión expresa lo que, a juicio del Consejo de Estado, debería salvarse, teniendo en cuenta la vocación armonizadora de la Directiva». El texto de la LMACM ya los excluye de su ámbito de aplicación.

54. Este punto constituye una de las novedades introducidas en la Exposición de Motivos de la LMACM, como consecuencia de la enmienda Nº 145, firmada por el Grupo Parlamentario Vasco (DOCG, Nº 6-7, de 24 de mayo de 2012, p. 62). Reproducimos literalmente la justificación de dicha enmienda «Se evitarían interpretaciones restrictivas o limitativas de la posibilidad de acudir a la mediación en otros ámbitos, sobre todo el de consumo, que es de naturaleza civil».

55. Sobre la mediación en consumo, véase BARRAL (2011) p. 97.

56. En este punto, es de destacar que la Directiva 2008/52/CE fue promulgada, precisamente, para tratar de garantizar un mejor acceso a la justicia en la resolución de los conflictos que se puedan generar entre personas, físicas o jurídicas, nacionales de distintos Estados miembros de la Unión Europea, fijando, en su artículo 2, los criterios para entender que nos hallamos ante un litigio transfronterizo.

V. **Ámbito subjetivo de la mediación en asuntos civiles y mercantiles**

En la mediación pueden intervenir una pluralidad de personas, físicas y, según el caso, incluso jurídicas, empezando por las partes, siguiendo por el mediador y las instituciones de mediación⁵⁷.

Respecto de las partes, la LMACM les destina, específicamente⁵⁸, un artículo, el 10, para destacar el papel preponderante de su autonomía de la voluntad en organizar la mediación del modo en que tengan por conveniente, respetando, claro está, los principios informadores del mismo (art. 10.1 LMACM). Dos de estos principios, buena fe y respeto mutuo, les son particularmente exigidos a ellas, de tal modo que, como señalábamos anteriormente, mientras el procedimiento de mediación se desarrolle las partes no podrán interponer entre sí acción judicial o extrajudicial alguna, en relación con el mismo objeto de controversia⁵⁹. Además, están conminadas a prestar colaboración y apoyo permanente a la actuación del mediador (art. 10.3 LMACM).

En cuanto al mediador, debemos considerar lo dispuesto en el Título III LMACM, que tiene vocación de ser el estatuto del mediador⁶⁰, «mínimo», según reza la propia Exposición de Motivos (EM, IV, párrafo 4 LMACM). Tiene un papel esencial⁶¹ en el procedimiento (EM, apartado III, LMACM),

57. Otros profesionales tiene también un papel relevante en la mediación: el asesor legal (abogado) o empresarial (consultor-empresista) o el juez. En la LMACM, sólo los tribunales aparecen, al modificarse el artículo de la LEC en que se prevé que el Juez pueda invitar la partes a mediación. Sobre el rol del abogado, véase GARCÍA (2012) p. 2-12.

58. La LMACM se refiere a ellas en cerca de noventa ocasiones a lo largo de todo el articulado de la norma.

59. Por lo que se refiere a los requisitos para intervenir en la mediación, entendemos que son los generales, esto es, capacidad de obrar e interés legítimo. Tampoco se resuelve la cuestión relativa a la intervención de los menores en la mediación, en particular, en los conflictos civiles de familia, dejándolo a criterio del mediador. Si es incapacitado, la capacidad natural, de querer y entender, de conformidad con lo establecido en la sentencia de incapacitación.

60. En relación con el estatuto del mediador, adquieren suma importancia los códigos de conducta de este profesional. Al respecto véase, VIDAL (2011) p. 143 y MARTÍ (2011) p. 160.

61. Las partes son las protagonistas del procedimiento. Como venimos repitiendo,

pues es el tercero cuya participación activa (art. 13 LMACM) está orientada a ayudar a las partes para que, mediante el diálogo, encuentren, por sí mismas, un solución, voluntariamente querida por ellas. El encargo aceptado debe cumplirlo «fielmente» (art. 14 LMACM) puesto que, en caso de no hacerlo así, incurriría en responsabilidad por los daños y perjuicios que causare por mala fe, temeridad o dolo. Nuevamente aquí criticamos que no se prevé un régimen de infracciones o sanciones para el caso de que, con su actuación inapropiada, se vulneren principios fundamentales⁶².

Las condiciones que la Ley dispone para ser mediador son, finalmente⁶³: persona natural⁶⁴; que se halle en pleno ejercicio de sus derechos civiles; sin incompatibilidades para su ejercicio; en posesión de título universitario oficial o de formación profesional superior⁶⁵; y que cuente con una formación especí-

el mediador es el profesional que genera el espacio de confianza necesario para que, por sí mismas, gestionen su conflicto y, si así lo estiman oportuno, alcancen acuerdos de solución.

62. Como así sucede, en cambio, en la legislación autonómica, donde las distintas leyes prevén sanciones al mediador por infracción de sus deberes.

63. Los requisitos para ejercer como mediador ha sido una de las cuestiones más debatidas. Buena prueba de ello se manifiesta en los distintos textos legales hasta llegar a la redacción vigente. En una primera propuesta (anteproyecto) no se exigía condición alguna para el mediador, ni tan siquiera formación específica en mediación; tan solo la suscripción de un seguro de responsabilidad civil. En el RDLMAC, se exigió formación específica en mediación. Finalmente, la LMACM requiere al mediador de una titulación académica previa concreta, así como formación específica inicial.

64. En correspondencia con la expresión ampliamente utilizada por el Código Civil español para referirse a las personas físicas, frente a las jurídicas (el capítulo primero del Título II de este cuerpo legal se intitula «de las personas naturales»).

65. Este requisito de formación de partida (universitario oficial o formación profesional superior) constituye otra de las enmiendas adoptadas en el texto de la LMACM, como consecuencia de las duras críticas que recibió en este punto el artículo homónimo del RDLMACM, principalmente, de todas las comunidades autónomas con regulación en mediación que prevén unánimemente la formación universitaria, en algunas de ellas, incluso con unas titulaciones concretas, como derecho, psicología, trabajador social, educador social o pedagogía. Las enmiendas del artículo 11 RDLMACM a favor de la inclusión de un requisito de formación universitaria o educación profesional superior fueron presentadas por el Grupo Parlamentario Socialista, en su enmienda N° 82, (DOCG, N° 6-7, de 24 de mayo de 2012, p. 32) y por el Grupo

fica para ejercer la mediación, adquirida con la realización del curso o cursos específicos impartidos por instituciones debidamente acreditadas. Además, el mediador deberá suscribir un seguro o garantía equivalente para cubrir la responsabilidad civil derivada de su actuación en los conflictos en que intervenga (art. 11 LMACM). La adecuada formación inicial y continua de los mediadores y la elaboración de códigos de conducta voluntarios podrá ser fomentada por el Ministerio de Justicia y las Administraciones Públicas competentes. Será el Gobierno el que podrá, de un lado, determinar la duración y el contenido mínimo del curso o cursos que con carácter previo habrán de realizar los mediadores para adquirir la formación necesaria para el desempeño de la mediación, así como la formación continua que deben recibir y, del otro, prever reglamentariamente los instrumentos necesarios para verificar el cumplimiento de los requisitos citados a los mediadores y a las instituciones de mediación⁶⁶.

Finalmente, en este ámbito subjetivo, queremos dedicar unas últimas líneas a las instituciones de mediación, ampliamente reguladas en la LMACM. Para empezar, el artículo 5 las considera como las entidades públicas o privadas y las corporaciones de derecho público que tengan entre sus fines el impulso de la mediación, facilitando el acceso y administración de la misma, incluida la

Parlamentario Catalán, enmienda, N° 112 (DOCG, N° 6-7, de 24 de mayo de 2012, p. 46).

66. Las expresiones «podrá prever reglamentariamente los instrumentos» y «podrá determinar la duración y contenido» recogidas en la Disposición Final Octava de la Ley 5/2012 nos llevan a la reflexión de que parece que no se contempla la necesidad de una regulación de dichos contenidos, si lo comparamos con la disposición final primera (Desarrollo reglamentario) de la Ley catalana según la cual «el Gobierno debe regular reglamentariamente, en el plazo de seis meses, la organización, la estructura, el funcionamiento y la publicidad de los registros de personas mediadoras, la capacitación de las personas mediadoras, el régimen de tarifas y las demás cuestiones que sean pertinentes». Según el artículo 12 LMACM, el Ministerio de Justicia y las Administraciones Públicas fomentarán la adecuada formación inicial y continua de los mediadores, pero no como una regulación necesaria que garantice, por tanto, unos mínimos conocimientos, sino pensando en la autorregulación de la mediación, como el título del artículo 12 indica. En caso de ser así, la cuestión que se nos suscita es si se podrá garantizar una mediación en asuntos civiles y mercantiles, que sea de calidad, con una formación de, pongamos como ejemplo, 10 horas. Sobre la formación de mediadores de los Tribunales del Estado de Florida (EEUU), véase, PRESS (2011) p. 195.

designación de mediadores⁶⁷ y que, reconocidas por las Administraciones Públicas, podrán asumir funciones de mediación (Disposición Adicional Primera LMACM)⁶⁸. Se encargarán de dar publicidad de los mediadores, podrán organizar sesiones informativas abiertas para aquellas personas que pudieran estar interesadas en acudir a este sistema de resolución de controversias (art. 17.2 LMACM), así como de servicios de mediación por medios electrónicos en reclamaciones dinerarias de cuantía inferior a los 600 euros (art. 24 LMACM)⁶⁹. Es importante destacar que se las considerará como responsables subsidiarias respecto de la actuación de los mediadores⁷⁰ (art. 5 y 14 LMACM).

VI. El procedimiento de mediación

De su regulación, en el Título IV LMACM y concordantes, nos detendremos en particular en los siguientes aspectos.

En cuanto a su inicio, hay que destacar que el acuerdo de las partes a iniciar la mediación (art. 16 LMACM) puede llegar tras una sesión informativa a la que las partes han acudido a raíz de la invitación del tribunal (el que conoce la demanda), como consecuencia de la modificación que la LMACM (Disposición final tercera, N° diez) ha introducido en la legislación procesal civil, en concreto, un nuevo redactado del art. 414.1., último párrafo de la LEC en el sentido apuntado.

Se regula de manera detallada el contenido de esta sesión informativa puesto que su principal cometido es el de informar a la partes sobre todas las cuestiones esenciales del proceso (art. 17 LMACM) y aquellas circunstancias del mediador que pudieran afectar a su imparcialidad.

Se precisa la declaración de voluntad de las partes expresando su deseo de

67. En los estrictos términos legales, estas instituciones deben garantizar la transparencia en la designación de mediadores.

68. El Registro de mediadores y de instituciones de mediación queda al albur de la regulación reglamentaria (Disposición Final Octava citada).

69. Pueden exigir también provisión de fondos para atender el coste de la mediación. Si no se atiende, podrán dar por concluida la mediación con salvedades (art. 15 LMACM). Por otra parte, terminado el procedimiento, la institución de mediación también tiene el deber de custodia del expediente durante seis meses (art. 22.1 par. 2 LMACM).

70. Entendemos que para el mediador que conste en sus registros y que haya sido designado por la institución.

desarrollar la mediación, dejando constancia escrita de la misma en el acta de la sesión constitutiva, firmada por las partes y el mediador, como señala el art. 19 LMACM, precepto éste que, además, entre otros aspectos⁷¹, también exige que se indique el programa de actuaciones⁷² y la duración⁷³ máxima⁷⁴ prevista del procedimiento, sin perjuicio de su posible modificación.

El procedimiento de mediación puede concluir con acuerdo o sin acuerdo por distintas causas (art. 22 LMACM). El acta final, que determina la conclusión del procedimiento, reflejará los acuerdos de forma clara y comprensible o, en su caso, la finalización por cualquier otra causa⁷⁵.

Siendo así las cosas en general, el artículo 23 LMACM, referido al acuerdo

71. Los datos que deben constar, según el Decreto-Ley son: «a) La identificación de las partes. b) La designación del mediador y, en su caso, de la institución de mediación o la aceptación del designado por una de las partes. c) El objeto del conflicto que se somete al procedimiento de mediación. d) El programa de actuaciones y duración máxima prevista para el desarrollo del procedimiento, sin perjuicio de su posible modificación. e) La información del coste de la mediación o las bases para su determinación, con indicación separada de los honorarios del mediador y de otros posibles gastos. f) La declaración de aceptación voluntaria por las partes de la mediación y de que asumen las obligaciones de ella derivadas. g) El lugar de celebración y la lengua del procedimiento». Echamos de menos algún dato, aunque, obvio, no por ello, menos importante como es la fecha de la sesión constitutiva.

72. ¿Qué debe entenderse por «programa de actuaciones»? ¿Se refiere a que el mediador explique cómo se desarrolla el proceso? ¿Al modo en que va a actuar, sus técnicas, etc.? ¿El número de sesiones? El legislador habría de haber sido más preciso o, cuanto menos, habría sido conveniente la indicación de que su contenido se hallaría en el posterior desarrollo reglamentario.

73. En consonancia con la rapidez y flexibilidad que se predica de la mediación, el propio articulado de la norma exige que la duración del procedimiento deberá ser lo más breve posible y sus actuaciones concentradas en el mínimo número de sesiones.

74. Pensando en que la mediación no se utilice con fines dilatorios, podría ser que el legislador pretenda que las partes acuerden un plazo determinado dentro del cual ellas mismas hayan podido alcanzar acuerdos o estén en el proceso para alcanzarlos. Si llegado ese plazo, las partes están satisfechas con el desarrollo de las sesiones de mediación, no hay inconveniente en prorrogarlo. En caso contrario, la fecha acordada servirá para poner fin al procedimiento que ya no cumple con la finalidad pretendida.

75. Esta acta será firmada por las partes y el mediador, con entrega de un ejemplar original a todos ellos (art. 22.3 LMACM).

de mediación, parece regular el negocio jurídico que solo atañe a las partes o a sus representantes, pues son los únicos obligados a firmar dicho acuerdo de mediación, al margen de la presencia del mediador, a diferencia de lo que establecía la redacción de este artículo en el RDLMACM⁷⁶.

De la redacción conjunta de los artículos 22 y 23 LMACM, se nos plantean no pocos interrogantes. ¿Los acuerdos de mediación deberán ser firmados siempre aparte del acta de mediación que pone fin al acuerdo? Si el acuerdo es único, claramente redactado y plasmado en el acta de mediación, ¿debe igualmente firmarse nuevamente en un documento independiente del acta? Tal vez, el legislador está pensando que el acta recoge los acuerdos, en sentido general (una compraventa, por ejemplo), cuyos detalles se concretan en un acuerdo posterior (condiciones particulares), firmado, este sí, únicamente por las partes o, en su caso, sus representantes. ¿Qué naturaleza tienen los acuerdos adoptados y recogidos en el acta final? Parece que de naturaleza transaccional. ¿Es distinta naturaleza jurídica que el acuerdo de mediación firmado posteriormente por las partes, únicamente, o sus representantes? Nos parece que la interpretación de los dos preceptos puede resultar algo imprecisa e, incluso, confusa⁷⁷.

En todo caso, el acuerdo resultante de la mediación es vinculante, como así se informa a las partes (art. 23, 3, párrafo segundo LMACM), además de que pueden, en virtud del artículo 25 LMACM, elevarlo a escritura pública, acompañando las actas de la sesión constitutiva y final, obteniendo con ello la consideración de título ejecutivo⁷⁸, según la nueva redacción que la Ley 5/2012 ha dado al artículo 517.2. 2.º LEC⁷⁹. En cualquier caso, las partes siguen te-

76. Que el mediador no firme el acuerdo de mediación constituye otra de las novedades que la Ley 5/2012 ofrece respecto del RDLMACM.

77. Ni tan siquiera se define qué se entiende por acuerdo de mediación, como apunta LORCA (2012) p. 179 a 189.

78. El Proyecto de Ley de mediación en asuntos civiles y mercantiles de 2011 preveía que el acuerdo de mediación fuera directamente ejecutivo, sin escritura pública ni homologación judicial alguna. Véase la redacción que se daba al artículo 517.2. «2.º Los laudos o resoluciones arbitrales y los acuerdos de mediación».

79. La LMACM, en su Disposición Final Tercera, de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Civil, incluye los acuerdos de mediación, elevados a escritura pública, conforme a esta ley, en un nuevo inciso del número 2 del apartado 2.º del artículo 517 LEC, junto a los laudos o resoluciones arbitrales. Al respecto, debe señalarse que los tres primeros apartados del artículo 517.2 LEC se corresponden con títulos jurisdiccionales, cuando el acuerdo resultante de la mediación no lo es.

niendo a su disposición cualquiera de los instrumentos con carácter ejecutivo previstos en dicho artículo de la Ley Rituaria⁸⁰, en función del tipo y del momento del conflicto⁸¹.

Para concluir este brevísimo análisis de la Ley 5/2012, de 6 de julio, nos gustaría terminar como empezamos, poniendo de relieve la magnitud de esta norma, por cuanto que el legislador estatal español toma, finalmente, en consideración la mediación como un instrumento válido y eficaz para resolver controversias. A tal finalidad, ha establecido los principios que han de regir este procedimiento en el ámbito civil y mercantil, tanto para los conflictos transfronterizos, exigido en la Directiva que la nueva legislación transpone, como en las controversias que se pueden suscitar en el ámbito interno. Así las cosas, el legislador español estatal no sólo ha dado cumplimiento (aunque con retraso) al mandato de la Directiva 2008/52/CE, que la regulaba para los conflictos transfronterizos, sino que, aceptando la sugerencia que en ella se contiene, ha establecido un régimen jurídico, mínimo, en las propias palabras de la Ley, del procedimiento de mediación. De él hay que destacar, además, todo lo que se refiere a su inclusión en la Ley de Enjuiciamiento Civil, con más de 20 disposiciones modificadas, en sus distintas vertientes, desde su concepción como procedimiento para poner fin al proceso judicial iniciado o para evitarlo por acuerdo de las partes, como la implantación de un nuevo supuesto de declinatoria para el caso de que una de las partes no respete el pacto de sumisión a mediación e interponga la correspondiente demanda sin haber intentado antes este procedimiento que favorece la autocomposición o, también, como aspecto relevante a destacar, el carácter ejecutivo de los acuerdos resultantes de la mediación elevados a escritura pública.

Desde esta perspectiva, nos congratulamos por ello. No obstante lo anterior, lamentamos que, habiendo esperado tanto tiempo, el texto legislativo adolezca de ciertas imprecisiones o que la redacción de algunos preceptos pueda considerarse algo confusa. Por recordar algunos de los mencionados en el texto, hemos podido apreciar, en sede de principios, la ausencia de algunos de los considerados como caracteres esenciales en algunos ámbitos de la mediación, como el carácter personal; el régimen de renuncia o abstención del mediador o, en su caso, de recusación del mismo a instancia de las partes para el supuesto

80. VIOLA (2011) p. 61.

81. Sobre las medidas cautelares en el procedimiento judicial en relación con la mediación, véase PÉREZ (2012) p. 255.

de que éste no quiera apartarse del procedimiento una vez iniciado cuando su imparcialidad puede verse afectada ni tampoco una regulación de las sanciones para el caso de incumplimiento de los deberes del mediador. En el ámbito del procedimiento, destacamos, principalmente, las dudas que la redacción de los artículos 22 y 23 LMACM nos plantean acerca de los acuerdos resultantes de la mediación, en cuanto a su posible distinta naturaleza.

En algunas ocasiones, parece como si la legislación autonómica que desde el 2001 ha venido promulgándose, por casi todas las comunidades autónomas, no hubiese sido tenido en cuenta en la regulación estatal como tampoco la legislación de los distintos Estados miembros que, dentro del plazo fijado por la Directiva, dictaron sus respectivas leyes de transposición y cuya andadura ya ha mostrado su eficacia; o no, como así ha sucedido en la ley italiana, que ha previsto la mediación obligatoria en conflictos concretos en los que la continuación de la relación entre las partes justifica el propiciar que lleguen por ellas mismas a un acuerdo a través de la mediación⁸².

Tiempo habrá a partir de ahora, mediante el subsiguiente desarrollo reglamentario de la ley, para completar en la medida de la posible aquellos puntos que requieren de mayor precisión o aclaración y que junto a la interpretación jurisprudencial de las cuestiones que en dicha sede se planteen propicien, en un futuro no muy lejano, la regulación de una ley general de mediación.

Referencias

- BARRAL, Immaculada, *et. al.* *El concepto jurídico de la mediación*. En *Materiales del Libro Blanco de la Mediación en Cataluña*. Barcelona: Generalitat de Catalunya, 2009. p.185-195.
- BARRAL, Immaculada. *Consumer Complaints, acces to justice and e-confidence: from ADR to ODR*. En POBLET, Marta, *et al.* (editors). *Courts and mediation. New paths for justice*. Firenze: European Press Academic Publishing, 2011. p. 97-110.
- BLANCO, Marta. *Mediación y sistemas alternativos de resolución de conflictos. Una visión jurídica*. Madrid: Editorial Reus, 2009. 400 p.
- ESTEVE, Gisela. *Las leyes autonómicas españolas: los conceptos básicos*. En *Materiales del Libro Blanco de la Mediación en Cataluña*. Barcelona: Generalitat de Catalunya, 2009. 203 p.

82. SCARSELLI (2010) p. 1 y ss.; FABIANI (2010) p. 1 y ss.

- FABIANI, Massimo. *Profili critici del rapporto fra mediazione e proceso*. En *Judicium* [En Línea], [5 de julio de 2010]. Disponible en: [<http://www.judicium.it/admin/saggi/98/Fabiani.mediazione.pdf>].
- GARCÍA, Rosario. *La mediación en asuntos civiles y mercantiles: guía para abogados*. En *Diario La Ley*, N° 7828, 29 de marzo de 2012. Madrid: Ediciones La Ley, 2012. p. 2-4.
- LAUROBA, M. Elena, et al. *La construcción institucional y jurídica de la mediación*. En CASANOVAS, Pompeu, MAGRE, Jaume y LAUROBA, M. Elena (dirs.). *Libro Blanco de la Mediación en Cataluña*. Barcelona: Huygens editorial, 2010. 1206 p.
- MARTÍ, Consol. *Entorno a los principios de la mediación*. En *Materiales jurídicos del Libro Blanco de la Mediación en Cataluña*. Barcelona: Generalitat de Catalunya, 2011. 461 p.
- MARTÍN, José, CANO, Francisca y DAPENA, José. *Justicia reparadora: mediación penal para adultos y juvenil*. En CASANOVAS, Pompeu, MAGRE, Jaume y LAUROBA, M. Elena. (dirs.). *Libro Blanco de la Mediación en Cataluña*. Barcelona: Huygens editorial, 2010. 1206 p.
- MESTITZ, Anna y VOGLIOTTI, Massimo. *The rise and growth of mediation of mediation in Italy*. En POBLET, Marta, et al. (editors), *Courts and mediation. New paths for justice*. Firenze: European Press Academic Publishing, 2011. p. 39-60.
- MUÑOZ, Carmen. *La nueva ley para la resolución voluntaria de conflictos*. En *Diario La Ley*, N° 7840, 18 de abril de 2012. Madrid: Ediciones La Ley, 2012. p. 4-7.
- LORCA, Antonio María. *La mediación en asuntos civiles y mercantiles*. Real Decreto Ley 5/2012, de 5 de marzo. San Sebastián: Instituto Vasco de Derecho Procesal, 2012. 247 p.
- ORTIZ, Juan Carlos. *Análisis de los principios informadores de la mediación en materia civil y mercantil*. Madrid: Boletín del Ministerio de Justicia, N° 2135, octubre de 2011. 36 p.
- PÉREZ, Vicente. *La relación entre la mediación en asuntos civiles y mercantiles y el proceso civil*. En *Revista de Derecho Mercantil*, número 283. Madrid: Ed. Civitas, 2012. p. 231-270.
- PRESS, Sharon. *La formación de mediadores y cualificación. Tribunales del Estado de Florida*. En *Materiales Jurídicos del Libro Blanco de la Mediación en Cataluña*. Barcelona: Generalitat de Catalunya, 2011. 461 p.
- SCARSELLI, Giuliano. *La nuova mediazione e conciliazione: le cose che non*

- vanno [En línea], [29 de abril de 2010]. Disponible en: [<http://www.judicium.it/admin/saggi/46/scarselli.pdf>].
- SOLETO, Helena. *La nueva normativa estatal sobre mediación civil y mercantil y el proceso civil*. En Diario La Ley, Nº 7834, 10 de abril de 2012. Madrid: Ediciones La Ley, 2012. p. 10-12.
- VIDAL, Antoni. *Los códigos de buenas prácticas*. En *Materiales Jurídicos del Libro Blanco de la Mediación en Cataluña*. Barcelona: Generalitat de Catalunya, 2011. 461 p.
- VILALTA, Aura Esther. *Una aproximación al derecho extranjero*. En *Materiales del Libro Blanco de la Mediación en Cataluña*. Generalitat de Cataluña, 2011. 461 p.
- VIOLA, Isabel. *La confidencialidad en el procedimiento de mediación*. En *Materiales jurídicos del Libro Blanco de la Mediación en Cataluña*. Barcelona: Generalitat de Catalunya, 2011. 461 p.
- VIOLA, Isabel. *Enforceability of agreements resulting from mediation*. En POBLET, Marta *et al.* (editors). *Courts and mediation. New paths for justice*. Firenze: European Press Academic Publishing, 2011. p. 61-68.