

# APUNTES SOBRE MEDIACIÓN Y DERECHO

## LUIS AURELIO GONZÁLEZ MARTÍN (MAGISTRADO)

**La Directiva 2008/52/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo de 21 de mayo de 2008, sobre ciertos aspectos civiles de la mediación en asuntos civiles y mercantiles** y que fue publicada en el Diario Oficial de la Unión Europea el 24 de mayo de 2008, dice que *“la mediación puede dar una solución extrajudicial económica y rápida a conflictos en asuntos civiles y mercantiles, mediante procedimientos adaptados a las necesidades de las partes. Es más probable que los acuerdos resultantes de la mediación se cumplan voluntariamente y también que preserven una relación amistosa y viable entre las partes. Estos beneficios son aún más perceptibles en situaciones que presentan elementos transfronterizos”*.

La Directiva, en su artículo 12, dispuso que los Estados miembros pondrán en vigor las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas necesarias para dar cumplimiento a la misma antes del 21 de mayo de 2011, con excepción del artículo 10, al que deberá darse cumplimiento el 21 de noviembre de 2010 a más tardar e informarán inmediatamente de ello a la Comisión.

Asimismo, se ha **publicado la Resolución del Parlamento Europeo de 13 de septiembre de 2011, sobre aplicación de la Directiva sobre la mediación en los Estados miembros, su impacto en la mediación y su aceptación por los Tribunales**. En esta resolución, el Parlamento Europeo hace significativas consideraciones sobre la Directiva, tales como las siguientes:

*“Asegurar un mejor acceso a la justicia es uno de los objetivos clave de la política de la Unión Europea para establecer un espacio de libertad, seguridad y justicia; considerando asimismo que el concepto de acceso a la justicia debe incluir, en este contexto, el acceso a procedimientos adecuados de solución de controversias para particulares y empresas”*.

*“El objetivo de la Directiva 2008/52/CE es fomentar la resolución amistosa de litigios promoviendo el uso de la mediación y asegurando una relación equilibrada entre la mediación y el proceso judicial”*.

*“Además de la previsibilidad, la Directiva tiene por objetivo establecer un marco que conserve la principal ventaja de la mediación: la flexibilidad, considerando que estos dos requisitos deberían guiar a los Estados miembros a la hora de elaborar la legislación nacional mediante la cual se aplica la Directiva”*.

A continuación, la Resolución del Parlamento Europeo analiza la situación de la aplicación de la Directiva en los siguientes países: Bulgaria, Francia, Polonia, Italia, Suecia, Grecia, Eslovenia, Países Bajos, Alemania, Austria, Rumanía y Hungría. Se puede observar fácilmente que en la misma no hay ninguna alusión a España.

El 7 de marzo de 2012, entró en vigor el Real Decreto-Ley 5/2012, de 5 de marzo, de mediación en asuntos civiles y mercantiles. Con dicha norma, España ha

cumplido (aunque con retraso) con la obligación de transponer la Directiva Comunitaria de 21 de mayo de 2008.

Asimismo, el 7 de julio de 2012, se ha publicado **la Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles**, que entró en vigor a los veinte días de su publicación en el BOE. Esta Ley ha derogado el citado Real Decreto-Ley.

Con el Real Decreto-Ley anterior, y ahora con la Ley de Mediación en asuntos civiles y mercantiles, no solo ha llevado a cabo la transposición, sino que también se ofrece una regulación nacional de la mediación civil y mercantil como método alternativo de resolución de conflictos, en una sociedad en la que se evidencia una creciente beligerancia en la manera de solucionar sus disputas, sirviéndose casi siempre de métodos alejados de lo que sería deseable en democracias avanzadas.

Además, en nuestro país se carece de cultura de transacción, se desconocen los métodos no adversariales para resolver conflictos y se observa una creciente tendencia a utilizar el proceso judicial como vía para conseguir venganza social y protagonismo mediático.

Es sustancial el papel de la mediación en el despliegue y efectividad de la **Cultura de la Paz, preconizada por la ONU y regulada en España por la ley 27/2005, de 30 de noviembre**.

La eficacia de la mediación en los conflictos familiares, no solo en lo que tiene que ver con la ruptura de pareja, sino también en todas las complejas situaciones que se dan entre padres e hijos y entre parientes en general, ha sido contrastada en estos últimos años y no hay discusión sobre su conveniencia, siendo buena prueba de ello las leyes autonómicas de mediación familiar y los servicios públicos que ofrecen mediación en los Centros de Atención a las Familias, autonómicos o municipales.

Por eso, llamaba poderosamente la atención el hecho de que hasta ahora no se hubiera abordado en nuestro país la regulación legal de la mediación respecto a los otros conflictos civiles que no son puramente de familia, ni tampoco en el terreno de los asuntos mercantiles.

En el Preámbulo del Real Decreto-Ley derogado y también en el de la actual Ley de Mediación vigente, se dice que *“la mediación, como fórmula de autocomposición, es un instrumento eficaz para la resolución de controversias cuando el conflicto jurídico afecta a derechos subjetivos de carácter disponible”*.

El artículo primero de la Ley (que es igual al que se recogía en el Real Decreto) define la mediación 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”**.

Creo necesario señalar las diferencias que existen entre esta figura que es la **“mediación”** y otra que es la **“conciliación”**.

En la primera, el mediador hace circular la información para crear un espacio de cooperación del que salgan los objetivos, aportaciones y propuestas en común, siendo las partes quienes negocien.

Por el contrario, en la conciliación, el conciliador recibe y traslada las ofertas y las opciones de las partes y les impulsa a llegar a un acuerdo.

Los jueces pueden intentar la conciliación e intervenir en ella (aunque sea muy limitadamente en la audiencia previa o incluso en el juicio), pero lo que nunca podrán hacer es “mediar”, toda vez que para ese proceso se precisa de la participación de un tercero profesional, imparcial y neutral que es el mediador, quien aplica técnicas y herramientas muy específicas en el ámbito de la comunicación. Hay que hacer la excepción de la denominada “mediación de autoridad” que se lleva a cabo en algunos países por jueces especializados, pero en asuntos que no son competencia del que ha sido designado.

La mediación en los conflictos civiles y mercantiles es absolutamente necesaria. Conscientes de ello, en el Juzgado de Primera Instancia nº 73 de Madrid hemos concluido un “Proyecto Piloto de Mediación Civil Intrajudicial”, que fue seleccionado por el Centro de Responsabilidad Social de la Abogacía del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid, en la convocatoria de ayudas correspondiente al año 2008 y que ha sido pionero en el ámbito civil como experiencia completa y organizada.

Al proyecto se le ha otorgado en 2011 uno de los “Premios a la Calidad de la Justicia” que concede el CGPJ en la modalidad de “Justicia más accesible” y dentro de la categoría “Órganos Judiciales”.

Las conclusiones del proyecto piloto han puesto de manifiesto la viabilidad y pertinencia de la mediación en los conflictos civiles en materias relativas a propiedad horizontal, arrendamientos, reclamaciones de cantidad, responsabilidad extracontractual, accidentes de tráfico, responsabilidad profesional, comunidad de bienes, herencias, división de cosa común, etc. Igualmente, son apreciables las posibilidades de la mediación en las disputas de índole mercantil (relaciones societarias, contrato de transporte, concurso de acreedores, propiedad industrial e intelectual, etc.).

Los beneficios que reporta la mediación intrajudicial son muy destacables, tanto en lo que se refiere a la gestión de la oficina judicial, como en la notable reducción de los costes económicos, redundando todo ello en una mejor y más eficaz asignación de los recursos.

En este sentido, los asuntos que se derivan a mediación implican una tramitación muy sencilla y, si finalizan con acuerdo, el procedimiento se archiva. De esta forma, además de disminuir el número de expedientes en trámite, se reduce notablemente la carga de trabajo relativa a la tramitación de las sucesivas fases procesales, eliminándose incidentes, recursos y también complejas y costosas ejecuciones.

Cuando se consigue el acuerdo, se ahorra un tiempo precioso en lo que se refiere a la celebración de comparecencias y vistas (audiencias previas, incidentes, juicio, etc.), con lo que se deja de movilizar a un gran número de personas (demandantes, demandados, peritos, testigos, etc.) a quienes “deja de molestarse”.

De las consecuencias prácticas del proyecto piloto he de destacar la importancia de la labor del juez o magistrado a la hora de determinar los asuntos que se han de derivar a mediación. Es un momento trascendental, ya que de una buena elección de los litigios que han de acudir a mediación dependerá mucho la efectividad del desarrollo del proceso.

Será preciso elaborar protocolos con criterios de evaluación temprana que faciliten al juzgador la elección del asunto que es mediable, diferenciándolo de aquel que no lo ha de ser en ningún caso.

En fases avanzadas del procedimiento la derivación intrajudicial no plantea problema, ya que el juzgador tiene pleno conocimiento de las actuaciones. No obstante, una de las últimas reformas de la Ley de Enjuiciamiento Civil ha encomendado la función de admisión de las demandas al Secretario Judicial, por lo que el asunto llega al Juez cuando ya se ha señalado vista para el juicio o para la comparecencia de la audiencia previa y se puede perder un tiempo precioso para efectuar la derivación.

Este problema de índole procesal va a hacer que sea inevitable que el Secretario Judicial y los funcionarios estén formados (o, al menos, informados) sobre las características del procedimiento de mediación intrajudicial, siendo preciso que se trabaje verdaderamente en equipo y, de esa forma, se dé cuenta al juzgador con prontitud de los asuntos en los que haya que decidir si se va o no a derivar a mediación.

En el proyecto piloto que hemos desarrollado en el Juzgado de Primera Instancia nº 73, se llevó a cabo una labor previa de formación básica sobre los fundamentos de la mediación con la Secretaria Judicial y con los funcionarios y funcionarias. No solo se les informó sobre el concepto de mediación y las técnicas que se utilizan, sino que también se les motivó para que comprendieran la importancia de las soluciones alternativas para la resolución de los conflictos. Los resultados fueron excelentes, ya que la mediación fue comprendida y aceptada por todos cuantos trabajan en el juzgado, que además terminaron siendo plenamente conscientes de las ventajas que la misma tiene para los justiciables. De esta forma y desde el principio, se trabajó en equipo y encontré siempre una completa colaboración de toda la oficina judicial.

Por otro lado, desde el primer momento en el que se comenzó a llevar a cabo el proyecto piloto, una de mis preocupaciones era cómo iba a ser acogido por los ciudadanos el hecho de que, aparte de las citaciones propias del proceso, fuera convocado para asistir a una sesión informativa, previa a la aceptación voluntaria de la mediación. Pues bien, mi sorpresa fue enorme cuando observé que los usuarios de la justicia que acudían a la sesión informativa, no solo no se mostraban incómodos o molestos, sino que lo agradecían (aceptaran o no la mediación) y eran

elogiosos con la posibilidad que se les había ofrecido, poniéndolo así de manifiesto en los cuestionarios de satisfacción.

Igualmente comprobé que las derivaciones efectuadas a mediación fueron muy bien entendidas y acogidas por los operadores jurídicos, especialmente abogados y procuradores, que no pusieron pega alguna de índole procesal para que se materializara la posibilidad de que los ciudadanos optasen voluntariamente por acudir a las sesiones de mediación.

El Real Decreto-Ley modificó 21 artículos de la Ley de Enjuiciamiento Civil para dar cabida a la figura de la mediación. Ahora la Ley de Mediación lleva a cabo la modificación de 24 artículos de la ley procesal civil con la misma finalidad.

La ley aparece como un texto legal flexible que recoge los mínimos precisos para efectuar la transposición. Habrá que esperar para ver cómo se perfilan algunos aspectos en su posterior desarrollo reglamentario, como por ejemplo el estatuto del mediador, su formación y cualificación profesional, que es uno de los puntos más delicados. Tampoco se aclara en el nuevo texto legal en qué situación quedan las leyes autonómicas de mediación.

Con la mediación, los ciudadanos se convierten en protagonistas de la acción judicial, ya que son ellos los que resuelven sus conflictos. Posteriormente, se podrán homologar sus acuerdos o ejecutarlos, si se cumplen los requisitos legales previstos en la Ley.

La mediación intrajudicial es importante, pero lo es más que los ciudadanos se acostumbren a tratar de solventar sus disputas mediante el diálogo y la transacción, antes de judicializar el problema. Para ello es fundamental que los poderes públicos se responsabilicen de informar a la sociedad de que la vía contenciosa sea el último de los recursos al que se acuda una vez agotada toda posibilidad de consenso.

Los profesionales que hacen de la mediación su vocación de trabajo son abanderados de la resolución pacífica de los conflictos, siendo esto un objetivo que, día a día, se vislumbra como más que necesario en un mundo en el que el incremento de la agresividad es ya casi exponencial.

Siendo indudable la necesidad de aplicar las técnicas de mediación en los conflictos civiles y mercantiles, no puedo por menos que pasar a referirme a algo que, para mí, es el elemento clave de la mediación y que consiste en que, con la misma y como he dicho antes, los ciudadanos resuelven ellos mismos sus conflictos. Después, y solo si es necesario, el poder judicial podrá homologar sus acuerdos, cabiendo también la posibilidad de que sean ejecutivos si cumplen determinados requisitos legales, a tenor de la Directiva europea del 2008, antes mencionada y del contenido de nuestra Ley de Mediación.

Ahora bien, en esa actuación de los ciudadanos en el marco de la mediación ha de estar presente una figura esencial de todo el proceso: **LA PERSONA MEDIADORA**. Durante los años en los que he tenido contacto, de una forma u otra,

con las mediadoras y los mediadores, he comprendido la importancia de su trabajo y lo delicado de su actuación.

Como he afirmado en más de una ocasión, el trabajo de la mediación no lo puede hacer cualquiera. No es tarea sencilla, ya que exige una gran preparación y un continuo control de las situaciones que se plantean, teniendo en cuenta que las técnicas de mediación se aplican precisamente cuando existe un conflicto y el mediador o la mediadora han de facilitar el diálogo entre las partes enfrentadas, presidiendo el desempeño de su tarea la imparcialidad y la neutralidad, aparte de los demás principios básicos de la mediación.

Debe tenerse en cuenta que una mediación que no se hace de forma adecuada puede originar que el conflicto se acreciente y se generen otros problemas incluso más complejos que los iniciales.

En los más de diez años que llevo observando el trabajo de los diversos mediadores y mediadoras, he aprendido muchísimo de su actividad y cada día valoro más la importancia de su trabajo, que es esencial tanto para las personas que se acercan a su actividad, como para la sociedad en general.

En mi experiencia judicial hasta el momento, he podido comprobar cómo situaciones de gran complejidad jurídica y humana han tenido una rápida y eficaz solución cuando ha intervenido un equipo de mediación, dándose la circunstancia de que los asuntos que se han resuelto con su intervención dan lugar a acuerdos que prácticamente en todos los casos se cumplen sin reticencias por parte de los litigantes. Además, tras el acuerdo mejoran las relaciones interpersonales y desaparece la beligerancia, lo que propicia soluciones transaccionales en otros posibles problemas que puedan surgir en un futuro entre aquellos.

Como expertos en comunicación y en otras materias que guardan relación con la misma, los mediadores y las mediadoras pueden aportar técnicas y herramientas que habitualmente desconocen los operadores jurídicos, mejorando la gestión de los conflictos y favoreciendo su resolución. De ahí la importancia de su labor y, por ello, es fundamental que se clarifique y regule cuanto antes el estatus del mediador y, sobre todo, es primordial el rigor a la hora de tratar los aspectos formativos y profesionales del colectivo. Esto conlleva que los propios mediadores sean exigentes con ellos mismos, conscientes de la trascendencia de su quehacer.

La mediación no es una tarea fácil y no se puede dejar que cualquiera, por muy buena voluntad que tenga, actúe como mediador. Es necesario profesionalizar este trabajo, de manera que se garantice la calidad en el desempeño del mismo.

Se debe exigir, además de una formación universitaria de base (como lo prescribe la Ley de Mediación), que los mediadores adquieran unas habilidades determinadas y una verdadera capacitación que les permitan manejar situaciones complejas en las que afloran emociones y sentimientos encontrados, a la par que intereses contrapuestos.

El artículo 4 de la Directiva europea sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles, es muy claro cuando regula la calidad de la mediación

y establece que los Estados miembros fomentarán, de la forma que consideren conveniente, la elaboración de códigos de conducta voluntarios y la adhesión de los mediadores y las organizaciones que presten servicios de mediación a dichos códigos, así como otros mecanismos efectivos de control de calidad referentes a la prestación de servicios de mediación.

También se 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.

Formación, eficacia y competencia han de ser, pues, los paradigmas del trabajo profesional de los mediadores y, si ello se consigue, auguro que los frutos de su trabajo habrán de ser notorios y redundarán no solo en una disminución de los litigios judiciales, sino en una mejora de las relaciones entre los particulares.

He comprobado en muchas ocasiones cómo la magia del diálogo entre las personas hace que afloren soluciones, a veces inimaginables, que ponen fin a sus problemas, todo ello con la ayuda de mediadores y mediadoras profesionales, que son quienes facilitan esos procesos de comunicación efectiva y entendimiento, al aplicar metodológicamente unas técnicas y unos conocimientos contrastados.

Con la mediación es posible conseguir una justicia más eficaz, más rápida y más accesible para el ciudadano.

-0-0-0-0-0-0-0-0-0-0-0