

# PRÁCTICA de Tribunales

REVISTA ESPECIALIZADA EN DERECHO PROCESAL CIVIL Y MERCANTIL

Especial Mediación Colegio de Abogados de A Coruña

<http://practicadetriboales.laley.es>



**NÚMERO  
MONOGRÁFICO:  
LA  
MEDIACIÓN CIVIL  
(LEY 5/2012,  
DE 6 DE JULIO)**

- Principios relativos a las partes en la mediación
- Mediación electrónica: regulación legal y posibilidades de aplicación
- Efectos de la Ley 5/2012 sobre la ejecución forzosa
- La mediación: ¿una «alternativa» razonable al proceso judicial?
- Matices y acotaciones sobre la prohibición de mediación del art. 44.5 de la Ley Orgánica 1/2004



**LA LEY**  
grupo Wolters Kluwer

Monográfico editado  
especialmente para  
el ICACOR  
Abril 2013





## DIRECTOR

**JOSÉ MARÍA ASENCIO MELLADO**

(Catedrático de Derecho Procesal de la Universidad de Alicante)

## CONSEJO DE REDACCIÓN

**Jaume Alonso-Cuevillas Sayrol** (Catedrático de Derecho Procesal de la Universitat de Barcelona), **Arturo Álvarez Alarcón** (Catedrático de Derecho Procesal de la Universidad de Cádiz), **Isaac Carlos Bernabéu Pérez** (Secretario Judicial. Profesor Asociado de Derecho Procesal de la Universidad de Alicante), **Lorenzo Mateo Bujosa Vadell** (Catedrático de Derecho Procesal de la Universidad de Salamanca), **Juan Miguel Carreras Marañá** (Magistrado), **José Luis Concepción Rodríguez** (Magistrado), **Vicente Gimeno Sendra** (Catedrático de Derecho Procesal de la Universidad Nacional de Educación a Distancia), **Vicente Magro Servet** (Magistrado), **José de los Santos Martín Ostos** (Catedrático de Derecho Procesal de la Universidad de Sevilla), **Víctor Moreno Catena** (Catedrático de Derecho Procesal de la Universidad Carlos III de Madrid), **Jordi Nieva Fenoll** (Catedrático de Derecho Procesal de la Universitat de Barcelona), **Manuel Ortells Ramos** (Catedrático de Derecho Procesal de la Universidad de Valencia), **Manuel Perales Candela** (Abogado), **Agustín-Jesús Pérez-Cruz Martín** (Catedrático de Derecho Procesal de la Universidad de La Coruña), **Francisco Ruiz Marco** (Abogado. Profesor Asociado de Derecho Constitucional de la Universidad de Alicante), **Pablo Saavedra Gallo** (Catedrático de Derecho Procesal de la Universidad de Las Palmas de Gran Canaria), **Carmen Senés Motilla** (Catedrático de Derecho Procesal de la Universidad de Almería), **Luis Antonio Soler Pascual** (Magistrado), **David Vallespín Pérez** (Catedrático de Derecho Procesal de la Universitat de Barcelona).

## COMITÉ DE EVALUADORES EXTERNOS

**María Yolanda Doig Díaz** (Profesora Titular de Derecho Procesal de la Universidad de Castilla-La Mancha), **José Emilio Ferrer Gil** (Abogado. Profesor Asociado de Derecho Procesal de la Universidad de Alicante), **Olga Fuentes Soriano** (Catedrática de Derecho Procesal de la Universidad Miguel Hernández de Elche), **José Garberí Llobregat** (Catedrático de Derecho Procesal de la Universidad de Castilla-La Mancha), **Nicolás González-Cuellar Serrano** (Catedrático de Derecho Procesal de la Universidad de Castilla-La Mancha), **Verónica López Yagües** (Profesora Titular de Derecho Procesal de la Universidad de Alicante), **Pedro Eugenio Monserrat Molina** (Secretario Judicial. Profesor Asociado de Derecho Procesal de la Universidad de Alicante).

**Directora de Publicaciones:** Marta Tovar Torres. **Jefa de Publicación:** Chelo Canseco Dean. **Coordinación y Redacción:** Montserrat Jordán Fernández



**Práctica de Tribunales de Derecho civil y mercantil**, tiene como objetivo el aunar bimestralmente estudios monográficos sobre temas relevantes de la materia objeto de análisis y, como consecuencia de la combinación que se fomenta entre profesionales del derecho y estudiosos universitarios, formular conclusiones que sirvan para el desarrollo efectivo de la aplicación de las normas, así como de las propuestas de reforma que se observen como necesarias. El público al que se dirige es, dado el perfil de la revista, amplio y comprende a profesionales del derecho y a profesores universitarios.

**Edición electrónica:** <http://practicadetribeunales.laley.es>  
Para efectuar sus consultas ponemos a su disposición el correo electrónico **consultas@laley.wke.es** o **mjordan@laley.wke.es**

© WOLTERS KLUWER ESPAÑA, S.A. Todos los derechos reservados. A los efectos del art. 32 del Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, por el que se aprueba la Ley de Propiedad Intelectual, Wolters Kluwer España, S.A., se opone expresamente a cualquier utilización con fines comerciales del contenido de esta publicación sin su expresa autorización, lo cual incluye especialmente cualquier reproducción, modificación, registro, copia, explotación, distribución, comunicación, transmisión, envío, reutilización, publicación, tratamiento o cualquier otra utilización total o parcial en cualquier modo, medio o formato de esta publicación.

Cualquier forma de reproducción, distribución, comunicación pública o transformación de esta obra solo puede ser realizada con la autorización de sus titulares, salvo excepción prevista por la Ley. Diríjase a CEDRO (Centro Español de Derechos Reprográficos, [www.cedro.org](http://www.cedro.org)) si necesita fotocopiar o escanear algún fragmento de esta obra.

El editor y los autores no aceptarán responsabilidades por las posibles consecuencias ocasionadas a las personas naturales o jurídicas que actúen o dejen de actuar como resultado de alguna información contenida en esta publicación.

El texto de las resoluciones judiciales contenido en las publicaciones y productos de Wolters Kluwer España, S.A., es suministrado por el Centro de Documentación Judicial del Consejo General del Poder Judicial (Cendoj), excepto aquellas que puntualmente nos han sido proporcionadas por parte de los gabinetes de comunicación de los órganos judiciales colegiados. El Cendoj es el único organismo legalmente facultado para la recopilación de dichas resoluciones.

El tratamiento de los datos de carácter personal contenidos en dichas resoluciones es realizado directamente por el citado organismo, desde julio de 2003, con sus propios criterios en cumplimiento de la normativa vigente sobre el particular, siendo por tanto de su exclusiva responsabilidad cualquier error o incidencia en esta materia.

Los artículos publicados en esta revista son sometidos a un sistema de arbitraje externo.

Printed in Spain. Impreso por Wolters Kluwer España, S.A.

Publicación adherida a la Asociación de Prensa Profesional (APP) no sujeta a control obligatorio de difusión por ser la presencia de publicidad inferior al 10 por 100 de la paginación total.

**APP**  
ASOCIACIÓN DE PRENSA  
PROFESIONAL

**LA LEY**  
grupo Wolters Kluwer

Edición:  
C/ Collado Mediano, 9  
28230 Las Rozas (Madrid)  
Tel.: 902 250 500  
Fax: 902 250 502  
<http://www.laley.es>



# Sumario

## EDITORIAL

- La mediación. Futuro incierto  
*José María Asencio Mellado* ..... 4

## ESTUDIOS

- Principios relativos a las partes en la mediación  
*Luis-Andrés Cucarella Galiana* ..... 6
- Mediación electrónica: regulación legal y posibilidades de aplicación  
*Fernando Martín Diz* ..... 20
- Efectos de la Ley 5/2012 sobre la ejecución forzosa  
*José Martín Pastor* ..... 36
- La mediación: ¿una «alternativa» razonable al proceso judicial?  
*Jordi Nieva-Fenoll* ..... 42
- Matices y acotaciones sobre la prohibición de mediación del art. 44.5 de la Ley Orgánica 1/2004  
*Marta del Pozo Pérez* ..... 52
- Incidencia de la mediación en el proceso civil  
*Pablo Sánchez Martín* ..... 60
- La ejecución del acuerdo de mediación. La elevación a escritura pública. Problemática  
*Luis Antonio Soler Pascual* ..... 72

## PRÁCTICA PROCESAL

- Esquema implantación del protocolo de mediación intrajudicial tras la Ley 5/2012, de 6 de julio  
*Vicente Magro Servet* ..... 80

## EJECUCIÓN CIVIL

- El internamiento involuntario urgente y la sentencia del Tribunal Constitucional (recurso de amparo 5070/09)  
*Isaac Carlos Bernabéu Pérez* ..... 86
- La cesión del crédito en la fase de ejecución: el alcance del artículo 540 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (I)  
*Isaac Carlos Bernabéu Pérez* ..... 88
- La cesión del crédito en la fase de ejecución: el alcance del artículo 540 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (II)  
*Isaac Carlos Bernabéu Pérez* ..... 90
- A vueltas con la firmeza del artículo 548 LEC  
*Alberto Martínez de Santos* ..... 92
- La «vivienda habitual» de la Disposición Adicional Sexta de la LEC  
*Alberto Martínez de Santos* ..... 93
- El proveído en contradicción con el acuerdo de mediación  
*Alberto Martínez de Santos* ..... 94



- La paralización de las ejecuciones de garantías reales y acciones de recuperación asimiladas en la Ley 38/2011, de 10 de octubre, de reforma de la Ley Concursal  
Pilar Íñiguez Ortega ..... 96

## FORMULARIOS

- Solicitud de ambas partes en un proceso civil ya iniciado para instar su suspensión mientras los derivan a mediación  
Manuel Perales Candela ..... 98

## DOCUMENTACIÓN

- Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles (BOE 7 julio; c.e., BOE 26 julio) ..... 100
- Ley 4/2001, de 31 de mayo, reguladora de la mediación familiar (DOG de 18 de junio de 2001) ..... 113
- Normas reguladoras del Registro de Mediadores del Ilustre Colegio Provincial de Abogados de A Coruña ..... 119
- Normas reguladoras del Servicio de Mediación en Asuntos Civiles y Mercantiles del Ilustre Colegio Provincial de Abogados de A Coruña (ICACOR.Media) aprobadas en Junta de 18 de octubre de 2012 ..... 122



La sección **Consultas** no se concibe como asesoría jurídica personalizada, sino como sección de planteamiento genérico e interpretativo de la aplicación de los textos y doctrinas jurídicas, por lo que la editorial se reserva el derecho a no admitir las que incumplan tal planteamiento. Por razones obvias, tampoco podremos atender aquellas consultas sobre casos pendientes de judicialización o ya judicializados.

## La mediación. Futuro incierto

**C**reo que han sido muchas, demasiadas, las expectativas que se han generado alrededor de la mediación en asuntos civiles y mercantiles y que, barrunto, se van a ver frustradas con el paso del tiempo. Las normas aprobadas, los impulsos en Universidades y Colegios de Abogados, las ilusiones puestas en la institución, pueden ser víctima de su propio éxito anticipado, toda vez que la realidad en ocasiones es tozuda y no coincidente con la voluntad, sobre todo si esta última no se asienta

en datos y elementos que conforman nuestra sociedad y su experiencia. Las cosas no cambian por decisión del legislador y lo que funciona fuera, no tiene por qué hacerlo aquí, ni es fácil que lo haga sin atender a nuestra propia tradición, caracterizada por un espíritu en exceso radicalizado en los conflictos y una abogacía no siempre dada a los acuerdos, siendo esto último consecuencia de la formación recibida en la que brilla por su ausencia el favorecimiento de una justicia no judicializada.

Es verdad que todo intento de llegar a la composición de los litigios es loable y que el legislador ha actuado con diligencia poniendo en marcha los instrumentos normativos al efecto, así como que lo ha hecho con leyes que, en su conjunto, merecen ser calificadas positivamente.

Otorgar la mediación a órganos especializados y establecer reglas procesales que la hagan compatible con las que regulan el proceso, confiriendo un valor ejecutivo a los acuerdos mediante el cumplimiento de determinadas condiciones, confiere a los acuerdos una eficacia suficiente como para ser atractiva.

No obstante, el hecho de que la mediación no sea gratuita, aunque la misma no se vea gravada con cantidades elevadas o el de no implicar a los letrados en una mayor actividad conciliadora ofreciéndoles, como sucede en otros países, beneficios en sus propias minutas o el hecho, en fin, de que las partes no sufran alguna sanción para el caso de proseguir un proceso cuando sus pretensiones, manifiestamente, fueran infundadas y la conciliación apareciera como una fórmula adecuada y menos gravosa para el Estado, son obstáculos para un desarrollo cierto de esta vía.

No digo, por supuesto, que deba sancionarse a quien hace uso de su derecho de acceso a la Jurisdic-

ción, pero sí que el que así actúa de manera infundada y con conciencia de hacerlo o, al menos, con el conocimiento de los elevados riesgos de su conducta, debería ver castigada su actuación con el abono de los gastos ocasionados al erario público. Ya existe algo de ello en materia de costas, si bien en un sentido inverso, es decir, no imponiéndolas a quien deduzca una pretensión en la cual subsistan dudas de hecho o de derecho acerca de su fundamento, criterio tras el que se esconde la valoración de la mala fe aunque se formule en un sentido positivo y objetivo.

En definitiva, la mediación puede fracasar por el simple hecho de su carestía, de significar un gasto adicional a los ya elevados que entraña la formulación de una demanda civil o mercantil no compleja. Añadir otro más, suscita la duda de su utilidad real.

Otra cosa puede suceder cuando se trata de materias mercantiles de cierta entidad, en las cuales en este momento se acude al arbitraje con cierta frecuencia, siendo así, es conveniente decirlo, que la institución que ahora se crea ofrece más garantías que el arbitraje cuando éste se atribuye a órganos con excesiva intervención en la constitución de los tribunales arbitrales. No es necesario ahondar más en este asunto por su excesiva complejidad conocida y asumida por todos y que requeriría de una mayor institucionalidad en esta fórmula heterocompositiva, un mayor alejamiento de quienes lo administran y, a la vez, hacen lo propio con los intereses de sus patrocinados.

Y otra es que también los propicie en el ámbito de los procesos inquisitorios por su especial naturaleza, por el carácter marcadamente conflictivo de los litigios y porque, más que cuestiones jurídicas, en éstos se evidencian con frecuencia materias que afectan directamente a sentimientos influidos por elementos muy diversos en los que un mediador especializado puede contribuir de manera decidida.

La mediación, tal y como viene establecida, deja a los abogados fuera de la solución, de modo que, al huir de su compromiso y participación efectiva, puede generar que aquéllos no sean proclives a una solución que les aleja del centro de la composición y arreglo del asunto, les aparta de un cierto dominio del conflicto, de una práctica ya asentada de previa negociación con la contraria, aunque siempre, claro está, más proclive en general al proceso por tradición, formación y convencimiento. Tal vez los propios letrados se muestren remisos a indicar a sus clientes este recurso, a impulsarles hacia su utilización ordinaria.



Entiendo que, aunque la ley de mediación fuera necesaria, pues se trata de un instrumento adecuado, tal vez habrían de haberse explorado otros mecanismos más cercanos a la experiencia forense y profesional española. Habría que haber impulsado la participación de los abogados y advertido a las partes sobre su conducta.

En este sentido, no parece que el establecimiento de beneficios para los abogados mediante un incremento de sus honorarios para los casos de acuerdo hubiera sido una mala solución. Aumentar las minutas para los supuestos de composición en un porcentaje determinado, entiendo que hubiera sido más eficaz que el recurso inmediato a la mediación o, al menos, que se hubiera favorecido una primera toma de contacto con el contrario que, en muchos casos, daría buenos resultados.

Tampoco parece irrazonable haber explorado una mayor implicación de los órganos jurisdiccionales en la conciliación, fortaleciendo el papel del Juez al momento de la audiencia previa. Posiblemente y con cierta razón, se puede decir que el Juez que se implica pierde su imparcialidad, pero nada se opondría a explorar soluciones que distinguieran, también en el proceso civil, entre un tribunal procesal y uno decisor, mediante el otorgamiento a los Secretarios Judiciales de potestad jurisdiccional confiriéndoles la categoría de Jueces de tramitación. De esta manera se eludirían muchos de los problemas que hoy suscita la atribución a éstos de competencias claramente jurisdiccionales, sin gozar de esta potestad.

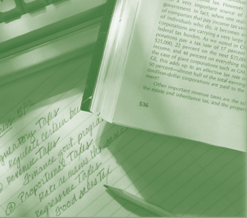
Ese Juez procesal, no implicado en el juicio y la decisión, podría mantener una conducta activa en la composición intraprocesal, siendo sus decisiones un referente a los efectos de valorar la condena en costas y siempre con participación de ambas partes en el acuerdo en el seno de la audiencia previa o en la vista del juicio verbal, aunque con anterioridad al mismo.

Se trata de llevar al proceso, con mayor intensidad, lo que se quiere establecer fuera y de implicar al Poder Judicial en una justicia menos contenciosa sin afectar a la imparcialidad que la caracteriza.

Claro está, esta atribución a los Secretarios Judiciales de funciones jurisdiccionales comportaría un radical cambio en su ubicación orgánica, la eliminación de toda dependencia del Poder Ejecutivo y su integración bajo el Consejo General del Poder Judicial. Tal vez de esta forma, los Tribunales de Instancia estarían menos expuestos a los riesgos apuntados de peligro de intromisión del Gobierno en la Justicia. Porque, siendo la idea positiva, genera sospechas y rechazo su excesiva dependencia administrativa.

En resumen, un buen paso, pero aislado y que siembra dudas sobre su real eficacia. Legislar comporta siempre voluntarismo, pero por sí solo no vale esta virtud si no va acompañada de dosis de realismo. Muchos ejemplos tenemos ya en esta España en los últimos años.

José María Asencio Mellado



## Principios relativos a las partes en la mediación

Luis-Andrés Cucarella Galiana

Profesor Titular de Universidad. Área de Derecho Procesal.

Facultad de Derecho.

Universitat de València (Estudi General)

### SUMARIO

- I. LA MEDIACIÓN COMO FÓRMULA DE RESOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS EN EL ÁMBITO DEL DERECHO PRIVADO
  1. Notas esenciales de las fórmulas autocompositivas
  2. Fórmulas heterocompositivas: arbitraje y proceso
  3. Objeto de estudio
- II. PRINCIPIOS
  1. Dualidad de posiciones: principio connatural a la mediación
  2. Contradicción o audiencia
  3. Igualdad
  4. El principio de voluntariedad
  5. El principio de buena fe

### I. LA MEDIACIÓN COMO FÓRMULA DE RESOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS EN EL ÁMBITO DEL DERECHO PRIVADO

#### 1. Notas esenciales de las fórmulas autocompositivas

En abstracto, y centrándonos en el ámbito del Derecho privado, las fórmulas de resolución de las controversias son esencialmente tres: la autotutela, la autocomposición y la heterocomposición<sup>1</sup>. Entendemos como fórmula autotutelar aquella en la que una de las partes en conflicto impone a la otra la solución a la controversia. En las sociedades modernas, los ordenamientos jurídicos no permiten que las partes puedan tomarse la justicia por su mano<sup>2</sup>. De este modo, a salvo la existencia de alguna manifestación residual<sup>3</sup>, debemos subrayar que si bien ésta es una fórmula que puede darse en teoría, en la práctica no es posible.

Por el contrario, presentan gran interés las fórmulas autocompositivas como mecanismos de resolución de controversias. Éstas se caracterizan porque las partes, en pie de igualdad, resuelven la controversia que tienen entre sí<sup>4</sup>. Es decir, ninguna impone a la otra la solución de

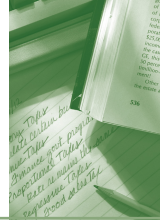
la controversia, sino que las partes son capaces de llegar a un acuerdo para resolverla<sup>5</sup>.

#### A) Autocomposición sin intervención de tercero

Las fórmulas autocompositivas se pueden dividir, a su vez, en otras dos. Por un lado, aquella en la que las partes por sí solas, sin la ayuda de nadie, resuelven la controversia que tienen entre sí. En este sentido, por ejemplo, las partes en un conflicto de intereses pueden intentar resolver sus diferencias celebrando un contrato de transacción (art. 1811 CC).

#### B) Autocomposición con intervención de tercero: conciliación y mediación

Además de la autocomposición sin intervención de terceros, debemos referirnos a aquella en la que las partes recurren a un tercero para que les ayude a llegar a un acuerdo. En este caso, podemos hablar de conciliación y mediación<sup>6</sup>. Las diferencias entre una y otra modalidad están en la posición jurídica que ocupa el tercero. En concreto, en el caso de la conciliación, el tercero se limita a intentar aproximar las posiciones enfrentadas de las partes, mientras que en la mediación, el tercero puede



realizar propuestas de resolución de controversias que las partes son libres de aceptar o rechazar<sup>7</sup>.

## 2. Fórmulas heterocompositivas: arbitraje y proceso

El dato de que en la mediación las propuestas del mediador puedan rechazarse libremente por las partes, diferencia claramente la función de éste, del papel del tercero que interviene en las instituciones heterocompositivas<sup>8</sup>. Estas fórmulas son el proceso y el arbitraje<sup>9</sup>. Ambos tienen en común que en ellas interviene un tercero que se coloca jurídicamente *supra partes*, estando éstas obligadas a cumplir la decisión tomada<sup>10</sup>. En el caso del proceso, el tercero es un juez, titular de una potestad pública que le legitima para imponer su decisión. En el caso del arbitraje, son las partes las que mediante la celebración del convenio arbitral previo, otorgan al árbitro (o árbitros) la potestad de imponer su decisión. En ambos casos, las partes deben cumplir lo decidido por el tercero, juez o árbitro. En caso contrario, el ordenamiento jurídico articula los mecanismos legales para que pueda exigirse su cumplimiento<sup>11</sup>.

Cuestión distinta es que en el seno de un proceso o de un arbitraje se quiera llevar a cabo una mediación. Ello no empaña las diferencias que hemos establecido entre autocomposición y heterocomposición, simplemente se trata de una manifestación de la vigencia del principio dispositivo en el ámbito de las controversias de Derecho privado<sup>12</sup>.

## 3. Objeto de estudio

Pues bien, una vez que hemos ubicado la mediación en el contexto determinado por otras fórmulas de resolución de controversias, queremos delimitar el objeto de este trabajo. En concreto, nuestro objetivo es exponer los principios sobre la base de los cuales se estructura la intervención de las partes en el procedimiento de mediación. A tales efectos, entendemos como parte la persona o personas entre las cuales existe un conflicto de intereses y deciden someterse a mediación. Nótese que nos vamos a centrar en el estudio de los diferentes principios estructurales. Por lo tanto, el análisis de los derechos y deberes de las partes, por ejemplo, cae fuera del ámbito de este trabajo.

Para llevar a cabo este estudio, vamos a prestar atención a diferentes aspectos normativos. Es decir, la construcción dogmática sobre los principios la vamos a hacer tomando como referencia la situación normativa existente. Y para ello, principalmente tomamos como referente y punto de partida, la regulación estatal general representada por la Ley 5/2012, 6 julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles<sup>13</sup>. Del mismo modo, y aunque fija una regulación básica, prestaremos atención a la regulación que se contiene en la Directiva 2008/52/CE, del Parlamento europeo y del Consejo, de 21 mayo



### FICHA RESUMEN

**Título:** Principios relativos a las partes en la mediación.

**Autor:** Luis Andrés Cucarella Galiana.

**Resumen:** La Ley 5/2012 de mediación en asuntos civiles y mercantiles establece el régimen general de la mediación. En el presente trabajo se analizan los aspectos esenciales relativos a las partes. Para ello, se presta atención a los principios sobre la base de los cuales debe estructurarse la intervención de las partes. En concreto, los principios de dualidad de posiciones, contradicción o audiencia e igualdad. El estudio se completa con referencias a la regulación autonómica sobre mediación.

**Palabras clave:** mediación, partes, dualidad de posiciones, contradicción, igualdad.

**Abstract:** Act 5/2012 on Mediation in Civil and Commercial Matters establishes the general scheme for mediation. This paper analyzes the essential parties-related aspects. For this reason, special attention is paid to the principles which serve as basis to structure the intervention of the parties. In particular, the principles of duality of positions, contradiction or hearing and equality. The study is complemented with references to the autonomic regulation on mediation.

**Keywords:** mediation, parties, duality of positions, contradiction, equality.

**N. del A.:** El presente trabajo se enmarca en el ámbito del Proyecto de investigación financiado por el Ministerio de Ciencia e Innovación del Gobierno de España, con número de referencia 2011-24627.

**N. de la E.:** Artículo recibido en la Editorial el 26 de septiembre y aceptada su edición en las reuniones celebradas el 3 y el 9 de octubre de 2012.

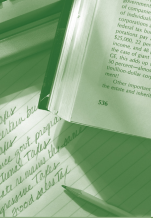
2008, sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles<sup>14</sup>. Y por otro lado, en tercer lugar, prestaremos atención a las leyes autonómicas que han regulado con carácter general la mediación en Derecho privado. En concreto, nos referimos a la Ley 15/2009, de 22 de julio (Comunidad Autónoma de Cataluña), de mediación en el ámbito del derecho privado<sup>15</sup> y a la Ley 1/2011, de 28 de marzo, de Mediación de la Comunidad Autónoma de Cantabria<sup>16</sup>.

## II. PRINCIPIOS

### 1. Dualidad de posiciones: principio connatural a la mediación

#### A) Regulación estatal

Este principio es connatural a la mediación como fórmula autocompositiva. La existencia del conflicto de intereses en sí, implica que las partes ocupen alguna de las dos posiciones existentes en el conflicto.



## Principios relativos a las partes en la mediación

Sobre esta dualidad, debe prestarse atención al artículo 3 a) párr. 1 de la Directiva 2008/52/CE en el que se señala que «a efectos de la presente Directiva, se entenderá por mediación: un procedimiento estructurado, sea cual sea su nombre o denominación, en el que dos o más partes en un litigio intentan voluntariamente alcanzar por sí mismas un acuerdo sobre la resolución de su litigio con la ayuda de un mediador (...)».

En la misma línea, el artículo 1 LMACM cuando fija un concepto de mediación señala que es el «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».

Nótese que la dualidad de posiciones no debe confundirse con la dualidad de partes, pues si bien en la mediación debe haber una dualidad de posiciones enfrentadas, puede haber dos o más partes.

### B) Regulación autonómica

Si recurrimos a la legislación autonómica, esa necesidad de dualidad de posiciones puede entenderse implícita en el artículo 1.1 de la Ley 15/2009 de la Comunidad autónoma de Cataluña, al señalarse que «a los efectos de la presente ley, se entiende por mediación el procedimiento no jurisdiccional de carácter voluntario y confidencial que se dirige a facilitar la comunicación entre las personas, para que gestionen por ellas mismas una solución a los conflictos que las afectan, con la asistencia de una persona mediadora que actúa de modo imparcial y neutral».

En el caso de la Ley 1/2011 de la Comunidad autónoma de Cantabria, el artículo 2 fija el concepto de mediación, y del mismo, se deriva claramente la necesidad de existencia de una dualidad de posiciones. Así, «a los efectos de la presente Ley, se entiende por mediación aquel procedimiento estructurado en el que dos o más partes en un conflicto o litigio intentan voluntariamente alcanzar por sí mismas un acuerdo sobre la resolución de su controversia, con la asistencia de un mediador profesional».

## 2. Contradicción o audiencia

### A) Manifestaciones en la regulación estatal

#### a) Puesta en marcha del procedimiento y en su inicio

El artículo 24.2 CE consagra el derecho a un proceso jurisdiccional con todas las garantías, del que se deriva claramente el derecho de las partes procesales a conocer y poder contradecir todos los materiales de hecho y de Derecho que puedan influir en la decisión judicial<sup>17</sup>. Ahora bien, aunque la CE no se refiera a la mediación, en

la medida en que también es una fórmula de resolución de controversias admitida expresamente en el ordenamiento jurídico, es preciso que la misma esté estructurada de manera contradictoria. La razón es evidente, si lo que se pretende con la mediación es evitar que las partes en conflicto pasen por el proceso, la mediación debe estructurarse sobre la base de este principio. Dicho con otras palabras, una alternativa al proceso no puede estructurarse de manera que no sea contradictoria.

 **La dualidad de posiciones no debe confundirse con la dualidad de partes, pues si bien en la mediación debe haber una dualidad de posiciones enfrentadas, puede haber dos o más partes**

En esta línea, queremos prestar atención a la Directiva 2008/52/CE. La misma no contiene una regulación específica relativa al desarrollo del procedimiento de mediación, por lo que no podemos encontrar manifestaciones o exteriorizaciones del principio de contradicción en el desarrollo procedimental. Sin embargo, el considerando 19 señala que «la mediación no debe considerarse como una alternativa peor que el proceso judicial». Es cierto que esta afirmación se realiza a los efectos de justificar que el acuerdo de mediación deba tener fuerza ejecutiva. Sin embargo, desde nuestro punto de vista, permite sostener que la mediación debe ser equiparada al proceso en aquello en lo que obviamente la equiparación pueda ser posible. Y en el ámbito de la contradicción, entendemos que las mismas exigencias que se dan en un proceso, deben darse en la mediación.

Si atendemos al articulado de la LMACM, los aspectos relativos a la contradicción aparecen de una manera más clara. Así, el artículo 16 regula los aspectos relativos al inicio de la mediación, que puede tener lugar, bien de común acuerdo entre las partes (art. 16.1 a) o por una de las partes en cumplimiento de un pacto de sometimiento a mediación existente entre las partes (art. 16.1 b). En este último caso, las exigencias derivadas de la vigencia del principio de contradicción se respetan cuando la parte firmante del pacto que no ha presentado la solicitud de mediación tiene conocimiento de la solicitud presentada porque el artículo 17.1 LMACM prevé que «recibida la solicitud (...) el mediador o la institución de mediación citará a las partes para la celebración de la sesión informativa».

En cuanto al inicio del procedimiento, también está garantizada la contradicción. El artículo 19.1 LMACM dispone que «el procedimiento de mediación comenzará mediante una sesión constitutiva en la que las partes expresarán su deseo de desarrollar la mediación», dejando constancia de diferentes aspectos que contempla la norma. Es evidente que las partes deben ser citadas a dicha sesión.

Precisamente para garantizar el respeto a estas exigencias derivadas del principio de contradicción, el artículo 21.1 de la LMACM dispone que el mediador convoque a las partes para cada sesión que pueda desarrollarse, con la antelación necesaria. O de igual modo, el apartado 3 dispone que «el mediador comunicará a todas las partes la celebración de las reuniones que tengan lugar por separado con alguna de ellas, sin perjuicio de la confidencialidad sobre lo tratado».

#### b) Terminación del procedimiento

Las exigencias de contradicción que analizamos, entendemos que también deben darse en los casos en que alguna de las partes pretenda poner fin al procedimiento mediando desistimiento. El artículo 6.3 LMACM señala que nadie está obligado a mantenerse en el procedimiento. Pues bien, si alguna de las partes desistiera, creemos que la otra debe ser oída, sin perjuicio de que lo que alegue no puede impedir el fin del procedimiento.

#### B) Ley 15/2009, de la Comunidad autónoma de Cataluña

Desde nuestro punto de vista, las exigencias de contradicción se manifiestan en dos ámbitos.

##### a) Regulación de las sesiones informativas e inicial

Por un lado, al regularse el desarrollo de las sesiones informativa<sup>18</sup> e inicial<sup>19</sup>. En esos casos, se precisa que las partes sean debidamente convocadas a las mismas a los efectos de que puedan tomar las decisiones correspondientes. En el primer caso, si optan o no por la mediación; en el segundo, fijar las cuestiones que tienen que examinarse y planificación del desarrollo de las sesiones que puedan ser necesarias.

En la sesión inicial, además, el mediador debe informar a las partes de la conveniencia de recibir asesoramiento jurídico durante la mediación y de la necesidad de designar abogado para redactar el convenio o el documento jurídico adecuado, sobre la base del resultado de la mediación (art. 15.3<sup>20</sup>).

El mediador también puede informar a las partes de la conveniencia de recibir un asesoramiento específico diferente del jurídico (art. 15.4).

##### b) Actuación del mediador

El segundo ámbito en el que se manifiesta el principio de contradicción, es en la actuación del mediador a lo largo del procedimiento. Con carácter general, el artículo 13 dispone que la persona mediadora debe velar por que las partes tomen sus propias decisiones y ten-

gan la información y el asesoramiento suficientes para alcanzar los acuerdos de forma libre y consciente.

#### C) Ley 1/2011, Comunidad autónoma de Cantabria

En el caso de la Ley 1/2011 Comunidad autónoma de Cantabria, los aspectos relativos a la contradicción se manifiestan en tres ámbitos.

##### a) Principios rectores de la mediación

El artículo 9 dispone que «las partes deben contar con información precisa sobre las características del procedimiento y su funcionamiento, sobre el alcance del mismo y sus consecuencias y el valor de los acuerdos por pudieran alcanzarse».

A su vez, el artículo 11, bajo la rúbrica *debate contradictorio*, dispone que «a lo largo del procedimiento de mediación las partes deben poder expresar libremente sus puntos de vista sobre la situación conflictiva. La persona mediadora debe potenciar un trato equitativo entre las partes, garantizando una intervención equilibrada entre ellas en el transcurso de la mediación».

##### b) Deberes de la persona mediadora

El segundo ámbito en el que se contemplan estos aspectos es en la regulación de los deberes de la persona mediadora. En concreto, el artículo 29 b) dispone que debe «realizar personalmente su actividad mediadora, informando y explicando previamente a las partes todo el proceso de mediación, sus principios, efectos y coste».

De igual modo, la letra d) prevé que el mediador debe «facilitar la comunicación entre las partes». Y la le-





## Principios relativos a las partes en la mediación

tra f) dispone que deba «propiciar que las partes dispongan de la información y el asesoramiento suficiente para alcanzar los acuerdos de forma libre, voluntaria y exenta de coacciones».

### c) Desarrollo de la mediación

El tercer ámbito al que debemos atender es al del desarrollo de la mediación propiamente dicha. Sobre todo, en lo relativo a la convocatoria de las partes a la reunión inicial (art. 37.1).

De igual modo, es interesante la regulación que se contiene en el artículo 40 sobre la audiencia y participación de terceros. El apartado 1 prevé que cuando los acuerdos puedan interesar a otras personas, se les podrá dar previamente audiencia por sí o a través de sus representantes legales, en su caso. Pues bien, en la medida en que nos estamos refiriendo a la contradicción desde el punto de vista de las partes, debemos tener presente lo previsto en el apartado 4 de ese mismo artículo. En concreto, se establece que «la persona mediadora informará a las partes sobre las posibles consecuencias procesales derivadas de realizar o no el trámite de audiencia a los terceros interesados».

## 3. Igualdad

Al inicio de este trabajo hemos señalado que en tanto en las fórmulas autocompositivas como en las heterocompositivas, las partes en conflicto deben encontrarse en pie de igualdad. Esta exigencia también se da en la mediación<sup>21</sup>. Pues bien, al analizar este principio, vamos a referirnos a cuál es la regulación normativa que sobre el mismo se establece. Posteriormente, prestaremos especial atención a la prohibición de mediación en los casos de violencia de género, precisamente, porque se entiende que la igualdad entre las partes no está garantizada en esos casos.

### A) Régimen normativo estatal

#### a) Igualdad de acceso a la mediación

No encontramos en el articulado de la Directiva 52/2008/CE ninguna disposición que regule expresamente el principio de igualdad como esencial para que pueda desarrollarse la mediación. No obstante, creemos que el mismo puede entenderse implícito en el artículo 3.1 a) Directiva 2008/52/CE, al definir lo que se entiende por mediación. En concreto, al tratarse la mediación de una fórmula autocompositiva, es necesario que las partes en conflicto se encuentren en pie de igualdad. En el momento en que dicha igualdad no se dé, la mediación no debería ser posible.

La exteriorización del principio es más clara en el artículo 7 LMACM. Este artículo está ubicado en el título II, *principios informadores de la mediación*. En concreto, el artículo citado dispone que «en el procedimiento de

mediación se garantizará que las partes intervengan con plena igualdad de oportunidades, manteniendo el equilibrio entre sus posiciones y el respeto hacia los puntos de vista por ellas expresados, sin que el mediador pueda actuar en perjuicio o interés de cualquiera de ellas».



**Al tratarse la mediación de una fórmula autocompositiva, es necesario que las partes en conflicto se encuentren en pie de igualdad. En el momento en que dicha igualdad no se dé, la mediación no debería ser posible**

Este principio se traduce, en definitiva, en que cualquier persona debe tener iguales posibilidades de acceso a la mediación, ya sea porque lo haga conjuntamente con otra persona y de común acuerdo lo solicite, o bien porque antes haya firmado un pacto de sometimiento a mediación, y decida ponerla en marcha (art. 16 LMACM).

### b) Desarrollo del procedimiento

Por otro lado, además de esa igualdad en el acceso a la mediación, debe garantizarse que la igualdad se dé en el desarrollo del procedimiento. Por este motivo, se comprende que artículo 7 *in fine* LMACM disponga que el mediador no pueda actuar en perjuicio o en interés de cualquiera de las partes.

### B) Regulación autonómica

#### a) Ley 15/2009, Comunidad autónoma de Cataluña

Si prestamos atención a la regulación autonómica, en el caso de la Ley 15/2009 Comunidad autónoma de Cataluña, la regulación de los aspectos relativos a la igualdad se hace con ocasión de la previsión del principio de imparcialidad y neutralidad de la persona mediadora. En concreto, el artículo 6.1 dispone que «la persona mediadora ejerce su función con imparcialidad y neutralidad, garantizando la igualdad entre las partes». Es muy interesante que a continuación se disponga que deba interrumpir el procedimiento de mediación «mientras la igualdad de poder y la libertad de decidir de las partes no esté garantizada».

#### b) Ley 1/2011, Comunidad autónoma de Cantabria

En el caso de la Ley 1/2011 Comunidad autónoma de Cantabria, el principio de igualdad también recorre los aspectos relativos al inicio, desarrollo y fin del procedimiento de mediación.

En cuanto al inicio, el artículo 5.3 establece la regla general de que el mediador debe negarse a actuar como tal, si aprecia el incumplimiento de algunos de los

principios rectores de la mediación. En este contexto, el apartado 5 de ese artículo señala que «se excluyen de la mediación los supuestos en que, a juicio del mediador o profesional competente, las partes no se encuentren en un plano de igualdad». Si bien esa exclusión se hace en general, en particular, como vamos a ver después, también se hace para el caso en que en la mediación vaya a intervenir una persona que haya sufrido o esté sufriendo violencia de género.

En cuanto al desarrollo del procedimiento, el artículo 6.2, al regular la imparcialidad y neutralidad de la persona mediadora, dispone que ésta «deberá abstenerse de proponer acuerdo, siendo su obligación respetar los puntos de vista de las partes y preservar su igualdad en la negociación».

Y por otro lado, si esa igualdad no queda garantizada, se prevé que el mediador pueda poner fin al procedimiento. En concreto, al regular los derechos de la persona mediadora, el artículo 28.3 dispone que ésta «puede dar por acabada la mediación en el momento en que aprecie en alguna de las partes falta de voluntad o desigualdad de poder entre las mismas».

### C) *Supuesto de desigualdad provocado por actos de violencia de género*

#### a) *Prohibición normativa de mediación: justificación*

En el caso de la violencia de género, el legislador español ha tomado la opción de prohibir expresamente la mediación<sup>22</sup>. Así se hizo en el artículo 44.5 de la Ley Orgánica 1/2004, 28 diciembre, de medidas para la protección integral contra la violencia de género con el que se introdujo el artículo 87 ter apartado 5 de la Ley Orgánica 5/1985, 1 julio, del Poder Judicial<sup>23</sup>. En concreto, la opción legislativa es clara al señalarse que «en todos estos casos está vedada la mediación<sup>24</sup>». En este sentido, hay que entender excluida cualquier posibilidad de mediación penal (que no está admitida con carácter general), como civil.

El planteamiento del que parte el legislador es el de entender que una mujer que sufre (o ha sufrido) actos de violencia de género, no se encuentra en condiciones de igualdad respecto al agresor<sup>25</sup>. La ausencia de igualdad implica que falle uno de los presupuestos esenciales para que la mediación pueda desarrollarse, pues no debe olvidarse que se trata de una fórmula autocompositiva. En definitiva, el legislador adopta lo que entiende como una medida de protección a la víctima de violencia de género, al no permitir que la mujer tenga que acudir a un proceso de negociación con su agresor<sup>26</sup>.

Esta prohibición ha generado diferentes corrientes en la doctrina, entre las cuales podemos encontrar la de aquellos que entienden que es justificada<sup>27</sup>, al sostener que se trataría de una medida para proteger a la mujer que sufre o ha sufrido la violencia<sup>28</sup>. En este contexto se

considera que la mediación sería inviable, además, porque las relaciones personales entre la víctima y el agresor están deterioradas<sup>29</sup>.

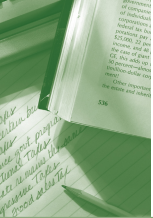
Frente a esta postura, podemos encontrar otros que entienden que si bien está justificada con carácter general, en particular y en determinados casos, la mediación debería admitirse y ser útil. Es decir, se sostiene que la mediación no debería ser posible en los casos en que la víctima sufriera el «síndrome de la mujer maltratada», debiéndose admitir en otros casos en los que la víctima sí que estaría en condiciones subjetivas para poder participar en un procedimiento de mediación<sup>30</sup>. En este sentido, se afirma que debería haberse distinguido entre los diferentes tipos de violencia que pueden aplicarse, tanto física como psicológica, y a su vez, tener en cuenta los diferentes grados que puede haber en «la incidencia de la violencia en las relaciones interpersonales»<sup>31</sup>.

En todo caso, y con independencia de lo que acabamos de exponer, el artículo 44.5 de la Ley orgánica 1/2004 establece la prohibición de mediación en los casos de violencia de género. Teniendo claro que esta prohibición alcanza a una eventual mediación penal, nos adentramos en el análisis de la misma en el ámbito civil<sup>32</sup>.

#### b) *La prohibición alcanza también a la mediación en el ámbito civil*

En este sentido, no podemos pasar por alto que es posible, y bastante probable, que una mujer que haya





## Principios relativos a las partes en la mediación



presentado la correspondiente denuncia por actos de violencia de género, pretenda también la obtención de una sentencia civil de separación o divorcio, en los casos en que esté unida en matrimonio a su agresor. O también, mediando o no la existencia de vínculo conyugal, podría darse el caso de que la mujer denunciante presentara una demanda, por ejemplo, en relación con la guarda y custodia de los hijos. Todas estas cuestiones relativas al ámbito familiar son tramitadas a través del proceso civil siendo de competencia de un Juzgado de Violencia sobre la Mujer. La cuestión que planteamos en este momento es la de si en esos casos sería viable un intento de mediación familiar con carácter previo al proceso, o, en su caso, estando pendiente el mismo.

Desde nuestro punto de vista, la prohibición del artículo 44.5 de la Ley orgánica 1/2004, se extendería a la posibilidad de que con carácter previo al proceso, o durante la pendencia del mismo, el agresor y la víctima intentaran llegar a un acuerdo en los aspectos que con carácter general, cuando no hay violencia de género, son susceptibles de mediación familiar<sup>33</sup>.

La misma justificación legal que se aprecia para la exclusión de la mediación penal, debe entenderse aplicable a los supuestos civiles. La Ley 1/2000, 7 enero, de Enjuiciamiento Civil<sup>34</sup> y la LMCM no contienen una regulación expresa al respecto, pero creemos que no es necesaria a la vista de la prohibición que con carácter general se establece en el artículo 44.5 Ley orgánica 1/2004, la igualdad de las partes no estaría garantizada.

Esa regulación expresa sobre mediación y violencia de género, por el contrario, la encontramos en las dos leyes autonómicas sobre mediación a las que estamos haciendo referencia en este trabajo.

### c) Violencia de género y mediación en las leyes autonómicas

#### a') Ley 15/2009, Comunidad autónoma de Cataluña

Hemos visto que la Ley 15/2009 Comunidad autónoma de Cataluña, en su artículo 6.1 dispone que el mediador deba garantizar la igualdad entre las partes, debiendo interrumpir el procedimiento mientras esa igualdad no esté garantizada «especialmente como consecuencia de situaciones de violencia». Pues bien, a continuación se hace referencia expresa a los supuestos de violencia de género, imponiendo al mediador, el deber de interrumpir o si procede, de paralizar el procedimiento. En concreto, se dispone que «en todo caso, se debe interrumpir o, si procede, paralizar el inicio de la mediación familiar, si está implicada una mujer que ha sufrido o sufre cualquier forma de violencia machista en el ámbito de la pareja o en el ámbito familiar objeto de la mediación».

De manera correlativa a lo que se acaba de exponer, el artículo 14 b), al concretar los deberes de la persona mediadora, dispone que debe «dar por acabada la mediación ante cualquier causa previa o sobrevenida que haga incompatible la continuación del procedimiento con las prescripciones establecidas por la presente Ley, así como si aprecia falta de colaboración de las partes o si el procedimiento deviene inútil para la finalidad perseguida, dadas las cuestiones sometidas a mediación. La persona mediadora debe prestar una atención particular a cualquier signo de violencia, física o psíquica, entre las partes y, si procede, denunciar el hecho a las autoridades judiciales».

Nótese que esta disposición no se refiere solamente a la violencia de género, sino a cualquier signo de violencia física o psíquica, sin concretar quién es el que la infringe y la persona que la padece.

Por último, y para facilitar el cumplimiento de estas obligaciones en la persona mediadora, el artículo 22, al regular las funciones de los Colegios profesionales que integren a los profesionales que ejerzan funciones mediadoras dispone, en su letra j), que lleven «a cabo formación de capacitación en materia de violencia en el ámbito familiar, para detectar e identificar situaciones de riesgo, prestando una especial atención a las que afecten a personas en situación de dependencia».

#### b') Ley 1/2011 Comunidad autónoma de Cantabria

En el caso de la Ley 1/2011 Comunidad autónoma de Cantabria, la primera manifestación del tema que nos ocupa la encontramos en el artículo 5 en el que se regulan los aspectos relativos al principio de voluntariedad como principio informador de la mediación. El apartado 4 dispone que «quedan excluidos de la mediación cualquier asunto en el que exista violencia o maltrato sobre



la pareja o expareja, hijos o cualquier miembro de la familia o del grupo convivencial; cualquier tipología de la violencia de género, según referencia de la Ley de Cantabria 1/2004, de 1 de abril, Integral para la Prevención de la violencia contra las Mujeres y la protección a sus Víctimas; violencia familiar y violencia del grupo convivencial, o cualesquiera otras actuaciones que permitan presumir que el consentimiento para dicha mediación no será real y voluntario».

Por otro lado, el artículo 25 establece los requisitos de aptitud de la persona mediadora. Pues bien, el apartado 3 dispone que «será preciso acreditar la superación de un curso teórico-práctico de experto, máster o postgrado en mediación cuyo contenido y duración se determinarán reglamentariamente, en el que necesariamente se incluirá la formación jurídica necesaria para poder informar a las partes sobre la legalidad del acuerdo alcanzado en cada caso, así como módulos diferenciados jurídicos, psicológicos y de detección de violencia de género».

Y entre los derechos de la persona mediadora, el artículo 28.3 dispone que «la persona mediadora puede dar por acabada la mediación en el momento que aprecie en alguna de las partes falta de voluntad o desigualdad de poder entre las mismas, con especial atención en los casos en que se aprecie la existencia de violencia de género o violencia hacia menores, o exista una incapacidad manifiesta para llegar a un acuerdo, o que la continuidad de la mediación no sea eficaz».

De manera correlativa a esta previsión, el artículo 29, al regular los deberes de la persona mediadora, en su letra f) dispone que debe «prestar una atención particular a cualquier signo de violencia, física o psíquica, entre las partes, a fin de actuar en la forma prevista en el artículo 28.3 de esta Ley, sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos 259 y 262 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal».

#### 4. El principio de voluntariedad

##### A) Directiva 2008/52/CE

El artículo 3.1 a) Directiva 2008/52/CE, una vez que ha definido lo que se entiende por mediación a efectos de la Directiva, dispone que el procedimiento «puede ser iniciado por las partes, sugerido u ordenado por un órgano jurisdiccional o prescrito por el Derecho de un Estado miembro». Así, hay que señalar, que como norma, son las partes en conflicto las que deciden voluntariamente instar el inicio del procedimiento de mediación. Ahora bien, la Directiva permite que los ordenamientos nacionales puedan prever que dicha mediación sea sugerida o incluso ordenada por un juez<sup>35</sup>. Y de igual modo, también se contempla la posibilidad de que sea el ordenamiento jurídico el que imponga esa obligación. No obstante, en este último caso, no debe impedirse el acceso a los tribunales<sup>36</sup>.

En todo caso, iniciada la mediación, el principio al que nos referimos implica que las partes puedan, en cualquier momento, solicitar que el procedimiento termine<sup>37</sup>.

##### B) Manifestaciones en cuanto al inicio de la mediación

###### a) Ámbito estatal

###### a') No hay supuestos de mediación obligatoria

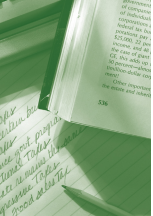
En este contexto, el legislador español ha optado por establecer que la mediación sea voluntaria en todo caso. Así se desprende claramente del artículo 6.1 LMA-CM al disponerse que «la mediación es voluntaria».

La regulación a la que nos referimos contrasta claramente con la que se pretendía introducir con el proyecto de Ley de mediación en asuntos civiles y mercantiles de 29 abril de 2011<sup>38</sup>. Con el Proyecto se pretendía reformar el artículo 437 LEC, al que se pretendía introducir un nuevo apartado 3 con la siguiente redacción: «en los juicios verbales a los que alude el apartado 2 del artículo 250 que consistan en una reclamación de cantidad, no se refieran a alguna de las materias previstas en el apartado 1 del mismo artículo y no se trate de una materia de consumo, será obligatorio el intento de mediación de las partes en los seis meses anteriores a la interposición de la demanda». Y de manera correlativa a lo que acabamos de exponer, se pretendía que el artículo 439.2 LEC pasara a disponer que «en los casos del apartado 2 del artículo 250, no se admitirán las demandas en que se reclame una cantidad si no se acompañase acta u otro documento acreditativo del intento de mediación en los seis meses anteriores a su interposición<sup>39</sup>».

*En todo caso, iniciada la mediación, el principio al que nos referimos implica que las partes puedan, en cualquier momento, solicitar que el procedimiento termine*

Sin perjuicio de que esta reforma no haya salido adelante, queremos realizar brevemente dos reflexiones al respecto. La primera, resultaba llamativo que el legislador pretendiera introducir inicialmente un régimen de mediación obligatoria para algunos supuestos, cuando existe el precedente de la conciliación preventiva que hasta la reforma de la LEC/1981 operada en el año 1984 era obligatoria, y en su día, el propio legislador reconoció el fracaso de ese sistema<sup>40</sup>.

Y por otro lado, como puso de manifiesto el CGPJ en el informe al anteproyecto de Ley de Mediación, el requisito de la obligatoriedad se podría haber acabado convirtiendo en una mera formalidad<sup>41</sup>. Así se desprendería de la lectura conjunta del artículo 439.2 LEC en la redacción que le pretendía dar el Proyecto en el que se quería disponer que «en los supuestos de mediación



## Principios relativos a las partes en la mediación

→ <http://practicadetribunales.laley.es>

obligatoria, se podrá tener por intentada la mediación y cumplida la obligación legal justificando la asistencia de al menos una de las partes» a la primera sesión informativa. El artículo continuaba indicando que «en este caso el mediador documentará tal circunstancia, entregando copia a los comparecientes».

### b') Invitación judicial a la mediación y mediación familiar

No contemplan la LMACM ni la LEC ningún supuesto en el que la mediación sea ordenada por el juez. Ello no impide, obviamente, que el tribunal pueda en ocasiones sugerir a las partes que recurran a la mediación. En este sentido, debe tenerse presente que el artículo 414.1 párr. segundo LEC, al regular la convocatoria de las partes al acto de la audiencia previa se disponga que «en esta convocatoria, si no se hubiera realizado antes, se informará a las partes de la posibilidad de recurrir a una negociación para intentar solucionar el conflicto, incluido el recurso a una mediación, en cuyo caso éstas indicarán en la audiencia su decisión al respecto y las razones de la misma».

En lo que se refiere al juicio verbal, que es el procedimiento a través del cual se tramitan las cuestiones sobre familia, la LMACM ha supuesto un avance en relación con el Real Decreto Ley 5/2012, 5 marzo, de Mediación en asuntos civiles y mercantiles. En concreto, la disposición final 3.ª de la LMACM, en su apartado 13, reforma el artículo 440.1 LEC. Así, el párr. 2 de dicho apartado dis-

pone que en la citación a la vista «se informará a las partes de la posibilidad de recurrir a una negociación para intentar solucionar el conflicto, incluido el recurso a una mediación, en cuyo caso éstas indicarán en la audiencia su decisión al respecto y las razones de la misma».

Es evidente que en los procesos de familia es muy interesante y útil que el tribunal pueda invitar a las partes a recurrir a una mediación familiar. De hecho, las leyes autonómicas en la materia suelen prever esta posibilidad. Sin embargo, en la medida en que se está haciendo referencia a la actuación de un juez en un proceso, entendemos que la única ley que puede regular esta cuestión es la estatal. Así se desprende del reparto de competencias hecho en la CE<sup>42</sup>. La LMACM viene a suplir una grave laguna existente en nuestro ordenamiento jurídico y permite reivindicar para la regulación procesal estatal, la regulación de los aspectos relativos a la invitación del tribunal a recurrir a la mediación familiar.

### b) Ámbito autonómico

#### a') Ley 15/2009 Comunidad autónoma de Cataluña

Si atendemos a la regulación autonómica, la Ley 15/2009 Comunidad autónoma de Cataluña, también contempla el requisito de la voluntariedad como determinante del inicio del procedimiento. Así, el artículo 1.1 incorpora a la definición de mediación, el requisito de la voluntariedad.

Por otro lado, el artículo 5.1 lo desarrolla al disponer que «la mediación se basa en el principio de voluntariedad, según el cual las partes son libres de acogerse a la misma o no».

El requisito se puede apreciar también en la regulación del contenido del acta de la reunión inicial. En concreto, el artículo 16.1 dispone que «de la reunión inicial de la mediación, debe levantarse acta, en la que deben hacerse constar la fecha, la voluntariedad de la participación de las partes y la aceptación de los deberes de confidencialidad. Deben establecerse el objeto y el alcance de la mediación y una previsión del número de sesiones».

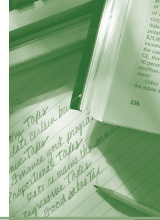
#### b') Ley 1/2011 Comunidad autónoma de Cantabria

El planteamiento de incorporar a la definición legal de mediación la nota de la voluntariedad, también puede apreciarse en la Ley 1/2011 Comunidad autónoma de Cantabria, en concreto, en su artículo 2. En la misma línea, el artículo 5.1 dispone que «las partes son libres para optar por este procedimiento y acceder a él (...)»<sup>43</sup>.

Por otro lado, al configurarse la voluntariedad como uno de los principios rectores de la mediación, se le impone al mediador la obligación de negarse a actuar como tal, cuando se incumpla alguno de esos principios.







En lo que nos interesa destacar ahora, el artículo 5.4 *in fine* señala que queda excluido de la mediación, por esta razón, cualquier supuesto en el que se permita «presumir que el consentimiento para dicha mediación no será real y voluntario».

En el artículo 37.1, al regular el desarrollo de la reunión inicial también se exterioriza el principio de voluntariedad, pues sobre ese carácter debe informar el mediador a las partes. Así, el artículo citado dispone que «la persona mediadora ha de convocar a las partes a una primera reunión en la cual debe explicar el procedimiento, la voluntariedad, la duración, el objeto y los honorarios previsibles de la mediación, la posibilidad de dar por finalizada la mediación en cualquier momento según lo dispuesto en esta Ley y, en especial, les ha de informar de los derechos y deberes de la persona mediadora y de las partes». De manera correlativa, ese dato deberá quedar reflejado en el acta (art. 38.1<sup>44</sup>).

## C) Terminación

### a) Regulación estatal

El artículo 6.3 LMACM dispone que «nadie está obligado a mantenerse en el procedimiento de mediación ni a concluir un acuerdo». Con ello, se manifiesta este principio de voluntariedad al que nos referimos, de manera que en cualquier momento del procedimiento, quien sea parte, puede apartarse de él. De manera correlativa a esta consideración, el artículo 22.1 LMACM dispone que «el procedimiento de mediación puede concluir en acuerdo o finalizar sin alcanzar dicho acuerdo, bien sea porque todas o alguna de las partes ejerzan su derecho a dar por terminadas las actuaciones, comunicándose al mediador (...)».

### b) Regulación autonómica

En la Ley 15/2009 Comunidad autónoma de Cataluña, la posibilidad de las partes de desistir del procedimiento de mediación se contempla en el artículo 5.1 *in fine*, pudiéndolo hacer en cualquier momento<sup>45</sup>.

En la Ley 1/2011 Comunidad autónoma de Cantabria, se constata en el artículo 5.1 al preverse que las partes son libres para desistir del procedimiento «en cualquier momento, sin que pueda derivarse sanción alguna por esta circunstancia, al margen de la imposibilidad de volver a iniciar otro procedimiento de mediación gratuita si se desiste de otra anterior de igual naturaleza sin causa justificada<sup>46</sup>».

## 5. El principio de buena fe

### A) Cuestiones generales

En la Directiva 2005/52/CE no encontramos referencia expresa al principio de buena fe como principio ins-

pirador de las actuaciones de las partes. Sin embargo, en el articulado de la LMACM, la referencia es expresa. En concreto, el artículo 10.2 párr. 1 dispone que «las partes sujetas a mediación actuarán entre sí conforme a los principios de lealtad, buena fe y respeto mutuo».

En el ámbito autonómico, también encontramos esas referencias. En concreto, el artículo 9 de la Ley 15/2009 Comunidad autónoma de Cataluña dispone que «las partes y las personas mediadoras deben actuar de acuerdo con las exigencias de la buena fe».

**La pendencia de la mediación impide que las partes puedan interponer entre sí ninguna acción judicial en relación con lo que es objeto de la mediación**

Y por su parte, el artículo 8 de la Ley 1/2011 Comunidad autónoma de Cantabria, señala que «las partes en la mediación actuarán conforme a las exigencias de la buena fe<sup>47</sup>».

Salvo en el caso de la ley catalana que no se concreta cuándo se entiende que hay mala fe, en la ley de Cantabria se entiende que la misma concurre cuando la mediación se utiliza para contravenir la legislación o para evitar fraudulentamente su aplicación (art. 8.4).

Sin embargo, es en la regulación estatal donde encontramos una concreción mayor de las exigencias de buena fe. El artículo 10.2 párr. 2 LMACM señala que «durante el tiempo en que se desarrolle la mediación las partes no podrán ejercitar contra las otras partes ninguna acción judicial o extrajudicial en relación con su objeto». De este modo, la pendencia de la mediación impide que alguna de las partes pueda acudir a otras fórmulas de resolución de controversias, ya sea una conciliación, un arbitraje o un proceso. Cuestión distinta es que como hemos estudiado, las partes desistan de la mediación, pues nadie está obligado a mantenerse en la misma. Pues bien, si estando pendiente la mediación una de las partes quisiera recurrir a algunos de esos mecanismos alternativos, antes debería provocar el fin de la mediación (art. 6.3 LMACM).

### B) Supuesto especial del recurso al proceso y la declinatoria

Como hemos señalado, la pendencia de la mediación impide que las partes puedan interponer entre sí ninguna acción judicial en relación con lo que es objeto de la mediación. A esta situación responde el artículo 10.2 párr. 3 LMACM.

De esta manera, resulta que si la mediación se encuentra pendiente, los tribunales no pueden conocer del asunto sobre el que se está mediando. No obstante para que opere esta exclusión, es necesario que el

sujeto que haya sido demandado, lo alegue mediante declinatoria. En concreto, el párrafo que hemos señalado indica que «el compromiso de sometimiento a mediación y la iniciación de ésta impide a los tribu-

nales conocer de las controversias sometidas a mediación durante el tiempo en que se desarrolle ésta, siempre que la parte a quien interese lo invoque mediante declinatoria».

## NOTAS

1 ORTELLS RAMOS, M., *Derecho Procesal Civil* (con MASCARELL NAVARRO, M. J.; CÁMARA RUIZ, J.; JUAN SÁNCHEZ, R.; BONET NAVARRO, J.; BELLIDO PENADÉS, R.; CUCARELLA GALIANA, L. A.; MARTÍN PASTOR, J.). Aranzadi décima edición 2010, págs. 39-41.

2 ALVARADO VELLOSO, A., «La conciliación», *Revista Vasca de Derecho Procesal y Arbitraje* (a partir de ahora RVDPA) 1989, tomo I, pág. 3; GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, N.; PENÍN ALEGRE, M. L., «Mediación: una aproximación desde el Derecho y la Psicología», en *Mediación: un método de ? conflictos. Estudio interdisciplinar* (dir. GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, N.; coords. SANZ HERMIDA, A. M.; ORTIZ PRADILLO, J. C.). Colex 2010, pág. 8.

3 Véase en este sentido, el art. 592 Código civil (a partir de ahora CC).

4 Véase, MÉNDEZ, H. O., «La conciliación. Su revitalización como medio alternativo de resolución de conflictos», RVDPA 2000, vol. 12, núm. 1, págs. 39-40; MORENO CATENA, V., *Derecho Procesal Civil. Parte general* (con CORTÉS DOMÍNGUEZ, V.; GIMENO SENDRA, V.). Colex 2003, págs. 161-162.

5 Sobre las mismas, GIMENO SENDRA, V., *Fundamentos del Derecho Procesal*. Civitas 1981, págs. 21-25; ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, N., «Proceso, autocomposición y autodefensa», en *Estudios diversos de Derecho Procesal*. Bosch 1987, págs. 55-57; MÉNDEZ, H. O., «La conciliación...», cit. págs. 39-40; GHIRGA, M. F., «Strumenti alternativi di risoluzione. fuga dal processo o dal diritto? (Riflessioni sulla mediazione in occasione della pubblicazione della Direttiva 2008/52/CE)», *Rivista di Diritto Processuale* 2009, núm. 2, pág. 367.

Sobre el conflicto como base para la mediación, MORENO MARTÍN, F., «La mediación y la evolución histórica de la idea de conflicto», en *Mediación: un método de ? conflictos. Estudio interdisciplinar* (dir. GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, N.; coords. SANZ HERMIDA, A. M.; ORTIZ PRADILLO, J. C.), cit., págs. 21-40.

6 Sobre las mismas, FODDAI, M. A., «Conciliación y mediación: ¿modelos diferentes de resolución de conflictos?», en *Mediación, arbitraje y resolución extrajudicial de conflictos en el siglo XXI* (coords. GARCÍA VILLALUENGA, L.; TOMILLO URBINA, J. L.; VÁZQUEZ DE CASTRO, E.; FERNÁNDEZ CANALES, C.). Reus 2010, vol. 1, págs. 41-62.

Sobre la mediación como sistema complementario de la Jurisdicción en la solución de conflictos, MARTÍN DÍZ, F., *La mediación: sistema complementario de administración de justicia*. Consejo General del Poder Judicial (a partir de ahora CGPJ) 2010, págs. 49-167.

7 Véase, ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, N., «Proceso, autocomposición y autodefensa», cit., págs. 55-57; MONTES REYES, A., «Justificación e inconvenientes del acto de conciliación en el proceso civil», *Revista de la Facultad de Derecho de Granada* 1986, núm. 10, pág. 266.

Por su parte, podemos encontrar otras posiciones doctrinales en las que se sostiene que los papeles del mediador y del conciliador son diferentes a los que hemos expuesto.

Véase en este sentido, MÉNDEZ, H. O., «La conciliación...», cit., pág. 41. También puede verse, GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, N.; PENÍN ALEGRE, M. L., «Mediación: una aproximación desde el Derecho y la Psicología», en *Mediación: un método de ? conflictos. Estudio interdisciplinar* (dir. GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, N.; coords. SANZ HERMIDA, A. M.; ORTIZ PRADILLO, J. C.), cit., pág. 9, en la que sostiene que el mediador «no sugiere la solución».

8 ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, N., «Proceso, autocomposición y autodefensa», cit., págs. 55-57.

9 Sobre las ventajas de la mediación frente a las fórmulas heterocompositivas, GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, N.; PENÍN ALEGRE, M. L., «Mediación: una aproximación desde el Derecho y la Psicología», en *Mediación: un método de ? conflictos. Estudio interdisciplinar* (dir. GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, N.; coords. SANZ HERMIDA, A. M.; ORTIZ PRADILLO, J. C.), cit., págs. 10-12.

10 Sobre la regulación del arbitraje en el ordenamiento jurídico español, CUCARELLA GALIANA, L. A., *El procedimiento arbitral*. Publicaciones del Real Colegio de España en Bolonia, 2004.

11 En este sentido, HERCE QUEMADA, V., «La conciliación como medio de evitar el proceso civil», *Revista de Derecho Procesal* (a partir de ahora RDP) 1968, núm. 1, pág. 52, afirma que «la conciliación implica una solución persuasiva. El arbitraje, lo mismo que el proceso, una solución coactiva. En la conciliación, los particulares acuden para solucionar la discrepancia a la mediación de un tercero, reservándose su ulterior libertad de acción. En el arbitraje, acuden a la decisión de un tercero (particular), comprometiéndose a aceptar su resolución».

12 En este contexto debe ubicarse el artículo 36 Ley 60/2003, 23 diciembre, de Arbitraje (a partir de ahora LA).

13 A partir de ahora LMACM, publicada en el *Boletín oficial del Estado* (a partir de ahora BOE) 7 julio 2012, núm. 162.

14 A partir de ahora Directiva 2008/52/CE.

15 BOE 17 agosto 2009, núm. 198.

16 BOE 26 abril 2011, núm. 99.

En el ámbito autonómico también son muy abundantes las leyes en materia de mediación familiar. En concreto, Ley 4/2001, de 31 de mayo, reguladora de la mediación familiar en la Comunidad Autónoma de Galicia (BOE 2 julio 2001, núm. 157); Ley 7/2001, de 26 de noviembre, reguladora de la mediación familiar, en el ámbito de la Comunidad Valenciana (BOE 19 diciembre 2001, núm. 303); Ley 15/2003, de la Comunidad Autónoma de Canarias, de 8 de abril, de la mediación familiar (BOE 5 junio 2003, núm. 134). Esta Ley ha sido modificada por la Ley 3/2005, de 23 de junio, para la modificación de la Ley 15/2003, de 8 de abril, de la mediación familiar, BOE 26 julio 2005, núm. 177; Ley 4/2005, de la Comunidad Autónoma de Castilla-La Mancha, de 24 de mayo, del Servicio Social Especializado de mediación familiar (BOE 25 agosto 2005, núm. 203); Ley 1/2006, de 6 de

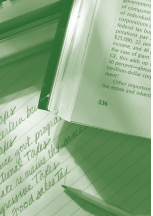
abril, de mediación familiar de Castilla y León (BOE 3 mayo 2006, núm. 105); Ley 1/2007, de 21 de febrero, de mediación familiar de la Comunidad de Madrid (BOE 27 junio 2007, núm. 153); Ley 3/2007, de 23 de marzo de la Comunidad Autónoma del Principado de Asturias, de mediación familiar (BOE 17 julio 2007, núm. 170); Ley 1/2008, de 8 de febrero, (Comunidad Autónoma del País Vasco) de mediación familiar (BOE 3 septiembre 2011, núm. 212); Ley 1/2009, de 27 de febrero, reguladora de la mediación familiar en la Comunidad Autónoma de Andalucía (BOE 2 abril 2009, núm. 80); Ley 14/2010, de 9 de diciembre, de mediación familiar de las Illes Balears (BOE 19 enero 2011, núm. 16); Ley 9/2011, de 24 de marzo, de mediación familiar de Aragón (BOE 14 mayo 2011, núm. 115).

No obstante, indicamos que por razones de espacio, y pesar del interés que presentan estas leyes, no vamos a llevar a cabo un análisis de las mismas.

- 17 En relación con este principio, ORTELLS RAMOS, M., *Introducción al Derecho Procesal* (con BONET NAVARRO, J.; MASCARELL NAVARRO, M. J.; CÁMARA RUIZ, J.; JUAN SÁNCHEZ, R.; BELLIDO PENADÉS, R.; CUCARELLA GALIANA, L. A.; MARTÍN PASTOR, J.; ARMENGOT VILAPLANA, A.). Aranzadi, 2.ª edición, págs. 312-318.
- 18 Esta sesión es regulada en el art. 11 de la Ley. En el apartado 1 se dispone que «en la sesión informativa previa, las personas son asesoradas sobre el valor, ventajas, principios y características de la mediación. En función de este conocimiento y del caso concreto, deciden si optan o no por la mediación».
- 19 El art. 15 regula los aspectos relativos a la reunión inicial. En concreto, el apartado 1 dispone que «la persona mediadora debe convocar a las partes a una primera reunión en que debe explicarles el procedimiento, los principios y el alcance de la mediación. Especialmente, debe informarles del derecho de cualquiera de ellas a dar por acabada la mediación».
- 20 Este artículo debe completarse con lo previsto en el art. 19.3 en el que se señala que «los abogados de las partes pueden trasladar el acuerdo alcanzado mediante la mediación al convenio regulador o al documento o protocolo correspondiente, para que se incorpore al proceso judicial en curso o para que se inicie, para su ratificación y, si procede, aprobación».
- 21 Sobre la vigencia de este principio, GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, N.; PENÍN ALEGRE, M. L., «Mediación: una aproximación desde el Derecho y la Psicología», en *Mediación: un método de ? conflictos: estudio interdisciplinar* (dir. GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, N.; coords. SANZ HERMIDA, A. M.; ORTIZ PRADILLO, J. C.), cit., pág. 13.
- 22 En general sobre esta cuestión, CASTILLEJO MANZANARES, R., «Mediación en violencia de género...», en *Mediación: un método de conflictos: estudio interdisciplinar* (dir. GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, N.; coords. SANZ HERMIDA, A. M.; ORTIZ PRADILLO, J. C.), cit., págs. 193-204.
- 23 Sobre la mediación en violencia de género, MARTÍN DIZ, F., «La mediación...», cit. págs. 395-401; CASTILLEJO MANZANARES, R., «Mediación en violencia de género, una solución o un problema», en *Mediación: un método de ? conflictos: estudio interdisciplinar* (dir. GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, N.; coords. SANZ HERMIDA, A. M.; ORTIZ PRADILLO, J. C.), cit. págs. 193-204; RODRÍGUEZ LAINZ, J. L., «Mediación penal y violencia de género», *Diario La Ley* núm. 7557, 2011.
- 24 Subrayan la importancia de esta prohibición, junto con otras medidas reguladas en la LO, el auto 6 octubre 2006 Audiencia Provincial (a partir de ahora AP) Tarragona (Sec-

ción 2.ª), razonamiento jurídico 3.º, LA LEY 251170/2006; Auto 257/2009, 10 marzo, AP Barcelona (Sección 20.ª), fundamento jurídico 3.º, LA LEY 157627/2009.

- 25 En doctrina, GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, N.; PENÍN ALEGRE, M. L., «Mediación: una aproximación desde el Derecho y la Psicología», en *Mediación: un método de ? conflictos: estudio interdisciplinar* (dir. GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, N.; coords. SANZ HERMIDA, A. M.; ORTIZ PRADILLO, J. C.), cit. pág. 13 en la que afirma que «en España está prohibida la mediación en los casos de violencia de género, precisamente porque se considera que existe un gran desequilibrio entre las partes: el maltratador ostenta una posición superior a su víctima».
- 26 En este sentido, MARTÍN DIZ, F., «La mediación...», cit. pág. 397 afirma que «los fenómenos de violencia de género deparan graves y profundas fisuras que cercenan el posible equilibrio entre las partes. Son expresión tangible de la falta de igualdad entre las partes (entre mujer y hombre)».
- 27 En este sentido, MARTÍN DIZ, F., «Mediación en materia de violencia de género: análisis y argumentos», en *Tutela jurisdiccional frente a la violencia de género* (dir. DE HOYOS SANCHO, M.), págs. 669-688; MARTÍN DIZ, F., «La mediación...», cit., págs. 395-401.
- 28 En este sentido, MARTÍN DIZ, F., «La mediación...», cit., pág. 397.
- 29 MARTÍN DIZ, F., «La mediación...», cit., pág. 398.
- 30 En este sentido, GUARDIOLA LAGO, M. J., «La víctima de violencia de género en el sistema de justicia y la prohibición de la mediación penal», *Revista General de Derecho Penal* 2009, núm. 12, págs. 1-41. En concreto, pág. 7 en la referencia al síndrome indicado. También, CASTILLEJO MANZANARES, R., «Mediación en violencia de género...», en *Mediación: un método de ? conflictos: estudio interdisciplinar* (dir. GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, N.; coords. SANZ HERMIDA, A. M.; ORTIZ PRADILLO, J. C.), cit., pág. 203.  
En esta misma línea, JIMÉNEZ MUÑOZ, F. B., «En defensa de la mediación familiar en violencia de género», *Revista de Derecho de Familia* 2008, núm. 39, págs. 25-36; FERNÁNDEZ NIETO, J.; SOLÉ RAMÓN, A. M., *El impacto de la mediación en los casos de violencia de género: un enfoque actual práctico*, Lex Nova 2010.
- 31 CASTILLEJO MANZANARES, R., «Mediación en violencia de género...», en *Mediación: un método de ? conflictos: estudio interdisciplinar* (dir. GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, N.; coords. SANZ HERMIDA, A. M.; ORTIZ PRADILLO, J. C.), cit., pág. 202. En dicha página la autora también pone de manifiesto que «en determinados hechos tipificados como de violencia de género, cabría un tratamiento distinto, menos criminalizado, más centrado en el problema como una cuestión de pareja».
- 32 Sobre estas cuestiones puede verse, MARTÍN DIZ, F., «La mediación...», cit., págs. 399-401.
- 33 MARTÍN DIZ, F., «La mediación...», cit., pág. 400.
- 34 A partir de ahora LEC.
- 35 En este sentido, el art. 5.1 Directiva 2008/52/CE dispone que «el órgano jurisdiccional que conozca de un asunto, cuando proceda y teniendo en cuenta todas las circunstancias del caso, podrá proponer a las partes que recurran a la mediación para solucionar el litigio. Asimismo el órgano jurisdiccional podrá pedir a las partes que asistan a una sesión informativa sobre el uso de la mediación, si se celebran tales sesiones y si son fácilmente accesibles».
- 36 Así, en el considerando 14 se señala que «nada de lo dispuesto en la presente Directiva debe afectar a la legislación



## Principios relativos a las partes en la mediación

nacional que haga obligatorio el uso de la mediación o que la someta a incentivos o sanciones, siempre que tal legislación no impida a las partes el ejercicio de su derecho de acceso al sistema judicial».

- 37 Así se señala en el considerando 13 al afirmarse que «la mediación a que se refiere la presente Directiva debe ser un procedimiento voluntario, en el sentido de que las partes se responsabilizan de él y pueden organizarlo como lo deseen y darlo por terminado en cualquier momento».

- 38 *Boletín Oficial del Congreso de los Diputados*, será A, núm. 122-1, de 29 abril 2011.

- 39 En concreto, sobre esta cuestión, en la exposición de motivos del Proyecto LMACM se afirmaba que «para impulsar la utilización de este instituto la ley exige acudir a la mediación en determinados casos como requisito necesario y previo al proceso o a otro procedimiento extrajudicial de resolución de conflictos. En particular, así se hace en el ámbito de las reclamaciones de cantidad».

- 40 Sobre el estudio de este carácter obligatorio con anterioridad a la reforma, puede verse ARAGONESES ALONSO, P., «Exposición sistemática del acto de conciliación», *RD* 1951, núm. 2, págs. 267-291; VALCARCE, F. R., «Los actos de conciliación en materia civil (Algunas consideraciones)», *RD* 1953, núm. 3, págs. 329-351.

Consideraciones al respecto tras la reforma, pueden verse en MONTES REYES, A., «Justificación e inconvenientes...», cit., págs. 269-271; MORENO CATENA, V., *Derecho Procesal Civil. Parte general* (con CORTÉS DOMÍNGUEZ, V.; GIMENO SENDRA, V.), cit., pág. 162.

- 41 En concreto, el CGPJ sostuvo que «la introducción de un mecanismo de mediación obligatoria, aunque sea para reclamaciones de cantidad inferiores a 6.000 euros que deban ventilarse por los cauces del juicio verbal [esa cifra era de 3.000 euros con anterioridad a la Ley 13/2009, de 3 de noviembre, de reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva Oficina judicial], supone la restauración de un sistema muy similar al que ya fue abandonado por nuestro legislador al eliminar el trámite preceptivo del acto de conciliación previo a la demanda de juicio declarativo que se establecía en el artículo 460 LEC/1881, lo que acaeció en virtud del artículo 8 de la Ley 34/1984, de 6 de agosto. Los términos empleados en la Exposición de Motivos de dicha Ley para enunciar esa modificación son bastante elocuentes respecto del rendimiento que en la práctica había dado la figura ("conferir al acto de conciliación, que, como demuestra la experiencia, ha dado resultados

poco satisfactorios, un carácter meramente facultativo"). En efecto, es dudoso que el recurso obligatorio a la mediación o a la conciliación redunde por sí solo en una auténtica reducción de la litigiosidad, antes bien corre el riesgo de acabar convirtiéndose en una suerte de formalidad cumplimentada de forma rutinaria, y en definitiva en una traba para el acceso al sistema judicial».

- 42 Los problemas procesales que hemos planteado fueron objeto de análisis en el trabajo, CUCARELLA GALIANA, L. A., «Consideraciones procesales en torno a la mediación familiar», *Anuario de Justicia Alternativa*, núm. 4, 2003, págs. 231-250.

- 43 El apartado 3 añade que «la voluntariedad alcanza también a la persona mediadora, quien puede declinar su designación, negarse a comenzar el procedimiento de mediación, suspenderlo o darlo por finalizado una vez comenzado si apreciara que no se dan las circunstancias adecuadas para su desarrollo. En los supuestos en que apreciara el incumplimiento de alguno de los principios rectores de la mediación, deberá negarse a actuar como persona mediadora».

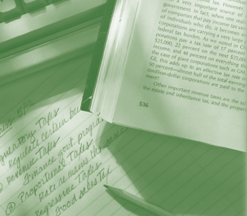
- 44 Así, dispone que «de la reunión inicial de la mediación se levantará un acta donde se identificará el objeto de la mediación y se hará constar, al menos, la fecha, los componentes que participan, la responsabilidad de cada persona mediadora participante, que será idéntica, la voluntariedad de la participación de las partes, la aceptación de las obligaciones de confidencialidad establecidas en esta Ley y en la normativa vigente a este respecto».

- 45 El apartado 2 añade que «si una vez iniciado el procedimiento de mediación cualquiera de las partes desiste, no pueden tener efectos en un litigio ulterior el hecho del desistimiento, las ofertas de negociación de las partes, los acuerdos que hayan sido revocados en el tiempo y la forma adecuados ni ninguna otra circunstancia conocida como consecuencia del procedimiento».

- 46 Sobre la gratuidad de la mediación, debe tenerse presente el art. 3, apartados 2 y 3 y el art. 24. Este último artículo, en su apartado 3 dispone que «no podrá iniciarse una nueva mediación con beneficio de gratuidad, si existió otra sobre el mismo objeto y con el mismo beneficio, que no terminó en acuerdo». Aunque la ley no lo diga, entendemos que la falta de acuerdo debe ser responsabilidad de la persona que obtuvo el beneficio de gratuidad.

- 47 Esta regulación se completa con lo dispuesto en el apartado 2 que señala que «la acreditación de buena fe de las partes producirá los efectos que le son propios en el ámbito de la libertad de los pactos».





## Mediación electrónica: regulación legal y posibilidades de aplicación

Fernando Martín Diz

*Profesor Titular de Derecho Procesal  
Universidad de Salamanca  
fmdiz@usal.es*

### SUMARIO

- I. NUEVOS ESCENARIOS PARA UN VIEJO PROBLEMA
- II. PERSPECTIVA GENERAL DE LA MEDIACIÓN ELECTRÓNICA
  1. Modelos
  2. Pautas generales
- III. POSIBILIDADES DE APLICACIÓN DE LA MEDIACIÓN ELECTRÓNICA EN EL MARCO DE LA LEY 5/2012 DE MEDIACIÓN
- IV. A MODO DE CONCLUSIÓN FINAL: ¿ESTAMOS PREPARADOS?

### I. NUEVOS ESCENARIOS PARA UN VIEJO PROBLEMA

La contienda, el desencuentro, la disputa son tan antiguos como la propia humanidad. La existencia y convivencia de los seres humanos, y su agrupación y organización en comunidad, es consustancial al conflicto. No es un problema actual e inesperado. Es un viejo problema que acompaña indefectiblemente al ser humano desde sus más remotos ancestros. La concurrencia de intereses contrapuestos sobre un mismo objeto, bien, derecho, circunstancia o condición pervive en nuestros días, únicamente ha ido cambiando, a lo largo de la Historia, en cuanto a los objetos, bienes, derechos, circunstancias o condiciones sobre las cuales recaían disputas, controversias, enfrentamientos, litigios y conflictos.

No hemos de olvidar, sin entrar en detalle sobre la cuestión, que este cambio en cuanto a los intereses particulares (o públicos) sobre los cuales han recaído, y actualmente recaen, los conflictos van directamente vinculados al tipo y forma de sociedad, cultura y economía de cada momento. Y digo esto porque, como ha quedado suficientemente demostrado, la forma de resolver conflictos y disputas va directa e indisolublemente vinculada al contexto social y cultural<sup>1</sup> en el cual se va a proceder a su resolución. Tengámoslo muy en cuenta cara a los nuevos escenarios que se nos plantean, no en vano una de las claves para su posible éxito y arraigo descansa en la íntima conexión que han de tener con la conformación social y cultural del grupo social al cual se dirigen.

Se percibe un creciente desencanto con el modelo de justicia de los últimos decenios vinculado casi en exclusiva con el proceso judicial como forma de resolución de conflictos, al menos en el ámbito nacional español. Sin duda toda una serie de factores, sobradamente conocidos, como pueden ser su poca efectividad frente a determinados conflictos, el excesivo coste económico y temporal —especialmente en relación con disputas de escasa cuantía económica— o el reiterado incumplimiento (voluntario) de lo resuelto judicialmente, han hecho que en la sociedad, y por lo tanto en sus ciudadanos, se haya ido asentando la idea de profundizar en la exploración y búsqueda de otras opciones. Así, y no es momento ni lugar para glosar detalladamente su origen, procedencia y evolución, se han ido abriendo paso toda una serie de posibilidades de resolver conflictos, y por tanto de Administrar justicia, que complementan al proceso judicial. Los conocidos como medios alternativos —o complementarios— de resolución de conflictos (y su acrónimo anglosajón, ADR<sup>2</sup>) comienzan a sentar sus reales en el escenario de la Administración de la justicia, y a postularse como opciones tangibles y accesibles al ciudadano.

Por lo tanto el escenario amplía horizontes. Junto al proceso judicial, que venía siendo el protagonista, se ha ido haciendo con un papel secundario de relevancia el arbitraje —especialmente en determinados sectores donde su pujanza es indiscutible, como puede ser el caso del derecho del consumo—. Y nuevos actores y actrices pasan a incorporarse al escenario de la Administración de la justicia, de forma y manera más reciente po-

demos señalar la estelar incorporación de la mediación, sobre la cual vamos a centrarnos en el presente trabajo. Y a buen seguro que no serán los últimos, puesto que ya se avanzan formas de ADR mixtas como el Arb-Med, o el Med-Arb<sup>3</sup>.

Pues bien, queda por ver si sobre este escenario de la Administración de la justicia, de amplios horizontes, pueden seguir compartiendo plano, con distintos protagonismos, el proceso judicial, el arbitraje, la mediación, u otras soluciones actuales o futuras que pidan paso, o si conviene, o podría convenir, que se desgajen en realidades diferenciadas, no complementarias sino alternativas e individualizadas. El conflicto evoluciona, cambia, abarca nuevas realidades sociales, económicas, personales, comunitarias y culturales, con ello demandará la adaptación de las formas que se prevén para su resolución pacífica y ordenada o bien la formulación y aplicación de otras nuevas. Ocurra lo que ocurra, las bases constitucionales que rigen la convivencia en una sociedad democrática y de derecho, como son la mayoría de los regímenes de los Estados actuales, demandarán que se garantice el derecho a la tutela efectiva de los derechos de los ciudadanos, pero quizá ya no, al menos en exclusiva, desde los postulados del art. 24 de nuestra Constitución vigente<sup>4</sup> que se refiere a una «tutela judicial» (como exclusividad del proceso ante los órganos judiciales), puesto que podrán encontrarse y acceder a las mismas, y con todas las garantías constitucionales y legales, «otros tipos de tutela» (arbitral, mediatoria, conciliatoria, etc.).

Además no debemos olvidar que toda institución jurídica ha de venir sustentada sobre la garantía de la legalidad. Esto es, de su regulación previa mediante las correspondientes leyes y normas de desarrollo de rango inferior que garanticen su aplicación respetuosa con los derechos fundamentales y el marco normativo que la Constitución dispone al efecto y una vez configurada a través del procedimiento legislativo correspondiente. Mayor aún, si cabe, es la exigencia de legalidad cuando de lo que se trata no es ya de otorgar derechos subjetivos o de prever obligaciones, sino que se regula lo que se considera el segundo gran ámbito del derecho, cual es el de la previsión de las formas de resolver los conflictos surgidos en el marco del ejercicio y cumplimiento de los derechos materiales o subjetivos.

Partiendo de esa base previa, la mediación, como forma complementaria de resolución de conflictos que se integra en la Administración de la Justicia (entendida ésta en su sentido amplio, es decir como el conjunto de todas las posibles opciones legales de resolución de disputas), no es excepción a la exigencia de legalidad en cuanto a su asentamiento en el sistema jurídico español. Bien es cierto, ciñéndonos al ámbito del derecho privado, que cuanto menos ha sido curioso el discurrir de la mediación en el proceloso terreno de la normativa procesal nacional, por cuanto su desarrollo normativo se ha producido hasta el momento fundamentalmente a nivel autonómico —con pleno respeto al reparto com-

## FICHA RESUMEN

**Título:** Mediación electrónica: regulación legal y posibilidades de aplicación.

**Autor:** Fernando Martín Diz.

**Resumen:** La mediación se consolida como un medio complementario al proceso judicial en la resolución de conflictos, especialmente en el ámbito del derecho privado. España dispone, desde julio de 2012, de una nueva Ley en materia de mediación en asuntos civiles y mercantiles. Desde ese contexto analizamos las posibilidades de la mediación electrónica y su aplicación efectiva a tenor de las disposiciones legales de la Ley 5/2012, muy especialmente en cuanto a los diferentes modelos de mediación electrónica, las pautas generales de su aplicación y las efectivas posibilidades de utilizar, tanto por empresas como por particulares, la mediación sirviéndose de instrumentos tecnológicos y telemáticos de comunicación que faciliten el procedimiento de mediación.

**Palabras clave:** Derecho Procesal, Medios complementarios de resolución de conflictos, Solución extrajudicial de conflictos, mediación, mediación electrónica

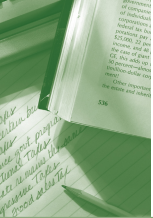
**Abstract:** Mediation is emerging as a complementary system to the judicial process in conflict resolution, especially in the area of private law. Spain has, since July 2012, a new Law on mediation in civil and commercial matters. From this context we analyze the application possibilities of electronic mediation under the Law 5/2012, especially in terms of the different models of electronic mediation, general guidelines and effective possibilities for use in mediation procedures, both by companies and individuals, technological communication tools to assist the parties to resolve the conflict.

**Key words:** Procedural Law, ADR (Alternative Dispute Resolution), ODR (on-line dispute resolution), Out-of-Court conflict resolution, mediation, electronic mediation.

**N. de la E.:** Artículo recibido en la Editorial el 26 de septiembre y aceptada la edición en las reuniones celebradas el 3 y el 9 de octubre de 2012.

petencial previsto en la Constitución española en materia de legislación procesal—, y ha sido a posteriori y de forma muy reciente en el tiempo, y como consecuencia de las directrices comunitarias<sup>5</sup> provenientes de la Unión Europea, cuando se ha efectuado un desarrollo legal de la mediación en el marco del derecho privado con carácter estatal.

El escenario actual de la mediación, como sistema complementario de Administración de la Justicia en España<sup>6</sup>, ha de centrarse obligatoriamente en el marco jurídico de nuevo cuño que ofrece la recientemente promulgada Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles. Con la implementación de esta Ley se da cumplida cuenta de la necesaria ordenación general y estatal —derivada de la exigencia de la transposición de la Directiva comunitaria<sup>7</sup> de 2008— de la mediación en materia de derecho civil (ámbito bastante explorado ya a nivel de Comunidades Autónomas) y



## Mediación electrónica: regulación legal y posibilidades de aplicación

la ampliación de los horizontes mediatorios a los asuntos mercantiles. Desde ahora, con la Ley estatal de 2012, disponemos por tanto de un régimen general aplicable con carácter uniforme, pero al tiempo plenamente compatible con el ejercicio de desarrollo autonómico de competencias legislativas en la materia (tal y como ya se venía haciendo con anterioridad).

La Exposición de Motivos de la Ley 5/2012 sitúa de forma meridianamente diáfana cuáles son los ejes sobre los cuales se asienta el entramado de la mediación en derecho privado en España desde este nuevo escenario legal. Éstos son: desjudicialización, deslegalización y desjuridificación.

Realmente la Exposición de Motivos de la Ley con este planteamiento no nos dice nada nuevo, ni nada que la mediación en sí misma no comportase ya con anterioridad. Si algo caracteriza a la mediación, como dimensiones propias y características de su naturaleza jurídica, es, en primer término, el hecho de tratarse de una fórmula autocompositiva<sup>8</sup> que no requiere de la participación de los órganos jurisdiccionales. Los derechos subjetivos de carácter disponible, campo abonado en el terreno del derecho privado, lo son incluso hasta el manejo de la solución de cualquier conflicto que les afecte en su desarrollo vital, y por tanto confiriendo a los sujetos plena capacidad y legitimidad para resolver, incluso por sí mismas, las controversias que depare el ciclo vital de un derecho o una obligación.

➤ ***En sede de mediación la aplicación estricta de las normas jurídicas, tanto en el procedimiento para la resolución del conflicto como en la interpretación y resolución de éste, no es absolutamente necesaria e imperativa***

Consecuencia inmediata de esta disponibilidad de los derechos subjetivos de las personas (físicas y jurídicas), y de la resolución de los conflictos que les afecten, es otra de las circunstancias connaturales a la mediación como es la deslegalización. En sede de mediación la aplicación estricta de las normas jurídicas, tanto en el procedimiento para la resolución del conflicto como en la interpretación y resolución de éste, no es absolutamente necesaria e imperativa. Gráficamente lo define la Exposición de Motivos de la Ley 5/2012 en el sentido de situar a la deslegalización que sustenta la naturaleza de la mediación como «pérdida del papel central de la ley en beneficio de un principio dispositivo que rige también en las relaciones que son objeto del conflicto». Si la mediación viene presidida por la desjudicialización y la deslegalización, el último eslabón de la cadena no puede ser otro que la desjuridificación, o, recurriendo de nuevo a la Exposición de Motivos, la no determinación «de forma necesaria» del contenido del acuerdo

restaurativo o reparatorio. Otra muestra más, en evidente coherencia interna con los dos ejes anteriores, de la disponibilidad amplia y absoluta que sobre el conflicto y los derechos y obligaciones afectados se concede a los sujetos que opten por la mediación como forma de resolución de sus controversias.

Haciendo un breve repaso a la estructura y contenido general de la Ley 5/2012, la conclusión inicial es que se trata de una norma continuista, en el sentido de mantenerse bastante apegada al marco de regulación en materia de mediación en derecho privado del que se habían dotado anteriormente la mayoría de las Comunidades Autónomas, y que refleja básicamente las exigencias de transposición de la Directiva europea de 2008, en cuanto a lo que implica el concepto<sup>9</sup> y tipo de mediación<sup>10</sup> que se prevé, su ámbito de aplicación<sup>11</sup>, los principios que la informan<sup>12</sup> y las características del modelo implantado, así como el procedimiento<sup>13</sup> de mediación establecido.

Cabría destacar, a mi juicio, cuatro circunstancias, más o menos novedosas, que aporta con carácter general la Ley de mediación en asuntos civiles y mercantiles. En primer término la previsión relativa a las instituciones de mediación (art. 5), y que particularmente en lo que concierne al presente trabajo, vincularemos con el elemento central del mismo —la mediación electrónica— y las posibilidades de intervención directa que como tales, en el desarrollo e implantación de la mediación on-line, pensamos que puedan asumir en el futuro<sup>14</sup>. En segundo lugar la acertada, aunque mejorable en muchísimos aspectos, regulación del estatuto del mediador (Título III de la Ley 5/2012). También es loable la previsión legal (arts. 25 y ss.) para conferir fuerza ejecutiva a los acuerdos obtenidos en mediación. Pese a que se contraste en la práctica que los acuerdos obtenidos en mediación presentan un índice de cumplimiento voluntario muy superior a las resoluciones judiciales y arbitrales, sin duda es un refuerzo jurídico de trascendencia para afirmar su valor y dimensión procesal en caso de incumplimiento de los mismos. Reservamos para el cuarto, y último, lugar las referencias legales que la Ley de mediación en asuntos civiles y mercantiles dedica a la posibilidad de desarrollarla con el apoyo de tecnologías de la información y la comunicación (medios electrónicos y telemáticos), en lo que en una acepción muy simplificada podríamos catalogar como «mediación electrónica». Esta temática será el elemento central del presente trabajo, por su novedad, tanto en la regulación normativa recientemente implantada como en las posibilidades de futuro en cuanto a su utilización y empleo.

Si ya puede suponer un primer cambio en el escenario de la Administración de la Justicia la generalización y accesibilidad a vías complementarias al sempiterno proceso judicial, más revolucionaria aún puede ser la transición a un escenario en el no se requiera de la presencia física de las partes en conflicto, sino que como una de las posibilidades factibles de la mediación se presente la opción de llevarla a cabo a través de medios telemá-

ticos y tecnológicos, aportando aún mayor fluidez y flexibilidad a la solución del conflicto y a la pervivencia de las relaciones (personales, económicas, de negocio...) presentes y futuras entre las partes, y en definitiva eliminando su confrontación presencial y directa. Al beneficio que esta circunstancia puede generar en lo personal, en cuanto ofrecería un menor deterioro de las relaciones entre los sujetos en conflicto y una menor tensión emocional que facilite el acuerdo, se sumaría sin la menor duda el consiguiente ahorro temporal y económico que el empleo de mecanismos de soporte telemático pueden ofrecer. A cambio habría que asumir un «peaje» en forma de accesibilidad, comprensión y manejo adecuado de los medios tecnológicos a través de los cuales se desarrollase la mediación así como la exigencia de observancia de las disposiciones legales específicas en la materia, y el, en todo caso, imprescindible respeto total a la seguridad jurídica.

## II. PERSPECTIVA GENERAL DE LA MEDIACIÓN ELECTRÓNICA

En la sociedad actual el paso de lo físico a lo virtual está adquiriendo de forma imparable un inusitado vigor y arraigo. Estamos asistiendo a la transición silenciosa, e irreversible, de la intermediación y la presencialidad a la telerrealidad y la comunicación a distancia.

A diario se celebran multitud de actos jurídicos mediante el apoyo de instrumentos de comunicación telemática en los cuales los sujetos intervinientes se encuentran a cientos o miles de kilómetros de distancia. Crecen exponencialmente los delitos, de todo tipo, realizados a través de medios telemáticos y tecnológicos. Muchos de los pesados y penosos trámites burocráticos con la Administración de turno ya se habilitan para ser realizados electrónicamente. ¿Quién no ha comprado algo por Internet —que al fin y al cabo implica realizar un contrato de compraventa—? Solo queda dar un último paso: ¿por qué no ha de ser posible solucionar conflictos, judicial y extrajudicialmente, on-line?

Se nos hace muy cuesta arriba, al menos en el caso español, concebir la implantación de una Administración de la Justicia<sup>15</sup>, en la vertiente del proceso judicial, que se desarrolle electrónicamente (aun teniendo modelos muy cercanos que la tienen bastante desarrollada, como podría ser el caso de nuestro país vecino, Portugal, en el cual las ejecuciones forzosas se tramitan desde una plataforma electrónica<sup>16</sup>). Mucho más allanado está el camino en la otra vertiente de la Administración de la Justicia, en el ámbito de la resolución extrajudicial de conflictos. No en vano en el espectro de las ADR, se ha comenzado a diferenciar entre aquellas que se llevan a cabo con presencialidad (*face to face*) y aquellas otras que se celebran a distancia (*on-line*). A estas últimas se les ha asignado el acrónimo ODR<sup>17</sup> (*on-line dispute resolution*), como mecanismos extrajudiciales de resolución de conflictos que presentan la particularidad de su acentuado carácter telemático-tecnológico<sup>18</sup>.

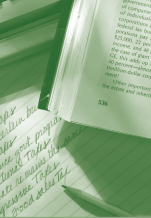
Desde estas premisas iniciales situaríamos la mediación electrónica como subespecie o subtipo de la mediación con la especificidad del empleo (ya veremos en qué grado y con qué dimensión) de mecanismos telemáticos y tecnológicos en el procedimiento de resolución del conflicto a través de esta forma complementaria de Administración de la Justicia (previsión que también, en distintos preceptos<sup>19</sup>, avalaría la Ley 5/2012).



Nos encontramos con un camino apenas explorado, pero que ya cuenta con referencias reales en materia de derecho de familia<sup>20</sup> o derecho del consumo<sup>21</sup>. Mucho más virgen aún en el caso particular español en el cual apenas se encuentran<sup>22</sup>, y encontraban, experiencias hasta hace bien poco tiempo, tanto en cuanto a la mediación en sí misma, como más aún si cabe en la particularidad de la mediación electrónica. Pretendemos por tanto, ante este incontestable déficit tanto normativo como aplicado, plantear desde dos planos las posibilidades que la mediación electrónica puede aportar. En el presente apartado desde una perspectiva más general, en el siguiente desde una perspectiva más concreta y desde la regulación legal de reciente implantación.

La mediación electrónica, como sistema complementario de resolución de conflictos «on line», sería cualquier procedimiento de resolución de conflictos, con intervención de un tercero ajeno a las partes que no aporta la solución al mismo, que se desarrollase total o parcialmente (cualquiera de sus distintas fases) mediante





## Mediación electrónica: regulación legal y posibilidades de aplicación

→ <http://practicadetribunales.laley.es>

el empleo efectivo de tecnologías de telecomunicación e información para lograr una solución pacífica y consensuada mutuamente entre los sujetos en disputa.

La ventaja que a priori puede presentar esta posibilidad radica en primer lugar en la mayor disponibilidad espacial y temporal que se ofrece a los sujetos para dilucidar la controversia. La resolución del conflicto no se circunscribe a unas coordenadas de tiempo y lugar específico e inamovible (como puede ocurrir con la celebración de una audiencia previa en un proceso civil o de cualquier juicio o vista en un proceso judicial). Esta flexibilidad en cuanto a la ubicuidad y movilidad de las partes es indiscutiblemente factible y positiva. De ella se deriva una mayor rapidez y sincronía (o asincronía, según el modelo de mediación empleado) en la resolución del conflicto. De esta forma se pueden eliminar plazos de espera que se alargan durante meses —o incluso, años—, para fijar una fecha en la cual se pueda celebrar, en el caso del proceso judicial, una audiencia previa o la vista del juicio. Basta, en nuestro caso, con que los sujetos involucrados (personas en conflicto y mediador) dispongan de accesibilidad al soporte, o mecanismos, electrónico a través del cual van a efectuar el procedimiento de mediación en todas o en alguna de sus fases. La ecuación planteada en los términos anteriormente descritos implica incluso un menor coste económico y una mayor ventaja temporal que la mediación presencial.

Tomando en consideración las ventajas desgranadas anteriormente, podemos valorar la idoneidad de la mediación electrónica en situaciones en que uno de los sujetos en conflicto tuviera dificultades a la hora de desplazarse (ya sea por causas físicas, laborales, psicológicas o de ubicación geográfica). En idéntico sentido podría ser apta, y recomendable, en relación a la disminución de costes que llega a suponer respecto a una mediación presencial (*face to face*), sobre todo para conflictos de cuantías escasas o en los cuales el mediador, en la

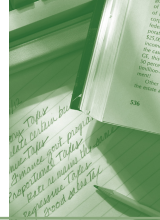
premediación, pueda apreciar una alta probabilidad de alcanzar un acuerdo con facilidad y rapidez en vista de la disposición inicial de los sujetos implicados. E incluso valorar su utilización en aquellos casos en que, a indicación de las partes, urge la resolución de conflicto y los medios electrónicos de desarrollo de la mediación puedan generar un avance temporal expreso, frente a una mediación presencial.

La otra cara de la moneda son los inconvenientes que, también en línea de principio, acarrea la mediación electrónica. El primero de ellos, desde un aspecto puramente personal, es el decaimiento y reducción drástica de lo que podríamos catalogar como el «factor humano»<sup>23</sup>. De la presencialidad pasamos a la virtualidad. El contacto entre los sujetos en conflicto (y el mediador) es interpuesto, no inmediato, a través del soporte electrónico de desarrollo tecnológico empleado. Y es precisamente en la mediación, como una de sus características y virtudes, donde la presencialidad juega un papel protagonista y se considera como uno de sus elementos más positivos a la hora de encarar la solución al conflicto.

Junto a este primer escollo, cabe situar en un segundo nivel, pero también con una importancia a tener muy en cuenta, lo que se denomina comúnmente como la «brecha digital». No todas las personas están preparadas para el empleo de medios tecnológicos y telemáticos, ya sea por capacidad, preparación, posibilidades, igualdad de oportunidades o accesibilidad<sup>24</sup>. Si no va a ser posible que ambos sujetos en conflicto, y el propio mediador, puedan utilizar adecuadamente los recursos electrónicos a través de los cuales se canalizará una mediación electrónica, ésta deviene de todo punto imposible e irrealizable. Ya anticipamos que una de las vías que la ley española abre para solventar la dificultad que puede constatarse ante la brecha digital, en una interpretación que propugnamos que se desarrolle en este sentido, puede ser el canalizar las mediaciones electrónicas a través de las instituciones de mediación (al amparo de la disposición expresa del art. 5.2) proveyendo éstas de la asistencia a los sujetos, de los instrumentos tecnológicos y de los mediadores adecuados para efectuar una mediación on-line ante las posibles incapacidades, desconocimientos o carencia de posibilidades de quienes deseen acceder a la misma.

En último lugar podemos indicar como posible desventaja de la mediación electrónica, especialmente en aquellas que se canalicen a través del intercambio electrónico de documentos y que supriman en mayor o menor grado la visualización física de las partes y el mediador, la rémora que puede suponer, fundamentalmente para el mediador y en determinados conflictos en los cuales lo emocional ha de ser considerado, no observar la reacción, actitud, habla, escucha o gestos de los sujetos implicados, que forman parte del contexto de la comunicación entre los mediados y el mediador y que pueden ser de importancia para que el mediador pueda conducir adecuadamente la resolución del conflicto





hacia un acuerdo positivo entre las partes a través de la interacción con uno o ambos sujetos en disputa. De este modo el mediador no podrá valorar si los sujetos se sienten cómodos en el procedimiento, perdiendo con ello la ventaja que la aplicación de sus conocimientos específicos y su empatía con las partes, pueda aportar, en una mediación presencial que sí supone el contacto directo y personal.

➤ **La mediación electrónica, que se erige como subespecie de la mediación, debe observar todos los principios generales y características básicas de la mediación, evidentemente adaptándolas a las particularidades que plantea como modelo**

La mediación electrónica, que se erige como subespecie de la mediación, debe observar todos los principios generales y características básicas de la mediación, evidentemente adaptándolas a las particularidades que plantea como modelo. Es especialmente relevante llamar la atención sobre la necesidad de que en la mediación electrónica se garantice, a nuestro juicio, un doble requisito:

- a) Igualdad de los sujetos intervinientes. De una parte en cuanto a capacidad de acceso y comprensión de la mediación electrónica y de las tecnologías empleadas para ello, así como absoluta neutralidad de los medios empleados respecto a cada uno de los sujetos, en tanto en cuanto no se vea perjudicado o beneficiado alguno de ellos por el manejo de los instrumentos tecnológicos. Además ha de sustentarse la igualdad entre los sujetos con la garantía plena de seguridad jurídica en el procedimiento (especialmente en cuanto a la confidencialidad de las actuaciones, la veracidad de las mismas y la protección de datos personales).
- b) El contacto entre sujetos en conflicto y mediador ha de ser directo. El empleo de medios tecnológicos (sea a través de intercambio de textos, videoconferencia, chat, conference o audience rooms, web forums, instant messaging systems, social networking sites o cualquier otra técnica telemática) debe proporcionar un contacto personal, no pudiendo validarse o servirse de terceros interpuestos. Piénsese en este caso, en aras a la seguridad jurídica, los posibles riesgos de identificación de las partes e hipotéticas suplantaciones de identidad. No creo que sea positivo el planteamiento de un sistema totalmente «ciego», en el cual se elimine de raíz —salvo imponderables por motivos de seguridad, traumas o consecuencias psicológicas o físicas de difícil reparación— la presencia perso-

nal y física, aunque sea mediante el empleo de aplicaciones y medios tecnológicos. La garantía de confidencialidad, realidad (en sonido e imagen), voluntariedad (no existencia de presiones o interferencias en el contexto de la comunicación y el desarrollo de la mediación respecto al sujeto mediado que interviene) y veracidad (en el contenido de documentos y declaraciones) ha de ser total y absoluta.

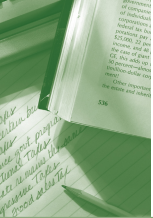
## 1. Modelos

La catalogación de un procedimiento de mediación como «mediación electrónica» (u *on-line*) viene dada, indiscutiblemente, por la utilización en alguna de sus fases de algún tipo de tecnología de la información y de la comunicación que implica la realización telemática de alguno de sus trámites.

En este sentido podemos indicar una primera clasificación, o modelo, que diferencie entre aquellas que se desarrollen totalmente *on-line* (con independencia del soporte electrónico empleado, que puede ir desde un simple correo electrónico y el intercambio informático de documentos hasta la celebración de la mediación en salas telemáticas virtuales) de aquellas otras que mezclan actuaciones *on-line* y actuaciones *off-line*. Por tanto podríamos hablar de modelos de mediación *on-line* virtuales frente a modelos de mediación *on-line* semi-presenciales.

En los modelos virtuales el contacto entre los sujetos y el mediador es siempre interpuesto a través del empleo de TIC's, incluso, en su modalidad más extrema, pudiendo desarrollarse mediante un programa, plataforma o aplicación electrónica que administra el conflicto. En este tipo de modelos de mediación electrónica totalmente virtual no cabe descartar la posibilidad incluso de que el mediador pueda llegar a ser una inteligencia artificial (programa o aplicación informática) que de acuerdo a determinados parámetros y configuraciones administra el conflicto como lo pudiera hacer una persona física —*artificial legal intelligence*—. Estaríamos ante la versión más extrema de la resolución de un conflicto en mediación electrónica con la intervención de lo que podríamos catalogar como «e-mediador». Podríamos conceptualizar esta posibilidad como mediación electrónica virtual y automatizada.

Con todos mis respetos hacia esta última vía, pienso, una vez más, que el «factor humano» es clave en la mediación. Se trata de resolver conflictos entre personas, y con la asistencia de personas, en los cuales el sentido común, la apreciación de sensaciones, emociones, experiencias, es insustituible por muy perfecta y desarrollada que sea una inteligencia artificial que trate de suplirlo. Es decir, la tecnología es válida en la mediación electrónica como forma de agilizar el procedimiento, facilitarlo, otorgarle ventajas en determinados casos, pero no debiera aceptarse como sustitutivo completo y ex-



## Mediación electrónica: regulación legal y posibilidades de aplicación

cluyente del factor humano. Además, en último término, ¿el ciudadano confiará plenamente en una solución, a su conflicto, subjetivo, en una solución totalmente telemático-tecnológica (radicalmente objetiva)? Con mayor o menor alcance, el factor humano es imprescindible, y más aún cuando la mediación requiere obligatoriamente de un tercero que intervenga aproximando las posturas de las partes cara a lograr la resolución de un conflicto.

↪ **La tecnología es válida en la mediación electrónica como forma de agilizar el procedimiento, facilitarlo, otorgarle ventajas en determinados casos, pero no debiera aceptarse como sustitutivo completo y excluyente del factor humano**

Parece por tanto más adecuado, y factible, en las circunstancias legales y materiales actuales, el empleo de sistemas de mediación electrónica semipresencial, en la cual alguna (en mayor o menor medida) de las actuaciones del procedimiento mediador se desarrolla a través de recursos tecnológicos (de todo tipo). Se asegura la certidumbre en la relación entre los sujetos en conflicto y el mediador en aspectos de incontestable seguridad jurídica como son los relativos a identidad de los intervinientes, apreciación de emociones, reacciones, experiencias o control de la voluntariedad de los sujetos en su participación y aceptación del acuerdo. En segundo término este modelo se asemeja y acomoda más y mejor a los principios generales de la mediación (igualdad entre las partes, contradicción, audiencia, publicidad relativa de las actuaciones) y confiere una mayor facilidad para la aplicación analógica de las normas legales en relación con la propia mediación y su marco normativo (en el caso español actual la Ley 5/2012).

El modelo de mediación electrónica semi-presencial creemos que presenta un flanco débil. Un flanco no generalizable y que se manifestará de forma y manera particular para cada caso. Aludimos al «acierto» en el equilibrio procedimental establecido entre sujetos y mediador en cuanto a la presencialidad y no presencialidad. Esto es, a las fases y actuaciones más adecuadas para una y otra posibilidad. Sólo caso a caso se podrá valorar si la mezcla y su distribución fue la correcta. La satisfacción de las partes y la consecución final de un acuerdo será el indicador más fiable del acertado uso de esta dimensión.

A partir de ahí, y para no dispersarnos en detalles de índole más técnica, los sujetos en conflicto y el mediador (o la institución de mediación) decidirán libre y voluntariamente las concretas tecnologías y recursos informáticos que van a emplear. Desde una mediación *on-line* sustentada en el intercambio de textos y documentos (a través de simples correos electrónicos o con la asistencia de una plataforma informática de intercambio de textos

—*text based model*—) hasta aquellas que en un mayor grado de sofisticación telemática permitan la recreación de intervenciones presenciales en salas virtuales (*conference o audience room*, según la modalidad el mediador permitirá intervenir a todos a la vez, o solo a alguno, y canalizará y dirigirá la sesión).

### 2. Pautas generales

La incertidumbre, por la novedad e inexperiencia previa, que plantea la implantación y empleo de la mediación electrónica en España, me sugiere toda una serie de dudas en cuanto a su aplicación efectiva desde la perspectiva más estrictamente legal del modelo.

Así las cosas en este subapartado pretendo resaltar algunas, que no todas, de las inquietudes técnico-jurídicas que el eventual recurso a una mediación electrónica como forma de resolución de un conflicto puede presentar en nuestro territorio y a día de hoy. De forma y manera más concreta, ahí si ya con el apoyo de normas legales de referencia —la Ley 5/2012—, en el apartado siguiente valoraremos las posibilidades jurídicas reales de desarrollar una mediación electrónica en España.

Un primer elemento será el regulatorio. Las normas que disponen el marco normativo de la mediación electrónica, en materia de derecho civil y mercantil en España, son escasas y excesivamente parcas. El modelo necesita de una mayor precisión legal, aun con el colchón que implica la aplicación analógica de la Ley 5/2012. En este sentido sería importante, como punto de partida, indicar el órgano que asume el control y verificación de los sistemas de mediación electrónica que se pongan a disposición del ciudadano. Quizá lo más oportuno sería que el propio Ministerio de Justicia asuma estas funciones, con independencia de que sean mediadores privados o instituciones de mediación (públicas o privadas) quienes los oferten y proporcionen. En esta línea casaría con la previsión que la Disposición Final Séptima de la Ley 5/2012 establece en cuanto a que el Ministerio de Justicia asume la iniciativa de promover «la resolución de los conflictos que versen sobre reclamaciones de cantidad a través de un procedimiento de mediación simplificado que se desarrollará exclusivamente por medios electrónicos».

¿Es, o puede ser, la mediación electrónica un negocio? Es decir, ¿quién y cómo la financia y sufragará? Evidentemente, al igual que el ejercicio de la mediación presencial tradicional, dependerá del modelo que se establezca. Así hemos encontrado en la diáspora autonómica existente en materia de mediación familiar diferentes versiones. Unas con cobertura público-institucional —dependiente por ejemplo de determinadas Consejerías que ofrecen la mediación como un servicio público al ciudadano—, otras con un sistema privado —son los mediados los que abonan el coste de la mediación al mediador o institución que les presta el servicio de mediación— y una tercera variante «mixta» que conjuga



ambas posibilidades fundamentalmente a través de posibles subvenciones a los mediados o a los mediadores y las instituciones de mediación. Personalmente, e interpretando el sentido de la actual ley estatal de 2012, creo que canalizarán la prestación de servicios de mediación electrónica las denominadas «instituciones de mediación», las cuales deberán financiar dicho servicio a través de los costes que imputen por ello a los ciudadanos que requieran de su actuación.

Otra pauta de carácter general respecto a la mediación electrónica es la relativa a si ha de ser concebida (legalmente) con carácter amplio<sup>25</sup> o sectorializado en relación con los diferentes tipos de conflictos que puedan derivarse a la misma. Ya disponemos de algunos datos que nos indican —como constan en pasajes anteriores de este trabajo— que las experiencias ya realizadas en la materia han optado por el modelo sectorializado en cuestiones fundamentalmente vinculadas al comercio (especialmente el electrónico<sup>26</sup>) y a los servicios de la sociedad de la información<sup>27</sup>. Creo que al menos de momento, en un estadio tan inicial como se encuentra la cuestión en nuestro país, debemos encarar la cuestión en un doble plano. Por una parte aprovechar las experiencias realizadas, sobremanera, en materia de mediación electrónica en asuntos de consumo y comercio electrónico (B2C y e-commerce). De otro lado constatar la apuesta legal expresa que realiza la Ley 5/2012, en materia de mediación electrónica para la reclamación de cantidades debidas de no excesiva cuantía (Disposición Final Séptima y art. 24.2). Sin perjuicio, evidentemente ya que no existe ninguna prohibición legal al efecto, de extenderla a otros determinados conflictos (como puede ser el caso de las actuaciones derivadas, en derecho de familia, del régimen de responsabilidad parental).

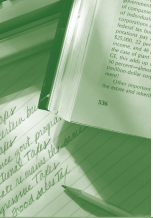
Entramos seguidamente en cuestiones de verdadera dimensión jurídico-procesal. Estamos administrando justicia, al fin y al cabo la mediación electrónica persigue como finalidad resolver un conflicto. Sus características, entre ellas la ubicuidad geográfica, nos puede llevar a que los intervinientes se encuentren en diferentes lugares (nacionales o internacionales) y con ello pueden surgir las dudas de la norma aplicable, tanto en lo procedimental (en la mediación) como en lo material (en su caso, normas jurídicas que puedan afectar a los derechos y obligaciones en liza). Podemos toparnos, fácilmente, con problemas de conflictos legales y jurisdiccionales (en caso de tratar de anular el acuerdo, obtener su ejecución forzosa, etc.). Por ejemplo, ¿dónde se entendería suscrito el acuerdo de mediación en estos casos? Ha de indicarse, o acordarse, de forma clara, concreta, y preferentemente con carácter previo al inicio del procedimiento de mediación. Sin duda, la premediación y el acta inicial deben ser las referencias inexcusables e ineludibles de fijación de las normas procedimentales, y en su caso materiales, que serán de aplicación a dicha mediación electrónica.

Es por ello importante que tanto el mediador como los mediados, en la premediación, dejen sentadas las bases de las normas legales que rigen la mediación electrónica a desarrollar. De ayuda, al efecto, pueden ser en el caso nacional los arts. 2 y 3 de la Ley 5/2012. En el art. 2.1, párrafo segundo, determina que «en defecto de sometimiento expreso o tácito a esta Ley, la misma será aplicable cuando, al menos, una de las partes tenga su domicilio en España y la mediación se realice en territorio español». Por tanto entiendo que la ubicación del mediador será relevante a estos efectos por cuanto alude a que la «mediación se realice en territorio español», es decir quien provee el servicio de mediación electrónica (que a priori es el mediador) será persona física o institución de mediación (con independencia de su nacionalidad) que tenga razón social y centro de actuación abierto al público en España, junto a que además la referencia ha de tomarse respecto a los sujetos mediados (entiendo que no es correcto el término «parte» en materia de mediación, por sus inequívocas connotaciones con el proceso judicial, del cual se debe diferenciar) y a que al menos uno de ellos tenga «domicilio» en España.



Ha de completarse la cuestión con lo dispuesto en el art. 3 de la Ley 5/2012, que prevé expresamente los supuestos de mediación en «conflictos transfronterizos», considerados como tales «cuando al menos una de las partes está domiciliada o reside habitualmente en un Estado distinto a aquel en que cualquiera de las otras





## Mediación electrónica: regulación legal y posibilidades de aplicación

partes a las que afecta estén domiciliadas cuando acuerden hacer uso de la mediación o sea obligatorio acudir a la misma de acuerdo con la ley que resulte aplicable. También tendrán esta consideración los conflictos previstos o resueltos por acuerdo de mediación, cualquiera que sea el lugar en el que se haya realizado, cuando, como consecuencia del traslado del domicilio de alguna de las partes, el pacto o algunas de sus consecuencias se pretendan ejecutar en el territorio de un Estado distinto. En los litigios transfronterizos entre partes que residan en distintos Estados miembros de la Unión Europea, el domicilio se determinará de conformidad con los artículos 59 y 60 del Reglamento (CE) n.º 44/2001 del Consejo, de 22 de diciembre de 2000, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil».

### III. POSIBILIDADES DE APLICACIÓN DE LA MEDIACIÓN ELECTRÓNICA EN EL MARCO DE LA LEY 5/2012 DE MEDIACIÓN

Distribuimos en este apartado el análisis de la regulación legal existente en materia de mediación electrónica en dos grandes vertientes. Comenzaremos con un repaso de las tendencias legales a nivel universal (UNCITRAL) y comunitario europeo (Unión Europea), para centrarnos en la segunda parte en la regulación normativa de la mediación electrónica en España.

En septiembre de 2011 la Comisión de las Naciones Unidas para la Unificación del Derecho Mercantil (UNCITRAL) presentaba el proyecto de reglamento relativo a la solución de controversias por vía informática en las operaciones transfronterizas de comercio electrónico<sup>28</sup>. Su finalidad primordial es regular mediante este instrumento normativo el empleo de ODR en el contexto de operaciones transnacionales de escaso valor económico pero gran volumen realizadas totalmente o en parte por medios electrónicos de telecomunicación (por tanto en el ámbito de los conocidos como B2C y B2B).

La Unión Europea ha desarrollado a su vez un Plan de Acción plurianual relativo a la justicia europea en red<sup>29</sup> (2009-2013), una de cuyas funciones es la «desmaterialización de los procedimientos judiciales y extrajudiciales transfronterizos (por ejemplo, la mediación en red)» mediante la utilización de comunicaciones electrónicas.

De forma y manera más concreta viene trabajando en la elaboración de un Reglamento comunitario sobre resolución de litigios de consumo en línea (actualmente en fase de Propuesta<sup>30</sup>, presentada en noviembre de 2011), cuyo objetivo prioritario sería instaurar una plataforma estandarizada<sup>31</sup> de resolución de litigios en materia de consumo on-line a nivel europeo, para ello contaría con un sitio web interactivo que ofrezca un único punto de entrada a consumidores y comerciantes que deseen resolver extrajudicialmente litigios derivados de transacciones transfronterizas de comercio electrónico (cada vez más frecuentes y típicas en asuntos como defectos

en la calidad del producto, reclamaciones, averías, devoluciones...). Para la Unión Europea el buen funcionamiento de este mecanismo, según sus previsiones, reforzaría la confianza y el aprovechamiento por parte de los consumidores de las ventajas que aporta el mercado interior único en términos de elección y mejores precios, así como la expansión de la compra on-line. Dicho sistema no puede en ningún caso privar a los ciudadanos de su derecho (a la tutela judicial efectiva) de acceder ante los órganos jurisdiccionales, si así lo desean, ni sustituir o condicionar el funcionamiento de los procesos judiciales.

En el terreno más cercano y doméstico disponemos ya de algunas referencias normativas<sup>32</sup> en vigor que dan cobertura a la utilización de la mediación electrónica. Desde el originario Anteproyecto de Ley sobre mediación en asuntos civiles y mercantiles<sup>33</sup> de 2010 (enmarcado en el Plan de Modernización de la Justicia 2009-2010 y en la Estrategia de Economía Sostenible) ya se contemplaba el empleo de medios electrónicos y telemáticos en el desarrollo de la mediación. En cumplimiento definitivo de la transposición de la Directiva 2008/52/CE<sup>34</sup>, tanto en un primer momento el Real Decreto-ley 5/2012, de 5 de marzo<sup>35</sup>, como finalmente la Ley 5/2012, de 6 de julio, han mantenido y confirmado esa apuesta inicial por introducir, con cierta timidez, la mediación electrónica como forma de resolución de conflictos en materia civil y mercantil.



***El acceso a la mediación es libre y voluntario por parte del ciudadano, y en ese mismo sentido lo ha de ser a la modalidad de mediación que quiera desarrollar***

El principio básico a la hora de acceder a la mediación electrónica es el de la voluntariedad de las partes. Principio rector de la mediación con carácter general, que se ve reflejado en el artículo 6 de la Ley 5/2012. El acceso a la mediación es libre y voluntario por parte del ciudadano, y en ese mismo sentido lo ha de ser a la modalidad de mediación que quiera desarrollar. El último apartado del art. 6 establece claramente que nadie puede ser obligado a mantenerse en el procedimiento de mediación. En este sentido por tanto, el acceso a una mediación electrónica vendrá condicionado por la concurrencia de la libre voluntad de los sujetos en conflicto, que bien por separado, o con la asistencia del mediador en la premediación, pueden optar por esta modalidad, al igual que pueden abandonarla en cualquier momento del procedimiento (bien por dar por concluido el procedimiento o bien por preferir, de común acuerdo, pasarse a otra modalidad de mediación que se sirva de instrumentos tecnológicos o telemáticos).

De ahí que, en lógica consonancia con la observancia del principio de voluntariedad, el art. 24 de la Ley 5/2012 prevea con carácter general la mediación on-line

(o electrónica) como opción a disposición de las partes. El precepto alude a «actuaciones desarrolladas por medios electrónicos», lo que ya indica la timorata posición del legislador, que no se atreve, ni en este ni en otro precepto, a aludir expresamente a «mediación electrónica», y que no dedica, como hubiera sido deseable, un apartado específico de la Ley para catalogar y regular sus peculiaridades y requisitos. En cualquier caso, y con las mimbres que tenemos al efecto, legalmente se requiere:

- a) Acuerdo expreso de las partes —que debiera constar en el acta inicial de la mediación—.
- b) La posibilidad de desarrollar de forma total o parcial la mediación a través de medios tecnológicos.
- c) Sistema de «*numerus apertus*» en cuanto a los medios tecnológicos a emplear, absoluta libertad de elección así como amplitud de los mismos (la Ley se refiere a «medios electrónicos, por videoconferencia u otro medio análogo de transmisión de la voz o de la imagen»).
- d) Exigencia de veracidad en cuanto a la intervención de los sujetos («siempre que quede garantizada la identidad de los intervinientes<sup>36</sup>»).
- e) Aplicación analógica de los principios, características y exigencias legalmente establecidas para la mediación «presencial».

Afortunadamente la Ley 5/2012 ha corregido una «disfunción» que se arrastraba desde el Anteproyecto (y que mantenía en Proyecto de Ley y en el Real Decreto-Ley) en cuanto establecía que las reclamaciones de cantidad de pequeña cuantía se desarrollasen por medios electrónicos «salvo que el empleo de éstos no sea posible para alguna de las partes».

Digo afortunadamente, porque el texto actual, y vigente, del art. 24.2 de la Ley 5/2012 ha dispuesto que «la mediación que consista en una reclamación de cantidad que no exceda de 600 euros se desarrollará preferentemente<sup>37</sup> por medios electrónicos, salvo que el empleo de éstos no sea posible para alguna de las partes». Personalmente tenía serias dudas de la legalidad y sistemática de los preceptos que tanto en el Anteproyecto como en el Proyecto venían a «imponer» el desarrollo de una mediación electrónica en estos casos, afectando de lleno la contravención que suponía al principio de voluntariedad que gobierna la mediación. En lo que no cabe albergar ni la más mínima sospecha es en cuanto a una hipotética lesión al derecho a la tutela judicial efectiva en su vertiente de derecho de acceso a los órganos jurisdiccionales, por cuanto, como cuestión general de toda mediación, no es posible que ni la mediación, ni cualquier otra forma complementaria al proceso judicial en la resolución de conflictos, puedan suponer el más mínimo obstáculo al acceso a los órganos jurisdiccionales para hacer valer el derecho correspondiente.

Bien es cierto que dicha opción se excluía cuando el empleo de dichos medios no fuese posible para ambas partes (y el mediador) en lógica salvaguarda del principio de igualdad que también es capital en el ámbito de la mediación. Aún así, y con mucho mejor criterio, en la situación dispuesta por la Ley 5/2012, para el caso particular de las reclamaciones de cantidad de cuantía inferior a 600 euros —tanto en el RD como en la Ley se ha elevado la cuantía respecto a la inicialmente prevista en Anteproyecto y Proyecto— se establece como especialmente apta para ser tramitada a través de mediación electrónica (entendemos que fundamentalmente basada en el intercambio electrónico de documentos, *test-based model*), pero sin que lo sea de forma obligatoria, cuando se constaten que sujetos y mediador disponen de los medios para ello (que en principio no serían excesivamente difíciles de disponer y manejar<sup>38</sup>). El término «preferentemente», que subrayábamos nosotros al transcribir el texto del precepto, es la válvula de escape a una posible obligatoriedad en el empleo de la mediación electrónica en estos casos, aun desde el recurso inicial y voluntario a la mediación como forma de solución del conflicto.

Sin duda esta parece ser la apuesta más clara del legislador —y del ejecutivo— en cuanto a la mediación electrónica, es decir, constituirse en el canal más recomendable para la mediación en materia de reclamaciones de cantidad por cuanto complementa lo establecido en el art. 24.2 con la Disposición Final Séptima de la Ley en la cual avanza la intención —a día de hoy no concretada— de configurar un «procedimiento simplificado» de mediación que se desarrollará «exclusivamente» por medios electrónicos para las reclamaciones de cantidad —sin límite, en principio, de cuantía—. Antes de valorar esta iniciativa, apuntar una crítica, que dejo en forma de pregunta retórica: ¿Por qué sólo este tipo de procedimiento para un concreto tipo de conflictos y no otros?



## Mediación electrónica: regulación legal y posibilidades de aplicación



Asume la responsabilidad de llevar a cabo la elaboración de este procedimiento el Gobierno, a iniciativa del Ministerio de Justicia. Hay una cortapisa ya predeterminada. Dicho procedimiento sólo será utilizable cuando en las «pretensiones»<sup>39</sup> de las partes (erróneamente se aluden a términos netamente procesales, como lo es el de pretensión) no conste ningún fundamento de carácter jurídico (entendemos que en relación tanto a excepciones formales como materiales), y por tanto, únicamente fáctico. Además requerirá dicho procedimiento:

- a) El empleo de «formularios» (tanto de solicitud como de contestación) que facilitarán a los sujetos el mediador o la institución de mediación —entendemos que por vía electrónica—.
- b) Duración abreviadísima y diferenciada<sup>40</sup> (un mes como máximo, a contar desde el día siguiente a la recepción de la solicitud, prorrogable<sup>41</sup> por acuerdo de las partes).

Destacar en último término que quizá la mediación electrónica pueda encontrar su hábitat en el ámbito de actuación de las denominadas, por la Ley 5/2012, instituciones de mediación, que parecen haber sido concebidas por el legislador como la pieza maestra del modelo de mediación en España —sin perjuicio del ejercicio de la mediación a título individual y particular—. Creo que han de ser el espigadero que alimente a la mediación electrónica por cuanto su dimensión institucional las hace idóneas<sup>42</sup> para configurar y ofrecer servicios tecnológicos y telemáticos al ciudadano, que faciliten el acceso, el manejo, la comprensión y la confianza del ciudadano a la hora de aceptar desarrollar una mediación en sede electrónica.

Las instituciones de mediación son definidas en la Ley 5/2012 como aquellas entidades públicas o privadas (con independencia de su nacionalidad, pues alude

a «españolas y extranjeras»), o corporaciones de derecho público<sup>43</sup>, que «tengan entre sus fines el impulso de la mediación, facilitando el acceso y administración de la misma, incluida la designación de mediadores, debiendo garantizar la transparencia en la referida designación». Expresamente en el párrafo segundo del art. 5 de la Ley de mediación se dispone que las instituciones de mediación «podrán implantar sistemas de mediación por medios electrónicos, en especial para aquellas controversias que consistan en reclamaciones dinerarias». Concuera por tanto la previsión legal expresa con nuestra opinión del párrafo anterior.

Se abre la puerta de par en par a una expectativa que creo deben desarrollar fundamentalmente, pero no de forma exclusiva y excluyente, determinadas entidades públicas y privadas<sup>44</sup>, así como corporaciones de derecho público<sup>45</sup>, para ofrecer como servicio a la ciudadanía.

Puede ser especialmente interesante que se hagan confluir en este punto tres variables que la ley depara. Dos normativamente reguladas (instituciones de mediación y mediación electrónica) y otra que no aparece de forma explícita, pero que personalmente consideramos ha de ser una de las líneas de expansión futura de la mediación: la sectorialización. Proponemos que las instituciones de mediación vinculadas a entidades públicas, privadas o corporaciones de derecho público en cuyas finalidades y fines se aprecie una especialización muy concreta con ramas particulares del derecho civil o mercantil (por ejemplo el caso de los Colegios oficiales de Mediadores de Seguros) centren el desarrollo de la mediación electrónica que puedan ofertar en sus respectivos ámbitos de actividad (casos de propiedad inmobiliaria, agraria, comercio, etc.).

No olvidemos, finalmente, que la Ley 5/2012 es una ley estatal que ha de convivir con la normativa autonómica en plena aplicación —y desarrollada en el ejercicio de legítimas competencias constitucionales conferidas a las CC.AA. en materia de derecho privado—. En este sentido deben cuidarse las posibles fricciones con normas autonómicas que regulan expresamente la mediación electrónica, concretamente en los cuatro casos en que efectivamente a día de hoy se produce tal circunstancia (las normas de Asturias, Cataluña, Islas Baleares y Cantabria)<sup>46</sup>, o en otros que pudieran producirse más adelante.

### IV. A MODO DE CONCLUSIÓN FINAL: ¿ESTAMOS PREPARADOS?

Las últimas líneas del presente trabajo quiero dedicarlas para dejar sobre la mesa la cuestión que puede resumir todo lo anteriormente expuesto. Dispuestos medios complementarios al proceso judicial para la resolución de conflictos. Legalmente regulados, y con un incipiente desarrollo (sobre todo a nivel autonómico y en el marco del derecho privado, muy especialmente en el ámbito del derecho de familia). La presentación de nue-



vas opciones para los mismos en la aplicación efectiva de las tecnologías de la información y la comunicación a distancia es un camino aún por andar y recorrer.

La primera consideración que podemos realizar es generalista. De las ventajas y desventajas apuntadas podemos concluir que uno de los elementos claves para aceptar y desarrollar con éxito una mediación electrónica (de forma y manera más acentuada en aquellas que opten por un menor, o nulo, modelo de presencialidad telemática) es el balance previo que tanto el mediador como los sujetos en conflicto, en la premediación, deben realizar entre las ventajas (ahorro de costes, flexibilidad espacial y temporal) y los inconvenientes de la misma (pérdida del factor humano<sup>47</sup>, brecha digital, connotaciones sociales y culturales que puede presentar en determinados grupos o comunidades<sup>48</sup>, e interacción entre mediador y mediados).

A partir de esa premisa inicial, entrando ya en un terreno más concreto y centrado en la regulación y posibilidades de la ley española: ¿estamos realmente preparados para aplicarlas en este concreto caso? Es decir, ¿es viable la mediación electrónica, a día de hoy, y en el caso particular de España?

Las respuestas a la cuestión sobre la cual gira el planteamiento de este artículo, creo que pueden obtenerse de la conjunción de tres diferentes planos hacia los cuales, y desde los cuales, dar una respuesta. Me refiero al nivel personal (el ciudadano, la empresa, las entidades públicas y privadas, que son los destinatarios y usuarios de esta posibilidad), al nivel tecnológico (accesibilidad<sup>49</sup>, disponibilidad de equipos, seguridad, certidumbre y constancia...), y en último término al nivel legal (esto es, la existencia de normas legales de cobertura y regulación de la mediación electrónica).

Respecto a los dos primeros niveles creo que la respuesta puede ser conjunta. La mediación electrónica, por capacidad, accesibilidad, conocimientos e infraestructura —e incluso por necesidades de negocio jurídico— será más viable en el ámbito empresarial privado que a nivel de personas físicas singulares (sin que queden excluidas en ningún caso). La disponibilidad de recursos (tanto personales, como especialmente tecnológicos) y el volumen de negocio y conflictividad (cobro de deudas, reclamaciones económico-financieras...) harán más atractivo el acceso a la mediación electrónica a la empresa (especialmente a la mediana y gran empresa) que al ciudadano particular que en muchos casos, a día de hoy en España, vista su pirámide de población, la formación y conocimiento en materia de tecnología informática así como incluso la disponibilidad de los medios adecuados para ello, ni siquiera llegue a conocer de esta posibilidad, y llegado el caso a saber cómo utilizarla —salvo que acuda a la asistencia de las instituciones de mediación respecto de las cuales expresamente prevé la ley que procedan a implantar sistemas de mediación

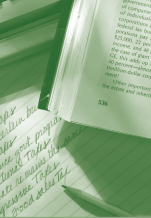
electrónica<sup>50</sup>, y a las cuales estimamos corresponderá un importante protagonismo en estas lides—.

Es por ello que consideramos que si se dan las condiciones óptimas, y en los términos iniciales en que plantea la ley española su aplicación, la mediación electrónica puede ser una herramienta muy adecuada para la resolución de controversias vinculadas a reclamaciones dinerarias<sup>51</sup> generadas en el marco de la contratación electrónica (e-commerce), el tráfico empresarial de la pequeña y mediana empresa, o bien en el ámbito de la actividad de la gran empresa con gestión comercial de consumo a gran escala pero de cuantías no excesivamente onerosas (telefonía, servicios de comunicación y ocio de pago periódico, etc., en el ámbito de lo que se conoce habitualmente como B2C). Curiosamente la Ley prohíbe expresamente<sup>52</sup> la mediación en materia de consumo, lo cual cercena esta posibilidad que apuntamos. Exclusión que no entendemos ni compartimos. Más aún con el atractivo añadido por la propia Ley 5/2012, de la ya analizada Disposición Final Séptima, en que prevé el desarrollo de un procedimiento simplificado de mediación por medios electrónicos para reclamaciones de cantidad, en las cuales no haya en ningún caso debate o discrepancia sobre cuestiones jurídicas, con una duración máxima de un mes —salvo prórroga por acuerdo expreso de las partes—.

Parece probable que las empresas, ante esta situación, podrían optar por prever, en su caso y en el articulado de sus contratos, ya sea en masa o a título singular, la inclusión de cláusulas específicas de acceso a la «mediación electrónica» para la resolución de las controversias surgidas en el cumplimiento de las obligaciones contractuales (especialmente si finalmente el Gobierno desarrolla el procedimiento simplificado antes aludido), disponiendo incluso de partida la asistencia a tal efecto de una específica institución de mediación que provea de los servicios de mediación electrónica nece-







## Mediación electrónica: regulación legal y posibilidades de aplicación

sarios para el desarrollo de la resolución de la disputa, o bien la previsión específica de que llevándose a efecto la mediación electrónica ambas partes asumen, llegado el momento, la responsabilidad de disponer de los instrumentos, equipos y conocimientos necesarios para hacerla factible.

En el plano legal, la respuesta es positiva, esto es, estamos preparados, tal y como se desprende de las normas legales de cobertura que ofrece la recién entrada en vigor Ley de Mediación de julio de 2012. Cuestión aparte, sobre la cual ya nos hemos pronunciado en apartados anteriores, son las luces y sombras que arroja el texto legal de referencia.

En conclusión, personalmente estimo que una serie de factores, y no estrictamente legales, son los que allanarán el camino a la mediación electrónica. En primer lugar: el tiempo. Tiempo para conocer la existencia de

la ley y de sus posibilidades (y con ello de la mediación electrónica). En segundo término: los resultados. Si las primeras experiencias que se lleven a cabo son positivas, sin duda que la mediación electrónica podrá abrirse camino. Y esos resultados dependen de la accesibilidad a la misma, de la confianza que los mediados obtengan del procedimiento, y sobre todo, de que los mediados contrasten que han resuelto su conflicto de forma más satisfactoria y eficiente (en términos temporales, económicos y en relación a sus derechos subjetivos en liza) que si hubiesen acudido a un proceso judicial, a un arbitraje o a una mediación presencial —no electrónica—. Si la aplicación de la mediación electrónica, tal y como parece desprenderse del escenario legal que se ha diseñado, se canaliza fundamentalmente a través de las instituciones de mediación (como proveedoras de este servicio), sin duda que de su buen hacer también dependerán los resultados y el éxito y la efectividad de la mediación electrónica, al menos en España.

### NOTAS

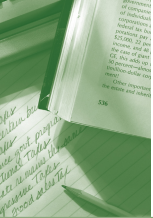
- CHASE, O., *Derecho, cultura y ritual. Sistemas de resolución de controversias en un contexto intercultural* (trad. Martín Diz, F.), Marcial Pons ed., Madrid, 2001, págs. 133 y ss.
- Su origen se sitúa en la intervención del Profesor Frank Sander en la Pound Conference (1976) relativa a las Causas de Popular Dissatisfaction with the Administration of Justice, y en la cual el citado profesor disertó sobre «Varieties of Dispute Processing» (SANDER, F., «Varieties of Dispute Processing», *The Pound Conference: Perspectives on Justice in the Future*, 1979), abogando a favor de la implantación de otros posibles medios de resolución de conflictos. Véase MENKEL-MEADOW, C., «Roots and inspirations: A Brief History of the Foundations of Dispute Resolution», *The Handbook of Dispute Resolution*, San Francisco, 2005, págs. 19 y ss.
- SUSSMAN, E., «Developing an effective Med-Arb/Arb-Med process», *NYSBA New York Dispute Resolution Lawyer*, vol. 2, núm. 1, 2009, págs. 71-74.
- FIGUERUELO BURRIEZA, A., «Crisis de la justicia y tutela judicial efectiva», *Introducción al Derecho del Arbitraje y Mediación*, Coord. M.ª Silvia Velarde Aramayo, Salamanca, 2006, págs. 299-309.
- Directiva 2008/52/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de mayo de 2008, sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles.
- MARTÍN DIZ, F., *La mediación: sistema complementario de Administración de Justicia*, CGPJ, Madrid, 2010.
- LÓPEZ-BARJAS PEREA, I., «La mediación civil y mercantil y sus garantías: un paso más en la creación de un espacio judicial europeo», *Revista General de Derecho Europeo*, núm. 27, 2012.
- ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, N., *Proceso, autocomposición y autodefensa*, 2.ª edición, México, 1970, págs. 83 y ss.
- Art. 1 Ley 5/2012, de mediación en asuntos civiles y mercantiles: «Se entiende por mediación 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».
- Se opta básicamente por el modelo de mediación facilitadora, en la cual el mediador asume un papel de intermediario entre las partes, frente al modelo de mediación interventiva (que confiere al mediador un protagonismo más activo en la evaluación y resolución del conflicto).
- Tal y como detalla el artículo 2 de la Ley 5/2012, el ámbito de aplicación de la norma se ciñe a los derechos y obligaciones de carácter disponible, excluyendo asimismo de forma expresa la aplicación de la ley a la mediación penal, administrativa, laboral y en derecho del consumo.
- Detallados en el Título II de la Ley (arts. 6-9) refiriendo los de voluntariedad, libre disposición, igualdad de las partes, imparcialidad y neutralidad del mediador —quizá éstos con una ubicación más oportuna debieran haberse incluido en el Título III, dedicado al Estatuto del mediador— y confidencialidad.
- Título IV de la Ley 5/2012 (arts. 16-24).
- BUENO DE MATA, F., «Mediación online: ¿la mediación del futuro?», *La mediación en materia de familia y derecho penal*, Coord., F. Martín Diz, Santiago de Compostela, 2010, págs. 85-102.
- En Australia, desde 2005, se viene utilizando en su Corte Federal el sistema «eCourt Forum», el cual recrea una especie de sala de vistas virtual a través del cual se permite la presentación on line de documentación, e incluso de determinadas alegaciones y declaraciones de las partes, especialmente en casos complejos y con una voluminosa documentación, como si estuvieran ante una sala de vistas ordinaria. Puede obtenerse más información en su web: [http://www.fedcourt.gov.au/ecourt/ecourt\\_forum\\_slide.html](http://www.fedcourt.gov.au/ecourt/ecourt_forum_slide.html)
- Los «procedimientos de injunção» se tramitan on-line a través del portal web institucional del Ministerio de Justicia denominado «CITIUS» (<http://www.citius.mj.pt>).
- Terminología acuñada por KATSH, E. y RIFKIN, J., en su obra *Online dispute resolution. Resolving conflicts in cyberspace*, San Francisco, 2001. Véase también el trabajo de SUQUET

CAPDEVILLA, J., «Online Dispute Resolution (ODR): Una visión jurídica del estado del arte tecnológico», *Revista Vasca de Derecho Procesal y Arbitraje*, núm., 22-1, 2010, págs. 57-80.

- 18 Recurriendo a una fórmula matemática, podríamos afirmar que las ODR son el resultado de la suma de las ADR y las tecnologías de la comunicación y la información (TIC's). Esto es:  $ODR=ADR+TIC's$ .
- 19 Arts. 5.2, 24, Disposición Adicional Cuarta y Disposición Final Séptima.
- 20 Es el caso de «OurFamilyWizard.com» o de «ShareKids.com», experiencias de mediación on-line que se están desarrollando desde hace tiempo en juzgados norteamericanos (Broward and Miami Dade courts) a través de las cuales los juzgados correspondiente remiten a los progenitores al empleo de estas herramientas de mediación on-line para la solución de los conflictos que en materia de responsabilidad parental puedan surgir, especialmente tras rupturas matrimoniales, eliminando con ello la necesidad de acudir al juzgado a solucionar cuestiones derivadas de falta de comunicación entre los progenitores, derecho de alimentos, etc. Véase [www.ourfamilywizard.com](http://www.ourfamilywizard.com)
- 21 Es el caso, en Europa, de ECODIR ([www.ecodir.org](http://www.ecodir.org)), que provee un servicio de resolución de conflictos a través de la negociación y la mediación en materia de consumo, y que es promovido por la propia Comisión Europea. En Estados Unidos puede indicarse como una de las referencias el denominado MARS (Mediation Arbitration Resolution Service), que ofrece la posibilidad de desarrollar mediación y arbitraje *on line* en materia de disputas entre empresarios y consumidores (B2C).
- 22 La referencia más avanzada podemos encontrarla en la propuesta que presentaba el Libro Blanco de la mediación en Cataluña (2011), ofertando un prototipo de plataforma *on line* para su empleo en mediación y cuyo capítulo 16 se dedicaba a «Tecnologías para la mediación en línea: estado del arte, usos y propuestas».
- 23 Elocuentes son las reflexiones que constan en el Libro Blanco de la mediación en Cataluña (2011), pág. 334 al señalar respecto a la mediación *on-line* que «se ha constatado una percepción mayoritariamente positiva, aunque con ciertas reservas. La mayoría de mediadores consideran que informatizar el procedimiento es muy recomendable para el sistema ya que contribuye a agilizar los trámites y la comunicación entre las partes como el inicio de la mediación o el intercambio de propuestas. No obstante, se plantean reservas con respecto a la aportación de pruebas y a la objetivación de la comunicación. En este último sentido, los mediadores insisten en que el factor humano es fundamental para la efectividad de la comunicación».
- 24 En relación con la accesibilidad la Disposición Adicional Cuarta de la Ley 5/2012 establece expresamente que «Los medios electrónicos a los que se refiere el artículo 24 de esta Ley deberán atenerse a las condiciones de accesibilidad previstas en la Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico».
- 25 Puede conocerse el modelo que ofrece JURIPAX ([www.juripax.com](http://www.juripax.com)) como proveedor de soluciones de carácter general, a nivel de software, para la realización de mediación on-line.
- 26 Así por ejemplo la plataforma de venta on-line eBay ofrece un servicio de ODR para resolver las disputas derivadas de sus transacciones (<http://pages.ebay.com/services/buyandsell/disputeres.html>). Véase para mayor información el

trabajo de RULE, C., «Making Peace on eBay: Resolving Disputes in the World's Largest Marketplace», *ACResolution Magazine*, 2008.

- 27 El art. 32 de la Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico prevé expresamente que la solución extrajudicial de conflictos en los procedimientos de resolución extrajudicial de conflictos que se instauran por medio de códigos de conducta u otros instrumentos de autorregulación «podrá hacerse uso de medios electrónicos, en los términos que establezca su normativa específica».
  - 28 Referencia CN.9/WG.III/WP.109. Realizado por el Grupo de Trabajo III, y cuyo seguimiento puede realizarse a través de: [http://www.uncitral.org/uncitral/commission/working\\_groups/3Online\\_Dispute\\_Resolution.html](http://www.uncitral.org/uncitral/commission/working_groups/3Online_Dispute_Resolution.html) (último acceso 17 de septiembre de 2012).
  - 29 Puede consultarse en la dirección web: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2009:075:0001:0012:es:PDF> (último acceso, 17 de septiembre de 2012).
  - 30 Documento COM2011 794 final, pudiendo consultarse en la dirección web: [http://ec.europa.eu/consumers/redress\\_cons/docs/odr\\_regulation\\_es.pdf](http://ec.europa.eu/consumers/redress_cons/docs/odr_regulation_es.pdf) (último acceso, 17 de septiembre de 2012).
- Dicha propuesta ha sido dictaminada en marzo de 2012 por el Comité Económico y Social Europeo, introduciendo numerosos matices y correcciones a la propuesta originaria. Véase el documento publicado en el DOUE de 21 de junio de 2012. Igualmente ha emitido el correspondiente Dictamen el Supervisor Europeo de Protección de Datos (enero 2012, publicado en el DOUE de 11 de mayo).
- 31 CORTÉS, P., «Un modelo para la acreditación de los sistemas ODR en la Unión Europea», *IDP. Revista de Internet, Derecho y Política*, núm. 10, 2010, págs. 4-14.
  - 32 Véase con carácter más amplio y específico el trabajo de VÁZQUEZ DE CASTRO, E. y FERNÁNDEZ CANALES, C., «El actual marco normativo de la mediación electrónica», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 731, 2012, págs. 1451-1478.
  - 33 Arts. 5.3, 29 o Disposición Final Tercera (génesis de los actuales arts. 5.2, 24 y Disposición Final Séptima, respectivamente, de la vigente Ley 5/2012).
  - 34 Cuyo Considerando noveno ya advertía que dicha Directiva no debía impedir en ningún caso la posible utilización en sede de mediación de nuevas tecnologías de comunicación.
  - 35 Véase en profundo y extenso análisis que realiza al mismo LORCA NAVARRETE, A. M., *La mediación en asuntos civiles y mercantiles. Real Decreto-ley 5/2012, de 5 de marzo*, San Sebastián, 2012.
  - 36 La ubicuidad que caracteriza a este modelo impide controlar la identidad de los intervinientes de ahí que sea crucial controlar que quien interviene en la mediación es quien dice ser (tanto el mediador como los sujetos en conflicto) tanto para evitar suplantaciones de identidad como la representación por tercero —que no es compatible con el carácter personalísimo de la mediación—. Actualmente disponemos de distintos sistemas de acreditación de la identidad en el marco de las telecomunicaciones, tanto por lo establecido en la Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de firma electrónica como por el uso del DNI electrónico.
  - 37 El subrayado es mío.



## Mediación electrónica: regulación legal y posibilidades de aplicación

- 38 En el formato más simple bastaría un ordenador, una conexión a Internet y el intercambio de documentos a través de correo electrónico.
- 39 El entrecomillado es mío puesto que hubiera sido más conveniente, para dar verdadera carta de naturaleza a la mediación, diferenciarla del proceso y evitar errores o confusiones al ciudadano en virtud de la terminología haber empleado otras expresiones como hubieran podido ser las de petición/es, posición/es, alegación/es, postura/s...
- 40 Curiosamente la Ley no marca un plazo máximo de duración de la mediación, dejándolo al libre albedrío de las partes a la hora de predeterminarlo, ya que incluso el art. 20, que aborda la duración de la mediación, establece que «la duración del procedimiento de mediación será lo más breve posible y sus actuaciones se concentrarán en el mínimo número de sesiones», pero no concreta un plazo específico como si se hace en este supuesto.
- 41 De nuevo nos topamos con otra indefinición legal, que esperamos se corrija cuando se desarrolle el procedimiento en cuestión. No se predetermina la posible duración máxima de la prórroga, quedando de nuevo condicionada a la libre elección de las partes y sin norma expresa de la Ley 5/2012 al efecto. Podría darse entonces la paradoja de que las partes llegaran a fijar, y no hay nada que lo impida, una prórroga de duración superior al plazo inicial (un mes como máximo). Por el contrario en el Real Decreto-ley (disposición final cuarta) se disponía que el plazo máximo de un mes, para este supuesto, era improrrogable.
- 42 Las instituciones de mediación estarán sometidas a la supervisión del Ministerio de Justicia y de las Administraciones Públicas (art. 5.3 Ley 5/2012) lo cual garantiza al ciudadano que en el marco de la mediación electrónica cumplan unos estándares mínimos que garanticen la seguridad jurídica en el empleo de los elementos tecnológicos, la confidencialidad, la protección de datos personales, etc., así como el posible intrusismo profesional.
- 43 Este inciso parece especialmente pensado para las Cámaras Oficiales de Comercio, Industria y Navegación, las cuales por su naturaleza y fines pueden ser muy aptas para funcionar como «instituciones de mediación» en el ámbito del derecho mercantil. Parece confirmar nuestro parecer la Disposición Final Segunda de la Ley que introduce una modificación en la Ley 3/1993, de 22 de marzo, Básica de las Cámaras Oficiales de Comercio, Industria y Navegación, concretamente en la letra i) del apartado 1 del art. 2 que pasa a ampliar las funciones de las mismas al ámbito del impulso y desarrollo de la mediación (junto al arbitraje mercantil, nacional e internacional, que ya les había sido asignado).
- 44 Supuesto de entidades sin ánimo de lucro que traten de fomentar el empleo de la mediación. Véase por ejemplo el caso de AEADE (Asociación Europea de Arbitraje) —[www.aeade.org](http://www.aeade.org)— que ha elaborado expresamente un Reglamento de Mediación en que detalla el procedimiento de mediación que ofrece así como las tasas y honorarios que percibirá por su intervención.
- 45 En general por tanto en este grupo de entidades públicas, privadas y corporaciones pueden encajar perfectamente los Colegios de Abogados y Procuradores, Mediadores de Seguros, Cámaras de la Propiedad Inmobiliaria, Cámaras de la Propiedad Agraria, Servicios Universitarios, Cámaras Oficiales de Comercio, Industria y Navegación, etc. De hecho algunas de ellas ya han avanzado en esta dirección, sirva como ejemplo la reciente creación por parte del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid de un Centro de Mediación (MedialCAM).
- 46 Véase con mayor detalle la exposición que ofrecen al respecto VÁZQUEZ DE CASTRO y FERNÁNDEZ CANALES, «El actual marco normativo de la mediación electrónica», cit., págs. 1470-1477. Como indican los autores (pág. 1476) «la mayor parte de las mencionadas leyes autonómicas no contienen pronunciamiento alguno sobre la mediación electrónica, de manera que esta ausencia de pronunciamiento implica permisividad».
- 47 Puede ser poco confortable y asumible para determinadas personas o incluso influir, voluntaria o involuntariamente, en su conducta de cara a la resolución del conflicto. La posible «sensación de pérdida de control» que uno, o ambos, sujetos en la mediación puedan acusar por el componente «tecnológico» que condiciona esta modalidad específica de mediación ha de ser manejado de forma cautelosa y prudente por el mediador.
- 48 Así en determinados conflictos puede no ser recomendable una mediación electrónica cuando se lleve a cabo entre personas pertenecientes a sociedades y culturas muy diferentes (no sólo a nivel de brecha digital).
- 49 Recuérdese lo expuesto en pasajes anteriores del presente trabajo, así como lo dispuesto expresamente en la Disposición Adicional Cuarta de la Ley 5/2012 («Los medios electrónicos a los que se refiere el artículo 24 de esta Ley deberán atenerse a las condiciones de accesibilidad previstas en la Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico»).
- 50 Art. 5.2 Ley 5/2012.
- 51 Tal y como recomienda en su artículo 24.2 (Ley 5/2012) en relación a reclamaciones de cantidad de escasa cuantía («La mediación que consista en una reclamación de cantidad que no exceda de 600 euros se desarrollará preferentemente por medios electrónicos, salvo que el empleo de éstos no sea posible para alguna de las partes»).
- 52 Art. 2.2 d) de la Ley 5/2012.

## Efectos de la Ley 5/2012 sobre la ejecución forzosa

José Martín Pastor

*Doctor en Derecho por las Universidades de Bolonia-Real Colegio de España y de Valencia.  
Profesor Titular de Derecho Procesal de la Universitat de València (Estudi general)*

### SUMARIO

- I. INTRODUCCIÓN
- II. EL ACUERDO DE MEDIACIÓN COMO TÍTULO EJECUTIVO
- III. LA CADUCIDAD DE LA ACCIÓN EJECUTIVA
- IV. CAPACIDAD DE POSTULACIÓN —REPRESENTACIÓN Y DEFENSA— EN EL PROCESO DE EJECUCIÓN
- V. COMPETENCIA TERRITORIAL
- VI. PLAZO DE ESPERA DE LA EJECUCIÓN DE RESOLUCIONES PROCESALES O ARBITRALES
- VII. LOS DOCUMENTOS QUE HAN DE ACOMPAÑAR A LA DEMANDA EJECUTIVA
- VIII. LA OPOSICIÓN A LA EJECUCIÓN POR MOTIVOS DE FONDO
- IX. EL EXAMEN DE LA DEMANDA EJECUTIVA Y LA OPOSICIÓN A LA EJECUCIÓN POR DEFECTOS PROCESALES
- X. LOS INTERESES DE LA MORA PROCESAL
- XI. LOS CASOS EN LOS QUE NO PROCEDE EL REQUERIMIENTO DE PAGO

### I. INTRODUCCIÓN

La Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles, regula la mediación en el ámbito del Derecho privado, quedando excluidas de su ámbito de aplicación la mediación penal, la mediación con las Administraciones públicas, la mediación laboral y la mediación en materia de consumo (art. 2.2 Ley 5/2012).

La Ley 5/2012 se estructura en cinco títulos: Título I —Disposiciones generales—; Título II —Principios informadores de la mediación—; Título III —Estatuto del mediador—; Título IV —Procedimiento de mediación—, y Título V —Ejecución de los acuerdos—.

Los preceptos de la norma citada con repercusión sobre el proceso civil son el art. 10.2 y los arts. 25 a 28 de la Ley 5/2012 —estos últimos preceptos son los que integran el Título V, dedicado a la ejecución de los acuerdos de mediación—.

No obstante, desde la perspectiva del proceso civil hay que prestar atención no sólo a los preceptos indicados, sino, especialmente, a la Disposición final tercera de la Ley 5/2012, que modifica algunos preceptos de la Ley 1/2000, de Enjuiciamiento Civil, con el objeto de facilitar la aplicación de la mediación dentro del proceso civil.

De esta reforma del proceso civil cabe destacar:

- a) La regulación de la facultad de las partes para disponer del objeto del juicio y someterse a mediación (art. 19.1 LEC).
- b) La determinación de que las resoluciones judiciales que aprueben los acuerdos de mediación deberán revestir la forma de auto (art. 206.2.2.ª LEC).
- c) La imposibilidad de que, salvo acuerdo en contrario de las partes, se pueda solicitar dictamen a un perito que haya intervenido en una mediación relacionada con el asunto, y la facultad del tribunal de denegar la solicitud de intervención del perito en el juicio o en la vista cuando exista un deber de confidencialidad derivado de su intervención en un procedimiento de mediación anterior entre las partes (arts. 335.3 y 347.1.II LEC).
- d) El establecimiento de la posibilidad de que sea el juez el que, en la audiencia previa, invite a las partes a llegar a un acuerdo y, a tal fin, se informen de la posibilidad de recurrir a la mediación, a través de lo cual, dentro del respeto a la voluntad de las partes, se trata de promover la mediación y las soluciones amistosas de los litigios (arts. 414.1.II y 415.1 y 3 LEC).



- e) La previsión de la declinatoria como remedio frente al incumplimiento de los pactos de sometimiento a mediación o frente a la presentación de una demanda estando en curso la misma (arts. 39; 63.1, I; 65.2.II y 66 LEC).
- f) La consideración de que, en el ámbito de la condena en costas en caso de allanamiento, se considerará que existe mala fe si, antes de presentada la demanda, se ha iniciado un procedimiento de mediación (art. 395.1.II LEC).
- g) Y, por último, la modificación de los preceptos necesarios para la inclusión del acuerdo de mediación dentro de los títulos que dan derecho al despacho de la ejecución (arts. 10.2 y 25 a 28 Ley 5/2012; y 517.2.2.º; 518; 539.1.III; 545.2; 548; 550.1.1.º.III; 556.1.I; 559.1.3.º; 576.3 y 580 LEC).

Con estas modificaciones de la norma procesal civil se ha tratado de articular la interrelación entre la mediación y el proceso civil.

En este trabajo se considerará el último bloque enumerado, analizando la ejecución forzosa en el proceso civil tras la Ley 5/2012.

## II. EL ACUERDO DE MEDIACIÓN COMO TÍTULO EJECUTIVO

La mediación puede dar lugar a dos tipos de títulos ejecutivos.

Por una parte, las partes podrán elevar a escritura pública el acuerdo alcanzado tras un procedimiento de mediación (art. 25.1.I Ley 5/2012) y ese acuerdo de mediación elevado a escritura pública será título ejecutivo (art. 517.2.2.º LEC).

Por otra parte, cuando el acuerdo se haya alcanzado en una mediación desarrollada después de iniciarse un proceso judicial, las partes podrán solicitar del tribunal su homologación de acuerdo con lo dispuesto en la Ley de Enjuiciamiento Civil. El auto que apruebe u homologue el acuerdo de mediación es también título ejecutivo (art. 517.2.3.º LEC).

Hasta la Ley 5/2012 el legislador distinguía entre títulos ejecutivos judiciales o arbitrales, y títulos ejecutivos no judiciales ni arbitrales<sup>1</sup>. De esta forma, el auto que apruebe u homologue el acuerdo de mediación se habría incluido en el primer grupo, mientras que la escritura pública del acuerdo de mediación se habría ubicado en el segundo.

El único problema para esta solución habría estado representado por el art. 520 LEC, que, al regular la acción ejecutiva basada en títulos no judiciales ni arbitrales, establece que la única clase de prestación que pueden incorporar estos títulos es la prestación dineraria, mien-

### FICHA RESUMEN

**Título:** Efectos de la Ley 5/2012 sobre la ejecución forzosa.

**Autor:** José Martín Pastor

**Resumen:** La Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles, modifica algunos preceptos de la Ley 1/2000, de Enjuiciamiento Civil, con el objeto de facilitar la aplicación de la mediación dentro del proceso civil. En este trabajo se analiza la ejecución forzosa civil tras la Ley 5/2012, destacando la asimilación, a todos los efectos, de los acuerdos de mediación a los títulos ejecutivos judiciales o arbitrales, con el objeto de potenciar esta forma extrajudicial de solución de controversias.

**Palabras clave:** Mediación, acuerdo de mediación, ejecución forzosa, proceso de ejecución, títulos ejecutivos.

**Abstract:** Act 5/2012, of 5 July, on Mediation in Civil and Commercial Matters, modifies some provisions of the Civil Procedure Act 1/2000, in order to facilitate the implementation of the mediation within the civil process. This work analyzes the civil enforcement after the enactment of Act 5/2012, highlighting the assimilation, to all intents and purposes, of the agreements reached in mediation to the writ of execution or arbitrations awards, with the purpose of enhancing this extrajudicial form of dispute resolution.

**Keywords:** Mediation, mediation agreement, enforcement, enforcement process, writ of execution.

**N. del A.:** Artículo recibido en la Editorial el 26 de septiembre y aceptada su edición en las reuniones celebradas el 3 y el 9 de octubre de 2012.

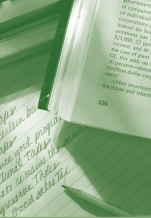
tras que los acuerdos de mediación elevados a escritura pública pueden incluir prestaciones de otra clase.

Para salvar este escollo en el art. 520 LEC se podría haber matizado, tras su correspondiente modificación, que los acuerdos de mediación pudieran incorporar prestaciones tanto dinerarias como de otro tipo.



*Tras la Ley 5/2012 en materia de títulos ejecutivos hay que distinguir entre los títulos judiciales, los arbitrales y los acuerdos de mediación elevados a escritura pública; y los títulos ejecutivos distintos a los anteriores*

Sin embargo no ha sido ésta la solución del legislador, que ha optado por equiparar o asimilar, a todos los efectos, los diferentes acuerdos de mediación —tanto los aprobados u homologados por el tribunal como los elevados a escritura pública por el notario<sup>2</sup>— a los títulos ejecutivos judiciales o arbitrales, con el objeto de potenciar esta forma extrajudicial de solución de controversias.



## Efectos de la Ley 5/2012 sobre la ejecución forzosa



De esta forma, tras la Ley 5/2012 en materia de títulos ejecutivos hay que distinguir entre los títulos judiciales, los arbitrales y los acuerdos de mediación elevados a escritura pública; y los títulos ejecutivos distintos a los anteriores.

### III. LA CADUCIDAD DE LA ACCIÓN EJECUTIVA

En virtud de la asimilación de los acuerdos de mediación a los títulos ejecutivos judiciales o arbitrales, el art. 518 LEC también ha sido modificado para incluir, dentro de los títulos ejecutivos sancionados con la caducidad de la acción ejecutiva, a los acuerdos de mediación.

La nueva redacción del art. 518 LEC establece que «la acción ejecutiva fundada en sentencia, en resolución del Tribunal o del Secretario judicial que apruebe una transacción judicial o un acuerdo alcanzado en el proceso, en resolución arbitral o en acuerdo de mediación caducará si no se interpone la correspondiente demanda ejecutiva dentro de los cinco años siguientes a la firmeza de la sentencia o resolución».

Esta nueva redacción es criticable por distintas razones:

- a) En cuanto a la ubicación sistemática de esta causa de oposición, hay que señalar que, en lugar de ubicar la caducidad de la acción ejecutiva en la oposición a la ejecución por motivos de fondo, habría que situarla o incluirla en la oposición a la ejecución por defectos procesales, ya que la extinción de la eficacia del título ejecutivo por el transcurso del tiempo afecta a la eficacia del título mismo —y no al derecho y al correspondiente deber de prestación—, y, por lo tanto, constituye un presupuesto procesal de carácter negativo.

- b) En cuanto a la concreción de los títulos ejecutivos judiciales a los que se aplica la caducidad de la acción ejecutiva, el legislador ha dejado pasar la oportunidad para clarificar si dicha caducidad afecta también a los títulos ejecutivos judiciales previstos —expresamente o por remisión— en el art. 517.2 LEC que no aparecen mencionados en el art. 518 LEC<sup>3</sup>.
- c) La incompleta determinación del *dies a quo* del plazo de caducidad de la acción ejecutiva.

En principio, el art. 518 LEC es claro al expresar el *dies a quo* del plazo de caducidad: el día siguiente a la firmeza de la sentencia o de la resolución.

Por un lado, el art. 518 LEC ha sido modificado para dar entrada a los acuerdos de mediación. Pero, cuando el título ejecutivo es el acuerdo de mediación elevado a escritura pública, se plantea el problema de determinar cuál es el *dies a quo* del plazo de caducidad de la acción ejecutiva, ya que dicho precepto únicamente especifica que es el día siguiente al de la firmeza de la sentencia o de la resolución. A mi juicio, en el caso del título ejecutivo mencionado, el legislador debería haber especificado que, en dicho supuesto, el *dies a quo* es el día siguiente al del otorgamiento de la escritura pública, pues es a partir de su otorgamiento cuando el acuerdo de mediación tendrá eficacia ejecutiva, o —en caso de no coincidir— al del momento en que se produzca el vencimiento del plazo establecido en el acuerdo de mediación para el cumplimiento de la prestación.

Por otro lado, se debe indicar que respecto de las sentencias que impongan condenas a prestación futura o al pago de prestaciones periódicas —como, por ejemplo, las sentencias que imponen el pago de alimentos o de una pensión compensatoria en un proceso matrimonial—, el plazo de caducidad no se deberá computar desde la firmeza de las mismas sino desde la fecha del concreto incumplimiento de cada uno de las prestaciones denunciado por el ejecutante, esto es, desde la fecha de vencimiento de la concreta prestación incumplida.

La misma solución se deberá aplicar también en el caso de sentencias de condena a un no hacer de carácter indefinido. Esto es, el *dies a quo* del plazo de caducidad de la acción ejecutiva coincidirá con el momento en el que se produzca el incumplimiento de la condena denunciado por el ejecutante, es decir, cuando se realice por el condenado la actividad prohibida.

La conclusión expuesta es a la que llega mayoritariamente la jurisprudencia, realizando una interpretación correctora, pero *contra legem*, del art. 518 LEC.

Con la Ley 5/2012 y la modificación del art. 518 LEC se ha desaprovechado una oportunidad para ajustar la redacción de dicho precepto a la solución expuesta para los supuestos descritos.

#### IV. CAPACIDAD DE POSTULACIÓN —REPRESENTACIÓN Y DEFENSA— EN EL PROCESO DE EJECUCIÓN

Para adecuar, en materia de representación y defensa, la ejecución de los acuerdos de mediación y de los laudos arbitrales a la ejecución de los títulos ejecutivos procesales<sup>4</sup>, el art. 539.1.III establece que «para la ejecución derivada de un acuerdo de mediación o un laudo arbitral se requerirá la intervención de abogado y procurador siempre que la cantidad por la que se despache ejecución sea superior a 2.000 euros».

#### V. COMPETENCIA TERRITORIAL

El art. 545.2 LEC regula la competencia territorial para la ejecución de laudos arbitrales o acuerdos de mediación mediante una norma imperativa —no cabe sumisión expresa, ni tácita—, estableciendo que «cuando el título sea un laudo arbitral o un acuerdo de mediación, será competente para denegar o autorizar la ejecución y el correspondiente despacho el Juzgado de Primera Instancia del lugar en que se haya dictado el laudo o se hubiera firmado el acuerdo de mediación».

#### VI. PLAZO DE ESPERA DE LA EJECUCIÓN DE RESOLUCIONES PROCESALES O ARBITRALES

Hasta la reforma operada por la Ley 37/2011, de 10 de octubre, de medidas de agilización procesal, el art. 548 LEC disponía que «no se despachará ejecución de resoluciones procesales o arbitrales, dentro de los veinte días posteriores a aquel en que la resolución de condena o de aprobación del convenio haya sido notificada al ejecutado».

En aras de la agilización procesal, con la mencionada reforma se modificó la redacción de dicho precepto, pasando a disponer que «no se despachará ejecución de resoluciones procesales o arbitrales dentro de los veinte días posteriores a aquel en que la resolución de condena sea firme, o la resolución de aprobación del convenio haya sido notificada al ejecutado».

En ocasiones las prisas no son buenas. Esta modificación legislativa limitaba en el tiempo la posibilidad de cumplimiento voluntario por parte del ejecutado, pues el *dies a quo* del plazo de espera de la ejecución ya no era el de la notificación de la resolución de condena, sino el de la firmeza de dicha resolución, y podía dar lugar a la condena en costas del ejecutado por los gastos derivados de la presentación de la demanda ejecutiva en caso de haberse despachado la ejecución una vez transcurrido ese plazo de espera si aquél todavía no había cumplido la prestación a cuyo cumplimiento había sido condenado.

Para corregir esta disfunción y dar entrada a los acuerdos de mediación, el nuevo art. 548 LEC vuelve a la solución inicial disponiendo que «no se despachará ejecución de resoluciones procesales, arbitrales o acuerdos de mediación, dentro de los veinte días posteriores a aquel en que la resolución de condena, de aprobación del convenio o de firma del acuerdo haya sido notificada al ejecutado».

Pero, cuando el título ejecutivo es el acuerdo de mediación elevado a escritura pública, se plantea el problema de determinar cuál es el *dies a quo* del plazo de espera, ya que dicho precepto únicamente especifica que es el día siguiente al de la notificación —inexistente— de la firma del acuerdo. A mi juicio, en el caso del título ejecutivo mencionado, el legislador debería haber especificado que, en dicho supuesto, el *dies a quo* es el día siguiente al del otorgamiento de la escritura pública, pues es a partir de su otorgamiento cuando el acuerdo de mediación tendrá eficacia ejecutiva, o —en caso de no coincidir— al del momento en que se produzca el vencimiento del plazo establecido en el acuerdo de mediación para el cumplimiento de la prestación.

Además, esta nueva redacción es criticable porque, en cuanto a la concreción de los títulos ejecutivos judiciales a los que se aplica dicho plazo de espera, el legislador ha dejado pasar la oportunidad para clarificar si dicho plazo afecta también a los títulos ejecutivos judiciales previstos —expresamente o por remisión— en el art. 517.2 LEC que no aparecen mencionados en el art. 548 LEC<sup>5</sup>.

#### VII. LOS DOCUMENTOS QUE HAN DE ACOMPAÑAR A LA DEMANDA EJECUTIVA

En cuanto a los documentos que han de acompañar a la demanda ejecutiva, el art. 550.1.1.º.III LEC dispone que «cuando el título sea un acuerdo de mediación ele-





## Efectos de la Ley 5/2012 sobre la ejecución forzosa



vado a escritura pública, se acompañará, además, copia de las actas de la sesión constitutiva y final del procedimiento».

### VIII. LA OPOSICIÓN A LA EJECUCIÓN POR MOTIVOS DE FONDO

Al regular la oposición a la ejecución por motivos de fondo, la ley distingue a estos efectos entre:

- a) Los títulos ejecutivos fundados en resoluciones procesales o arbitrales de condena o en un acuerdo de mediación (art. 556.1, I LEC).
- b) Los títulos ejecutivos extrajudiciales, previstos en los números 4.º, 5.º, 6.º, 7.º y 9.º del art. 517.2 LEC —las escrituras públicas, las pólizas de los contratos mercantiles, los títulos al portador o nominativos, los certificados no caducados expedidos por las entidades encargadas de los registros contables respecto de los valores representados mediante anotaciones en cuenta, y cualquier otro documento que, por disposición de la propia ley procesal civil o de otra ley, lleve aparejada ejecución— (art. 557.1 LEC).

Teniendo en cuenta la asimilación de los acuerdos de mediación a los títulos ejecutivos judiciales o arbitrales, el art. 556.1 LEC ha sido modificado para incluir en su ámbito de aplicación a aquéllos<sup>6</sup>.

➡ **Nuestro legislador ha desaprovechado la oportunidad para mejorar y completar la redacción del art. 556.1.I LEC**

Nuestro legislador ha desaprovechado la oportunidad para mejorar y completar la redacción del art. 556.1.I

LEC. Y es que, aunque el texto de este precepto no hace referencia al título ejecutivo fundado en el número 3.º del art. 517.2 LEC —resolución procesal que apruebe u homologue una transacción o un acuerdo logrados en el proceso—, entiendo que al mismo debe ser de aplicación la regulación prevista en el art. 556 LEC, que se refiere genéricamente a la «oposición a la ejecución de resoluciones procesales o arbitrales o los acuerdos de mediación».

Asimismo, por la misma razón apuntada considero que, a pesar de que el art. 556.1.I LEC no se refiere expresamente a los títulos ejecutivos judiciales del art. 517.2.9.º LEC, a éstos hay que aplicarles la regulación establecida por el primero de los preceptos citados.

### IX. EL EXAMEN DE LA DEMANDA EJECUTIVA Y LA OPOSICIÓN A LA EJECUCIÓN POR DEFECTOS PROCESALES

El art. 559.1.3.º LEC, tras su reforma por la Ley 5/2012, ha pasado a disponer que «el laudo o el acuerdo de mediación no cumpla los requisitos legales exigidos para llevar aparejada ejecución».

A mi juicio estamos ante un grave descuido o error del legislador, pues con esta redacción se priva el poder controlar que los restantes títulos ejecutivos cumplan los requisitos legales para llevar aparejada ejecución.

Por ello, a la espera de previsibles reacciones legislativas y/o judiciales, considero que los operadores jurídicos deberán tener en cuenta la anterior redacción legal de este defecto procesal, relativo a «no cumplir el documento presentado los requisitos legales exigidos para llevar aparejada ejecución».

Con la cláusula de no cumplir el documento presentado los requisitos legales exigidos para llevar aparejada ejecución el legislador había introducido una norma residual o una cláusula de cierre a través de la cual el ejecutado podía denunciar la falta de cualquier requisito o presupuesto del título ejecutivo o del despacho de ejecución.

En relación con esta clase de oposición a la ejecución, con carácter general resulta dudosa y discutible la posibilidad de alegar como defecto procesal la nulidad de la obligación o del título en cuya virtud se haya despachado la ejecución.

El art. 28 del Real Decreto-Ley 5/2012, al regular la denegación de ejecución de los acuerdos de mediación, disponía que «no podrán ejecutarse los acuerdos cuyo contenido sea contrario a Derecho». Al amparo de este precepto se habría podido alegar y controlar en la ejecución que el acuerdo de mediación estaba afectado por una causa de inexistencia o de nulidad en sentido estricto, como consecuencia de defectos del propio acuerdo o del previo procedimiento de mediación. Al efecto,



téngase presente que el art. 550.1.1.º LEC dispone que «cuando el título sea un acuerdo de mediación elevado a escritura pública, se acompañará, además, copia de las actas de la sesión constitutiva y final del procedimiento».

Este art. 28 del Real Decreto-Ley 5/2012 ha desaparecido del texto de la Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles. Sin embargo, esta Ley ha añadido un número 4 al art. 23 —que regula el acuerdo de mediación— en el que se dispone que «contra lo convenido en el acuerdo de mediación sólo podrá ejercitarse la acción de nulidad por las causas que invalidan los contratos».

De esta forma, la impugnación del acuerdo de mediación por estar incurso en una causa de nulidad no se podrá articular en sede de oposición a la ejecución, sino a través del proceso declarativo correspondiente.

## X. LOS INTERESES DE LA MORA PROCESAL

La equiparación de los acuerdos de mediación a los títulos ejecutivos judiciales y arbitrales es total, hasta el extremo de que los intereses de la mora procesal serán también de aplicación a los acuerdos de mediación que impongan el pago de cantidad líquida (art. 576.3 LEC).

Pero no se especifica, respecto de dichos acuerdos de mediación, desde qué momento se devengarán esos intereses de la mora procesal. A mi entender, esos inte-

reses se devengarán desde el momento en que se produzca el vencimiento del plazo establecido en el acuerdo de mediación para el pago de la prestación dineraria.

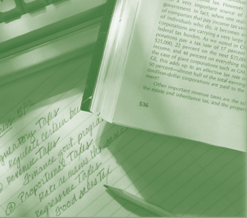
## XI. LOS CASOS EN LOS QUE NO PROCEDE EL REQUERIMIENTO DE PAGO

En la ejecución por los títulos ejecutivos que consistan en resoluciones del secretario judicial, en resoluciones judiciales o arbitrales, en resoluciones que aprueben transacciones o convenios alcanzados en el proceso, o en acuerdos de mediación, que impongan el pago de determinadas cantidades de dinero, no debe practicarse el requerimiento de pago al ejecutado para proceder al embargo de sus bienes (art. 580 LEC), puesto que, con una finalidad similar, el art. 548 LEC aplaza el despacho de ejecución hasta que hayan transcurrido veinte días desde la notificación de las resoluciones que integran el correspondiente título ejecutivo.

Como ya se ha indicado, la extensión del plazo de espera de la ejecución a los acuerdos de mediación implica prescindir de una inexistente notificación y situar el *dies a quo* de dicho plazo en el momento de la firma de la escritura pública a la que haya sido elevado el acuerdo, momento desde el cual el mismo adquirirá fuerza ejecutiva, o —en caso de no coincidir— en el momento en que se produzca el vencimiento del plazo establecido en el acuerdo de mediación para el pago de la prestación.

## NOTAS

- 1 Por ejemplo, a los efectos de los casos en que no procede el requerimiento de pago (art. 580 LEC), o de la oposición a la ejecución por motivos de fondo (arts. 556 y 557 LEC).
- 2 En el supuesto de que alguna de las partes se niegue a otorgar la escritura pública, la parte contraria tendrá que interponer una demanda solicitando la condena a elevar a escritura pública el acuerdo de mediación.
- 3 Por ejemplo, el auto que acoja un allanamiento parcial (art. 21.2 LEC), o el auto que fija las indemnizaciones debidas al testigo por la parte que lo propuso (art. 375.2.II LEC).
- 4 El art. 539.1.I LEC dispone que «el ejecutante y el ejecutado deberán estar dirigidos por letrado y representados por procurador, salvo que se trate de la ejecución de resoluciones dictadas en procesos en que no sea preceptiva la intervención de dichos profesionales», remitiendo a lo establecido por los arts. 23 y 31 LEC para el proceso de declaración.
- 5 Por ejemplo, el auto que acoja un allanamiento parcial (art. 21.2 LEC), o el auto que fija las indemnizaciones debidas al testigo por la parte que lo propuso (art. 375.2.II LEC).
- 6 Este precepto se refiere expresamente a la resolución procesal o arbitral de condena, o al acuerdo de mediación.



## La mediación: ¿una «alternativa» razonable al proceso judicial?

Jordi Nieva-Fenoll

*Catedrático de Derecho procesal  
Universitat de Barcelona (UB)*

### SUMARIO

- I. INTRODUCCIÓN
- II. CONCEPTO DE MEDIACIÓN Y DE CONCILIACIÓN
- III. LA FORMACIÓN DEL MEDIADOR
- IV. ¿PODER COERCITIVO DEL MEDIADOR?
- V. OBLIGATORIEDAD O VOLUNTARIEDAD
- VI. ¿ES PREFERIBLE LA MEDIACIÓN A LA TUTELA JURISDICCIONAL?

### I. INTRODUCCIÓN

En los últimos tiempos, legisladores de diversas latitudes<sup>1</sup> han sentido una sorprendente fascinación por los llamados, no sin alguna impropiedad, medios alternativos de resolución de conflictos<sup>2</sup>. Esa fascinación se centró en otro tiempo en el arbitraje, pero ahora ha alcanzado a la mediación. Y al igual que ocurrió con el arbitraje, se ha generado en muchos juristas una conciencia favorable a la mediación que ha influido en muchas personas, también del ámbito extrajudicial, entre ellos, en no pocas ocasiones, los mismos participantes en las mediaciones<sup>3</sup>. Y del mismo modo que sucedió con el arbitraje, se han empezado a crear organismos, instituciones y hasta, por qué no decirlo, *lobbies* que defienden la mediación con vehemencia. Cabe preguntarse si el proceso concluirá con la honda —y a veces injusta— frustración que se siente con respecto al arbitraje en muy variados foros, pero sería deseable examinar los errores que en el pasado se cometieron con el arbitraje para tratar de impedirlo.

Como vamos a ver a continuación, el concepto de mediación es de fácil inteligencia, y está casi desprovisto —por el momento— de dificultades dogmáticas, pese a la discusión existente sobre las diferencias entre la conciliación y la mediación, que luego se analizarán, así como en torno a los poderes del mediador, si es que los tiene.

Detrás de toda esa fascinación y aparente sencillez no hay más que una voluntad de explorar una opción diferente, una más, a la tutela judicial tradicional, dando por asumido que dicha tutela judicial es lenta, defectuo-

sa, así como que padece todos los defectos que puedan imaginarse.

Quizás sea el momento de detenerse a reflexionar por unos instantes poniendo en cuestión el postulado más comúnmente aceptado, aunque pueda sorprender planteado en estos términos: que la mediación es muy positiva y la Justicia muy negativa. No partiré en mis consideraciones, ni mucho menos, de que la mediación sea negativa, pero sí que creo que conviene plantear al menos la duda en torno a su aparente carácter óptimo<sup>4</sup>.

Para ello es preciso centrar el debate en dos temas que suelen pasarse bastante por alto, o darse por supuestos o por descartados sin posible discusión: la formación de una figura, la del mediador, cuya enseñanza previa a la prestación de su función ha quedado en una auténtica nebulosa, así como la factibilidad —más allá de la dogmática de la figura— de una cierta coerción del mediador para dar eficacia a su función. Finalmente, resueltos esos dos asuntos, abordaremos una tercera e importante cuestión que también suele pasarse por alto. Se da por supuesto que la mediación es preferible a la tutela judicial. Ahora bien, ¿es eso cierto?

### II. CONCEPTO DE MEDIACIÓN Y DE CONCILIACIÓN

No parece existir un concepto y contenido unificado de la mediación, ni tampoco de la conciliación. Hay un cierto consenso doctrinal en cuanto a que supone la participación de un tercero en una controversia entre, al menos, dos contendientes. Pero la clave está en el contenido de esa participación.

Aunque existen muchas propuestas de distinción carentes, en su mayoría, de sustento real<sup>5</sup>, Punzi<sup>6</sup>, siguiendo una antigua corriente doctrinal, ha propuesto una distinción que podría ser de utilidad y que, al menos, está basada en un dato objetivo y tangible. Buscando el origen etimológico de la palabra «conciliación» en la expresión latina *consilium*, llega a la conclusión de que el conciliador sería aquel que da un «consejo» a las partes, en el sentido de que les presentaría una propuesta de transacción.

Justamente ese *consilium* sería el que separaría al mediador del conciliador, dado que el mediador auténtico se encargaría únicamente de intentar acercar a las partes, ofreciéndoles su ayuda, normalmente técnica, es decir, haciéndoles conscientes de cuál es su auténtica posición y oportunidades en el conflicto, a fin de favorecer que las partes, por sí mismas, lleguen a un acuerdo.

Hay que reconocer que la distinción es muy sagaz, aunque también debe asumirse que resulta muy forzada, y además no es doctrinalmente pacífica<sup>7</sup>. Es muy difícil que un mediador, durante la prestación de su función, no formule, directa o indirectamente, una propuesta de acuerdo a las partes<sup>8</sup>. El mediador, cierto es, puede limitarse a permanecer pasivo, hablando solamente cuando las partes le pregunten, moderándolas para evitar que se enfrenten más, sobre todo en sus intervenciones orales, y puede dedicarse también a resaltarles a las partes todo lo positivo, en cualquier sentido, que tiene la parte contraria.

Sin embargo, es difícil que funcione solamente eso. Si el mediador realiza únicamente esa función se convierte simplemente en un gestor de emociones que, en función de su formación, puede dar su opinión técnica sobre el litigio que enfrenta a las partes, si éstas le preguntan, lo que no es sino otra forma de gestionar esas emociones, provocando que con dosis de realismo derivadas de esa asistencia técnica, las partes vayan moderando su enfrentamiento.

En ese contexto es casi imposible que el mediador no acabe formulando una propuesta de acuerdo<sup>9</sup>, sobre todo para desencallar a las partes. Es decir, cuando las cartas están ya encima de la mesa, parece que es bastante natural que el mediador realice también esa función, dado que es de temer que la espontaneidad de las partes conduzca a un nuevo enfrentamiento que las acabe alejando. En esa situación, una propuesta de acuerdo puede hacer que la mediación concluya con éxito.

Si ello es así, no hay razón para evitar esa actuación. Pero si ello sucede, ¿habría que concluir que el mediador se ha extralimitado? Mi opinión es que no, sino que en la dinámica de la mediación no tiene absolutamente nada de particular que el mediador llegue a esa propuesta de acuerdo. Y no por ello se convierte en un conciliador o, mejor dicho, en algo diferente de lo que empezó siendo al inicio de su función.

## FICHA RESUMEN

**Título:** La mediación: ¿una «alternativa» razonable al proceso judicial?

**Autor:** Jordi Nieva-Fenoll.

**Resumen:** Cuando se habla de mediación, suelen dejarse de lado algunos de los aspectos clave de la figura: la formación del mediador y la dinámica de su actuación. Tampoco se explica, al margen de tópicos, por qué razones concretas la mediación es preferible al proceso judicial. En cualquier caso, es esencial asegurar la formación jurídica especializada del mediador, así como su formación psicológica, sociológica y antropológica para utilizar debidamente la persuasión en su actuación.

**Palabras clave:** Mediación, conciliación, persuasión, conflicto, arbitraje.

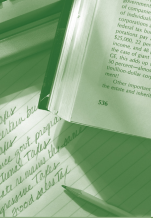
**Abstract:** When talking about mediation, some key aspects of the figure are often left out: the instruction of the mediator and the dynamics of his/her performance. No explanation — only stereotypes — is given about the specific reasons of why mediation is preferable to the judicial process. Nevertheless, it is essential to ensure the specialized juridical instruction of the mediator, as well as his/her psychological, sociological and anthropological instruction so as to make a proper use of persuasion in his/her performance.

**Keywords:** Mediation, conciliation, persuasion, conflict, arbitration.

**N. de la E.:** Artículo recibido en la Editorial el 26 de septiembre y aceptada su edición en las reuniones celebradas el 3 y el 9 de octubre de 2012.

Veámoslo desde otra perspectiva. El conciliador, para serlo, ¿debe limitarse a ofrecer el *consilium*? La situación sería que las partes acuden ante el conciliador y éste, una vez ha escuchado el litigio, presenta una propuesta de acuerdo. La pregunta sería si tratando de hablar con las partes e intentando acercarlas se estaría también extralimitando, convirtiéndose en un mediador. Y también habría que preguntarse si es lo más sensato presentar en frío una propuesta de acuerdo, sin más, sin antes haberse entrevistado a solas con las partes, como sin duda debería ocurrir en la mediación. Y la respuesta sería que si las partes vienen lógicamente enfrentadas, y un tercero sin poder coercitivo ni fáctico alguno les propone sin más un acuerdo<sup>10</sup>, lo más habitual será que lo rechacen.

Por tanto, aunque dogmáticamente se pueden separar ciertamente ambas instituciones, no parece tener sentido práctico que exista esa separación. La mediación se convierte en conciliación con gran facilidad, y también viceversa, por lo que quizás sea mucho más coherente pensar que en realidad nos estamos refiriendo al mismo medio de resolución de conflictos, y que la mediación y la conciliación simplemente hacen referencia a distintas iniciativas de avenencia de las partes que el tercero puede presentar en ese escenario.



## La mediación: ¿una «alternativa» razonable al proceso judicial?

Si ello es así, tendría más sentido hablar simplemente de mediación y conciliación como una única institución. Y ante la dificultad, y quizás improcedencia, de crear un nuevo término, quizás lo más adecuado sería denominar indistintamente mediación o conciliación a dicha institución<sup>11</sup>. Parece que conciliación es el término más utilizado antiguamente, siendo el uso de la palabra «mediación» el más extendido actualmente. Por ello, en este trabajo me referiré en todo caso a dicha institución como «mediación».

Lo único que parece clave en la mediación es la capacidad de persuasión del mediador, que puede y debe favorecerse con su formación, como veremos seguidamente. En todo caso, esa persuasión siempre debe ser pacífica y no tener atisbo alguno de violencia, en el sentido de que el mediador no amenace, ni siquiera veladamente, a las partes, o no intente asumir un papel preponderante o vehemente que las condicione. Sin duda, la utilización de esos medios de persuasión también se han utilizado históricamente en la mediación, especialmente en la mediación en conflictos políticos o bélicos internacionales, y no sin éxito. Pero dichos medios vulneran el derecho a la integridad psíquica de las partes, por lo que no pueden ser aceptables en absoluto, constituyendo una barrera infranqueable para el mediador.

↪ ***La mediación sería un medio de resolución pacífica de conflictos mediante el cual un tercero desempeña una comunicación interactiva y persuasiva con las partes de un litigio, con la finalidad de que lleguen a la solución del mismo***

Para concluir es preciso ofrecer un concepto, recogiendo las ideas hasta ahora expuestas. La mediación sería un medio de resolución pacífica de conflictos mediante el cual un tercero desempeña una comunicación interactiva y persuasiva con las partes de un litigio, con la finalidad de que lleguen a la solución del mismo.

### III. LA FORMACIÓN DEL MEDIADOR

Con la explicación del concepto ha quedado expuesto cuál es el contenido de la mediación. Y aunque después abordaré la dinámica de la misma, es preciso centrarse ahora en la formación que debe tener el mediador.

Si el mediador debe ser capaz de acercar a las partes de un litigio, es preciso, en primer lugar, que sea un experto en dicho litigio. Dicho de otro modo, que sea un jurista lo más especializado posible en la materia jurídica sobre la que versa el conflicto de que se trate. Y si la mediación tuviera lugar en otro ámbito diferente al estrictamente jurídico<sup>12</sup>, también sería imprescindible la condición de experto en esa materia del mediador. Por

tanto, esa formación jurídica, que se traducirá en la posesión del Grado de Derecho, resulta irrenunciable en la mediación de litigios de raigambre jurídica, porque mal podrá ayudar a las partes quien no sabe bien de qué se trata el litigio y no conoce sus entresijos y posibles salidas desde un punto de vista técnico.

Pero no basta con que el mediador sea un jurista. También debe tener dotes de persuasión. Y si se desea elevar a la mediación a nivel legal, no puede aceptarse que esas dotes le vengan dadas al mediador prácticamente por ciencia infusa<sup>13</sup>, sino que hay que formarle para ello, porque debe reconocerse con total claridad que el jurista no es un experto en persuasión, ya que lo más habitual es que no haya sido formado para ese fin. A tal efecto, estimo imprescindible que el mediador debiera cursar unos estudios de postgrado sobre el tema, que habrían de ser sobre todo psicológicos. La concreción académica y curricular de los estudios dependerá de la situación universitaria de cada país, pero lo básico es asumir que el mediador debe tener conocimientos profundos de Derecho para poder acompañar a las partes en la consecución de la mediación, así como conocimientos psicológicos a nivel de postgraduado que le permitan la adquisición de esas habilidades y competencias propias de la persuasión.

Por supuesto, que todo lo anterior sea cierto implica algo que, por desgracia, acostumbra a olvidarse: cualquier persona no puede convertirse en poco tiempo en mediador. Y tampoco debería ser mediador quien ha realizado una escasa capacitación en la materia. Si se desea realmente que la mediación triunfe, y no que sea vista como un simple medio barato —para el Estado sobre todo— de evitar procesos judiciales, no habrá otro remedio que garantizar con seriedad la formación. De lo contrario, la mediación se convertirá en una experiencia más, falsamente atractiva para muchos, de resolución de conflictos. Pero que acabará resultando tan fallida como la que ha supuesto el arbitraje con excesiva frecuencia. Aunque las causas del fracaso de este último son muy diferentes, pese a que demasiado a menudo también tienen que ver con la formación de los árbitros.

Por último, el mediador tiene que ser indudablemente imparcial<sup>14</sup>, para lo que también debe recibir la adecuada formación, que le enseñe que debe estar completamente alejado, real y aparentemente, de las partes contendientes y del objeto del litigio<sup>15</sup>.

Esa formación tampoco suele recibirla, por desgracia, un jurista. Se le supone por haber estudiado la institución de la imparcialidad y conocer las causas que legalmente hacen parcial a un juez, así como por saber el contenido de las instituciones de la abstención y la recusación. Los más estudiosos de la materia han analizado también los diversos intentos doctrinales de centrar la imparcialidad en la llamada *alienità*, la *terzietà*<sup>16</sup> o *estraneità*<sup>17</sup>, el desinterés objetivo<sup>18</sup>, o incluso la «incompatibilidad de funciones procesales»<sup>19</sup>.



Pero todo ese estudio tiene un trasfondo psicológico que no ha sido estudiado demasiado todavía. Todo lo que conocemos como causa de recusación suele tener dos emociones que lo explican: el afecto y el odio, aunque otras están más basadas en el sesgo de confirmación y el sesgo egocéntrico<sup>20</sup>.

Pues bien, para que todo lo anterior no suene extraño al mediador —tampoco debería sonarle extraño al juez— es preciso instruirle en ello. A fin de que sepa que no puede participar en litigios que le impliquen emocionalmente con lo discutido o a favor o en contra de una de las partes. O bien para que no generalice a la hora de emitir su opinión, desplegando un erróneo cálculo estadístico de probabilidades sobre la solución del litigio basado en su experiencia previa, siempre mucho menos fiable de lo que suele creerse<sup>21</sup>. O bien que no participe en mediaciones en las que se halle ideológicamente sesgado en favor de una de las posturas del litigio<sup>22</sup>.

Todo ello debiera ser objeto, también, de la formación psicológica del mediador en ese postgrado al que antes aludí. Es decir, que dicho postgrado debe tener un contenido amplio en materia de psicología del pensamiento. Y no estaría de más, en absoluto, que el mediador tuviera una cierta formación sociológica<sup>23</sup> y antropológica<sup>24</sup>, para que conociera los tipos de conflictos que existen<sup>25</sup> y los ambientes sociales en los que va a mediar y cuáles suelen ser sus valores. Cada cultura, aunque sea simplemente una «cultura urbana», suele tener unos referentes en los que confía y una serie de actitudes o simples hechos de los que recela. Conocerlos es fundamental para el mediador.

Se dirá que todo lo que se ha expuesto aumenta los costes de formación del mediador, y hace crecer sus expectativas económicas en cuanto a sus posibilidades laborales. Y sin duda es cierto. Pero si lo que se pretende es descolapsar los juzgados de procesos que no debieran haber comenzado nunca si las partes hubieran sido capaces de hablar, no se puede organizar un servicio de mediadores poco menos que aficionados y mal pagados, en los que los litigantes, no sin razón, no confíen, o que hagan que perciban la mediación como una simple pérdida de tiempo<sup>26</sup>.

#### IV. ¿PODER COERCITIVO DEL MEDIADOR?

Teóricamente, el mediador no puede tener poder coercitivo alguno<sup>27</sup>. La naturaleza de su función pacíficamente persuasiva, que trata de favorecer la libertad de las partes<sup>28</sup>, impide que sea así. De hecho, los sistemas que encomiendan la mediación —o la conciliación— al propio juez del asunto olvidan esa característica esencial. No obstante, no hay que dejar de lado que también es la mediación realizada por el juez del asunto aquella que acostumbra a tener más éxito, pese a que ese éxito con gran frecuencia esté basado en una especie de temor reverencial por la figura del juez, que es justamente lo que debiera excluirle como mediador<sup>29</sup>.

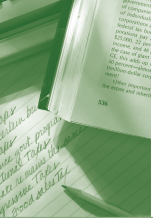


Pero hay que aprovechar lo que de positivo tiene esa cierta «coerción». Un juez debe tener *auctoritas*, que está basada legalmente en los conocimientos jurídicos que se le exigen para poder acceder a su función<sup>30</sup>. El juez, a través de esos conocimientos debe tener un prestigio social que haga que sus decisiones sean percibidas como justas por la ciudadanía. Cuando esa *auctoritas* falla, el sistema de justicia fracasa. En otras palabras, cuanto menos exigente, o menos adecuado formativamente, es el sistema de acceso a la carrera judicial, se observan con mayor frecuencia fallos judiciales sorprendentes o indudablemente erróneos, que ponen en cuestión toda la viabilidad del sistema.

No se conoce con certeza cuál fue el origen histórico de la figura del juez, pero es factible que en un principio fuera una persona, o grupo de personas<sup>31</sup>, a las que las partes consideraban más instruidas o avezadas en el litigio que las separaba. Probablemente fue, precisamente, la atribución de coerción a esa persona lo que convirtió al mediador en un juez.

Pero retengamos esa característica basada en el prestigio social del tercero: la *auctoritas*. Al margen de la capacidad persuasiva del mediador, lo que realmente puede llegar a convencer a las partes de llegar a un acuerdo es la opinión sobre el asunto del mediador. Es decir, que el mediador sea capaz de dar una opinión sobre el tema, como si fuera una sentencia. Puede pensarse que el mediador debiera cuidar que el juicio que emita no sea completamente cerrado en favor de una de las partes, puesto que de lo contrario la parte que se supiera sabedora de razón se negará a asumir la mediación.

Sin embargo, ello sería completamente falso. En primer lugar, no parece que el mediador esté legitimado para utilizar el engaño o la astucia con las partes, dado que la astucia, por eficaz que parezca, supone, de nuevo,



## La mediación: ¿una «alternativa» razonable al proceso judicial?

una presión psicológica incompatible con la ausencia de coerción en el ejercicio de su función y, por demás, con el debido respeto de los derechos fundamentales.

Y es que, en segundo lugar, no tiene absolutamente nada de particular que el mediador se decante por dar la razón a una de las partes, si cree que tiene razón, dado que el resultado de la mediación no tiene por qué ser una transacción, aunque acostumbre a afirmarse lo contrario. El resultado de una mediación bien puede ser una renuncia, un allanamiento o un desistimiento. De hecho, todas esas figuras pueden estar ínsitas en la transacción. Si se repasa la definición que antes ofrecí, no dije que el fin de la mediación sea un acuerdo, sino la solución del litigio, que puede venir, perfectamente, del simple reconocimiento de una de las partes por la razón de la otra.

Como veremos después, una de las causas del desprestigio de la mediación estriba en que parezca que sea obligatorio llegar a una transacción, porque ello supone quitarle la razón a quien, de hecho y de derecho, la tiene. Por consiguiente, lo esencial es que el litigio concluya pacíficamente, y como ocurre con los más variados conflictos sociales, el fin del litigio muchas veces pasa por el reconocimiento de la razón de la parte contraria, sin contrapartida alguna para quien lo reconoce, aparte de la paz, que no es precisamente poco, porque junto con la libertad constituyen dos de los principales valores a los que deben tender todas nuestras normas jurídicas.

En ese contexto, la cierta «coerción» que pudiera acompañar a la mediación consiste, precisamente, en hacer sabedoras a las partes de las desventajas objetivas —siempre las hay— de no concluir el conflicto. Ello no constituye ninguna presión psicológica ilegítima, sino que si viene acompañada de una motivación jurídica y, además, el mediador no se declara absoluto poseedor de la «verdad» —objetivo imposible en la interpretación jurídica—, el hecho de que alguien con *autoritas* y completamente imparcial exponga su opinión sobre el litigio, sin duda puede hacer desistir del conflicto a más de uno. Esa es la única «coerción» posible en la mediación, y es la que ha sido especialmente aprovechada en Alemania, país donde se están realizando intentos de introducir, con carácter general para todo el Estado, una «mediación intraprocesal» encomendada a los propios jueces, pero que no pueden ser los encargados de dictar sentencia en ese concreto proceso, sino otros diferentes del mismo partido. Al parecer, la experiencia se está desarrollando con notable éxito, al menos desde el punto de vista estadístico<sup>32</sup>. Y es posible que ese éxito venga derivado del peso que todavía —por fortuna— tiene socialmente la opinión judicial derivada precisamente de esa *autoritas*<sup>33</sup>.

La utilidad de esa exposición de desventajas con opiniones sustentadas en el Derecho, acompañada de la persuasión que gestione esa exposición, pueden hacer concluir con éxito la mediación. De nuevo se evidencia, también desde este punto de vista, que la doble forma-

ción jurídica y psicológica del mediador resulta imprescindible.

### V. OBLIGATORIEDAD O VOLUNTARIEDAD

Los legisladores, últimamente, se han mostrado entusiasmados por la marea de juicios positivos que ha generado la mediación<sup>34</sup>, aunque normalmente sin haberla puesto previamente en práctica, o bien ignorando los resultados negativos que haya podido tener esa puesta en práctica.

Afortunadamente, ese entusiasmo no ha solido derivar en que la mediación sea un recurso obligatorio y previo a la celebración del proceso, como había sucedido en el pasado con la conciliación, especialmente en materia laboral<sup>35</sup>. Ello genera la paradoja de que un medio pacífico de resolución de conflictos, que trata de acercar a los litigantes con la mayor espontaneidad posible, finalmente se convierte en una especie de imposición algunas veces molesta e inoportuna.

Puede decirse que ningún litigante enfrentado acude espontáneamente a la mediación. Pero también es cierto que quien no acude de propia voluntad a un lugar, acostumbra a mostrarse reticente respecto de lo que encuentra en ese sitio. Como veremos a continuación, es dudoso que la mediación sea una alternativa preferible a la tutela judicial. Y también es muy cuestionable, como ya se ha dicho, que el fin de la mediación deba ser sistemáticamente una transacción<sup>36</sup>. Si ello es así, lo cierto es que no se comprende que la mediación deba ser obligatoria.

**Es posible que siendo la mediación voluntaria se celebren un menor número de mediaciones, claro está. Pero la tasa de satisfacción social sin duda será más alta**

Si se pretende generar un clima de confianza entre las partes, es inoportuno que vengan obligadas, porque esas mediaciones forzadas sólo parecen tener una perspectiva de éxito, salvo excepciones, si el mediador tiene un poder coactivo. Y si ejerce ese poder, deja de ser mediador. Pero además, la transacción no es el fin ideal de los conflictos sociales, aunque pueda parecerlo. Ese fin ideal es el *suum cuique tribuere*, es decir, darle a cada cual lo que le corresponde. Si una persona acude a la mediación pensando que saldrá perdiendo, pase lo que pase, acudirá a regañadientes. Y si acude pensando que, suceda lo que suceda, «algo sacará», su recurso a la mediación es completamente ilegítimo y, por tanto, inadmisibles. Es posible que el Estado, en un cálculo impreciso de posibilidades, prefiera ese resultado. Pero lo cierto es que no es óptimo que acabe ganando algo quien no lo merece, y acabe perdiéndolo quien nunca debió resultar vencido en absoluto.

Si se tiene en cuenta todo lo anterior, la mediación debe ser obviamente voluntaria para ambos litigantes. No se pueden ver compelidos a acudir a la mediación porque, en ese caso, la pacificación comienza con una coerción inadmisibles. Es posible que siendo la mediación voluntaria se celebre un menor número de mediaciones, claro está. Pero la tasa de satisfacción social sin duda será más alta. Y si esa tasa va creciendo poco a poco de ese modo, el recurso a la mediación se hará espontáneamente más frecuente.

Desde luego, siguiendo esa estrategia no se conseguirán resultados a corto plazo, pero nadie ha dicho que un cambio social de percepción de los conflictos se deba hacer de la noche a la mañana. Ni tampoco que la mediación merezca ser despreciada vilmente como un medio tan cortoplacista como suelen ser percibidas, por desgracia, las elecciones políticas en las cámaras de representantes populares, porque de ese modo las decisiones de calado que toman dichos representantes suelen ser también cortoplacistas, lo que hace demasiado tiempo que sabemos perfectamente que es dramático. La mediación no es un instrumento de lucha política, ni que deba favorecer frontismos entre partidarios y detractores. La mediación solamente es un medio de resolución de conflictos que, de querer implantarlo seriamente, debe ser debidamente planificado. Y si tras la planificación y puesta en práctica da resultados positivos, debe ser conservado y engrandecido. Pero de no ser así, debe aceptarse, si llega, su fracaso.

## VI. ¿ES PREFERIBLE LA MEDIACIÓN A LA TUTELA JURISDICCIONAL?

Suele darse por supuesto que la mediación es preferible a la tutela judicial. Se acostumbra a recurrir a argumentos relacionados, directa o indirectamente, con la paz ciudadana y a los costes de todo tipo del proceso judicial para defender el postulado, aunque se olvida con todo ello que el proceso jurisdiccional es el medio más sofisticado que poseemos para conseguir ese mismo objetivo, otorgando esa misma paz. Y, pese a todo, con el menor coste posible.

A lo largo de todo este trabajo se ha expuesto aquello que sea e implique la mediación. Fundamentalmente, que es un medio de resolución de conflictos en el que un tercero intenta avenir persuasivamente a las partes, sobre todo exponiéndoles la realidad jurídica del caso concreto.

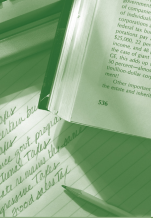
La cuestión es si ello es mejor que el proceso jurisdiccional. En primer lugar, como ya se vio, históricamente el proceso parece un medio de resolución de controversias más evolucionado que la mediación, aunque este dato nunca podrá ser históricamente confirmado con rotundidad. En todo caso, el proceso judicial, tal y como lo conocemos hoy en día, es un cauce en el que las partes, ciertamente, se enfrentan. Pero también poseen la oportunidad de dar sus razones con precisión, hacer que



las mismas consten fehacientemente, en condiciones de defensa que permiten garantizar normalmente la igualdad de armas<sup>37</sup>. Y además las partes tienen la posibilidad de presentar con serenidad las pruebas de sus razones ante un tercero imparcial. Es un medio, en definitiva, que intenta aprovechar lo que tiene de positivo observar un conflicto visto desde fuera, por un tercero imparcial, que ve cómo las partes discuten, se atacan y se defienden, y en el que ese tercero sólo interviene cuando desea obtener mayor precisión acerca de lo que defienden las partes, o bien cuando —si así se le autoriza— intenta cerciorarse por sí mismo de la realidad de los hechos, si las evidencias presentadas por las partes son insuficientes. Además, al proceso suele acudir en la compañía de un experto jurídico —un abogado—, que debe —o debiera— tener el mismo nivel de formación que el juez, que elevará sin duda la calidad de los debates y que garantizará, como antes se dijo, la igualdad de armas.

En la mediación, el litigante comparece en solitario, lo que, de entrada, puede descompensarle con respecto a la otra parte, por muy intervencionista que se muestre el mediador para evitarlo, con el riesgo evidente de dejar de ser un auténtico «mediador». No se espera de ese litigante que presente ninguna prueba —aunque podría hacerlo—, ni nadie se la va a pedir, puesto que de lo contrario el mediador se estaría implicando en el litigio, cuando solamente trata de acercar las posturas de las partes. Además, que se pretenda que el litigante comparezca presentando prueba, sin ir acompañado de abogado, podría hacer que su estrategia de cara a la mediación fuera desastrosa, adquiriendo el mediador una información completamente sesgada del conflicto.

Y es que ese es el principal problema de la mediación con respecto al proceso judicial. En este último, las partes no solamente tienen la oportunidad, sino también la garantía, de presentar sus alegaciones y pruebas en el proceso, por lo que el juez tendrá la posibilidad de



## La mediación: ¿una «alternativa» razonable al proceso judicial?

→ <http://practicadetribunales.laley.es>

adquirir una visión amplia y precisa de los términos del conflicto. En cambio, en la mediación el mediador solamente sabe lo que le dicen las partes por sí mismas. Siendo ello así, sería incorrecto decir que tienen la misma oportunidad de alegación y prueba que en el proceso. Simplemente no es así. De hecho, nadie lo espera y todo —la celeridad, la sencillez, etc., supuestamente propias de la mediación— contribuye a desincentivar que esa oportunidad exista.

Pero lo más grave es que en la mediación se carece de esa garantía de alegación y prueba. Ni siquiera el mediador puede intentar completarla, puesto que si es discutida esta facultad en un juez, resulta completamente inaceptable en un mediador, que sólo aspira a avenir a las partes, teniendo en cuenta lo que éstas sean capaces de exponerle sin la ayuda de un abogado.

En este contexto, aunque la que expongo es una opinión que se distancia de las que quizás sean más populares, no acaba de entenderse por qué una mediación, en términos ciudadanos, es más beneficiosa que un proceso judicial. Si un ciudadano lo que desea es defender su razón, desde luego la mediación no es el mejor instrumento a través del que pueda hacerlo.

Lo que ocurre es que se valora el proceso jurisdiccional simplemente en términos económicos y temporales. Además, se ve al proceso como una especie de guerra o batalla al menos. Y sucede justamente lo contrario. El proceso jurisdiccional está en crisis por culpa de los Poderes públicos. En concreto, por falta de medios económicos, estructurales, humanos y de formación de los jueces, así como por culpa de unos procedimientos que generan una insoportable y absurda burocracia que se arrastra desde los tiempos del *solemnis ordo iudicarius*, dado que los procesos actuales son, todavía, en muy buena medida esclavos de aquel viejo procedimiento heredero del proceso postclásico romano<sup>38</sup>. Pero si algún día los poderes públicos se ponen manos a la obra para resolver paso a paso, con paciencia, todo lo anterior, el proceso se revelará como el medio más adecuado de obtener justicia real. Mientras se siga pretendiendo cambiar esa realidad con reformas parciales, apresuradas, o a través de la simple reforma de una ley, se obtendrán en ocasiones avances, pero siempre incompletos y que acabarán generando más insatisfacción.

Además, el proceso tampoco es una guerra, ni simboliza una guerra. Muy lejos estamos, por fortuna, de los tiempos de las antiguas *legis actiones*, en las que parece que sí que se simulaba esa especie de batalla<sup>39</sup>. El proceso es todo lo contrario a una batalla, porque exactamente igual que la mediación, también es un medio de resolución pacífica de conflictos, que siempre ha tenido como finalidad la prevención de la autotutela, de la venganza en definitiva, que es justamente la única razón de ser del salvajismo que implica la guerra.

→ *La mediación solamente debe ser un recurso abierto a quien desee aprovecharlo, beneficiándose de sus ventajas que, desde luego, las tiene: es mucho menos costoso económica y temporalmente que un proceso, y además puede servir muy eficazmente antes de que el conflicto se encone definitivamente, precisamente más para evitarlo que para resolverlo*

El proceso jurisdiccional es, por tanto, el medio más propicio para que las partes, no solamente expongan sus razones, sino para que obtengan su razón<sup>40</sup>, que es lo más importante. En estas condiciones, la mediación solamente debe ser un recurso abierto a quien desee aprovecharlo, beneficiándose de sus ventajas que, desde luego, las tiene: es mucho menos costoso económica y temporalmente que un proceso, y además puede servir muy eficazmente antes de que el conflicto se encone definitivamente, precisamente más para evitarlo que para resolverlo.

Por consiguiente, no deben tomarse las líneas que anteceden como un ataque a la mediación, porque no pretenden serlo en absoluto. Sólo intento que se vea con claridad en qué situaciones puede ser útil la mediación, a fin de que no sea un enésimo intento fallido de solución de los problemas de la Justicia, y con el objetivo de que asiente y engrandezca su ámbito, si socialmente es percibida finalmente como útil.

### → NOTAS

1 Especialmente en Europa a partir de la Directiva 2008/52/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 21 de mayo de 2008 sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles (DOUE L 136/3 24-5-2008). Vid. ZUCCONI GALLI, Elena, «La nuova mediazione nella prospettiva eu-

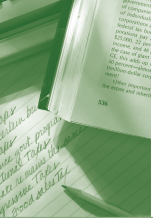
ropea: note a prima lettura», *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, Vol. 64, N.º 2, 2010, págs. 653 y ss.

2 En realidad no son alternativos al proceso, puesto que muchas veces se introducen en el mismo, como puede suceder con la conciliación o la mediación. Además, lo que se



intenta buscar con casi todos estos medios —salvo con el arbitraje— no es tanto la solución del conflicto, sino una transacción o un desistimiento o allanamiento, que más que solucionar el conflicto simplemente lo eluden. Abundaré en esta importante idea más adelante.

- 3 RELIS, Tamara, *Perceptions in Litigation and Mediation*, New York 2009, págs. 156 y ss.
- 4 De hecho, incluso los defensores de la mediación reconocen sus deficiencias. Vid. STITT, Allan J., *Mediation: a practical guide*, London 2004, pág. 7: «Mediation cannot guarantee a settlement, and yet it will take time and costs disputants money. Even if the case does settle at mediation, it may have settled in any event; after all, the vast majority of cases settle without mediation. Mediation may prevent precedents from being set so the law may not develop as it otherwise would have. It is private so the public cannot find out whether the process and the outcome were fair. It can be abused by people who have power to take advantage of those who do not. It may unnecessarily open wounds. When mediation is conducted early in the litigation process, disputants are being asked to assess their cases and make decisions with limited facts; they need information to make proper and informed decisions.»
- 5 Todas las tendencias existentes en torno a la distinción aparecen resumidas en la Tesis doctoral inédita de MARQUES CEBOLA, Cátia, *La mediación. Un instrumento de solución de conflictos en el siglo XXI*, Universidad de Salamanca 2011, págs. 185 y ss.
- 6 PUNZI, Carmine, «Mediazione e conciliazione», *Rivista di diritto processuale*, vol. 64, n. 4, 2009, págs. 848 y ss.
- 7 Recogiendo la doctrina anglosajona, NÚÑEZ OJEDA, Raúl, *Negociación, mediación y conciliación*, Santiago de Chile 2009, pág. 61, atribuye al conciliador un papel más pasivo que el del mediador, justo al contrario de lo explicado en el texto principal. Vid. también ŠTRUC, Tatjana, *Die in den Zivilprozess integrierte Mediation im französischen Recht – Ein Vorbild für die gerichtsnahen Mediation in Deutschland?*, Berlin 2009.
- 8 Nuevamente vid. el listado de puntos de la mediación en EE.UU. que compendia NÚÑEZ OJEDA, *Negociación, mediación y conciliación*, cit., pág. 57, y entre los que se incluye, precisamente, efectuar recomendaciones y ofrecer una opinión objetiva, por supuesto, si las partes lo piden.
- 9 Defiende la posibilidad de formulación de una propuesta, entre otros, BOVE, Mauro, «La conciliazione nel sistema dei mezzi di risoluzione delle controversie civili», *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, vol. 65, n. 4, 2011, pág. 1077.
- 10 Estas propuestas de acuerdo suelen tener eficacia cuando las formula el mismo juez que va a juzgar la causa, en caso de no alcanzarse un acuerdo. No obstante, la razón de que la propuesta tenga éxito en estos casos es muy evidente: las partes temen incomodar al juez si el acuerdo no se produce, lo que provoca que la transacción no sea exactamente espontánea. Más adelante veremos si esto, por sí mismo, constituye un inconveniente.
- 11 Como lo hace el art. 1.3 de la Model Law on International Commercial Conciliation de 2002 de UNCITRAL: *For the purposes of this Law, «conciliation» means a process, whether referred to by the expression conciliation, mediation or an expression of similar import, whereby parties request a third person or persons («the conciliator») to assist them in their attempt to reach an amicable settlement of their dispute arising out of or relating to a contractual or other legal relationship.* También va en esta misma línea DANOVI, Filippo, «Per uno statuto giuridico del mediatore», *Rivista di Diritto Processuale*, 2011, n. 4, pág. 771.
- 12 Existen no pocos ámbitos: el educativo, el de la salud, el ambiental, el tecnológico, el comunitario, etc. Aunque evidentemente todos ellos sean judicializables, la base del conflicto no es, con frecuencia, la interpretación del ordenamiento jurídico. Vid. AA.VV., *Simposio sobre Tribunales y Mediación. Nuevos caminos para la Justicia. Comunicaciones*, Barcelona 2009. UZQUEDA, Ana, «L'esperienza della mediazione civile e commerciale in Emilia - Romagna: gli scenari dei conflitti: comunità, scuole, imprese», *Istituzioni del federalismo: rivista di studi giuridici e politici*, n. 6, 2008, págs. 882 y ss.
- 13 «Per assolvere i compiti di mediatore occorre invero non soltanto una predisposizione e inclinazione naturale, ma anche l'acquisizione di particolari capacità sul piano psicologico e comunicativo». DANOVI, «Per uno statuto giuridico del mediatore», cit., pág. 780.
- 14 DANOVI, «Per uno statuto giuridico del mediatore», cit., pág. 779. BOVE, «La conciliazione», cit., pág. 1079.
- 15 RUIZ VADILLO, Enrique, *La independencia y la imparcialidad de los jueces en la Constitución Española*, La Ley, 1996, Tomo VI, pág. 1641.
- 16 FERRAJOLI, Luigi, *Derecho y razón*, Barcelona 1995, pág. 567.
- 17 FAZZALARI, Elio, *Istituzioni di diritto processuale*, Padova 1992, págs. 469-470.
- 18 DE LA OLIVA SANTOS, Andrés (con Miguel Ángel Fernández López), *Derecho Procesal Civil*, T. I, Madrid 1991, pág. 27.
- 19 MONTERO AROCA, *Sobre la imparcialidad del Juez y la incompatibilidad de funciones procesales*, Valencia 1999, págs. 243 y ss.
- 20 Lo explico con más detalle en NIEVA FENOLL, *La valoración de la prueba*, Madrid 2010, págs. 167-168. Vid. también MYERS, David G., *Intuición. El poder y el peligro del sexto sentido*, trad. de Guillermo Solana de Intuition: its power and perils, New Haven y Londres 2002, Barcelona 2003, pág. 175. HÜLSHOFF, Thomas, *Emotionen*, München 2006.
- 21 KAHNEMAN, Daniel/TVERSKY, Amos, *On the study of statistical intuitions*, *Cognition*, 1982, 11, págs. 123 y ss. KAHNEMAN, Daniel/TVERSKY, Amos, *Subjective probability: A judgment of representativeness*, en: KAHNEMAN/SLOVIC/TVERSKY (ed.), *Judgment under Uncertainty: Heuristics and Biases*, Cambridge 1982, págs. 33 y ss.
- 22 Sobre este punto, NIEVA FENOLL, «Ideología e imparcialidad judicial», *Justicia* 2011, n. 1-2, págs. 23 y ss.
- 23 Vid. TOUZARD, Hubert, *La mediación y la solución de los conflictos*, Barcelona 1980.
- 24 Vid. VINYAMATA, Eduard, *Conflictología*, Barcelona 2005. Vid. También los trabajos contenidos en AA.VV. (Morente Mejías coord.), *La mediación en tiempos de incertidumbre*, Madrid 2010.
- 25 Vid. REDORTA, Josep, *Cómo analizar los conflictos*, Barcelona 2004.
- 26 En la línea de la profesionalización del mediador, MARTÍN DÍZ, Fernando, *La mediación: sistema complementario de Administración de Justicia*, Madrid 2010, págs. 194 y ss. BARONA VILAR, Silvia, *Solución extrajudicial de conflictos. «Alternative dispute resolution» (ADR) y Derecho Procesal*, Valencia 1999, pág. 107. PELAYO LAVÍN, Marta, *La mediación como vía complementaria a la resolución de conflictos*, Te-



## La mediación: ¿una «alternativa» razonable al proceso judicial?

- sis doctoral inédita presentada en la Universidad de Salamanca 2011, págs. 169 y ss.
- 27 DANOVI, *Per uno statuto giuridico del mediatore*, cit. pág. 776.
- 28 MARTÍN DÍZ, *La mediación*, cit. pág. 50.
- 29 Y quizás en algo más. Vid. HESS, Burkhard, *Perspektiven der gerichtlichen Mediation in Deutschland*, ZZP, 124, 2, 2011, pág. 138, cuando alude, aunque sin hacerla suya, a la siguiente opinión: «Dieses Engagement steht übrigens in Gegensatz zur häufig verbreiteten Unterstellung, dass "faule Richter" es ja doch nur auf einen Vergleich anlegen, um kein Urteil schreiben zu müssen.»
- 30 CARRERAS LLANSANA, Jorge, «Las fronteras del Juez», en: FENECH/CARRERAS, *Estudios de Derecho Procesal*, Barcelona 1962, págs. 103 y ss. GUTIÉRREZ DE CABIEDES, Eduardo, «Una nueva reflexión acerca del concepto de Derecho Procesal», en: *Estudios de Derecho Procesal*, Pamplona 1974, pág. 46.
- 31 Vid. PEÑA JUMPA, Antonio, «El poder judicial comunal aymara», en: PEÑA JUMPA, Antonio/CABEDO MALLOL, Vicente/LÓPEZ BÁRCENAS, Francisco, *Constituciones, Derecho y Justicia en los pueblos indígenas de América*, Lima 2002, págs. 362 y ss. LENT, Friedrich, *Diritto Processuale Civile Tedesco*, trad. de la 9.ª ed. de München 1959 de Zivilprozeßrecht, 1962, pág. 360.
- 32 Vid. HESS, Burkhard, *Perspektiven der gerichtlichen Mediation in Deutschland*, cit. pág. 141. Otras estadísticas, en este caso de España, pueden verse en los trabajos publicados en *Alternativas a la judicialización de los conflictos: la mediación*, Estudios de Derecho Judicial, Madrid 2007.
- 33 Aunque también se alzan no pocas voces en contra de esa mediación, fundamentalmente por hacer asumir al Juez un rol que legalmente no tiene, poniendo en cuestión precisamente su propia autoridad. Vid. PRÜTTING, Hanns, *Ein Plädoyer gegen Gerichtsmediation*, ZZP, 124, 2, 2011, págs. 163 y ss.
- 34 Hasta el punto de que en España se ha introducido con carácter de urgencia, a través del Real Decreto-Ley 5/2012 de 5 de marzo, de mediación en asuntos civiles y mercantiles (hoy Ley 5/2012 de 6 de julio), aunque justo es decir que dicha urgencia venía propiciada por haber expirado el plazo de transposición de la Directiva de 2008, como reconoce la Exposición de motivos.
- 35 Vid. los arts. 63 y ss de la Ley 36/2011 de 10-10 reguladora de la Jurisdicción social, que recoge toda una tradición en este sentido. En el ámbito civil también había sido necesaria la conciliación previa, como disponía el art. 460 de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881 hasta la reforma de 6-VIII-1984. Vid. MONTERO AROCA, Juan, «Comentario al art. 460», en: *Comentarios a la reforma de la Ley de Enjuiciamiento Civil*, Madrid, 1985, págs. 316 y ss.
- 36 Cfr. VINYAMATA CAMP, Eduard, *Aprender mediación*, Barcelona 2003, pág. 17.
- 37 Remarca este importante punto TARUFFO, Michele, *Globalizing Procedural Justice. Some General Remarks*, 2011, pág. 5. Cfr. STITT, *Mediation: a practical guide*, cit., pág. 8.
- 38 KASER, Max/HACKL, Karl, *Das römische Zivilprozessrecht*, München 1996, págs. 566 y ss.
- 39 GAYO, *Instituciones*, Trad. de Abellán, Arias, Iglesias-Redondo y Roset, Madrid 1985, pág. 311.
- 40 Vid. nuevamente TARUFFO, Michele, *Globalizing Procedural Justice. Some General Remarks*, 2011, pág. 5.

# Matrices y acotaciones sobre la prohibición de mediación del art. 44.5 de la Ley Orgánica 1/2004

Marta del Pozo Pérez

Profesora Contratada Doctora de Derecho Procesal.  
Universidad de Salamanca

## HAY QUE SER MUY VALIENTE

Hay que ser muy valiente para vivir con miedo.  
Contra lo que se cree comúnmente, no es siempre  
el miedo asunto de cobardes.  
Para vivir muerto de miedo, hace falta, en efecto,  
muchísimo valor.

(Ángel González, NADA GRAVE, 2008)

El apartado 5 del artículo 44 —que regula la competencia del Juzgado de Violencia sobre la Mujer— de la Ley Orgánica 1/2004, de Medidas de protección integral contra la violencia de género, prohíbe expresamente acudir a la mediación en los supuestos de violencia de género de los cuales se ocupa la regulación de la citada Ley Integral.

Es necesario acotar que la norma que acabamos de citar se refiere a una delimitada y específica clase de violencia de género, que no es otra que la que ejerce el hombre sobre la mujer en el concreto ámbito de las relaciones de pareja o ex pareja.

Tal y como indica en su Exposición de Motivos «se manifiesta como el símbolo más brutal de la desigualdad existente en nuestra sociedad. Se trata de una violencia que se dirige sobre las mujeres por el hecho mismo de serlo, por ser consideradas, por sus agresores, carentes de los derechos mínimos de libertad, respeto y capacidad de decisión».

Por lo expuesto, es evidente, por tanto, que los hombres pueden sufrir y sufren otras violencias, pero no la violencia de género. La razón es que nunca estará presente el pertenecer a un sexo que se considera socialmente inferior o subordinado colocado, por tanto, en plano de desigualdad.

Es cierto que la violencia de género dentro de la pareja o ex pareja es la que mayor difusión tiene en los medios de comunicación, entre otras cosas por la evidencia de los daños que causa. Pero ésta es sólo una parte del fenómeno: las mujeres sufren la violencia en muchos otros ámbitos de la vida. Estrictamente hablan-

do, debería decirse «violencia de género dentro de la pareja o ex pareja», para explicitar que ni es «toda» ni es la «única» forma de violencia que sufren las mujeres. La llamada «Ley Integral» que legisla sobre esta parte de la violencia de género, explica esta acotación: «La presente Ley tiene por objeto actuar contra la violencia que, como manifestación de la discriminación, la situación de desigualdad y las relaciones de poder de los hombres sobre las mujeres, se ejerce sobre éstas por parte de quienes sean o hayan sido sus cónyuges o de quienes estén o hayan estado ligados a ellas por relaciones similares de afectividad, aun sin convivencia».

Por tanto, con carácter general la violencia de género es la que se lleva a cabo por los hombres sobre las mujeres por el mero hecho de serlo, por ser consideradas por éstos como inferiores; la manera concreta de ejercerla puede ser muy variada: violencia en las relaciones de pareja, acoso sexual, violación, acoso laboral, ablación genital, penalización de la infidelidad femenina, repudio, etc.

Por ello, la violencia en las relaciones afectivas de la que se preocupa la citada Ley Integral es sólo una parte, aunque desgraciadamente se produce con frecuencia, del fenómeno global de la violencia de género. De manera gráfica la violencia de género sería el todo y la ejercida en las relaciones de pareja y ex pareja con el presunto agresor hombre y víctima mujer sería la parte.

Por tanto, y en definitiva, aunque por razones prácticas se use comúnmente el término «violencia de género», la «violencia de género en la pareja o ex pareja» es sólo una parte de aquélla.

Dicha violencia puede revestir muchas y variadas formas entre ellas las más conocidas son<sup>1</sup>:

*Los malos tratos físicos, o violencia física:* patadas, cortes, empujones, bofetadas, palizas.

*Los malos tratos psicológicos y/o verbales* u otras formas más sutiles de agresión psicológica, nos referimos a comentarios hirientes, amenazas, aislamiento social y familiar, desprecio, insultos, etc.

Los malos tratos sexuales o violencia sexual, que han sido considerados, como «cualquier actividad sexual no consentida en la que se incluye visionado o participación forzosa en pornografía, tocamientos indeseados, violación (...) todo ello dirigido a la ejecución de actos sexuales que la mujer considera dolorosos o humillantes».

Además de lo citado con anterioridad, deseamos referirnos a un catálogo confeccionado por el Grupo de Especialistas del Consejo de Europa<sup>2</sup>, donde se caracteriza la diversidad de la violencia de género, destacamos:

*Violencia estructural*, estrictamente relacionada con la violencia económica, incluye barreras invisibles e intangibles contra la realización de las opciones potenciales y de los derechos básicos por parte de la pareja o ex pareja mujer, por ejemplo se impide el tener amigas o poder relacionarse con personas distintas de la del propio agresor.

*Violencia económica*, considerada como la desigualdad en el acceso a los recursos compartidos, por ejemplo negar o controlar el acceso al dinero, el impedir la realización de trabajo remunerado o el prohibir la educación a las víctimas.

*Violencia espiritual*, consistente en erosionar o destruir las creencias culturales o religiosas de la mujer a través del ridículo y el castigo, o el obligar a alguien a que acepte un sistema determinado de creencias, serían cuestiones como impedirle acudir a actos relacionados con su culto religioso o integrarse en una asociación de mujeres<sup>3</sup>.

El inicialmente aludido art. 44.5 establece que «en todos estos casos está vedada la mediación». De la citada norma se ha generado la creencia doctrinal de que el legislador ha eliminado, por tanto, la posibilidad de mediación en materia de violencia de género en el ámbito de las relaciones de pareja o ex pareja.

Debo expresar mi acuerdo con la anterior afirmación y declarar mi posición favorable, sin fisuras, a la actual regulación; entiendo que vedar la mediación en este contexto es lo más acertado para tratar de erradicar este preocupante y creciente fenómeno, a un presunto autor que considera inferior a su víctima, que no se arrepiente, que no sabe pedir perdón, que anula su voluntad y que incluso puede aprovecharse de esta alternativa de solución para prolongar el ciclo de la violencia<sup>4</sup> no puede permitírsele, en ningún caso, este método alternativo de canalización del conflicto, la solución única debe ser por tanto el proceso, sin otras alternativas.

La ubicación del citado artículo en el contexto de la regulación de la competencia del Juzgado de Violencia sobre la Mujer fortalece la exclusividad de la Jurisdicción para la solución de estas controversias a través del debido proceso reforzando por tanto la tutela judicial, vedan-

## FICHA RESUMEN

**Título:** Matices y acotaciones sobre la prohibición de mediación del art. 44.5 de la Ley Orgánica 1/2004.

**Autor:** Marta del Pozo Pérez.

**Resumen:** El presente artículo pretende analizar el alcance de la prohibición de mediación en violencia de género recogida en el artículo 44.5 de la Ley Orgánica 1/2004, analizando el porqué de su inclusión, así como su posible aplicación a aspectos civiles y penales relacionados con la violencia de género en el ámbito de la pareja o ex pareja.

**Palabras clave:** mediación, violencia de género, igualdad, ley integral, ciclo de la violencia.

**Abstract:** This article seeks to analyze the scope of the prohibition of mediation in gender-based violence set up in article 44.5 of Organic Law 1/2004, analyzing the reason of its inclusion, as well as its possible application to civil and criminal aspects related to gender-based violence by a partner or a former partner.

**Keywords:** Keywords: mediation, gender-based violence, equality, comprehensive law, cycle of violence.

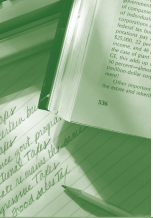
**N. del A.:** La autora es miembro del GIR «IUDICIUM: Grupo de estudios procesales de la Universidad de Salamanca», reconocido como «Grupo de investigación de excelencia» por la Junta de Castilla y León (referencia GR161). El presente trabajo se enmarca dentro del Proyecto de Investigación financiado por el Ministerio de Ciencia e Innovación titulado: Sistema procesal penal y métodos alternativos de resolución de conflictos: análisis crítico y propuestas ante la reforma del proceso penal en el espacio judicial europeo (referencia DER2011-26954).

**Nota de la E.:** Artículo recibido en la Editorial el 26 de septiembre y aceptada su edición en las reuniones celebradas el 3 y el 9 de octubre de 2012.

do otra alternativa de solución. Creo, para oponerme a los que opinan<sup>5</sup> que no se puede prohibir lo que no está regulado o permitido, que es una norma con una función garantista y pro futuro, en relación con la elaboración de nuevas normas procesales. Este artículo cumple además una función preventiva, en el sentido de que las normas concretas que puedan articularse, en su caso, en el campo de la mediación penal deberán respetar esta prohibición delimitada por Ley Orgánica, lo que, en principio blinda la posibilidad de existencia de mediación en la materia que nos ocupa.

Es decir, no se podrá acudir a la mediación como solución alternativa de conflictos siendo ésta «un mecanismo alternativo al judicial, caracterizado por la intervención de una tercera persona (mediador) cuyo objetivo es facilitar la avenencia y solución dialogada entre las partes enfrentadas, tratando de lograr que éstas logren una solución satisfactoria y voluntaria al conflicto, pero nunca ofreciéndola o imponiéndola»<sup>6</sup>.





## Matices y acotaciones sobre la prohibición de mediación...

→ <http://practicadetribunales.laley.es>

Ahora bien, la citada exclusión, ¿se refiere sólo al ámbito penal o también al civil? En mi opinión debe extenderse la prohibición a ambos siempre y cuando medie violencia de género. Entiendo, por tanto, que la mediación no se puede llevar a cabo en ningún supuesto en el que haya violencia de género<sup>7</sup> con independencia de si la naturaleza del conflicto es civil o penal.

↪ **La mediación no se puede llevar a cabo en ningún supuesto en el que haya violencia de género con independencia de si la naturaleza del conflicto es civil o penal**

En este mismo sentido se pronuncia la Jurisprudencia, así en la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, de 12 de enero de 2007, en la que se discutían aspectos meramente civiles de un divorcio se establece que «no es posible proseguir el proceso de terapia conjunta que había sido aconsejada por los especialistas, ni tampoco iniciar el proceso de mediación familiar que recomienda la psicóloga que ha emitido el dictamen, puesto que el artículo 44.5 de la LO 1/2004, de medidas contra la violencia sobre la mujer, impide expresamente (artículo 87 ter LOPJ), la utilización de la mediación en estos casos».

Sin embargo, la doctrina se encuentra absolutamente dividida<sup>8</sup> en este punto, existen autores que, como yo, niegan la aplicación de la mediación para el conjunto de los supuestos<sup>9</sup>, otros consideran que en el ámbito civil puede aplicarse<sup>10</sup>, incluso están los que consideran que tiene aplicación en el ámbito penal<sup>11</sup>.

También y por último hay determinados autores que piensan que negar la mediación en este tipo de casos nos lleva a obviar la posibilidad de un auténtico arrepentimiento por parte del autor de los hechos<sup>12</sup>. En este último sentido me gustaría indicar que en materia de violencia de género no existe arrepentimiento del autor, simplemente es una estrategia, forma parte de una de las fases del ciclo de la violencia que hemos referido antes. El presunto maltratador de género no se arrepiente por el daño originado a la mujer, sino por las nefastas consecuencias que puede tener para él este comportamiento. Su origen es el temor a perder la relación, y es este temor el que motiva la fase de arrepentimiento que integra el ciclo de la violencia.

Otros autores<sup>13</sup> consideran que cuando la violencia sobre la mujer es esporádica y aislada puede ser conveniente acudir a la mediación para resolver los conflictos surgidos. También comparte esta opinión la Presidenta del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, María Eugenia Alegret, que considera que la mediación quizá podría ser una vía adecuada para abordar «los conflictos o episodios de violencia doméstica que tienen el origen en una situación puntual de crisis familiar»<sup>14</sup>; ya que a su juicio hay que diferenciar este tipo de violencia de otras situaciones de violencia subyacente y permanente.

Discrepo de estas opiniones, considero que no hay maltrato de género ocasional desgraciadamente siempre se concede por parte de la víctima segundas oportunidades, y terceras, y cuartas... creyendo que lo que fue «esporádico» dejará de producirse espontáneamente. Es evidente que podemos encontrarnos en algún supuesto donde se produzca una discusión de pareja violenta entre iguales, esta es la clave, aquí no habrá violencia de género, pues este fenómeno se caracteriza por parámetros determinados, en el ejemplo expuesto al no existir como tal una situación de violencia discriminatoria o machista no nos encontramos en el ámbito de aplicación de la Ley Integral y no puede integrarse el supuesto en el artículo que estamos analizando y que prohíbe la mediación.

Sin embargo en el fenómeno de violencia de género, una primera agresión supone siempre la violación de un código ético que, una vez traspasado, significa para el agresor la ausencia de límites que hasta entonces frenaban en parte su comportamiento. Quien agrede una vez, traspasa una barrera difícil de restituir, y seguirá maltratando. No hay vuelta atrás espontánea. La verdadera violencia de género comienza mucho antes de que ocurra la agresión inicial. Es un complejo proceso que normalmente, no siempre, culmina con la agresión física que es sólo un momento puntual y concreto en todo el proceso. No es posible comprender la violencia de género, si se mira sólo este momento puntual. Esa puntual y concreta primera violencia física es lo que aparece al exterior, lo que visibiliza el fenómeno que ha existido veladamente en el silencio de la pareja desde hace tiempo. El Instituto de la Mujer señala que existe un lapso de tiempo entre 7 y 9 años, como periodo medio que tarda la mujer en pedir ayuda para salir de la situación de violencia.

El *modus operandi* del agresor es particularmente brutal y cruel: atropellos, palizas cuando la mujer está embarazada, apuñalamientos infinitos, martillazos, golpes, uso de hacha, ensañamiento brutal, mujeres quemadas vivas con ácido o gasolina, etc.

Con estas actuaciones lo que el agresor pretende es enviar un mensaje a la mujer víctima indicándole que está bajo su dominio, que no le importa utilizar cualquier medio violento para mantenerla en la situación de verdadero terror que genera esta espiral de brutalidad sin sentido. El origen de la agresión suele ser sutil para ir incrementándose de manera progresiva<sup>15</sup> a lo largo del tiempo, de ahí que sea estructural, empieza con frialdad, menosprecio, sigue con la violencia verbal y sobre los objetos, para finalizar con la brutal agresión física.

Cuanto más tiempo se prolonga la situación de violencia, más profundo es el daño causado y mayor es la dificultad de recuperación para la mujer sobre todo en lo relativo al deterioro psicológico.

Antes de que un presunto maltratador comience a agredir a su víctima físicamente, muestra algunos comportamientos que alertan sobre la forma abusiva, vejatoria y desigualitaria de relacionarse con la mujer víctima. Estos

comportamientos constituyen una señal de alarma sobre la violencia que podría ejercer cuando consiga afianzar la relación y ganarse la confianza de su víctima. En las historias de maltrato aparecen estos comportamientos previos a la violencia en estadios iniciales de la relación<sup>16</sup>:

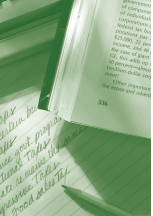
1. *Encanto excesivo*: suelen ser muy encantadores. Muchas mujeres maltratadas han descrito a su presunto maltratador como un *Príncipe Encantador* cuando lo conocieron. Son especialmente seductores, muy agradables, amables, considerados, educados y exquisitos en su trato con las personas de su entorno.
2. *Posesividad*: aíslan a las mujeres en aras de un amor exclusivo y único. El aislamiento suele comenzar pidiendo a la mujer que pase todo el tiempo con él. De esta manera va cortando los lazos con sus amistades o familia que constituyen el sistema de apoyo de la mujer. Le va sugiriendo qué compañías le gustan para ella y cuáles no, hasta imponer con quién puede hablar y con quién no; le acaba controlando la ropa que se pone, las llamadas, mensajes y visitas de familiares, amistades, el entorno, las salidas o entradas del hogar, la posibilidad o no de integrarse en asociaciones, de acudir a cursos o incluso de trabajar, etc.
3. *Celos*: los celos son una potente herramienta de control. Al principio, los usa como supuesta prueba de amor y exclusividad, pero a medida que avanza la relación, los celos irán mostrando su rostro más hostil, comenzando con sospechas de supuestos admiradores, hasta acusarla de tener otras relaciones. Los celos constituyen el mayor factor de riesgo, y sin embargo existe una gran tolerancia al no valorar el peligro que suponen en los estadios iniciales de la relación.
4. *Golpes emocionales*: destruyen el valor personal de la mujer. Comienzan siendo pequeños «sabotajes» y al principio suelen tener un tono de «broma»: burlas, desvalorizaciones, críticas... Poco a poco van subiendo de intensidad y perdiendo el tono presuntamente jocoso hasta instaurar el clima de violencia sobre el cual tendrá lugar la agresión. El efecto de los golpes emocionales es la progresiva erosión de la seguridad personal de la mujer, que se va haciendo más vulnerable, hasta creer que «sin él, ella no es nada». La mujer termina sintiéndose totalmente anulada, inútil, indefensa, inerme.
5. *Control*: el control es un factor de riesgo muy potente, ya que es el centro del maltrato, su verdadera razón de ser. Comienza de un modo «amable» como una prueba de amor. Se manifiesta en querer saber «todo» lo que hace la mujer: con quién habla, qué hace minuto a minuto, dónde va..., para ello utiliza los recursos que tenga a su alcance: llamadas constantes al móvil, control de las facturas



telefónicas, del correo electrónico, registro de mensajes y cosas... Con el tiempo acabará controlando todo en la vida de la víctima: cómo utiliza el tiempo, qué ropa se pone, dónde va, con quién habla... Controlará todo en la vida de la mujer. Este es el gran rasgo distintivo de esta violencia de género, el presunto autor no pretende la agresión sino el dominio y el sometimiento de su víctima y su total subordinación puesto que no la considera igual que él, lanza una pregunta, en este contexto... ¿Debe haber la mediación? Sinceramente, opino con rotundidad que no.

PÉREZ OLLEROS SÁNCHEZ BORDONA<sup>17</sup> expresa que las víctimas de violencia de género pueden estar en una situación que vicia su entendimiento o voluntad y, por tanto, se prohíbe la mediación para protegerlas de un consentimiento viciado, estoy de acuerdo totalmente con este argumento, sin embargo discrepo de su opinión cuando plantea que la referencia normativa que estamos analizando puede invadir la independencia judicial porque limita la potestad jurisdiccional. Entiendo que no, todo lo contrario, hay que recordar que en nuestro sistema existe principio de legalidad y la inmensa mayoría de estos delitos de violencia de género son perseguibles de oficio, además no existe, salvo en lo relativo a la responsabilidad penal de los menores, regulación de la posibilidad de mediación penal, opino, por tanto, que no hay ni vulneración ni limitación alguna ni de la independencia ni de la potestad jurisdiccional, hay que recordar que, en su caso, y en mi opinión, este método alternativo de solución no puede ser sustitutivo de la tutela judicial cuyo acceso no debe nunca «impedir, supeditar o restringir»<sup>18</sup>.

Una vez expresada mi firme voluntad de compartir la actual legislación en el sentido expresado de impedir la mediación en violencia de género en mi opinión, reitero, tanto en su vertiente penal como civil, recordemos ahora para reforzar este argumento que en el artículo en el cual



## Matices y acotaciones sobre la prohibición de mediación...

→ <http://practicadetriboles.laley.es>

se prohíbe la mediación se establece la competencia de los Juzgados de Violencia sobre la Mujer, que conocerán tanto de asuntos penales, como de civiles y como la letra del precepto indica «en todos estos casos», la mediación no se puede llevar a cabo en ningún supuesto en los que haya violencia de género.

Opino que esta prohibición de mediación es adecuada de principio en cualquier situación de violencia, y más, si cabe, en la violencia de género donde una parte ejerce su dominio, su poder y se impone por la fuerza a la otra

A esto hay que unir que el fenómeno de la violencia de género excede del ámbito penal al tener componentes relativos por ejemplo al Derecho de familia, los contornos entre Derecho Penal y Derecho civil son difíciles de arbitrar, se difuminan, no pueden separarse ambos ámbitos, por ello el Juzgado especializado tiene competencia en ambos órdenes, ésta es también la razón de que la orden de protección prevé medidas penales y civiles.

En este sentido la Orden de Protección aglutina, en esencia, las reivindicaciones doctrinales que exigen un tratamiento de la violencia de género de un modo pluri-disciplinar; dicho instrumento jurídico pretende dar una respuesta integral, inmediata y conjunta, a las víctimas de la violencia de género y favorecer la necesaria y pretendida coordinación entre los órdenes jurisdiccionales civiles y penal.

Para entender mi posición acudiré a las palabras de Montserrat COMAS D'ARGEMIR<sup>19</sup>: «La total erradicación de esta lacra social no será posible con respuestas aisladas. Es preciso llevar a cabo una acción coordinada, desde los diversos aspectos en los que incide esta problemática, pues sólo de este modo se conseguirán eliminar definitivamente las causas que lo originan. Mientras tanto, el Estado ha de establecer los mecanismos necesarios para garantizar la protección de las víctimas cuando acuden a nuestros Tribunales, es decir, la protección de los derechos fundamentales a la vida, la integridad física, la seguridad y la libertad».

Esta coordinación entre ambos órdenes es una cuestión que resulta fundamental en la materia que nos ocupa y tiene una extraordinaria importancia tal y como expresan gráficamente las palabras de la Diputada Sra. PIGEM Y PALMES cuando indica lo siguiente: «Ciertamente la especial relación de amor-odio entre el agresor y la víctima, la dependencia económica en muchas ocasiones, la existencia frecuente de domicilio común o de domicilio conocido por el agresor y el fuerte vínculo que crea la existencia de hijos comunes suponen un complejo entramado de vinculaciones y hasta de dependencias afectivas que hacen que la víctima pueda perder el instinto natural de protegerse del agresor y hacen también que no siempre se solicite protección en los primeros

estadios de la violencia, pensando que el agresor cambiará. Pero también es cierto, señorías, que cuando la víctima decide denunciar no siempre se le da desde las administraciones una respuesta que la proteja suficientemente. Las medidas cautelares de protección se han adoptado hasta ahora en porcentajes reducidos; cuando las órdenes de alejamiento se han incumplido no ha habido graves repercusiones para el infractor y la actual tipificación favorece el que la calificación de los hechos sea leve, sustanciándose como falta y no como delito. Situaciones todas ellas que hemos de reconocer que han actuado también y de forma importante como elementos disuasores de que las mujeres denunciarán»<sup>20</sup>.

Todo ello demuestra la necesidad del tratamiento conjunto del fenómeno de la violencia de género en ambos aspectos, con lo cual y por este mismo argumento la prohibición de la mediación debe aplicarse a la materia penal y la civil, otra opción tras las recientes reformas sería, en mi opinión, un contrasentido.

Para finalizar considero que en violencia de género existe una más que patente desigualdad entre las partes en conflicto con la consiguiente falta de equidad. Es evidente que este argumento justificaría por sí mismo la prohibición de mediación en violencia de género sin necesidad de añadir ningún otro.

Recordemos ahora, por su importancia, unas líneas de la Exposición de Motivos de la Ley Integral: «Se trata de una violencia que se dirige sobre las mujeres por el hecho mismo de serlo, por ser consideradas, por sus agresores, carentes de los derechos mínimos de libertad, respeto y capacidad de decisión».

Así como el contenido del artículo 1 de la norma citada: «Objeto de la Ley. 1. La presente Ley tiene por objeto actuar contra la violencia que, como manifestación de la discriminación, la situación de desigualdad y las relaciones de poder de los hombres sobre las mujeres, se ejerce sobre éstas por parte de quienes sean o hayan sido sus cónyuges o de quienes estén o hayan estado ligados a ellas por relaciones similares de afectividad, aun sin convivencia».

Es evidente que ambos demuestran, de manera rotunda e incontestable, que la Ley Orgánica de Medidas de Protección Integral Contra la Violencia de Género es un verdadero anticipo de la ley de igualdad; es un primer paso hacia la igualdad real y efectiva; o, en definitiva, es precursora de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres.

Por último, y para reforzar la afirmación que acabamos de realizar añadamos unas líneas adicionales de la Exposición de Motivos: «Además la define ampliamente (la violencia) como una manifestación de las relaciones de poder históricamente desiguales entre mujeres y hombres. Existe ya incluso una definición técnica del síndrome de la mujer maltratada que consiste en "las agresiones sufridas por la mujer como consecuencia de los



*condicionantes socioculturales que actúan sobre el género masculino y femenino, situándola en una posición de subordinación al hombre...". Esos mismos poderes públicos tienen, conforme a lo dispuesto en el artículo 9.2 de la Constitución, la obligación de adoptar medidas de acción positiva para hacer reales y efectivos dichos derechos, removiendo los obstáculos que impiden o dificultan su plenitud».*

Con lo cual, es evidente que la intención de la Ley que nos ocupa es generar un primer avance en la igualdad real y efectiva entre hombres y mujeres, a través del tratamiento diferenciado del fenómeno de la violencia de género ejercida sobre la mujer por un hombre con el que mantiene o ha mantenido una relación afectiva o sentimental y cuyo fundamento último es en palabras de nuevo de la Exposición de Motivos de la Ley 1/2004 «Se manifiesta como el símbolo más brutal de la desigualdad existente en nuestra sociedad».

Por tanto el presunto varón maltratador considera a su mujer como un ser inferior, de ahí la desigualdad de partida existente entre hombre y mujer confirmada por dos recientes Sentencias del Tribunal Constitucional<sup>21</sup>, entre presunto agresor y víctima que impediría que acudiesen a la mediación, cuyo fundamento parte de la igualdad entre ambas partes, del equilibrio de fuerzas que permitirá dialogar y llegar a una solución o un acuerdo. Difícil veo el diálogo entre un presunto agresor que no respeta los *derechos mínimos de libertad, respeto y capacidad de decisión* de la mujer, ni a la propia mujer a la que trata como un objeto de su propiedad.

Por tanto, y para concluir, opino que esta prohibición de mediación es adecuada de principio en cualquier situación de violencia, y más, si cabe, en la violencia de género donde una parte ejerce su dominio, su poder y se impone por la fuerza a la otra. Esta situación hace desaparecer una premisa básica en la mediación, que no es otra que el equilibrio de fuerzas de ambas partes, la igualdad de armas de presunto agresor y víctima. Es indudable que aquí no existe. El poder y la dominación de una parte tenderá

a prevalecer en el sustrato de la mediación con lo cual los posibles acuerdos que se alcanzasen serían producto unilateral una vez más de la imposición del más fuerte, del presunto agresor que tiene sometida a la víctima, que la controla, que se impone a la fuerza.

La mediación requiere una cierta igualdad de partida de tal modo que ambas partes puedan encontrarse en óptimas condiciones para defender sus intereses, para hacer concesiones o cesiones, lo que finalmente llevará a alcanzar, en su caso, un acuerdo cuyo origen sea la voluntad de las partes en conflicto.

No puede producirse un diálogo entre dos partes cuando una de ellas no respeta a la otra, cuando ha «pisoteado» día tras día sus derechos, sus libertades y su autoestima.

Además de lo expuesto el principio de equidad implica que a lo largo del desarrollo de la mediación las partes deben encontrarse en una situación de equilibrio generando, en su caso, un acuerdo fruto del consenso de voluntades libres de ambas partes.

De lo contrario, se corre un terrible riesgo, que los pactos alcanzados no sean fruto del acuerdo y del consenso de las partes; sino que en los mismos se haya impuesto la voluntad de una parte sobre la otra exactamente igual que en el día a día del maltrato el presunto agresor se impone por la fuerza sobre su víctima. Impone sus gustos, sus amistades, sus normas, sus pautas de comportamiento, etc. En definitiva sus decisiones, ¿por qué en la mediación va a ser distinto? Todo ello a pesar de la buena voluntad y excelente preparación y capacitación que pudiera tener el posible mediador. De acuerdo a los forenses<sup>22</sup>, psicólogos y psiquiatras la mujer maltratada se coloca en posición de entrega y sumisión al presunto agresor, adapta su vida al comportamiento del mismo, tiene falta de autoestima, apatía, pérdida de la capacidad de resolución y de la capacidad crítica... ¿Puede así participar en una mediación en una posición equitativa e igualitaria con el presunto agresor? Evidentemente opino que no.

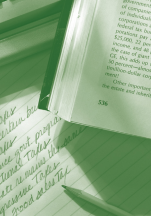
## NOTAS

- 1 Informe sobre la violencia contra las mujeres. 1.ª edición. Madrid: Ministerio de Trabajo y Asuntos sociales, Instituto de la Mujer, 1997, pág. 6.
- 2 Informe del Grupo de Especialistas para Combatir la Violencia contra las Mujeres del Consejo de Europa, 1997.
- 3 En la III Macroencuesta del Instituto de la Mujer de 2006 se señala que el 90.6% de mujeres declaran sentirse agredidas psicológicamente. El maltrato físico es citado por un 17.6% de las mujeres, mientras que las referencias al maltrato económico se produce en un 4.8% de los casos. La violencia estructural se cita en un 4.1%. La espiritual en un 2.1% y el 1.6% de las mujeres se consideran maltratadas sexualmente por sus compañeros sentimentales.
- 4 El ciclo de la agresión pasa por las tres fases siguientes que la psicóloga estadounidense Lenore Walter describió ya en

1979 en *The battered woman* como ciclo que aparecía en la mayoría de los casos que trataba en consulta. Las mujeres maltratadas que acudían a su consultorio pidiendo ayuda, relataban cómo era la relación con sus parejas maltratadas y la Dra. Walker descubrió un patrón común en el comportamiento de los maltratadores, que denominó «Modelo Explosivo» de la violencia de género. La *Edificación de la Tensión en el Ciclo de la Violencia*, como lo define la Dra. Walker, se desarrolla en tres fases:

Una primera fase de «tensión» o Fase de Acumulación de Tensión en la que el episodio de violencia se relaciona con abusos de carácter verbal tales como: insultos, actitud de desprecio, falta de respeto, frialdad afectiva, falta de consideración, rechazo a la mujer... Durante esta fase el presunto maltratador empieza a comportarse de repente de forma distinta, se va





## Matices y acotaciones sobre la prohibición de mediación...

haciendo más agresivo y más crítico con la mujer. A medida que aumenta la tensión, ella se siente cada vez más insegura, sin control de la situación. No sabe qué le pasa a él, y trata de excusarle achacándolo a tensión en el trabajo, problemas... trata de buscar una explicación externa a la conducta inesperadamente diferente de él. Hace lo que sea para tratar de aplacar al maltratador y evitar la agresión, pero sea cual sea su forma de actuar, no tiene ningún efecto en él ya que va a agredir independientemente de lo que haga la mujer.

De manera correlativa la mujer agredida reacciona mostrando, por lo general, una actitud pasiva pues suele considerar que de esta manera la violencia no irá en aumento; la mujer tolera la situación, intenta adaptarse a ella, la soporta, se encuentra sumisa y entregada, a merced del violento.

La segunda fase es la fase de explosión. La tensión alcanza un punto de tensión máxima que acaba con una explosión de violencia. El presunto maltratador ataca a la mujer verbal o físicamente. Es una violencia mucho más intensa que durante la fase anterior y el resultado que produce en la víctima es miedo intenso y paralización para evitar un daño mayor. Esta explosión va aumentando de intensidad en los episodios sucesivos del ciclo.

El ciclo evoluciona hacia la agresión, considerada en sentido amplio, en el transcurso de la misma el presunto autor lleva a cabo actuaciones físicas violentas y concretas sobre la mujer, tales como: empujones, patadas, puñetazos, golpes, lanzamiento de objetos, palizas, etc. En esta segunda fase aguda el único afán de la víctima es conseguir minimizar el daño sufrido luchando por sobrevivir.

La tercera y última fase es la denominada como la de «arrepentimiento» o tranquilidad por parte del presunto agresor, también conocida como «fase de luna de miel». El presunto maltratador expresa remordimiento por su comportamiento, pide perdón, promete cambiar y le pide ayuda a ella. Se vuelve encantador pudiendo hacerle algún regalo o alguna invitación para compensar el estallido violento. Se muestra complaciente, arrepentido y desvalido para conseguir el apoyo y la aprobación de ella. Suele decir cosas como que cambiará, que la necesita ya que sin ella no es nada, que si ella le ayuda puede «curarse», que la quiere más que a nada ni a nadie y que si le deja se muere. Y ella le perdona conmovida por el arrepentimiento que muestra, cayendo de este modo en la trampa que socavará poco a poco su integridad psíquica y su capacidad de reacción ante el maltrato.

Concluida la tercera fase se reinicia el ciclo repitiendo los mismos patrones; pero cada vez será más corta la fase de acumulación de tensión, y de arrepentimiento. Llegará un momento, en que la fase de arrepentimiento desaparecerá y prácticamente la relación será una fase de explosión continua; pero habrá pasado tanto tiempo, que la mujer estará muy destruida ya para poder salir de la situación.

Suele ser efímera pero induce a la víctima a no cortar la relación. Se produce una situación de calma y tranquilidad aparentes pues el agresor se abstiene de tener comportamientos violentos, aunque el miedo constante de la mujer sigue permaneciendo en su foro interno; en esta situación el presunto autor se disculpa con su víctima, pide perdón, promete que no va a volver a llevar a cabo conductas violentas, jura y perjura cambiar, dice a la víctima que la quiere, que lo siente, e incluso es frecuente que le haga todo tipo de regalos buscando obtener su visto bueno, aprobación y perdón.

En este momento la víctima desea fervientemente creer al presunto agresor pero sin que en su foro interno deje de manifestarse esa continua sensación de inseguridad; pasado un tiempo razonable cualquier fenómeno, por insignificante

que pueda parecer, sucedido en el hogar desencadena otra vez la espiral de violencia.

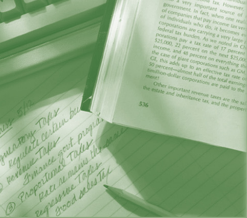
- 5 Conclusión Decimotercera del *Seminario sobre mediación penal* organizado por el CGPJ en junio de 2005.
- 6 MARTÍN DÍZ, F., «Mediación en materia de violencia de género: Análisis y argumentos», en *Tutela jurisdiccional frente a la violencia de género: aspectos procesales, civiles y penales*, Lex nova, Valladolid, 2009, págs. 671-672.
- 7 Sin embargo, esta opinión no es unánime. Así, el grupo parlamentario de Esquerra Republicana presentó una enmienda al Proyecto de Ley por la que se modifica el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de separación y divorcio en la que ponían de manifiesto que «La reciente Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de protección integral contra la violencia de género, en su artículo 44 reconoce a *sensu contrario* la mediación en los procesos judiciales de orden civil», *Boletín Oficial de las Cortes Generales*. Congreso de los Diputados, VIII Legislatura, Serie A: Proyectos de Ley, 15 de marzo de 2005, Núm. 16-8.  
[http://www.senado.es/legis8/publicaciones/html/textos/A\\_016-08.html](http://www.senado.es/legis8/publicaciones/html/textos/A_016-08.html)
- 8 Así, MORENO MÉNDEZ, R.S., se manifiesta en contra de la mediación cuando es el presunto maltratador el que toma la iniciativa de acudir a ella y considera que puede ser una vía útil cuando es la víctima la que tiene tal iniciativa, establece que «cuando alguien acude a solicitar la mediación y manifiesta que ha infligido algún tipo de maltrato, se le advierte que debe enfrentarse a sus responsabilidades personales y legales y que la mediación no le va a librar de ninguna de ellas. No obstante cuando es la pareja la que acude y, a pesar de que haya habido algún episodio de maltrato, existe la voluntad de acordar todo lo relativo a los hijos y demás responsabilidades inherentes a la separación, puede ser útil una mediación que conduzca a la pacificación de las relaciones por el bien de los hijos en el futuro y por la salud relacional de los progenitores, e incluso como una acción curativa que evitará que éstos se repitan», todo ello en «La Mediación Familiar y el Centro de la Familia de Tenerife», en *La Mediación: Una visión plural. Diversos campos de aplicación*, Consejería de Presidencia y Justicia. Viceconsejería de Justicia y Seguridad. Gobierno de Canarias, D.L., 2005.

Opción, a mi juicio, arriesgada y peligrosa por el posible vicio de la voluntad, en el que ahondará después, que puede tener la mujer víctima que la hace acudir a la mediación no por su propia elección sino inducida por el presunto autor. En este mismo sentido PELAYO LAVÍN, M., *La Mediación: Una vía de gestión de conflictos familiares*, Tesina inédita. Universidad de Salamanca, 2009, pág. 33, cuando indica lo siguiente: «consideramos que la adopción de este criterio puede resultar peligroso, puesto que en la práctica las mujeres se pueden someter a un procedimiento de mediación por imperativo de sus parejas o por el miedo que les ocasiona el contradecir su voluntad».

- 9 Vid. MARTÍN DÍZ, F., «Mediación en materia...», *op. cit.*, págs. 678 y ss. Especialmente sus magníficas conclusiones de la p. 687 y 688 donde concluye: «La tutela judicial que se debe dispensar es indisponible en toda su dimensión y magnitudes» (Penal y civil), y PELAYO LAVÍN, M., *La Mediación...*, *op. cit.*, pág. 29. Además MAGRO SERVET, V., «La mediación familiar», *Práctica de Tribunales*, N.º 3, 2005, Editorial La Ley, págs. 3-5. En este sentido comparto plenamente las interesantes palabras de MAQUEDA ABREU, M. L., al indicar que la mediación en este ámbito puede llegar a valorarse como «una estrategia a costa de la mujer para garantizar la continuidad del núcleo familiar», en «La violencia de género: entre el concepto jurí-

dico y realidad social», *Revista electrónica de ciencia penal y criminología*, núm. 8-02, 2006, pág. 7.

- 10 Así entre otros, vid. GÓMEZ COLOMER, J. L., (coord.), *Tutela procesal frente a hechos de violencia de género: la protección procesal de las víctimas de la violencia de género en España y en países relevantes de nuestro entorno cultural*, Publicacions de la Universitat Jaume I, Server de Comunicació i Publicacions, D.L., Castellón, 2007, pág. 118.
- 11 Vid. RÍOS MARTÍN, J. C., *La mediación penal y penitenciaria. Experiencias de diálogo en el sistema penal para la reducción de la violencia y el sufrimiento humano*, Colex, Madrid, 2008. Se indica que «esta norma prohibitiva debe ser suprimida, pues la limitación que impone no tiene justificación, siempre que la mediación se desarrolle correctamente teniendo en cuenta la asimetría y desigualdad de poder que pueden existir en la relación entre víctima y persona acusada», pág. 107.
- 12 Así entre otros, vid. GÓMEZ COLOMER, J. L. (coord.), *Tutela procesal...*, op. cit., pág. 118; el autor mantiene que «una mediación, es decir, en el sentido más amplio posible y no en el técnico, que creo que es lo más apropiado, haciéndolo equivalente a conciliación, arreglo, transacción, autocomposición en suma, en un proceso civil ya en desarrollo, o a punto de comenzar mediante la presentación de la correspondiente demanda, pues ambos supuestos deben ser posibles, habiendo de por medio un acto de violencia de género, sería un acto viciado, y por tanto nulo, porque sería imposible demostrar que no ha sido lograda la conciliación o el acuerdo de la pareja a la fuerza, o si se prefiere, sería imposible demostrar que se llega a un acuerdo libre y sincero entre ambas partes, dados los antecedentes existentes... Sin embargo, es posible que se haya producido realmente una conciliación sincera después de iniciado el proceso civil. ¿Qué pasaría entonces? No está resuelta más que la exclusión de la mediación, por consiguiente habrá que acudir a otras vías legales para que al menos los más importantes de los efectos se puedan conseguir, por ejemplo, reanudar la vida en común tras el divorcio (lo que como veremos eliminaría prácticamente todos los efectos de la orden de protección si se hubiere acordado), o no oponerse a las medidas provisionales solicitadas por la mujer, etc. En cualquier caso, es posible que la realidad nos lleve a pensar, lo que sería muy triste porque significaría que no hay cabida para un arrepentimiento sincero o para un perdón verdadero, que cometiéndose un acto de violencia de género contra la mujer parte en un proceso civil, o bien la mediación no es ni siquiera imaginable o bien se ha obtenido de forma torticera», pág. 118.
- 13 ESQUINAS VALVERDE, P., en *Mediación entre víctima y agresor en la violencia de género*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008 recoge la opinión de MATEU, G., en el siguiente sentido «una cuestión distinta plantearían, por otra parte, los episodios esporádicos y aislados, en su caso primeros o únicos, de agresión, en los que el ataque físico o psicológico por parte del varón no se integre en una larga espiral de violencia de: eventualmente, entonces, podría suceder que dicho incidente fuera objeto de un trámite jurídico más rápido o expedito, quedando abierta la opción de continuar la relación afectiva. Para estos supuestos se ha sugerido, bajo ciertas condiciones, la conveniencia de realizar un proceso de mediación inserto en el sistema procesal, por medio del cual fuera factible recomponer ese vínculo sentimental, al tiempo que atender las necesidades de cada una de las partes: de seguridad, autoafirmación y reivindicación de sus derechos e intereses en el caso de la víctima, y de tratamiento psicológico, asunción de responsabilidad y posibilidad de solicitar y recibir el perdón en el caso del autor».
- MANZANARES SAMANIEGO, J. L., *Mediación, reparación y conciliación en el Derecho Penal*, Comares, Granada, 2007, sostiene que «no parece indicada (la mediación) cuando la víctima se encuentre en una situación de dependencia emocional o de grave y continuada tensión con el victimario. Entonces sus propias decisiones soportarán una presión poco compatible con la voluntariedad que requieren el proceso mediador y el logro de acuerdos válidos... Sucede, no obstante, que tales consideraciones pierden fuerza cuando se trata de episodios puntuales y, en ocasiones, de mínima entidad, aunque hayan sido elevados arbitrariamente a la condición de delito. En tales supuestos, o cuando la libertad de decisión de la mujer venga garantizada por el éxito previo del varón en algún problema "ad hoc", la mediación puede ser muy valiosa para evitar una ruptura definitiva y desproporcionada».
- 14 Esta opinión fue expuesta por la presidenta del Tribunal Superior de Justicia durante la presentación de la Memoria del TSJC de 2006. <http://www.abc.es>
- 15 Una interesante descripción de este tipo de violencia puede verse en SEGURA ABAD, L. J., «La atención...», op. cit., págs. 590 y ss.
- 16 En este sentido vid. DELGADO ÁLVAREZ, C., *161 respuestas sobre la violencia de género*, Salamanca, 2008, págs. 43 y 44.
- 17 PÉREZ OLLEROS SÁNCHEZ BORDONA, F. J., «Cuestiones y respuestas sobre la Ley Orgánica de medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género», *La Ley*, 13 de junio de 2005.
- 18 MARTÍN DÍZ, F., «Mediación en materia...», op. cit., pág. 673.
- 19 *Especial del Diario de Noticias La Ley* de julio de 2003, pág. 3.
- 20 Vid. *Cortes generales Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados Pleno y Diputación Permanente* año 2003, VII Legislatura núm. 256, martes, 10 de junio de 2003, p. 13234.
- 21 La Ley integral ha sido objeto de dudas acerca de su Constitucionalidad por ser lesiva del art. 14 CE. Primeramente, se interpusieron doce recursos de institucionalidad contra la Ley 1/2004 en el Tribunal Constitucional, uno de parte de el Juzgado de lo Penal núm. 1 de Murcia y, los demás, por el Juzgado de lo Penal núm. 4 de Murcia, respecto al art. 171.4 del Código penal en su redacción dada por el art. 38, es decir, en cuanto a la regulación de la protección por amenazas, ya que consideraban que la pena desigual de este delito según fuera un hombre o una mujer quien lo cometiera, suponía un atentado contra el principio de Igualdad de trato recogido en el artículo 14 de la Constitución. Estos recursos fueron desestimados en la Sentencia 45/2009, de 19 de febrero de 2009 del Tribunal Constitucional al considerar que esta diferencia en el tratamiento se justifica por la desigualdad existente entre hombre y mujeres expuesta en la Ley Integral.
- Por la misma alegación de inconstitucionalidad, es decir, por la vulneración del principio de Igualdad del artículo 14, el Tribunal Constitucional pronunció, recientemente, la sentencia 180/2009, de 21 de julio de 2009 pero esta vez acerca de las dudas planteadas por distintos jueces, en cuanto a la legalidad en torno al artículo 153 y 171 del Código Penal, que castigan de manera desigual los delitos de violencia no habitual en el ámbito familiar y el delito amenazas cuando son realizados por un hombre o por una mujer. El fallo fue, igualmente, a favor de la constitucionalidad de la Ley por los citados argumentos.
- 22 Vid. entre otros SEGURA ABAD, L. J., «La atención primaria como medio de prevención de la violencia doméstica. Aspectos médico-legales», *Encuentros «Violencia doméstica»*, CGPJ, Madrid, 2004, págs. 591-592, y DELGADO ÁLVAREZ, C., *161 respuestas...*, op. cit., págs. 49 y 50.



## Incidencia de la mediación en el proceso civil

Pablo Sánchez Martín

Magistrado

### SUMARIO

#### I. INTRODUCCIÓN

1. El mediador
2. Procedimiento de mediación y proceso declarativo
3. Ejecución de los acuerdos de mediación
4. Concurrencia de legislación estatal y autonómica

#### II. EFECTOS DE LA SUMISIÓN A MEDIACIÓN EN EL PROCESO DECLARATIVO

1. La mediación como excepción declinatoria
2. Mediación y medidas cautelares
3. Efectos de la mediación sobre los plazos de prescripción y caducidad
4. Suspensión de procedimiento judicial por sometimiento de las partes a mediación

#### III. EFICACIA DEL ACUERDO ALCANZADO EN MEDIACIÓN

1. La mediación como fuente de título ejecutivo
2. Efectos de la mediación sobre el proceso de ejecución

### I. INTRODUCCIÓN

En el expositivo segundo de la Exposición de Motivos de la Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles, se alude al hecho de que, hasta la promulgación del Real Decreto-Ley 5/2012, se carecía de una ordenación general de la mediación aplicable a los diversos asuntos civiles y mercantiles, al tiempo que asegurara su conexión con la jurisdicción ordinaria, haciendo así efectivo el primero de los ejes de la mediación, que es la desjudicialización de determinados asuntos, que pueden tener una solución más adaptada a las necesidades e intereses de las partes en conflicto que la que podría derivarse de la previsión legal<sup>1</sup>.

Según se infiere de la exposición de motivos, se pretende, con la ordenación de la mediación, garantizar su conexión con la jurisdicción ordinaria. Para cumplir dicho objetivo, se precisa esencialmente una adecuada regulación de tres aspectos fundamentales, cuales son, la figura del mediador, y más concretamente su estatuto; la interrelación del procedimiento de mediación y del procedimiento civil, con la finalidad de evitar disfunciones entre ambos procedimientos; y finalmente, es necesaria una adecuada regulación de la integración del acuerdo que se alcance a través de un procedimiento de mediación en el procedimiento de ejecución, para garantizar el efectivo cumplimiento del acuerdo en aquellos supuestos en que no sea cumplido de forma voluntaria, total o parcialmente por una de las partes.

### 1. El mediador

Por lo que respecta al mediador, su función va a ser esencial para la eficacia de la mediación, pues para la consecución de acuerdos a través de este procedimiento será indispensable que el mediador despliegue sus conocimientos y habilidades para lograr el entendimiento de las partes.

La Ley 5/2012 no da una definición de mediador, aludiendo únicamente el artículo 1 al hecho de que, a través de la mediación se pretende que dos o más partes intenten alcanzar un acuerdo por sí mismas, con la intervención de un mediador<sup>2</sup>.

Lo que sí regula la Ley son los principios que han de guiar la actuación profesional del mediador, cuales son los de imparcialidad (artículo 7), neutralidad (artículo 8) y confidencialidad (artículo 9), si bien este último admite excepciones (artículo 9.2.º).

Según la Exposición de Motivos de la Ley, del mediador se pretende una intervención activa (sin llegar a proponer soluciones), orientada a la solución de la controversia por las propias partes; añade que es quien ayuda a encontrar una solución dialogada y querida por las partes, y señala que debe tener una formación integral que le permita llevar a cabo esa tarea; añadiendo que debe ofrecer garantía inequívoca a las partes de la responsabilidad civil en que pudiera incurrir.

La Ley 5/2012 regula en su artículo 11 los requisitos para ser mediador, si bien se constata una absoluta falta de previsión para dotar de contenido, tanto la preparación específica inicial del mediador, como la formación continua posterior, y así nada se concreta respecto de los cursos que deberá realizar el mediador, cual sea el contenido mínimo de los mismos y duración, en su caso, como tampoco se concreta cuáles sean las «instituciones debidamente acreditadas» que vayan a impartir tales cursos específicos de formación, o qué requisitos se van a exigir para tal acreditación<sup>3</sup>. Es por ello que, con el panorama actual, y en tanto no se concreten aspectos como los reseñados, el control de calidad de la mediación a que alude el artículo 4 de la Directiva 2008/52/CE, no deja de ser, hoy por hoy, una mera aspiración difícil de concretar tanto a nivel teórico como práctico.

En todo caso sí se estima fundamental que el mediador deba tener, además de la necesaria formación para abordar el conflicto y ayudar a los sujetos a encontrar una solución dialogada, una sólida formación jurídica.

## 2. Procedimiento de mediación y proceso declarativo

Así mismo es necesario que el acceso a la mediación no suponga un obstáculo para el ejercicio de las acciones que puedan corresponder a los sujetos en conflicto, pues de un lado, con ello se vulneraría el derecho a la tutela judicial efectiva, por cuanto no cabe limitar o poner obstáculos al libre acceso a los tribunales. Y de otro, debe facilitarse el acceso a la mediación sin merma de los derechos de las partes, pues en otro caso, si se percibe que pueden verse limitadas las facultades o derechos de las partes por el hecho de intentar solucionar el conflicto a través del procedimiento de mediación, ello generaría desconfianza en este medio, y ante tal perspectiva, se acudiría preferentemente al proceso judicial.

## 3. Ejecución de los acuerdos de mediación

Por lo que respecta al tercero de los puntos citados, es cierto que, al parecer, los acuerdos de mediación, en un alto porcentaje, se suelen cumplir de forma voluntaria<sup>4</sup>, pero quedaría falta de contenido la ley de mediación si no regulase esta cuestión, en previsión de posibles incumplimientos. La Directiva 2008/52/CE regula este aspecto en su artículo 6 al establecer que «Los Estados miembros garantizarán que las partes o una de ellas con el consentimiento explícito de las demás, puedan solicitar que dé carácter ejecutivo al contenido de un acuerdo resultante de una mediación».

Por último, y no menos importante, es necesario que la promulgación de la ley vaya acompañada de actuaciones tendentes a dar a conocer este procedimiento. La Directiva 2008/52/CE establece en su artículo 9 que «Los Estados miembros fomentarán, por los medios que consideren oportunos, el acceso del público en general,

### FICHA RESUMEN

**Título:** Incidencia de la mediación en el proceso civil.

**Autor:** Pablo Sánchez Martín.

**Resumen:** Con la entrada en vigor de la nueva Ley 5/2012 de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles, se da cumplimiento a la Directiva 2008/52/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 21 de mayo de 2008, sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles, que establecía la obligación de los estados miembros de poner en vigor las disposiciones legales necesarias para dar cumplimiento a la misma, antes del 21 de mayo de 2011.

La Ley 5/2012 pretende dar una ordenación general de la mediación que, en cumplimiento de la citada Directiva, aborda, entre otros aspectos, la conexión de este medio de resolución de conflictos con el procedimiento civil.

En el presente trabajo se analiza en primer término cómo el inicio de un procedimiento de mediación pueda afectar al desarrollo del procedimiento civil, tanto si el mismo se ha iniciado como si está pendiente de formalizarse, al tiempo que se examina cómo se regula la posibilidad de dotar de fuerza ejecutiva al acuerdo alcanzado en mediación, ya se llegue al mismo estando en curso un procedimiento civil, o fuera del mismo, así como la competencia de los tribunales para ejecutar dichos acuerdos.

**Palabras clave:** Mediación. Mediador. Declinatoria Medidas cautelares. Prescripción y caducidad. Título ejecutivo: Escritura pública/Homologación judicial. Proceso civil.

**Abstract:** With the approval of the new Law 5/2012 of 6th July, about civil and mercantile matters, one gives fulfillment to the Directive 2008/52/CE of the European Parliament and of the Advice of 21st May 2008, on certain aspects of the mediation in civil and mercantile matters, which established the obligation of the members states to put in effect the legal necessary dispositions to comply it, before 21st May 2011.

The Law 5/2012 tries to give a general arrangement of the mediation that, in compliance with the Directive, regulates, among other things, the connection of this way of resolution of conflicts with the civil procedure.

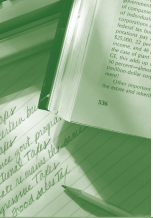
In this paper we analyze first how the beginning of a mediation procedure could affect the development of civil procedure, whether it is already started or it is hanging to be formalized, as the same time examining how it regulates the possibility of provide authenticity to the agreement reached in mediation, good will come to the same course being in civil proceedings or outside, as well as the competence of courts to enforce those agreements.

**Keywords:** Mediation. Mediator. Declinatory plea. Interim protection (injunction). Prescription and expiration. Writ of execution: Deed/court ratification. Civil Process.

**N. de la E.:** Artículo recibido en la Editorial el 26 de septiembre y aceptada su edición en las reuniones celebradas el 3 y el 9 de octubre de 2012.

en particular vía Internet, a la información sobre la forma de ponerse en contacto con mediadores y organismos que presten servicios de mediación».





## Incidencia de la mediación en el proceso civil

No basta solo con legislar para que la mediación sea efectiva, es necesario además que los ciudadanos conozcan la existencia de este mecanismo de solución de conflictos y tengan facilidad para poder acceder al mismo, pues si se desconoce su existencia o no se facilita de forma adecuada el acceso a los servicios de mediación, es muy poco probable que las partes acudan a este sistema para intentar solucionar sus controversias, sin acudir a la vía judicial<sup>5</sup>.

### 4. Concurrencia de legislación estatal y autonómica

Resta por abordar una última cuestión, siquiera sea de forma somera, que puede afectar al buen desarrollo de la mediación. En la Exposición de Motivos de la Ley 5/2012 se señala que «la regulación de esta norma conforma un régimen general aplicable a toda mediación que tenga lugar en España y pretenda tener un efecto jurídico vinculante, si bien circunscrita al ámbito de los asuntos civiles y mercantiles».

*No basta solo con legislar para que la mediación sea efectiva, es necesario además que los ciudadanos conozcan la existencia de este mecanismo de solución de conflictos y tengan facilidad para poder acceder al mismo*

Parece desprenderse de esta afirmación, que la nueva regulación de la mediación es aplicable a todo el territorio nacional y a todas las materias referidas a asuntos civiles y mercantiles. Sin embargo no puede desconocerse la existencia de normas emanadas de los parlamentos de las Comunidades Autónomas que regulan la mediación familiar, con la salvedad de la Ley 15/2009, de 22 de julio, de mediación en el ámbito del derecho privado, de la Comunidad Autónoma de Cataluña y la Ley 1/2011, de 28 de marzo, de Mediación de la Comunidad Autónoma de Cantabria, por cuanto extienden su ámbito de aplicación más allá de los conflictos familiares.

La ley catalana regula en su artículo 2 los asuntos que pueden ser objeto de mediación, y alude en su apartado 1.º a la mediación familiar, disponiendo en su apartado 2.º que «La mediación civil a que se refiere la presente ley comprende cualquier tipo de cuestión o pretensión en materia de derecho privado que pueda conocerse en un proceso judicial y que se caracterice porque se haya roto la comunicación personal entre las partes, si éstas deben mantener relaciones en el futuro...». Y en su artículo 3 regula los requisitos que ha de cumplir una persona para poder ejercer como mediadora en Cataluña.

La ley de Cantabria establece en su artículo 4, bajo la rúbrica del objeto de la mediación, que la misma se referirá a aquellas materias que sean de libre disposición de las partes conforme a la legislación que resulte de apli-

cación; estableciendo en su artículo 25 los requisitos que debe acreditar una persona para ejercer como mediadora en dicha Comunidad Autónoma, aun cuando admite la posibilidad de poder actuar como mediador si se está inscrito en otro registro de mediadores, estatal o autonómico, y sean homologados por exigir similares requisitos para el acceso a la función de persona mediadora, atribuyéndose la competencia para dicha homologación a la Consejería competente en materia de justicia.

Ya en el debate parlamentario de convalidación del Real Decreto-Ley 5/2012, decía el Ministro de Justicia<sup>6</sup> que «... ahora lo que nosotros hacemos es establecer, con respeto absoluto a las competencias autonómicas, una regulación de carácter trasnacional y también de aplicación nacional», añadiendo posteriormente que «esta norma no entra en conflicto con las competencias autonómicas».

No obstante tales afirmaciones, no puede obviarse que existen diversas leyes autonómicas que regulan el procedimiento para la adopción de acuerdos de mediación en el ámbito familiar (con las dos excepciones ya señaladas), y que cada Comunidad Autónoma regula los requisitos necesarios para poder ejercer como persona mediadora en el ámbito territorial de la respectiva Comunidad Autónoma, al igual que la ley estatal, que en su artículo 11 establece, aunque no concreta, los requisitos que debe acreditar una persona para ejercer como mediador.

Y aun cuando la ley estatal lleva la rúbrica de mediación en asuntos civiles y mercantiles, en su contenido no se alude expresamente a la mediación en el ámbito familiar, no obstante haberse pretendido, en el trámite parlamentario, que se incluyera tal mención de forma expresa. Lo que puede dar lugar a controversias, no obstante entenderse que el derecho de familia se integra en el derecho civil, y no aparece excluido expresamente en el artículo 2.2.º de la Ley 5/2012, y de otro lado, la Directiva 2008/52/CE alude expresamente a esta materia en los considerandos 20 y 21, incluyendo los litigios matrimoniales, las controversias sobre patria potestad, con mención expresa al interés del menor en el artículo 7.1 a); por lo que cabe entender que si la Ley 5/2012 incorpora al derecho interno la citada Directiva, debe estimarse incluido en su ámbito de aplicación los acuerdos de mediación en el ámbito del derecho de la persona y la familia<sup>7</sup>.

## II. EFECTOS DE LA SUMISIÓN A MEDIACIÓN EN EL PROCESO DECLARATIVO

El Considerando 7 de la Directiva 2008/52/CE señala que es necesario establecer una legislación marco que aborde en particular los aspectos fundamentales del procedimiento civil.

Es necesario regular las incidencias que el procedimiento de mediación vaya a tener en el procedimiento

judicial, tanto si aquél se inicia antes que el proceso judicial como si se da comienzo a la mediación estando ya en trámite el proceso judicial, y dicha regulación tiene como finalidad evitar posibles disfunciones en el proceso civil derivadas de la elección de la mediación como método para resolver el conflicto.

Diversas son las cuestiones que sobre este particular aborda la Ley 5/2012, si bien vamos a limitar su análisis a algunas de ellas.

La Ley 5/2012 contempla la posibilidad de que las partes se comprometan a someter a mediación el conflicto antes de intentar otra solución, ya sea judicial o extrajudicial.

Concretamente el artículo 6.2 dispone que «Cuando exista un pacto por escrito que exprese el compromiso de someter a mediación las controversias surgidas o que puedan surgir, se deberá intentar el procedimiento pactado de buena fe, antes de acudir a la jurisdicción o a otra solución extrajudicial. Dicha cláusula surtirá estos efectos incluso cuando la controversia verse sobre la validez o existencia del contrato en el que conste» (sobre este extremo cabe señalar que podría discutirse la validez de la cláusula en contratos tales como los de adhesión, en los que la cláusula venga impuesta por una de las partes y no haya sido libremente negociada).

Tal pacto tan solo obliga a quienes sean parte en el mismo, pero no a terceros que pudieran verse afectados por la controversia, pues no siendo parte en el contrato, el mismo no produce efectos frente a aquellos (artículo 1257 del Código Civil).

Así mismo, tal pacto tan solo obliga para las materias controvertidas que hayan sido expresamente previstas en el pacto, sin que pueda extenderse a otras, salvo que concurra la voluntad de las partes para que el pacto se extienda a esas otras materias.

## 1. La mediación como excepción declinatoria

No obstante puede ocurrir que existiendo tal pacto uno de los sujetos inicie actuaciones judiciales sobre el mismo objeto que el contemplado en el citado pacto.

Con carácter previo señalar que, aun cuando el tratamiento procesal pueda ser idéntico, sin embargo no me parece apropiado incluir esta «excepción» bajo la rúbrica de la *declinatoria de jurisdicción*, pues la mediación no es una jurisdicción distinta, ni siquiera otro orden jurisdiccional.

Hecha esta puntualización decir que la declinatoria no puede ser apreciada de oficio. El artículo 38 de la Ley de Enjuiciamiento Civil alude a que, solo en los supuestos contemplados en los artículos 36 y 37 puede ser apreciada de oficio la falta de jurisdicción (y en ninguno de dichos preceptos se contempla que las partes hayan sometido el conflicto a mediación).



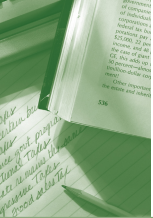
La excepción de declinatoria actúa siempre que la parte a quien interese lo invoque mediante declinatoria (artículo 10.2.º de la Ley 5/2012), y en el mismo sentido se regula en la Ley de Enjuiciamiento Civil en el artículo 39, modificado por la Disposición final segunda de la Ley 5/2012, para dar cabida a la declinatoria por haber sido sometida la cuestión objeto del procedimiento entablado a mediación.

Ahora bien, puede ocurrir que el objeto del procedimiento iniciado judicialmente no coincida exactamente con el objeto sometido a mediación, como sucedería de haberse acumulado nuevas acciones en el procedimiento judicial no contempladas en el pacto de mediación. El artículo 19.1 c) dispone que en el acta de la sesión constitutiva deberá hacerse constar el objeto del conflicto que se somete a mediación. El pacto de sometimiento a mediación también deberá contener de forma clara qué supuestos (controversias) son los que, en su caso, serían objeto de una futura mediación.

***El pacto de sometimiento a mediación también deberá contener de forma clara qué supuestos (controversias) son los que, en su caso, serían objeto de una futura mediación***

En tal caso, de prosperar la declinatoria tan solo debiera afectar a aquellas cuestiones que, según lo pactado, debieran ser objeto del procedimiento de mediación, pero no al resto, pues no existe acuerdo de voluntades respecto a las otras materias, y no cabría una interpretación extensiva del pacto.

El hecho de someter una cuestión controvertida a mediación para el caso de que surja el conflicto, no autoriza a interpretar que las partes quisieron extender el procedimiento de mediación a cualquier conflicto que



## Incidencia de la mediación en el proceso civil

podiera surgir entre quienes suscribieron el pacto. Debe acudirse a las normas de interpretación de los contratos, debiendo estarse a lo realmente querido y no pretender, si no existe base para ello, que se integren en el pacto de sometimiento a mediación controversias no contempladas en el acuerdo inicial.

El artículo 65.2.º de la Ley de Enjuiciamiento Civil dispone que, caso de ser apreciada la excepción, esto es, la existencia de pacto de sometimiento a mediación, el tribunal dictará auto absteniéndose de conocer y sobreseyendo el proceso. Caso de existir materias que no se contemplaron en el acuerdo de sometimiento a mediación, el sobreseimiento será parcial, pudiendo el tribunal seguir conociendo de aquellas materias no sujetas a dicho pacto, es decir, no contempladas en el acuerdo de mediación.

Sin embargo, la parte deberá analizar la oportunidad de plantear la declinatoria para hacer valer el pacto cuando es conocida la voluntad firme de la parte contraria de no someterse al procedimiento de mediación. Y ello por cuanto que, dado el carácter voluntario de la mediación y con base en lo dispuesto en el artículo 6.3 de la Ley, según el cual nadie puede ser obligado a mantenerse en un procedimiento de mediación ni a concluir un acuerdo, ello supondría una dilación del resultado final de la controversia<sup>8</sup>.

### 2. Mediación y medidas cautelares

El artículo 10.2 de la Ley 5/2012 dispone que, iniciado el procedimiento de mediación y en tanto se desarrolle el mismo, las partes no podrán ejercitar entre sí ninguna acción judicial o extrajudicial en relación con lo que sea objeto de la mediación.

Con ello, además de potenciar la mediación y favorecer la posibilidad de que las partes puedan dar solución

al conflicto por sí mismas sin necesidad de que un tercero imponga la solución, se pretende evitar que, en tanto se desarrolle la misma, no se acuda a la vez a otra vía de solución del conflicto, pues ello interferiría de forma notable en el desarrollo de la mediación ya iniciada.

Sin embargo, si bien puede parecer acertada la posibilidad de que cualquiera de las partes, no obstante acudir al procedimiento de mediación, puedan acudir a la vía judicial para instar medidas tendentes a garantizar sus bienes y/o derechos y que los mismos no puedan verse perjudicados por el inicio del procedimiento de mediación, sin embargo va a resultar difícil ejercitar tal opción en la práctica.

Con la adopción de tales medidas se pretende que quien acude de buena fe al procedimiento de mediación, se vea protegido de alguna forma frente a conductas o actuaciones de la parte contraria que pudieran poner en peligro la satisfacción de sus legítimas expectativas, o bien de ver afectados sus bienes o derechos por el mero transcurso del tiempo.

No obstante esta previsión legal, la disposición final segunda de la Ley 5/2012 no prevé ninguna modificación de los preceptos de la Ley de Enjuiciamiento Civil que regulan las medidas cautelares, para conjugar dicha posibilidad con la regulación procesal de la adopción de dichas medidas cautelares.

El mayor obstáculo va a ser de carácter temporal. Como es sabido, las medidas cautelares se podrán solicitar al tiempo de interponer la demanda, o con anterioridad a la interposición de la misma (730.4.º prevé también la posibilidad de interponerlas con posterioridad a la presentación de la demanda, cuando la petición se base en hechos y circunstancias que justifiquen la solicitud en esos momentos).

De solicitarse las medidas cautelares junto con la demanda principal, una vez acordadas las mismas, si posteriormente se suspende el procedimiento judicial de común acuerdo por las partes para acudir al procedimiento de mediación (artículo 19 de la Ley de Enjuiciamiento Civil), nada obsta al mantenimiento de las medidas, que mantendrán su vigencia siempre que el procedimiento no quede suspendido por un período superior a los seis meses (artículo 731.1.º Ley de Enjuiciamiento Civil).

Cuestión distinta es que las medidas se soliciten con carácter previo a la interposición de la demanda, pues en este caso la Ley de Enjuiciamiento Civil limita la vigencia de las mismas, ya que de no interponerse la demanda en los veinte días siguientes a su adopción, las medidas adoptadas quedarán sin efecto.

La virtualidad práctica de la previsión legal, en tal caso, esto es, cuando se solicitan las medidas con carácter previo a la demanda, es prácticamente nula, al no haberse previsto posibilidad de prorrogar la vigencia de las medidas en tanto se sustancia el procedimiento de





mediación<sup>9</sup>. Esta falta de previsión puede perjudicar de forma notable el acceso de las partes a la mediación, pues de existir alguna reserva ante la actitud de la parte contraria o ante el temor de que sus bienes o derechos pudieran verse perjudicados por el transcurso del tiempo en tanto se desarrolla el procedimiento de mediación, la parte preferirá acudir a la vía judicial, instando la adopción de medidas cautelares que garanticen la ejecución de una posible sentencia posterior favorable a sus pretensiones, antes de acudir al procedimiento de mediación, pues el mismo no garantiza la adopción del acuerdo y de acudir al mismo podría ver frustradas sus expectativas en un futuro procedimiento judicial, al no haber podido adoptar medidas que garantizasen sus derechos en tanto subsiste la controversia.

No obstante, entendemos que nada obsta a que sean los propios sujetos de la mediación quienes pudiesen adoptar alguna medida tendente a garantizar los bienes o derecho de alguno de ellos, en tanto se sustancia el procedimiento de mediación, si bien la medida acordada no podría ser de las que precisan de la intervención judicial para su adopción.

Hay quien propone que pudiera habilitarse al mediador para adoptar «medidas de aseguramiento» cuando su finalidad sea garantizar la eficacia del acuerdo final obtenido en mediación<sup>10</sup>; si bien, a mi juicio dicha facultad altera la función del mediador, pues su rol no es sino el de un facilitador de la comunicación entre las partes, estando el mismo obligado por ley a guardar una posición neutral, no pudiendo adoptar decisiones de ninguna índole; y de facultarle para adoptar medidas de aseguramiento se estaría desvirtuando la naturaleza de la actividad del mediador.

A efectos de favorecer la posibilidad de que puedan adoptarse medidas cautelares previas a la iniciación de un procedimiento de mediación y sin haber iniciado la vía judicial, quizás lo más práctico sería dar nueva regulación al artículo 731 y prever la posibilidad de mantener la vigencia de las medidas aun cuando se inicie procedimiento de mediación, con suspensión del plazo para interponer la demanda.

### 3. Efectos de la mediación sobre los plazos de prescripción y caducidad

La Directiva 2008/52/CE, en su Considerando 24 insta a los Estados miembros a garantizar que sus normas sobre plazos de caducidad y prescripción no impidan a las partes recurrir a los tribunales o al arbitraje en caso de que fracase el intento de mediación, y ello con la finalidad de alentar a las partes a hacer uso de la mediación, lo que concreta ya posteriormente en su articulado<sup>11</sup>.

La Ley estatal de mediación, en cumplimiento de la norma comunitaria regula esta materia en su artículo 4, al disponer que, la solicitud de inicio de la mediación suspenderá la prescripción o la caducidad de acciones

desde la fecha en la que conste la recepción de dicha solicitud por el mediador, o el depósito ante la institución de mediación, en su caso. Reanudándose los plazos si en los quince días naturales a contar desde la recepción de la solicitud de inicio de la mediación no se firmase el acta de la sesión constitutiva.

Se cumple con ello la finalidad pretendida pues con ello se garantiza a las partes que el hecho de iniciar un procedimiento de mediación no va a suponer una merma de sus derechos al quedar en suspenso los plazos de caducidad y prescripción, evitando así la tentación de acudir al procedimiento de mediación con fines dilatorios, para intentar que opere el transcurso del tiempo a favor de alguna de las partes.

No obstante debe aludirse al artículo 22.2 de la Ley 5/2012, que debiera haber previsto un plazo para nombrar nuevo mediador en caso de renuncia del que fue nombrado para continuar el procedimiento, pues el citado precepto señala que el procedimiento de mediación terminará (y con ello se volverán a reanudar los plazos de prescripción y caducidad) cuando no se llegue a nombrar un nuevo mediador; pero para evitar que surjan situaciones conflictivas, debiera haberse fijado un plazo para que, de haber renunciado el mediador, si no se nombra a uno nuevo en el plazo fijado, se diera por terminado el procedimiento de mediación. Con la redacción actual, alguna de las partes puede utilizar esta vía para alargar de forma artificial los plazos de prescripción o caducidad, pues le bastará con adoptar una actitud pasiva u obstruccionista para que se haga efectivo dicho nombramiento, con el consiguiente efecto de mantener en suspenso los plazos de prescripción o caducidad.

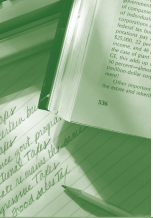
### 4. Suspensión de procedimiento judicial por sometimiento de las partes a mediación

Cuestión distinta es la contemplada en el artículo 16.3 de la Ley 5/2012, que dispone que «Cuando de manera voluntaria se inicie una mediación estando en curso un proceso judicial, las partes de común acuerdo podrán solicitar su suspensión de conformidad con lo dispuesto en la legislación procesal».

En este supuesto, no se contempla la existencia de pacto previo de sometimiento a mediación, sino que, iniciado el procedimiento judicial, las partes intentan solucionar la controversia recurriendo al procedimiento de mediación. En tales casos, habiendo sido solicitada la suspensión por todas las partes personadas en el procedimiento judicial ya iniciado, dado el poder de disposición que les reconoce la Ley de Enjuiciamiento Civil (artículo 19) el tribunal habrá de acceder a la suspensión interesada.

En todo caso, y de conformidad a lo dispuesto en el artículo 19.4 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, el plazo por el que se acuerde la suspensión no podrá exceder de sesenta días. Esta limitación temporal no tendrá ma-





## Incidencia de la mediación en el proceso civil

yores consecuencias prácticas, pues si las partes continúan en el procedimiento de mediación, la suspensión del proceso, una vez transcurridos los sesenta días, se procederá al archivo provisional del mismo, si bien en tal caso comienza a operar el plazo de caducidad de la instancia, que es de dos años para la primera instancia, plazo que, en todo caso, mucho más amplio que el que haya podido fijarse por las partes para llevar a cabo el procedimiento de mediación.

Cabe pensar que, en base a la buena fe que debe presidir las relaciones entre las partes, las mismas pongan en conocimiento del tribunal que esté conociendo del asunto, la decisión adoptada de acudir a la mediación. Ello no obstante, puede ocurrir que dicha circunstancia no llegue a conocimiento del tribunal, en cuyo caso éste, por imperativo legal, debe continuar el procedimiento. Debe tenerse en cuenta la redacción del precepto, según el cual, «las partes podrán solicitar la suspensión...» pero no impone a las partes la obligación de instar la suspensión.

Esto que, de un lado, puede parecer respetuoso con el principio de voluntariedad de la mediación (artículo 6 de la Ley), sin embargo puede provocar situaciones no deseadas, pues ya sea por dejadez de las partes, o por intención de alguna de ellas, cabe que la solicitud de suspensión no llegue a conocimiento del tribunal.

Las soluciones serán distintas según el procedimiento en que nos encontremos y la fase procesal en que se encuentre el mismo. La situación más grave puede darse cuando la cuestión se ventila por los cauces del procedimiento verbal sin contestación escrita, pues de estar señalada la vista, y llegada la fecha de la misma, el juicio se celebrará tan solo con la parte que asista a la vista, que será quien únicamente podrá proponer pruebas con la consiguiente ventaja que ello conlleva en orden a la obtención de un resultado favorable (caso de no compa-

recer ninguna de las partes no se plantearía el problema, pues se tendría al actor por desistido). La celebración del juicio sería válida por cuanto, como queda dicho, el tribunal, desconociendo que las partes han acudido a mediación y no habiendo sido solicitada la suspensión por ninguna de las partes, no tiene base legal para suspender el curso de las actuaciones.

Cuestión distinta sería a la posibilidad de que la parte que se haya visto perjudicada pueda ejercer acciones legales frente a la contraria por la posible mala fe con que se haya conducido y los perjuicios que ello le haya podido ocasionar, al ocultar al tribunal la existencia del procedimiento de mediación.

### III. EFICACIA DEL ACUERDO ALCANZADO EN MEDIACIÓN

#### 1. La mediación como fuente de título ejecutivo

El recurso de la mediación, como pone de manifiesto la Directiva 2008/52/CE (Considerando 19) no debe considerarse como una alternativa peor que el proceso judicial, por el hecho de que el cumplimiento del acuerdo alcanzado en mediación dependa de la buena voluntad de las partes, y en consecuencia prevé en su artículo 6 que las partes puedan solicitar que se dé carácter ejecutivo al acuerdo con la finalidad de garantizar su cumplimiento.

*El acuerdo al que se llega tras un procedimiento de mediación es vinculante para las partes, y así debe ponerlo de manifiesto el mediador a las mismas*

El acuerdo al que se llega tras un procedimiento de mediación es vinculante para las partes, y así debe ponerlo de manifiesto el mediador a las mismas (artículo 23.3.º de la Ley 5/2012).

Es una afirmación habitual la de que los acuerdos alcanzados a través de un procedimiento de mediación se suelen cumplir de forma voluntaria<sup>12</sup>, pero en todo caso, no puede desconocerse la posibilidad de que, alcanzado un acuerdo, una de las partes no cumpla lo estipulado y el acreedor de la prestación quiera hacer valer su derecho acudiendo a la jurisdicción ordinaria, y así lo contempla el artículo 6 de la Directiva 2008/52/CE, y a la ejecución de los acuerdos dedica la Ley 5/2012 el Título V<sup>13</sup>.

Como ya hemos adelantado, el acuerdo alcanzado en un procedimiento de mediación puede serlo, bien en un procedimiento de mediación iniciado al margen de actuaciones judiciales, o bien estando en trámite un procedimiento judicial, respecto del que se haya solicitado



su suspensión para acudir al procedimiento de mediación.

#### A) Acuerdo adoptado por mediación preprocesal

La elevación a público del acuerdo alcanzado en mediación es potestativo para los sujetos en conflicto (artículo 25.1.º de la Ley). Quiere ello decir que el acuerdo suscrito entre los sujetos de la mediación es vinculante para ellos, pues tratándose de materias disponibles para las partes, dicho acuerdo tiene naturaleza contractual, y de conformidad a lo dispuesto en el artículo 1.091 del Código Civil, las obligaciones que nacen de los contratos tienen fuerza de ley entre las partes contratantes y deben cumplirse al tenor de los mismos.

Sin embargo, la Ley 5/2012, con la reforma operada en su disposición final 2.º, refuerza la obligatoriedad de estos pactos, por cuanto los equipara a los títulos judiciales en cuanto a los trámites a seguir para caso de incumplimiento, si bien para ello será condición indispensable que el acuerdo sea elevado a escritura pública.

Sobre este particular señala el citado artículo 25 que el acuerdo será presentado por las partes ante un notario, con copia de las actas de la sesión constitutiva y final del procedimiento, sin que sea necesaria la presencia del mediador.

#### B) Elevación a escritura pública del acuerdo de mediación preprocesal: título ejecutivo

Como primera cuestión cabe plantear si es necesaria la presencia de las dos partes o bastará incluir una cláusula que permita elevar a público el acuerdo por uno de los sujetos con el consentimiento del otro. A mi juicio esta última opción sería perfectamente viable a la vista de la previsión contenida en el artículo 6 de la Directiva 2008/52/CE, según el cual «Los Estados miembros garantizarán que las partes, o una de ellas con el consentimiento explícito de las demás, puedan solicitar que se dé carácter ejecutivo al contenido de un acuerdo escrito resultante de una mediación». Esto es, las partes podrán pactar en el acuerdo de mediación que en el mismo se haga constar la autorización expresa de uno de ellos a la otra parte para que esta última pueda elevar a público el acuerdo alcanzado, sin que sea necesaria su presencia ante el notario para el otorgamiento de escritura pública.

Ello no obstante, en la documentación que se acompañe para elevar a público el acuerdo deberán incorporarse cuantos documentos sean necesarios para que el notario pueda apreciar la validez y eficacia de dicha cláusula, junto con los demás documentos necesarios para el otorgamiento de escritura pública respecto del acuerdo alcanzado.

Añade el apartado 2.º del artículo 25 de la Ley de mediación que el notario, para elevar a público el acuer-

do de mediación, verificará el cumplimiento de los requisitos exigidos en la ley y que el contenido del acuerdo no es contrario a derecho.

Sobre el primer punto decir que, con la documentación que se le aporta, actas inicial y final del procedimiento de mediación, difícilmente el notario va a poder controlar que se hayan cumplido los requisitos legalmente establecidos.

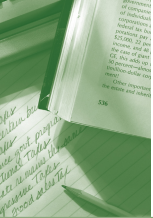
Así, por ejemplo, no es necesario que el mediador esté presente en el otorgamiento de la escritura pública, como tampoco exige el artículo 19 de la Ley 5/2012 que se haga constar en el acta de la sesión constitutiva su acreditación, por lo que el notario no podrá constatar si la mediación se ha llevado a cabo por persona legalmente habilitada para ello.

Por lo que se refiere al control del contenido del acuerdo, habrá de estarse a lo dispuesto en el artículo 176 del Reglamento Notarial, según el cual «La parte contractual se redactará de acuerdo con la declaración de voluntad de los otorgantes o con los pactos o convenios entre las partes que intervengan en la escritura cuidando el Notario de reflejar con la debida claridad y separadamente los que se refieran a cada uno de los derechos creados, transmitidos, modificados o extinguidos, como asimismo el alcance de las facultades, determinaciones y obligaciones de cada uno de los otorgantes o terceros a quienes pueda afectar el documento, las reservas y limitaciones, las condiciones, modalidades, plazos y pactos o compromisos anteriores».

En el supuesto de que una de las partes no preste su consentimiento para elevar a público el acuerdo alcanzado en mediación, y aun cuando el acuerdo tiene carácter vinculante para las partes, al no ser otorgada escritura pública, el mismo carecerá de fuerza ejecutiva, por lo que, ante la falta de cumplimiento voluntario, la parte que pretenda hacerlo efectivo podrá acudir al proceso declarativo correspondiente para hacer valer el acuerdo alcanzado.

Formalizada la escritura pública, en su caso, la Disposición final segunda de la Ley 5/2012 da una nueva redacción al artículo 556.1.º de la Ley de Enjuiciamiento Civil, para equiparar el acuerdo de mediación a las resoluciones procesales, con el efecto de limitar los motivos de oposición del demandado, que tan solo podrá alegar el pago o cumplimiento de lo acordado, que habrá de justificar documentalmente.

En todo caso, para despachar ejecución será necesario acompañar a la demanda ejecutiva copias de las actas de la sesión constitutiva y final del procedimiento de mediación<sup>14</sup> según la nueva redacción dada al artículo 550.1.1.º de la Ley de Enjuiciamiento Civil, si bien el artículo 548 dispone que no podrá instarse la ejecución sino transcurridos veinte días «a aquel en que la resolución de condena sea firme, o la resolución de aprobación del convenio o de firma del acuerdo haya sido noti-



## Incidencia de la mediación en el proceso civil

ficada al ejecutado». A la vista de esta nueva redacción del precepto no queda claro cuándo se inicia el plazo de los veinte días para poder instar la ejecución del acuerdo de mediación, pues a la firma del acuerdo habrá acudido el ejecutado, ya sea personalmente o representado, por lo que no parece necesario que sea necesario notificarle nuevamente tal evento. En todo caso tal previsión tendría sentido si se admite que la escritura pública pudiera ser otorgada por una de las partes con el consentimiento del otro, en cuyo caso cabría interpretar a la luz de este precepto, que el plazo para interponer la demanda ejecutiva se iniciaría al día siguiente de que el demandado tuviese conocimiento de dicho otorgamiento.

### C) *Acuerdo adoptado estando en trámite un procedimiento judicial: la homologación judicial*

En este caso el acuerdo se adopta tras un procedimiento de mediación que se ha iniciado estando en trámite un procedimiento judicial. Debe, en consecuencia, con carácter previo, procederse a la suspensión del procedimiento, a petición de las partes, como previene el artículo 19.4.º de la Ley de Enjuiciamiento Civil. En otro caso pueden darse las circunstancias ya expuestas al analizar el artículo 16.3.º de la Ley de mediación, pues la suspensión del procedimiento por esta circunstancia no puede ser acordada de oficio por el tribunal.

↪ ***Aun cuando nada dice al respecto la Ley de mediación, el acuerdo que pudiera alcanzarse a través de la mediación no podrá referirse a materias que no fueron objeto del procedimiento judicial en curso***

Aun cuando nada dice al respecto la Ley de mediación, el acuerdo que pudiera alcanzarse a través de la mediación no podrá referirse a materias que no fueron objeto del procedimiento judicial en curso. Y ello por cuanto no cabe olvidar que las partes suscriben un acuerdo en el que fijan cuál va a ser el objeto de la mediación [artículo 19.1 c) de la Ley de mediación], y como tal acuerdo, las partes deben atenerse al mismo, por lo que para modificar el objeto, debe concurrir el acuerdo de voluntades de todos los intervinientes en el mismo.

Diferente tratamiento habrá de darse si nos encontramos ante una mediación extrajudicial, pues en tal caso, una vez concretado el objeto de la mediación ex artículo 19.1 c) de la Ley, nada obsta a que el mismo se amplíe, previo acuerdo de todas las partes, incluido el mediador, pues supone una alteración del objeto del contrato inicialmente pactado, y es preciso no solo el consentimiento de las partes, sino también del mediador, pues necesariamente la modificación y/o ampliación de dicho objeto va a tener consecuencias directas en la actuación del mediador, y por ende, en las obligaciones que él mismo asume.

Pero ya, por lo que afecta al procedimiento judicial, debe señalarse que el artículo 401 Ley de Enjuiciamiento Civil con relación al procedimiento ordinario, impide la ampliación de la demanda una vez contestada la misma y el artículo 438, con relación al procedimiento verbal, no regula la ampliación de demanda, y por ende, está excluida, pues la ampliación de demanda no es sino una acumulación de acciones, y habrá que acudir a las reglas generales sobre ampliación de la demanda, y más concretamente al artículo 71.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, según el cual el actor podrá acumular en la demanda (no en un momento posterior) cuantas acciones le competan contra el demandado, por lo que de la interpretación de dicho artículo no cabe sino excluir la ampliación de la demanda en el juicio verbal.

De ello se concluye que, iniciada la mediación, estando en trámite un procedimiento judicial y conformada ya la relación jurídico-procesal, no cabe ampliar el objeto del mismo, sin perjuicio de la posibilidad de desistirse del procedimiento judicial, y continuar el procedimiento de mediación con el objeto que conformen las partes.

Habiéndose solicitado la suspensión del procedimiento judicial en curso, para acudir al procedimiento de mediación, una vez finalizada la misma, cabe solicitar la reanudación del procedimiento, si bien dicha reanudación tendrá distinto contenido y alcance dependiendo si la mediación ha dado resultado positivo o no; y en el primer caso si el acuerdo fue total o parcial respecto de todos las cuestiones sometidas a mediación.

Si la mediación finaliza sin acuerdo, las partes pueden solicitar la reanudación del procedimiento judicial, que se reiniciará en el estado en que hubiese quedado tras la suspensión acordada a petición de las partes, continuando el procedimiento declarativo (o de ejecución) por sus trámites.

Si la mediación culmina con éxito, dispone el art. 25.4 que «cuando el acuerdo se hubiese alcanzado en una mediación desarrollada después de iniciar un proceso judicial, las partes podrán solicitar del tribunal su homologación de acuerdo con lo establecido en la Ley de Enjuiciamiento Civil».

De la redacción del precepto parece desprenderse que en todo caso, el acuerdo alcanzado comprende todas las materias objeto de controversia, si bien, el art. 23.1 de la Ley prevé la posibilidad de que el acuerdo al que se llegue a través del procedimiento de mediación pueda versar sobre algunas de las materias controvertidas, pudiendo no haber acuerdo sobre otras. Así el citado precepto dispone que «El acuerdo puede ser total o parcial».

En el supuesto de que el acuerdo sea total, debe distinguirse si las materias objeto de mediación son o no disponibles para las partes.

En el primer supuesto (materias disponibles para las partes), una vez alcanzado el acuerdo, se pone de manifiesto al tribunal que procederá a su homologación, salvo en los supuestos previstos en el artículo 19.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, esto, cuando la ley lo prohíba o establezca limitaciones por razones de interés general o en beneficio de tercero.

A la misma conclusión se llega por aplicación del artículo 1255 del Código Civil, y en consecuencia el acuerdo alcanzado no podrá ser contrario a la ley, a la moral o al orden público.

Homologado el acuerdo, se pone fin al procedimiento. La resolución que lo homologue revestirá la forma de auto (según dispone la regla 2.ª de artículo 206.1.º de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en su redacción dada por la Disposición Final 2.ª, apartado 6 de la Ley 5/2012).

Si el acuerdo alcanzado en mediación es parcial, se someterá al tribunal, si bien solo respecto de la materia concreta sobre la que verse el mismo, continuando las actuaciones judiciales respecto de aquellas otras cuestiones sobre las que no se haya alcanzado acuerdo. En todo caso, por aplicación analógica del artículo 21.2.º de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en este caso será necesario que por la naturaleza de las pretensiones sea posible un pronunciamiento separado que no prejuzgue las restantes cuestiones sobre las que no existe acuerdo.

Cuando se trata de materias sobre las que las partes tienen limitado su poder de disposición, por afectar a menores o incapacitados (en la terminología usada por el artículo 749 de la Ley de Enjuiciamiento Civil), será preciso que, previo a la homologación judicial del acuerdo, se dé traslado del mismo al Ministerio Fiscal para que informe sobre el contenido del mismo, pues en este tipo de procedimientos su intervención es preceptiva, de conformidad a lo dispuesto en el citado artículo 749. En todo caso su informe no es vinculante, pero si entiende que el acuerdo puede ser perjudicial a los intereses de los menores o incapaces que se vean afectados por dicho acuerdo, estará legitimado para impugnar la resolución que homologue el acuerdo.

El auto que homologue los acuerdos alcanzados en mediación tendrá fuerza ejecutiva, de conformidad a lo dispuesto en el artículo 517.1.3.º de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

## 2. Efectos de la mediación sobre el proceso de ejecución

### A) Competencia territorial en ejecución de un acuerdo obtenido en mediación

El apartado 2.º del art. 26 atribuye la competencia para ejecutar los acuerdos formalizados tras un procedimiento de mediación (mediación extrajudicial) al juzga-



do de 1.ª Instancia del lugar en que se hubiera firmado el acuerdo de mediación.

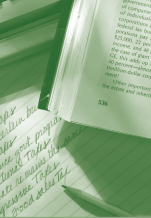
La misma previsión se contiene en el artículo 545.2.º de la Ley de Enjuiciamiento Civil (en su redacción dada por la Disposición final segunda, apartado 18 de la Ley 5/2012).

Debe matizarse que, en ambos preceptos, se alude al lugar en que se haya firmado el acuerdo de mediación, no al lugar en que se haya elevado a público el acuerdo, que puede no coincidir. De otro lado el artículo 23.1.º de la Ley dispone que en el acuerdo de mediación deberá constar, entre otros aspectos, el lugar y fecha en que se suscribe.

Las dudas sobre en qué lugar se entiende celebrado el acuerdo de mediación pueden suscitarse cuando se trata de mediación *on line* (así el artículo 24.2.º de la Ley alude a la posibilidad de llevar a cabo el procedimiento de mediación por medios electrónicos), o cuando el procedimiento de mediación se efectúa en lugares distintos, pues si bien el artículo 19.1 g) dispone que en la sesión constitutiva se determinará el lugar de celebración y lengua del procedimiento, sin embargo de ello no se colige que para que la mediación tenga lugar, los sujetos en conflicto tengan que estar en el mismo lugar, pues nada obsta a que pueda celebrarse por medios telemáticos, siempre que quede debidamente garantizada la identidad de las partes. Así el artículo 24.1.º de la Ley dispone que «Las partes podrán acordar que todas o algunas de las actuaciones de mediación, ..., se lleven a cabo por medios electrónicos, por videoconferencia u otro medio análogo de transmisión de la voz o la imagen, siempre que quede garantizada la identidad de los intervinientes....».

En tales casos, de conformidad a lo dispuesto en el artículo 1262 del Código Civil y 54 del Código de Co-





## Incidencia de la mediación en el proceso civil



mercio redactado según Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico, cabe entender que el contrato se presume celebrado en el lugar en el que se hizo la oferta.

Lo expuesto vale para los acuerdos de mediación alcanzados extrajudicialmente. Cuestión distinta es la referida al acuerdo de mediación intrajudicial, en cuyo caso la competencia para su ejecución se atribuye al juzgado de primera instancia del lugar en que se hubiera firmado el acuerdo de mediación.

Sin embargo tal previsión se aviene mal con lo dispuesto en el artículo 26.1.º de la Ley 5/2012, pues dispone dicho precepto que «La ejecución de los acuerdos resultados de una mediación iniciada estando en curso un proceso se instará ante el tribunal que homologó el acuerdo».

Lo normal suele ser que el acuerdo se alcance estando el procedimiento en primera instancia, pero nada obsta a que las partes puedan alcanzar el acuerdo estando el procedimiento en segunda instancia o en ejecución de sentencia, como previene el artículo 19.3.º, por lo que se plantea la duda de si homologado el acuerdo por el tribunal de segunda instancia, la competencia para la ejecución viene atribuida al juzgado de primera instancia del lugar en que se firmó el acuerdo, de conformidad a lo dispuesto en la Ley de Enjuiciamiento Civil, o deberá ser el tribunal de apelación quien lo ejecute, tal y como previene el artículo 26.1.º de la Ley 5/2012.

Ciertamente, todo parece indicar que se trata de un error del legislador, pues la competencia funcional para la ejecución de las resoluciones procesales viene atribuida a los órganos de primera instancia, pero en todo caso, con la actual redacción del artículo 26.1º de la Ley de mediación la duda queda planteada.

### B) Caducidad de la acción ejecutiva fundada en un acuerdo obtenido en mediación

La Disposición final segunda de la Ley 5/2012 modifica el artículo 518 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, según el cual, «la acción ejecutiva fundada en acuerdo de mediación caducará si no se interpone la correspondiente demanda ejecutiva dentro de los cinco años siguientes a la firmeza de la sentencia o resolución».

Dicha redacción adolece de cierta deficiencia técnica, pues el acuerdo de mediación no adquiere firmeza, como sucede con las resoluciones judiciales. Cabe pues, plantearse, cuál será el inicio de dicho plazo de caducidad (*dies a quo*).

Dado que el acuerdo alcanzado en un procedimiento de mediación adquiere fuerza ejecutiva desde que es elevado a escritura pública, el *dies a quo* debe entenderse que será el siguiente al de su otorgamiento.

Ahora bien, conviene matizar que la caducidad de la acción ejecutiva no comienza sino desde que se eleva a público el acuerdo, no desde la firma del acuerdo, y ello por cuanto el acuerdo en sí carece de fuerza ejecutiva hasta tanto sea elevado a público.

La cuestión no plantea mayores problemas cuando se trata de acuerdos que conlleven la obligación dineraria o de una única prestación de hacer.

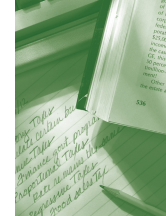
Surgen de nuevo los problemas cuando nos encontramos ante acuerdos que contengan la obligación de realizar una prestación periódica (v. gr. el pago de una pensión compensatoria) o impongan la obligación de realizar una prestación futura. En estos casos el plazo de caducidad comenzaría a computarse desde el momento en que se produzca el incumplimiento del obligado a realizar la prestación.

Lo mismo cabe decir cuando se trata de obligaciones negativas o se establece una obligación de no hacer. Así, si se acuerda que una parte deberá permitir a la otra el paso por su predio, el plazo de caducidad empezaría a correr desde el momento en que el obligado a permitir el paso, realizase cualquier acto tendente a obstaculizar el mismo.

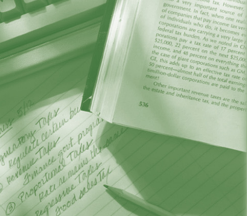
## NOTAS

1 En este sentido señala STEINBERG (1980, pág. 261) que una solución jurídica que ignora las necesidades psicológicas del

cliente es tan inadecuada como una solución psicológica que entra en conflicto con las necesidades jurídicas del cliente.



- 2 La Directiva 2008/52/CE sí da una definición en su artículo 3, al establecer que se entiende por mediador a todo tercero a quien se pida que lleve a cabo una mediación de forma eficaz, imparcial y competente, independiente de su denominación, profesión en el Estado miembro en cuestión y del modo en que haya sido designado o se le haya solicitado que lleve a cabo la mediación.
- 3 En este sentido la Disposición adicional primera de la Ley 5/2012 poco aclara al establecer que «Las instituciones o servicios de mediación establecidos o reconocidos por las Administraciones públicas de acuerdo con lo dispuesto en las leyes podrán asumir las funciones de mediación previstas en esta Ley siempre que cumplan las condiciones establecidas en la misma para actuar como instituciones de mediación». En tanto que la Disposición final octava prevé que el Gobierno, a iniciativa del Ministerio de Justicia, pueda determinar la duración y contenido mínimo de los cursos que deban realizar los mediadores para adquirir la formación necesaria, así como la formación continua que deban recibir.
- 4 El Ministro de Justicia, en la convalidación del Real Decreto-Ley 5/2012, de 5 de marzo (Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados, Num. 23, Sesión plenaria num. 22 celebrada el 29 de marzo de 2012, pág. 6), llega a afirmar que el cumplimiento voluntario de los acuerdos de mediación alcanza el 98%. Ello no obstante es lo cierto que no existen, o al menos no se han encontrado, estadísticas publicadas sobre tal extremo. Las únicas estadísticas a las que se ha podido tener acceso, que publica el Consejo General del Poder Judicial, alude a los procedimientos derivados a mediación, porcentaje de acuerdos alcanzados y tipo de procedimientos en que se llevó a cabo la derivación, pero no se realiza un seguimiento sobre el cumplimiento de los acuerdos alcanzados en mediación, o las ejecuciones incoadas derivadas del incumplimiento de los acuerdos de mediación.
- 5 Sobre esta circunstancia es de destacar que la diputada Sra. Monserrat Monserrat en el debate correspondiente a la tramitación de la proposición no de ley de creación de una ley de mediación familiar —diario de sesiones del Congreso de 3 marzo 2009— señalaba que la mediación sigue siendo la gran desconocida para la mayoría de los ciudadanos, incluso en aquellas comunidades autónomas donde está regulada.
- 6 Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados, Núm. 23, Sesión plenaria num. 22 celebrada el 29 de marzo de 2012, pág. 4).
- 7 El artículo 8 del Proyecto de Ley de mediación en asuntos civiles y mercantiles remitido a las Cortes Generales en 2011 disponía en su inciso final «En la mediación familiar se debe tener presente el interés superior del menor».
- 8 Por su parte el profesor PALAO MORENO («Autonomía de la voluntad y conflictos transfronterizos en el Real Decreto-Ley 5/2012», *Diario La Ley* n.º 7847, Sección Tribuna, 27 de abril de 2012) cuestiona el carácter obligatorio de este pacto, en línea que con la libre disposición de este mecanismo, pues señala que será «únicamente durante el tiempo en que se vaya a desarrollar la mediación y no con anterioridad a su inicio —esto es, una vez celebrado el pacto—, se podrá impedir la interposición de acciones judiciales en relación con el objeto de la mediación mediante la declinatoria, tal y como recuerda el artículo 10.2».
- 9 Aun cuando la cuestión es controvertida, entendemos que el inicio del procedimiento de mediación no supone la suspensión de los plazos procesales, pues como señala CUOMO ULLOA (*La mediazione nel processo civile informato*, Torino, 2011, pág. 139) la interrupción de los plazos ha de entenderse referida a la caducidad sustancial y no a la procesal.
- 10 En este sentido se pronuncia Fernando MARTÍN DÍZ, «La Mediación: sistema complementario de la administración de justicia», Madrid, 2010, págs. 120 y ss.
- 11 El artículo 8 de la Directiva dispone que «Los Estados miembros garantizarán que el hecho de que las partes que opten por la mediación con ánimo de solucionar un litigio no les impida posteriormente iniciar un proceso judicial o un arbitraje en relación con dicho litigio por haber vencido los plazos de caducidad o prescripción durante el procedimiento de mediación».
- 12 Como ya se dijo (Cfr. Nota 2) no se han encontrado estadísticas en España acerca del cumplimiento de los acuerdos alcanzados en mediación. En 2008 el Ministerio de Justicia de Chile encargó una auditoría externa al sistema licitado de mediación familiar, que entre otros aspectos concluye «Con respecto al acuerdo alcanzado, el 56% de los encuestados manifiesta que éste se ha cumplido en su totalidad. En tanto un 44% de los encuestados manifiesta que el acuerdo no se ha cumplido en su totalidad y que, al momento de surgir inconvenientes, un 9% acude a Tribunales, en tanto el resto prefiere solucionarlos por sí mismo». Tan solo un 4% refiere que el acuerdo fue incumplido en su totalidad. (Dicho estudio se puede consultar en el siguiente enlace [http://www.mediacionchile.cl/phocadownload/estudios/EST\\_10.pdf](http://www.mediacionchile.cl/phocadownload/estudios/EST_10.pdf)).
- 13 En todo caso, el hecho de que pueda darse un bajo número de ejecuciones, no debe hacernos tener una visión cerrada que nos lleve a estimar que el cumplimiento de los acuerdos de mediación se da en un alto porcentaje, si bien cabe extraer otras conclusiones, como que las partes aprendieron a resolver sus conflictos de forma privada, sin acudir al sistema judicial para solventar la controversia.
- 14 Este requisito procesal pudiera ser reiterativo, por cuanto el artículo 25 de la Ley ya exige que dichas actas sean presentadas en la Notaría al momento de otorgar escritura pública, si bien es lo cierto que no se especifica si tales actas se insertan en dicha escritura pública.



## La ejecución del acuerdo de mediación. La elevación a escritura pública. Problemática

Luis Antonio Soler Pascual

Magistrado

### SUMARIO

- I. GENERALIDADES
- II. LA EJECUCIÓN DE ACUERDOS DE MEDIACIÓN PRONUNCIADOS EN ESPAÑA
  1. Introducción
  2. Título ejecutivo
  3. Competencia
  4. Partes
  5. Procedimiento

### I. GENERALIDADES

La ejecutividad del acuerdo de mediación y, en particular, la relación existente entre el sistema de ejecutividad ideado por el legislador del citado acuerdo y la naturaleza de la mediación, constituyen las cuestiones esenciales de este breve artículo.

De hecho, como veremos, existe una grave discrepancia entre la naturaleza de la mediación y la ejecutividad del acuerdo, discrepancia *in natura* que, desde mi punto de vista, corre el riesgo de ser el factor desencadenante del fracaso de la mediación en España en especial por cuanto supone una grave discrepancia entre el proceso para alcanzar el acuerdo de mediación y su ejecutividad como forma de pérdida de autonomía de la voluntad sobre lo decidido, que no resuelto por las partes en conflicto, aspecto que conviene recordar, la propia ley que regula la institución en nuestro Ordenamiento Jurídico —Ley 5/2012, de 5 de julio— se encarga de calificar como uno de los ejes de la mediación.

Pues bien, el conflicto al que hacemos referencia se advierte ya desde la propia consideración de la mediación en el marco de los medios de solución de conflictos y su clara diferencia con los instrumentos heterocompositivos.

No hay duda que, de todos los medios de solución de los conflictos, la heterocomposición es el más óptimo.

Su característica esencial se encuentra en el hecho de que en él se actúa a través de la intervención de un tercero imparcial, a quien las partes han acudido, tercero que se compromete o viene obligado, por razón de su oficio, a emitir una solución, cuyo cumplimiento deberán

acatar las partes, lo que hace que se sitúe o actúe no *inter partes* sino *supra partes*.

Pues bien, dos son las formas heterocompositivas previstas en los ordenamientos jurídicos: el arbitraje y el proceso. Ambas tienen la característica que hemos señalado como esencial —la intervención de un tercero imparcial—, pero presentan sin duda, diferencias. Por razones obvias —pues no es el tema— no entraremos en su análisis. Lo único que nos interesa ahora señalar es que en el arbitraje la legitimación proviene de un contrato celebrado entre las partes y el tercero, cuyo objeto es la solución de un determinado conflicto, agotándose su *auctoritas* —razón por la que es elegido o designado— con la realización del laudo o decisión arbitral, que las partes se comprometen a acatar. En el caso del proceso, el tercero imparcial es un órgano preestablecido por el Estado para conocer de todos los conflictos jurídicos que surjan en el seno de la sociedad, estando para ello revestido, no sólo de *auctoritas* sino también de *potes-tas*.

Pero la mediación no es una forma de solución de conflictos heterocompositivos. Es, dice el Preámbulo de la Ley 5/2012, una ...*fórmula de autocomposición... para la resolución de controversias cuando el conflicto jurídico afecta a derechos subjetivos de carácter disponible*, es decir, dicho de la manera más simple, un instrumento de solución de conflictos basado en el acuerdo de las partes en conflicto.

Pero la mediación para ser tal, requiere de otro elemento, a saber, la intervención de un tercero neutral.

Y es que la característica más importante de la mediación, puesta de manifiesta en el inciso final de la definición legal contenida en el artículo primero de la Ley 5/2012, y lo que a la postre la distingue tanto de la tran-

sacción como de la mera negociación o acuerdo *inter partes*, es la intervención de una tercera parte que ayuda a los individuos o grupos implicados en el conflicto a resolverlo.



**La mediación no es sino un método de solución de conflictos que se sustenta, como en el caso de los métodos heterocompositivos, en el acuerdo entre las partes en conflicto y en la intervención de un tercero**

En efecto, la mediación no es sino un método de solución de conflictos que se sustenta, como en el caso de los métodos heterocompositivos, en el acuerdo entre las partes en conflicto y en la intervención de un tercero. Pero este tercero es ajeno y neutral respecto al conflicto careciendo de poder de decisión y ello con el objetivo de facilitar que aquéllos, las partes en conflicto, lleguen por sí mismos a un acuerdo por medio de la negociación. Es lo que la Ley 5/2012 califica de imparcialidad de los mediadores en su artículo 7 —... *sin que el mediador pueda actuar en perjuicio o interés de cualquiera de ellas*— y define como posición neutral del mediador —art. 8— al señalar que las actuaciones de mediación han de desarrollarse... *de forma que permitan a las partes en conflicto alcanzar por sí mismas un acuerdo de mediación*.

Se evidencian por tanto de las citadas características de la posición del tercero, las diferencias entre la mediación y el resto de instrumentos de solución de conflictos formales de naturaleza heterocompositiva —proceso y arbitraje— pues si en todas interviene un tercero, en el caso de la mediación el tercero no es órgano decisor.

Es cierto, sin embargo, que existe un cierto confusiónismo entre la mediación y el arbitraje derivado del hecho de que en ambas instituciones se produce la intervención de un tercero elegido entre las partes, situación que conviene despejar partiendo de una idea base que es el que el mediador ha de mantener una posición neutral acerca del fondo del conflicto, sin valorar actitudes o el comportamiento de las partes, sin que pueda proponer o tomar decisiones sobre las soluciones o alternativas propuestas por las partes. Dicho de otro modo (y en ello insisto) el mediador no tiene capacidad para imponer una solución al conflicto a diferencia de lo que ocurre en el caso del arbitraje, sino simplemente ha de facilitar que las partes implicadas lleguen a un acuerdo.

Llegamos con ello al factor esencial de la mediación. Me refiero al pleno control que la mediación ofrece a las partes no solo sobre el procedimiento sino también sobre el resultado de ese procedimiento que no es vinculante ni como método ni como resultado.

Y es que esa autonomía que la mediación confiere a las partes en la decisión se proyecta tanto sobre el al-

## FICHA RESUMEN

**Título:** La ejecución del acuerdo de mediación. La elevación a escritura pública. Problemática.

**Autor:** Luis Antonio Soler Pascual.

**Resumen:** Se examina en el artículo la ejecutividad del acuerdo de mediación tomando en consideración, no sólo el contenido de la Ley de Mediación sino, en particular, la reforma que la Ley de Enjuiciamiento Civil que en su Disposición Final Tercera se acomete para adaptar la ejecución de dichos acuerdos a la ejecución de las resoluciones judiciales y arbitrales obviándose con ello, en lo que constituye el aspecto más crítico de los examinados, la naturaleza del acuerdo de mediación que se elude para, de forma global, someter la ejecución en caso de falta de cumplimiento voluntario al proceso general de ejecución civil con lo que ello supone de déficit en materia de costos, tiempo y contradicción del contenido del acuerdo.

**Palabras clave:** Acuerdo de mediación, Medio autocompositivo, Título ejecutivo, Acuerdo transfronterizo, Protocolización, Procedimiento de ejecución.

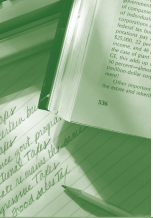
**Abstract:** This article discusses the enforceability of the mediation agreement taking into consideration, not only the content of the Mediation Act, but particularly the reform that the Civil Procedure Act, in its Third Final Provision, tackles to adapt the enforcement of those agreements to the execution of judgments and arbitrations awards, whereby ignoring, although being the most critical aspect of those examined, the nature of the mediation agreement which is evaded, on a global basis, in order to submit the enforcement in case of lack of voluntary compliance to the overall process of civil execution, with everything it entails in terms of deficit of cost, time, and contradiction of the contents of the agreement.

**Keywords:** mediation agreement, autocompositive method, writ of execution, border agreement, notarisation, enforcement procedure.

**N. del A.:** Artículo recibido en la Editorial el 26 de septiembre y aceptada su edición en las reuniones celebradas el 3 y el 9 de octubre de 2012.

cance de la decisión como sobre el procedimiento de la mediación. El legislador, gráficamente si se quiere, concentra indirectamente tal característica al definir en el Preámbulo de la Ley de Mediación como ejes de la mediación tres, a saber, la desjudicialización, la deslegalización y la desjuridificación. No ha tomado sin embargo tal consideración, al menos en toda su extensión, cuando trata la ejecución del acuerdo limitándose, como veremos, a una mera remisión al procedimiento ejecutivo de la Ley de Enjuiciamiento Civil con lo que ello supone pese a que la institución medial descansa en la libertad, mejor aún, en la autonomía de la voluntad, dado que la libertad, como dice MONTERO AROCA con ocasión del análisis del arbitraje, reflexión no obstante plenamente aplicable a la mediación, «permite simplemente hacer, pero la segunda autoriza a regular del modo que los





## La ejecución del acuerdo de mediación. La elevación a escritura pública...

particulares estimen oportuno sus relaciones jurídicas, creándolas, modificándolas o extinguiéndolas».

La mediación, en el ordenamiento español, ha sido objeto, por razones poco edificantes, de distintas regulaciones en apenas unos meses, pero nos interesa destacar en este momento que la Ley de 6 de julio de 2012, de mediación en asuntos civiles y mercantiles, viene a institucionalizar la mediación en el ámbito de los derechos más claramente disponibles, civiles y mercantiles.

De sus distintos aspectos analizaremos aquí el régimen de ejecutividad del acuerdo de mediación, reiterando que dicho acuerdo no es ni puede venir impuesto por el mediador al que se le impone, como hemos señalado, rigurosa neutralidad. Y desde luego el acuerdo no puede hacerse cumplir coactivamente por el mediador, ni siquiera por las partes que ni siquiera pueden instar, a falta de cumplimiento voluntario, la ejecución forzosa por un órgano jurisdiccional del Estado, mediante el proceso de ejecución, sino cuando el acuerdo es ejecutivo por cumplir los requisitos exigidos por la ley.

Y es que, una vez adoptado el acuerdo de mediación, pueden suscitarse distintas situaciones: así, cabe que aquella parte a quien perjudique el acuerdo estime que concurren algunos de los supuestos que permiten la nulidad o anulabilidad del acuerdo —art. 23.4 Ley 5/2012— y en consecuencia, haga uso de la acción de nulidad ante los tribunales; también cabe que aquel que resulte obligado por el acuerdo, y dentro del plazo que en el mismo se establezca, cumpla voluntariamente; incluso es posible un cumplimiento voluntario, fuera del plazo previsto en acuerdo, es decir tardío, siempre que la otra parte no haya ejercitado una acción para el cumplimiento del acuerdo, tendente a obtener una resolución judicial que permita la ejecución forzosa; por último, pueden las partes compelerse recíprocamente a elevarlo a escritura pública —art. 23.3 Ley 5/2012— al objeto de transformarlo en título ejecutivo que permita, en caso de incumplimiento o falta de cumplimiento voluntario, instar directamente, el procedimiento judicial de ejecución —art. 25.4 Ley 5/2012—.

Aun cuando en principio el acuerdo es un pacto entre las partes, conviene precisar que la mediación no es ajena al incumplimiento voluntario y que en muchos casos se requiere una actividad coactiva que, por esencia, no se predica de dicha institución, que parte de un sometimiento voluntario al resultado del procedimiento.

Siendo así, resulta evidente que hay que recurrir al auxilio jurisdiccional para que sean los órganos jurisdiccionales los encargados de este cumplimiento forzoso, coactivo.

Pues bien, queremos analizar los aspectos esenciales por los cuales un acuerdo de mediación es ejecutivo dejando patente la crítica al sistema ordenado por el legislador que no es sino el de la falta de ideación de un sistema propio, acorde con la naturaleza de la mediación.

## II. LA EJECUCIÓN DE ACUERDOS DE MEDIACIÓN PRONUNCIADOS EN ESPAÑA

### 1. Introducción

Conforme al artículo 2.1 de la Ley 5/2012, la norma es de aplicación a las mediaciones en asuntos civiles o mercantiles ... *incluidos los conflictos transfronterizos...* bien por razón de sometimiento expreso o tácito a la ley o cuando al menos una de las partes tenga su domicilio en España y la mediación se realice en territorio español, señalando el art. 3.1 de la Ley 5/2012, un conflicto es transfronterizo cuando ... *al menos una de las partes está domiciliada o reside habitualmente en un Estado distinto a aquel en que cualquiera de las otras partes a las que afecta estén domiciliadas cuando acuerden hacer uso de la mediación o sea obligatorio acudir a la misma de acuerdo con la ley que resulte aplicable. También tendrán esta consideración los conflictos previstos o resueltos por acuerdo de mediación, cualquiera que sea el lugar en que se haya realizado, cuando, como consecuencia del traslado del domicilio de alguna de las partes, el pacto o algunas de sus consecuencias se pretendan ejecutar en el territorio de un Estado distinto,* regulándose al fin, en el artículo 27, la ejecutividad de los acuerdos de mediación transfronterizos. En estos casos, para su reconocimiento y ejecución habrá que estar a lo dispuesto en los artículos 59 y 60 del Reglamento CE n.º 44/2001, de Consejo, de 22 de diciembre de 2000, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil.

Podemos afirmar por tanto que la nueva Ley de Mediación opta, incorporando la Directiva 2008/52/CE sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles, para resolver tanto conflictos internos como transfronterizos, por una regulación unitaria de la mediación.

Una vez establecido el marco general, podemos señalar que, conforme al artículo 23.3 de la Ley 5/2012 en relación al artículo 517.2.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil según redacción dada por aquella Ley, el acuerdo de mediación adquiere fuerza ejecutiva siempre que se eleve a escritura pública, si bien ha de señalarse que la ejecutividad del acuerdo de mediación no siempre está vinculada, necesariamente, al instrumento público notarial pues, como prevé el número 4 del artículo 25, cuando la mediación se alcanza ... *en una mediación desarrollada después de iniciar un proceso judicial, las partes podrán solicitar del tribunal su homologación de acuerdo con lo dispuesto en la Ley de Enjuiciamiento Civil,* de modo tal que siguiendo el modelo de la transacción judicial, se contempla la homologación judicial del acuerdo de mediación que, obviamente, tendrá fuerza ejecutiva.

El título V de la Ley de Mediación, que lleva por rúbrica «Ejecución de los acuerdos», sólo contiene tres pre-

ceptos, uno relativo a la formalización del título ejecutivo, otro sobre el tribunal competente para la ejecución de los acuerdos de mediación, y uno último sobre ejecución de los acuerdos de mediación transfronterizos.

Lo anterior significa que la regulación de la ejecución de los acuerdos de mediación se encuentra en la Ley de Enjuiciamiento Civil, tanto en la del año 2000, como en la de 1881 para el reconocimiento y ejecución de acuerdos de mediación extranjeros que no estén amparados por el derecho comunitario o internacional aplicable, puesto que la Ley de mediación sólo establece las especialidades en materia de formación del título, tribunal competente y respecto de los acuerdos transfronterizos.

Examinaremos las cuestiones generales relativas a la ejecución forzosa de los acuerdos de mediación dictados en España.

## 2. Título ejecutivo

Para que el acuerdo de mediación anterior a un proceso judicial adquiera la condición de título ejecutivo desde el que sustentar una acción ejecutiva es preciso que se eleve a escritura pública.

Como es sabido, para el inicio de la ejecución forzosa es necesario la existencia de un documento donde quede determinada una obligación o un deber del que el acreedor o ejecutante, afirmará su incumplimiento, de ahí que genere la responsabilidad del patrimonio del deudor o ejecutado. Dicho título es la causa o fundamento de la pretensión ejecutiva. En el caso del acuerdo de mediación, teniendo en cuenta que la acción ejecutiva debe fundarse en un título que tenga aparejada ejecución —art. 517.1 LEC—, es la Ley de Mediación la que determina qué título reúne dichas características. Al respecto se pronuncia, conforme a la redacción que la Ley 5/2012 da en su Disposición Final Tercera número quince, el art. 517.2.2.º de la Ley de Enjuiciamiento Civil, estableciéndose que llevarán aparejada ejecución ... los acuerdos de mediación, debiendo estos últimos haber sido elevados a escritura pública de acuerdo con la Ley de Mediación en asuntos civiles y mercantiles.

Por tanto, será título de ejecución el acuerdo de mediación que obre en escritura pública.

Pero que el acuerdo se extienda en escritura pública constituye, como se deduce el artículo 23, no una formalidad necesaria de la mediación sino una facultad de las partes, clara muestra del control que tienen las partes sobre lo acordado, también en la decisión sobre conceder al acuerdo el efecto ejecutivo.

No debe ello interpretarse como una mera facultad de las partes sustentada en el acuerdo, pues tal facultad es correlativa al deber de elevación a escritura pública que se impone a instancias de cualquiera de las partes a las que, por tanto, se les reconoce un correlativo derecho a ello pues, como señala el párrafo segundo del

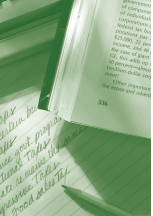
número 3 del artículo 23 de la Ley 5/2012, el acuerdo es vinculante y las partes ... pueden instar su elevación a escritura pública al objeto de configurar su acuerdo como título ejecutivo.

Como resulta evidente, la negativa de cualquiera de las partes a elevar el acuerdo de mediación a escritura pública derivaría en el derecho al ejercicio de la correspondiente acción judicial por quien tuviera el interés, para tal consecución.

La negativa de cualquiera de las partes a elevar el acuerdo de mediación a escritura pública derivaría en el derecho al ejercicio de la correspondiente acción judicial por quien tuviera el interés, para tal consecución

Ahora bien, es claro que la posibilidad de elevar un contrato a escritura pública se encuentra siempre, y en todo caso, supeditada a la necesidad de que dicho contrato sea válido y eficaz teniendo en cuenta que tal validez deriva no sólo de la disponibilidad de la materia de que se trate sino también del cumplimiento de los requisitos establecidos en la Ley para alcanzar el acuerdo de mediación. En esto lo que explica que la Ley ordene al notario un control de legalidad del acuerdo de mediación pues el evidente valor reconocitivo de la existencia y contenido del negocio que comporta y la autenticidad que con aquel reconocimiento adquiere, requiere de tal control que la Ley explicita en el número 2 del artículo 25 al establecer que para llevar a cabo la elevación a escritura pública del acuerdo de mediación, el notario verificará el cumplimiento de los requisitos exigidos en esta Ley y que su contenido no es contrario a Derecho, control que se efectúa por el Notario disponiendo —art.





## La ejecución del acuerdo de mediación. La elevación a escritura pública...



25.1— no sólo del acuerdo sino de copia del acta de la sesión constitutiva y final del procedimiento que constituyen los elementos que verifican que el acuerdo no es fruto de una simple negociación o una transacción sino de un procedimiento de mediación que es al que la ley le otorga el privilegio de alcanzar la categoría de título ejecutivo.

La ejecución forzosa tendrá lugar cuando el acuerdo de mediación contenga una obligación, quedando excluida dicha actividad en los casos de acuerdos meramente declarativos o constitutivos, aunque, en estos casos, también puede ser necesario el auxilio jurisdiccional. Conviene que quede claro que sí son posibles los acuerdos de mediación meramente declarativos y constitutivos. En el caso de los primeros porque es posible adoptar un acuerdo sobre ello, como sería el caso, por ejemplo, de una declaración de dominio de un bien inmueble, o de existencia de un contrato. Respecto de los segundos, porque no todas las acciones constitutivas son indisponibles, y por tanto excluidas de la mediación, puesto que eso sería reducir las acciones constitutivas, fundamentalmente, a las cuestiones relativas a capacidad, filiación o matrimonio, algo que no se deduce del ordenamiento jurídico. Baste traer a colación el caso de la impugnación de los acuerdos societarios, por motivos de anulabilidad.

Por lo demás, será objeto de ejecución los pronunciamientos que impliquen un cumplimiento, sea positivo o negativo, y ello aunque el acuerdo contenga pronunciamientos de naturaleza diferente. Finalmente, como acontece en el proceso, no sólo se puede ejecutar la condena a una prestación única, sino que también lo es el acuerdo de mediación que contiene una condena de futuro (sirva de ejemplo el pago de intereses o prestaciones periódicas, que se devenguen con posterioridad al acuerdo de mediación).

En cuanto al plazo para solicitar el cumplimiento forzoso, cabe señalar que las partes lo pueden fijar en su acuerdo, estableciendo un plazo para el cumplimiento voluntario. De no ser así, se activará el plazo previsto en el art. 548 LEC, de veinte días a contar desde el día siguiente de que la *...firma del acuerdo haya sido notificada*, debiéndose entender en realidad, desde la notificación de la escritura pública que contenga el acuerdo de mediación. Por último, señalar que también se encuentra sometido al plazo de caducidad de la acción ejecutiva, de cinco años, previsto en el art. 518 LEC, preceptos ambos expresamente modificados en la Disposición Final Tercera de la Ley de Mediación para integrar de forma explícita a los citados acuerdos de mediación equiparándolos, sin prácticamente ningún tipo de diferencia, a las resoluciones judiciales y laudos arbitrales.

### 3. Competencia

Si cuando de la homologación de acuerdos alcanzados ya iniciado un proceso, el criterio de competencia que sigue la Ley de Mediación es el que se aplica en el caso de la ejecución de las sentencias y otras resoluciones jurisdiccionales, de las transacciones y acuerdos judicialmente homologados, es decir, el funcional —art. 26.1— para los acuerdos formalizados tras un procedimiento de mediación, el criterio competencial se sustenta, siguiendo el modelo de los laudos arbitrales, en el examen de los criterios objetivos, territoriales y funcionales e incluso, cuando ello sea necesario, de las normas de reparto.

Por tanto, es doble el criterio competencial que contiene la Ley de Mediación en cuanto a la determinación del órgano judicial competente para la ejecución del acuerdo, a saber. De un lado, tratándose de acuerdos adoptados ya iniciado un proceso judicial, y homologados en él, la competencia le corresponde, en todo caso, al órgano judicial que haya llevado a cabo dicha homologación. Sin embargo, tratándose de acuerdos adoptados al margen de un proceso judicial, siguiendo el procedimiento propio de la Ley de Mediación, la competencia le corresponde, dice el artículo 26.2, al Juzgado de Primera Instancia del lugar en que se hubiera firmado el acuerdo de mediación conforme se establece en el párrafo 2.º del artículo 545 de la Ley de Enjuiciamiento Civil conforme a la redacción que la Ley de Mediación le da para incluir expresamente dichos acuerdos.

Téngase en cuenta que, en cuanto a la competencia objetiva, y no obstante la expresa referencia a los Juzgados de Primera Instancia, debería comprenderse que la LOPJ formula atribuciones exclusivas, por razón de la especialidad de las materias, a determinados órganos de la jurisdicción civil, estableciéndose que corresponde al Juzgado de Primera Instancia, en el orden civil, conocer, en primera instancia, de los juicios que no vengán atribuidos por la LOPJ a otros juzgados —art. 85.1 LOPJ—, atribuyéndose a los Juzgados de lo Mercantil, la competencia sobre las materias del orden jurisdic-



cional civil que el artículo 86 ter de la citada LOPJ, lo que supone que aplicando las reglas de la competencia, la competencia vendrá distribuida en atención a las materias a que se refiere dicho precepto, de modo tal que dependiendo de ello, la competencia será de los Juzgados de Primera Instancia o de lo Mercantil, criterio por otro lado en expreso adoptado por el legislador en relación a la ejecución de los acuerdos de mediación extranjeros conforme señalaremos más adelante. Por tanto el Juzgado de lo Mercantil conocerá de la ejecución de los acuerdos de mediación que se susciten en materia de concurso, competencia desleal, propiedad industrial, propiedad intelectual, publicidad, normativa reguladora de las sociedades mercantiles y cooperativas, normativa en materia de transporte nacional e internacional, Derecho marítimo, condiciones generales de la contratación y Derecho de la competencia y otras actividades conforme a lo previsto en los arts. 81 y 82 del Tratado de la Comunidad Europea y de su Derecho derivado.

Respecto de la competencia territorial, lo que establece el artículo 26.2 de la Ley de Mediación es que ... *será competente el Juzgado de Primera Instancia del lugar en que se hubiere firmado el acuerdo de mediación, de acuerdo con lo previsto en el apartado 2 del art. 545 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.*

Varias cuestiones plantea este precepto. La primera es claramente crítica pues no tiene ningún sentido la reiteración de normas desde que el artículo 545.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, como afirma el art. 26.2 de la Ley de Mediación, ya establece que será competente el juez de primera instancia «del lugar en que se hubiere firmado el acuerdo de mediación». La segunda cuestión viene referida a la competencia territorial para la ejecución de los acuerdos de mediación extranjeros. El artículo 27 de la Ley 5/2012 se limita a indicar las condiciones para que el acuerdo de mediación transfronterizo tenga fuerza ejecutiva en España, básicamente dos, la intervención de una autoridad y que el documento no sea contrario al orden público español, lo que no deja de ser obvio. Por lo demás, nada dice la norma sobre el órgano competente territorialmente, lo que es lógico porque lo relativo a la competencia territorial para la ejecución de los acuerdos de mediación extranjeros está regulado por la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881, reformada por la Ley 11/2011, de 20 de mayo de reforma de la Ley 60/2003, de 2 de diciembre, de Arbitraje y de regulación del arbitraje institucional en la Administración General del Estado, que modifica el artículo 955, conforme al cual ... *Sin perjuicio de lo dispuesto en los tratados y otras normas internacionales, la competencia para conocer de las solicitudes de reconocimiento y ejecución de sentencias y demás resoluciones judiciales extranjeras, así como de acuerdos de mediación extranjeros, corresponde a los Juzgados de Primera Instancia del domicilio o lugar de residencia de la parte frente a la que se solicita el reconocimiento o ejecución, o del domicilio o lugar de residencia de la persona a quien se refieren los efectos de aquéllas; subsidiariamente la*

*competencia territorial se determinará por el lugar de ejecución o donde aquellas sentencias y resoluciones deban producir sus efectos. Con arreglo a los mismos criterios señalados en el párrafo anterior, corresponderá a los Juzgados de lo Mercantil conocer de las solicitudes de reconocimiento y ejecución de sentencias y demás resoluciones judiciales extranjeras que versen sobre materias de su competencia.*

También hay que señalar, en cuanto a la ejecución de los acuerdos de mediación dictados en España, qué debe entenderse por lugar en que se haya firmado el acuerdo de mediación, a efectos de fijar la competencia. A este respecto habrá que traer a colación lo previsto en el art. 16 de la Ley 5/2012 relativo al lugar de la mediación. Las partes han de determinar libremente el lugar de la mediación sin que lo pueda determinar, desde luego, el mediador. No obstante, y con independencia de que se fije un lugar para la mediación, nada impide una variación o modificación del mismo, siendo a la postre relevante no el lugar de celebración de las sesiones de mediación sino el lugar de la firma del acuerdo, señalándose en el artículo 23.1 de la Ley 5/2012 que en el acuerdo de mediación deberá constar... *lugar y fecha en que se suscribe.*



**Las partes han de determinar libremente el lugar de la mediación sin que lo pueda determinar, desde luego, el mediador**

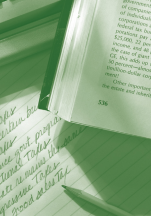
Por último, señalar que serán de aplicación los arts. 546 (examen de oficio de la competencia territorial) y 547 (declinatoria en la ejecución forzosa) de la Ley de Enjuiciamiento Civil, teniendo presente, en el caso del segundo, que se podrá alegar la falta de competencia objetiva, funcional y territorial, ya que, en este caso, la fase de ejecución no va precedida de la declarativa ante un órgano jurisdiccional, y téngase en cuenta que el precepto entiende que el ejecutado puede impugnar «la competencia del tribunal».

#### 4. Partes

Son sujetos legitimados, en principio, aquellos que han intervenido en el procedimiento de mediación, es decir aquellos que aparecen en el título, en el acuerdo de mediación, lo que no quita que puedan intervenir en la ejecución otros sujetos, y que se puedan dar otros supuestos de legitimación.

La Ley 5/2012 no contiene ninguna norma sobre la cuestión, ni en sede de ejecución, ni en otros apartados del procedimiento. Se limita, en el art. 19, a fijar las características generales que deben cumplir las partes si bien en ningún momento aparece definida una posición previa de parte obligada, y ello como consecuencia de que el objeto de la mediación es obtener un acuerdo de perfiles imposibles de predeterminar y del que, además,





## La ejecución del acuerdo de mediación. La elevación a escritura pública...

pueden derivar derechos y obligaciones para ambas partes. En todo caso, resaltar que no se encuentran referencias legales a la configuración de las partes.

Lo último a lo que queremos referirnos, respecto a las partes en la fase de ejecución, es al derecho de postulación. Nada se dice al respecto en la Ley 5/2012 que sin embargo, en sus disposiciones finales, modifica la Ley de Enjuiciamiento Civil para tratar esta cuestión, estableciéndose en el artículo 539.1 que *para la ejecución derivada de un acuerdo de mediación o un laudo arbitral se requerirá la intervención de abogado y procurador siempre que la cantidad por la que se despache ejecución sea superior a 2.000 euros*. Por tanto, la regla general que el nuevo artículo 539.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil establece que será preceptiva la intervención de abogado y procurador siempre y cuando el despacho de la ejecución supere los 2.000 euros.

### 5. Procedimiento

No vamos a analizar todas las cuestiones del procedimiento de ejecución de los acuerdos de mediación, que siguen las reglas previstas para la ejecución de sentencias, pero nos vamos a fijar en algunos aspectos en que se hayan producido recientemente modificaciones.

#### A) Documentos que han de acompañar a la demanda ejecutiva

La Ley de Mediación se remite a la LEC, y ésta exige la aportación del título ejecutivo, del acuerdo de mediación (art. 550.1.1.º), y, conforme al párrafo segundo, añadido por la Disposición Final Tercera de la Ley 5/2012, «*cuando el título sea un acuerdo de mediación elevado a escritura pública, se acompañará, además, copia de las actas de la sesión constitutiva y final del procedimiento*».



#### B) Despacho de ejecución

La Ley de Mediación no establece nada en particular al respecto y, por tanto, conforme a la Ley de Enjuiciamiento Civil, que no ha sido modificada al respecto, con lo que tras la presentación de la demanda de ejecución con los documentos que deben acompañarla se debe proceder al despacho de la ejecución. Pero antes de despachar la ejecución el juez debe proceder a controlar determinadas cuestiones que condicionan el despacho de la ejecución.

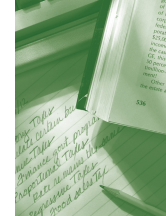
Así, el Juez, en aplicación de lo dispuesto en el art. 551 LEC, debe controlar la falta de presupuestos procesales y de requisitos en el escrito de demanda ejecutiva. Se trata de un control de oficio, pero el juez, por aplicación de los arts. 231 LEC y 11.2 LOPJ debe conceder un plazo de subsanación cuando ello sea posible. En el caso que se trate de un presupuesto o requisito subsanable, si se produce la subsanación, el juez admitirá el escrito y dictará auto despachando ejecución. Si no se subsanara, ello dará lugar a no despachar la ejecución, bien, por ejemplo, porque existan problemas de legitimación que no quedan acreditados, bien porque se desatendan los requisitos específicos del escrito de demanda y documentos que lo acompañan. Cuando no es posible la subsanación, el juez declarará no haber lugar a dictar auto despachando ejecución.

Pero los problemas se suscitan en relación con el control de oficio por el juez respecto al tema de fondo.

A estos efectos conviene distinguir. Hay casos sobre los que no cabe formular planteamiento, como es el caso de aquellos defectos que dependen de la voluntad de las partes; tales vicios deben entenderse subsanados por la misma voluntad de las partes. Sin embargo, si se sometió a mediación cuestiones no susceptibles de dicho procedimiento (art. 2.1 Ley 5/2012), o cuando el acuerdo de mediación fuese contrario a Derecho —art. 25.2 Ley 5/2012— al orden público (art. 27-3 Ley 5/2012), el Juez no puede despachar la ejecución. Y conforme a lo previsto en art. 551 LEC, la resolución de cuestiones no susceptibles de mediación y el laudo contrario a Derecho y al orden público, deben dar lugar a que no se despache ejecución, y se debe controlar de oficio.

#### C) Oposición a la ejecución por motivos procesales

Una vez despachada la ejecución, el ejecutado, si entendiera que no se han verificado por parte del Juez sus cometidos respecto al control de los requisitos y presupuestos necesarios para despachar la ejecución o el control sobre la regularidad del laudo, o quisiera poner de manifiesto hechos que desvirtúen, extingan total o parcialmente, o excluyan la obligación contenida en el acuerdo de mediación, deberá oponerse al auto despachando la ejecución siguiendo para ello los trámites



previstos en la LEC para la ejecución de sentencias judiciales (art. 551.2 LEC).

El ejecutado podrá oponerse sobre el fondo, por los motivos previstos en el art. 556.1 —modificado por la Disposición final tercera de la Ley 5/2012— y 2 LEC. También podrá alegar pluspetición, conforme a lo previsto en el art. 558 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Pero nos interesa en este momento la oposición por defectos procesales, prevista en el art. 559.1 LEC. En este precepto se establece que se puede oponer a la ejecución por: a) Carecer el ejecutado del carácter o representación con que se le demanda; b) Falta de capacidad o de representación del ejecutante, o no acreditar el carácter o representación con que demanda; c) Nulidad radical del despacho de la ejecución por no contener el acuerdo de mediación los requisitos legales exigidos para llevar aparejada ejecución. Este último ha sido modificado por la Ley 5/2012 y supone que es causa de nulidad y permite oponerse al ejecutado al despacho si el título ejecutivo fuera un acuerdo de mediación no protocolizado notarialmente, se alegase la falta de autenticidad del mismo o no se hubiera protocolizado conforme exige la Ley de Mediación.

En conclusión.

La remisión que en materia de ejecución hace la Ley de Mediación a la Ley de Enjuiciamiento Civil desconoce, desde nuestro punto de vista, la auténtica naturaleza de la mediación cuando hace una equiparación de tal identidad entre la mediación y otros medios de conclusión de litigios pues con ello, el interés que la sociedad en general y el mercado en particular pudiera tener en la mediación, y que se basa en la reacción frente a la insatisfacción con el costo, retrasos y duración excesiva de los litigios, corre serio riesgo de perderse al no haber arbitrado el legislador un sistema alternativo de ejecución, simple, básico, rápido y eficaz que son las características que desde luego, no pueden predicarse de la ejecución civil que constituye, con claridad, el mayor defecto que padece la jurisdicción civil y que, a la postre, se traslada en bloque para solventar la falta de cumplimiento voluntario de los acuerdos de mediación haciendo de ello, una vez se advierta por cualquiera que tenga interés dilatorio, un factor atractivo para distraer a la parte contraria en la obtención de un acuerdo que luego podrá ser debatido, en fondo y forma, en un proceso de ejecución judicial, perdiendo así, aquello que se quería evitar.

## Esquema implantación del protocolo de mediación intrajudicial tras la Ley 5/2012, de 6 de julio

Vicente Magro Servet

Presidente de la Audiencia Provincial de Alicante. Doctor en Derecho

### SUMARIO

CLAVES DE LA MEDIACIÓN JUDICIAL

DISEÑO DE LA SISTEMÁTICA DE LA MEDIACIÓN INTRAJUDICIAL

TURNOS ESPECIALES DE SEÑALAMIENTOS CON ANTELACIÓN A LA AUDIENCIA PREVIA AL JUICIO «PARA DERIVAR AL PROCESO DE MEDIACIÓN»

TURNOS ESPECIALES DE SEÑALAMIENTOS DE AUDIENCIA PREVIA «PARA DERIVAR AL PROCESO DE MEDIACIÓN»

ACTUACIÓN DEL JUEZ Y PARTES

ACTUACIÓN INICIAL DEL MEDIADOR DESIGNADO

DESARROLLO DE LA PRIMERA SESIÓN Y ASPECTOS QUE DEBEN CONSTAR EN LA MISMA (ART. 18)

ACTUACIÓN DEL MEDIADOR EN EL DESARROLLO DE LA MEDIACIÓN

EJECUCIÓN DE ACUERDOS

TRIBUNAL COMPETENTE

### CLAVES DE LA MEDIACIÓN JUDICIAL

| Momento para provocar la mediación intrajudicial Art. 414.1 LEC <sup>1</sup>                | Suspensión audiencia previa Art. 415 <sup>2</sup>                                                                                                                                           | Servicio común de mediación intrajudicial <sup>3</sup>                                                                                                |
|---------------------------------------------------------------------------------------------|---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| Antes de la convocatoria a la audiencia previa al juicio                                    | No se señala la audiencia previa                                                                                                                                                            | Servicio común de gestión procesal encargado de la admisión de la derivación a la mediación por el juez                                               |
| Cuando el juez haya leído la contestación a la demanda en el ordinario                      |                                                                                                                                                                                             | Tendrá a disposición de partes y letrados la lista de institutos de mediación debidamente registrados e inscritos a donde pueden dirigirse las partes |
| Cuando el juez haya leído la demanda en el juicio verbal y considere admisible la mediación | No sigue adelante el juicio verbal y queda suspendido                                                                                                                                       | Informa y asesora a las partes de los pasos a seguir en el proceso de derivación a la mediación intrajudicial                                         |
| En la audiencia previa el juicio en el ordinario a su inicio como cuestión previa           | No continúa la audiencia previa y queda suspendido a expensas de la solución del conflicto o alzamiento <sup>4</sup> de la suspensión que podrá producirse a instancia de una de las partes | Instrucciones precisas y claras acerca de lo que consiste la mediación y sus diferencias con el arbitraje                                             |



## FICHA RESUMEN

**Título:** Esquema implantación del protocolo de mediación intrajudicial tras la Ley 5/2012, de 6 de julio.

**Autor:** Vicente Magro Servet.

**Resumen:** Estructura básica a seguir de unas líneas generales de desarrollo de la mediación intrajudicial en el proceso civil una vez que las partes ya han iniciado el procedimiento y son alertadas por el juez acerca de la opción de derivar el conflicto a la mediación civil a raíz de la aprobación de la Ley 5/2012, de 6 de julio de mediación en asuntos civiles y mercantiles.

El objeto de la derivación a la mediación intrajudicial lo lleva a cabo el legislador en la Ley 5/2012, de 6 de julio, a fin de que el juez derive a las partes a que celebren una «sesión informativa» con un mediador designado por ellas de común acuerdo o por un mediador designado por el instituto de mediación al que acudan.

**Palabras clave:** mediación civil, conflicto entre particulares, protocolo.

**Abstract:** Presents a basic structure to be followed of some general lines of development of the intrajudicial mediation in the civil process once the parties have already begun the procedure and are alerted by the judge about the option to divert the conflict to the civil mediation following the adoption of Act 5/2012, of 6 July, on Mediation in Civil and Commercial Matters.

The object of this diversion to the intrajudicial mediation has been carried out by the legislator through Act 5/2012, of 6 July, so that the judge can divert the parties to conclude a «briefing» with a mediator appointed by them by common agreement or by a mediator appointed by a mediation institute of their choice.

**Keywords:** civil mediation, conflict between individuals, protocol.

**N. de la E.:** Artículo recibido en la Editorial el 26 de septiembre y aceptada su edición en las reuniones celebradas el 3 y el 9 de octubre de 2012.

| Momento para provocar la mediación intrajudicial Art. 414.1 LEC <sup>1</sup>                                                                                                                                                                                            | Suspensión audiencia previa Art. 415 <sup>2</sup> | Servicio común de mediación intrajudicial <sup>3</sup> |
|-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|---------------------------------------------------|--------------------------------------------------------|
| <i>En la vista del juicio verbal y antes de su inicio a fin de que el juez derive a las partes a que celebren una «sesión informativa» con un mediador designado por ellas de común acuerdo o por un mediador designado por el instituto de mediación al que acudan</i> | <i>Se suspende el juicio verbal</i>               | <i>Objetivo del acuerdo y vías para su ejecución</i>   |

## DISEÑO DE LA SISTEMÁTICA DE LA MEDIACIÓN INTRAJUDICIAL

### TURNO ESPECIAL DE SEÑALAMIENTOS CON ANTELACIÓN A LA AUDIENCIA PREVIA AL JUICIO «PARA DERIVAR AL PROCESO DE MEDIACIÓN»<sup>5</sup>

| Juicio verbal           | Presentación de demanda        | Señalamiento a la vista de análisis de derivación a la mediación <sup>6</sup> |                                |                                                                         |
|-------------------------|--------------------------------|-------------------------------------------------------------------------------|--------------------------------|-------------------------------------------------------------------------|
| <i>Juicio ordinario</i> | <i>Presentación de demanda</i> | <i>Contestación a la demanda</i>                                              | <i>Reconvención en su caso</i> | <i>Señalamiento a la vista de análisis de derivación a la mediación</i> |





## Esquema implantación del protocolo de mediación intrajudicial...

### **TURNO ESPECIAL DE SEÑALAMIENTOS DE AUDIENCIA PREVIA «PARA DERIVAR AL PROCESO DE MEDIACIÓN»**

| Juicio ordinario     | Presentación de demanda        | Contestación a la demanda                               | Reconvención en su caso                                                                                        | Señalamiento audiencia previa |
|----------------------|--------------------------------|---------------------------------------------------------|----------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-------------------------------|
| <i>Juicio verbal</i> | <i>Presentación de demanda</i> | <i>Señalamiento vista del juicio verbal<sup>7</sup></i> | <i>Resolución al inicio de la vista sobre la posibilidad de la derivación a la mediación civil o mercantil</i> |                               |

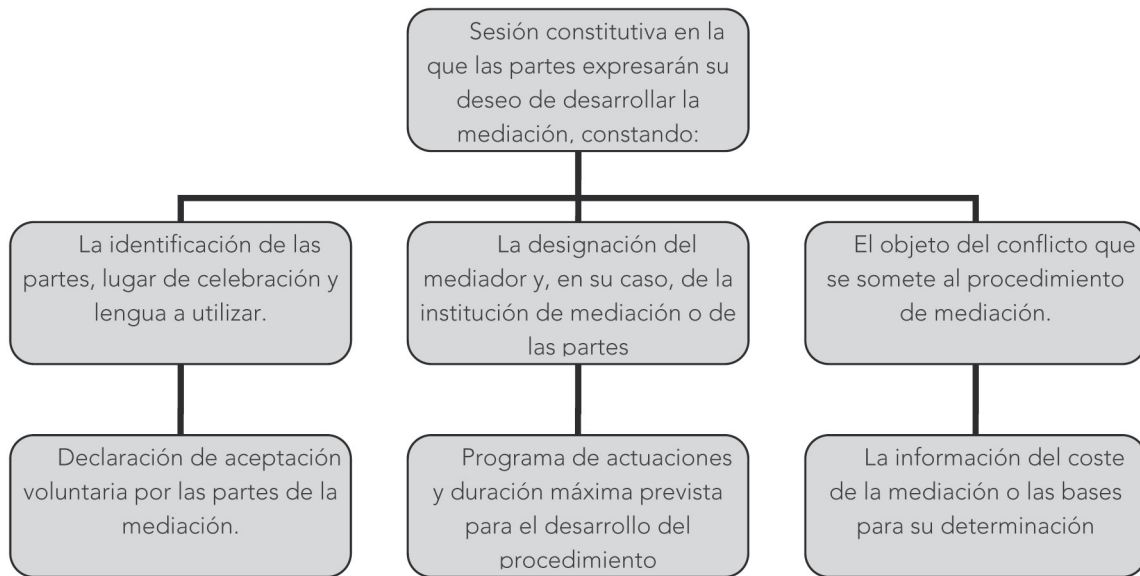
### **ACTUACIÓN DEL JUEZ Y PARTES**

| Actuación judicial                                             | El juez no puede obligar a las partes a acudir a la mediación   | El juez solo les «invita» a acudir a ella tras examinar las pretensiones   | En el juicio verbal podría recabar al demandado su posición ante la demanda antes de acordar «invitarles» a la mediación | La aceptación de las partes de la «invitación» del juez conlleva el dictado de un auto acordando la suspensión del procedimiento                                 |
|----------------------------------------------------------------|-----------------------------------------------------------------|----------------------------------------------------------------------------|--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| <i>Actuación de las partes</i>                                 | <i>Las partes no quedan vinculadas por la petición del juez</i> | <i>Si uno se niega a aceptar la invitación el proceso sigue adelante</i>   | <i>No pueden ejercitarse acciones entre ellas<sup>8</sup></i>                                                            | <i>Las partes deberán prestar colaboración y apoyo permanente a la actuación del mediador, manteniendo la adecuada deferencia hacia su actividad<sup>9</sup></i> |
| <i>Actuación del servicio común de mediación intrajudicial</i> | <i>Recibe a las partes derivadas por el juez</i>                | <i>Ofrece información acerca de los institutos de mediación existentes</i> | <i>Ofrece información sobre la sistemática a seguir en la mediación</i>                                                  | <i>Aconseja a las partes que si están de acuerdo pueden designar un mediador de común acuerdo</i>                                                                |

### **ACTUACIÓN INICIAL DEL MEDIADOR DESIGNADO**

| Deben cumplir los requisitos de la Ley para poder actuar <sup>10</sup> | Objetivo en su actuación                                                                                                                             | Inicio de la mediación por mediador (art. 16.2)                                                                                                                           | Información y sesiones informativas (art.17)                                                                                                                                                                                                                                           | Sesión constitutiva. (Art. 18) <sup>11</sup>                                                                                       |
|------------------------------------------------------------------------|------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| <i>Art. 11 Ley</i>                                                     | <i>Art. 13.1 El mediador facilitará la comunicación entre las partes y velará por que dispongan de la información y el asesoramiento suficientes</i> | <i>La solicitud se formulará ante las instituciones de mediación o ante el mediador propuesto por una de las partes a las demás o ya designado por ellas<sup>12</sup></i> | <i>Labor con la que se inicia el mediador es que una vez que las partes han contactado con él por medio del instituto de mediación que es donde se comprueba que está inscrito y pertenece al registro de mediadores les cita a una sesión constitutiva e informativa<sup>13</sup></i> | <i>Es donde arranca el procedimiento de mediación y las partes se identifican, así como el objeto de lo que se deberá discutir</i> |

## DESARROLLO DE LA PRIMERA SESIÓN Y ASPECTOS QUE DEBEN CONSTAR EN LA MISMA (ART. 18)



## ACTUACIÓN DEL MEDIADOR EN EL DESARROLLO DE LA MEDIACIÓN

| El mediador cita a las partes                                             | Alegaciones                                                                                                                                                                                                                                                                           | En las sesiones se propone y practica prueba                                                                                                                                                                                          | Terminación <sup>14</sup>                                                                                                                                                                                                                 |
|---------------------------------------------------------------------------|---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| <i>El mediador es el que cita a las partes a cada sesión<sup>15</sup></i> | <i>La primera sesión debería comenzar con el periodo de alegaciones de las partes exponiendo ambas sus puntos de conflicto y diferencia. El mediador deberá ofrecer su punto de vista ante estas alegaciones y si éstas dejan lugar a duda se les convoca a otra sesión de prueba</i> | <i>Puede decirse que el desarrollo de las sesiones es similar a las de un juicio. Así, si a la propuesta del mediador le faltan elementos de prueba se les puede citar a una sesión donde se proponga prueba y se practique ésta.</i> | <i>El mediador les ofrece una solución a las partes pero éstas son libres de aceptarla o no. Este procedimiento no otorga al mediador facultades de juez. Les propone una solución, pero ésta no les vincula. La pueden aceptar o no.</i> |

## EJECUCIÓN DE ACUERDOS

| Escritura pública <sup>16</sup>                                                                                                                                                                                                                                                                                       | Voluntariedad de ejecución                                                                                                                                                                                                                                                                                                             |
|-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| <i>La elevación a escritura pública es voluntaria pero es la única vía que garantiza la ejecución en caso de que el obligado ponga obstáculos más tarde porque se convierte en título ejecutivo del art. 517 LEC. Para que se eleve a escritura pública ambas partes deben estar de acuerdo en acudir al Notario.</i> | <i>Si no se deciden a acudir al notario para elevar el acuerdo a escritura pública, se carece de fuerza ejecutiva en el acuerdo. Así, si el obligado a realizar alguna cosa o abonar una cantidad fijada en el acuerdo habría que acudir a una demanda de juicio ordinario de declaración del derecho de ejecución de lo acordado.</i> |

## Esquema implantación del protocolo de mediación intrajudicial...

### TRIBUNAL COMPETENTE

Art. 26: La ejecución de los acuerdos resultado de una mediación iniciada estando en curso un proceso se instará ante el tribunal que homologó el acuerdo. Si se tratase de acuerdos formalizados tras un procedimiento de mediación será competente el Juzgado de Primera Instancia del lugar en que se hubiera firmado el acuerdo de mediación, de acuerdo con lo previsto en el apartado 2 del artículo 545 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

*Mediación intrajudicial:* Se ejecuta el acuerdo ante el juez que suspendió la tramitación.

*Mediación extrajudicial:* Se presenta el título ejecutivo ante el servicio de presentación de demandas del decanato del partido judicial del lugar donde se firmó el acuerdo de mediación.

### NOTAS

- «En esta convocatoria (a la audiencia previa) **si no se hubiera realizado antes**, se informará a las partes de la posibilidad de recurrir a una negociación.»
- «Las partes de común acuerdo podrán también solicitar la suspensión del proceso de conformidad con lo previsto en el artículo 19.4, para someterse a mediación o arbitraje.»
- En la disp. adic. 2.ª, titulada «impulso a la mediación», se dispone que:  
«1. Las Administraciones Públicas competentes para la provisión de medios materiales al servicio de la Administración de Justicia proveerán la puesta a disposición de los órganos jurisdiccionales y del público de información sobre la mediación como alternativa al proceso judicial. 2. Las Administraciones Públicas competentes procurarán incluir la mediación dentro del asesoramiento y orientación gratuitos previos al proceso, previsto en el art. 6 de la Ley 1/1996, de 10 de enero, de Asistencia Jurídica Gratuita, en la medida que permita reducir tanto la litigiosidad como sus costes.»
- El alzamiento de la suspensión del proceso por derivación a la mediación puede terminar porque las partes no lleguen a un acuerdo, ya que recordemos que en el art. 22 RD 5/2012 se contempla la vía de la terminación del proceso de mediación sin acuerdo, lo que es factible también aun cuando se trate de mediación intrajudicial y fuera el juez el que les hubiera derivado a la mediación, ya que señala que:  
«1. El procedimiento de mediación puede concluir en acuerdo o finalizar sin alcanzar dicho acuerdo, bien sea porque todas o alguna de las partes ejerzan su derecho a dar por terminadas las actuaciones, comunicándose al mediador, bien porque haya transcurrido el plazo máximo acordado por las partes para la duración del procedimiento, así como cuando el mediador aprecie de manera justificada que las posiciones de las partes son irreconciliables o concurra otra causa que determine su conclusión.»
- Dado que se introduce en la LEC un nuevo párrafo en el art. 414.1 que señala que:  
«En esta convocatoria (a la audiencia previa) **si no se hubiera realizado antes**, se informará a las partes de la posibilidad de recurrir a una negociación para intentar solucionar el conflicto, incluido el recurso a una mediación, en cuyo caso éstas indicarán en la audiencia su decisión al respecto y las razones de la misma.»  
Quiere esto decir que la expresión «si no se hubiera realizado antes» permite la articulación de una fase anterior a la audiencia previa en donde se puede analizar la opción de derivar el proceso a la mediación civil.»
- La Ley 5/2012 de mediación civil modifica el art. 440 LEC para señalar en su apartado 1.º que:  
«El secretario judicial, examinada la demanda, la admitirá o dará cuenta de ella al tribunal para que resuelva lo que proceda conforme a lo previsto en el artículo 404. Admitida la demanda, el secretario judicial citará a las partes para la celebración de vista en el día y hora que a tal efecto señale, debiendo mediar diez días, al menos, desde el siguiente a la citación y sin que puedan exceder de veinte.  
**En la citación se informará a las partes de la posibilidad de recurrir a una negociación para intentar solucionar el conflicto, incluido el recurso a una mediación, en cuyo caso éstas indicarán en la audiencia su decisión al respecto y las razones de la misma.»**  
También en el art. 443, párrafo 2,º LEC redactado por la Ley 5/2012 se recoge que:  
«**En atención al objeto del proceso, el tribunal podrá invitar a las partes a que intenten un acuerdo que ponga fin al proceso, en su caso, a través de un procedimiento de mediación, instándolas a que asistan a una sesión informativa. Las partes de común acuerdo podrán también solicitar la suspensión del proceso de conformidad con lo previsto en el artículo 19.4, para someterse a mediación o arbitraje.**»
- Ver art. 415.1 LEC antes citado.
- Art. 10 Ley: Durante el tiempo en que se desarrolle la mediación las partes no podrán ejercitar contra las otras partes ninguna acción judicial o extrajudicial en relación con su objeto, con excepción de la solicitud de las medidas cautelares u otras medidas urgentes imprescindibles para evitar la pérdida irreversible de bienes y derechos.
- Art. 10.3.
- Art. 11.3: Pueden ser mediadores las personas naturales que se hallen en pleno ejercicio de sus derechos civiles, siempre que no se lo impida la legislación a la que puedan estar sometidos en el ejercicio de su profesión.  
Las personas jurídicas que se dediquen a la mediación, sean sociedades profesionales o cualquier otra prevista por el ordenamiento jurídico, deberán designar para su ejercicio a una persona natural que reúna los requisitos previstos en esta Ley.  
2. El mediador deberá estar en posesión de título oficial universitario o de formación profesional superior y contar

con formación específica para ejercer la mediación, que se adquirirá mediante la realización de uno o varios cursos específicos impartidos por instituciones debidamente acreditadas, que tendrán validez para el ejercicio de la actividad mediadora en cualquier parte del territorio nacional.

3. El mediador deberá suscribir un seguro o garantía equivalente que cubra la responsabilidad civil derivada de su actuación en los conflictos en que intervenga.

- 11 1. El procedimiento de mediación comenzará mediante una sesión constitutiva en la que las partes expresarán su deseo de desarrollar la mediación y dejarán constancia de los siguientes aspectos:
  - 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.
2. De la sesión constitutiva se levantará un acta en la que consten estos aspectos, que será firmada tanto por las partes como por el mediador o mediadores. En otro caso, dicha acta declarará que la mediación se ha intentado sin efecto.
- 12 Las partes podrían designar a un mediador si ambas están de acuerdo, pero éste debería reunir los requisitos del art. 11 y los de la Disposición final octava en cuanto se refiere a que los mediadores deberán estar inscritos en el Registro de mediadores y haber superado en su colegio los cursos de formación que le habiliten para el desarrollo de esta función.
- 13 Art. 17 1. Recibida la solicitud y salvo pacto en contrario de las partes, el mediador o la institución de mediación citará a las partes para la celebración de la sesión informativa. En caso de inasistencia injustificada de cualquiera de las partes a la sesión informativa se entenderá que desisten de la mediación solicitada. La información de qué parte o partes no asistieron a la sesión no será confidencial.  
En esa sesión el mediador informará a las partes de las posibles causas que puedan afectar a su imparcialidad, de su

profesión, formación y experiencia; así como de las características de la mediación, su coste, la organización del procedimiento y las consecuencias jurídicas del acuerdo que se pudiera alcanzar, así como del plazo para firmar el acta de la sesión constitutiva.

2. Las instituciones de mediación podrán organizar sesiones informativas abiertas para aquellas personas que pudieran estar interesadas en acudir a este sistema de resolución de controversias, que en ningún caso sustituirán a la información prevista en el apartado 1.

#### 14 Artículo 22. Terminación del procedimiento.

1. El procedimiento de mediación puede concluir en acuerdo o finalizar sin alcanzar dicho acuerdo, bien sea porque todas o alguna de las partes ejerzan su derecho a dar por terminadas las actuaciones, comunicándose al mediador, bien porque haya transcurrido el plazo máximo acordado por las partes para la duración del procedimiento, así como cuando el mediador aprecie de manera justificada que las posiciones de las partes son irreconciliables o concurra otra causa que determine su conclusión. Con la terminación del procedimiento se devolverán a cada parte los documentos que hubiere aportado. Con los documentos que no hubieren de devolverse a las partes, se formará un expediente que deberá conservar y custodiar el mediador o, en su caso, la institución de mediación, una vez terminado el procedimiento, por un plazo de cuatro meses.

2. La renuncia del mediador a continuar el procedimiento o el rechazo de las partes a su mediador sólo producirá la terminación del procedimiento cuando no se llegue a nombrar un nuevo mediador.

3. El acta final determinará la conclusión del procedimiento y, en su caso, reflejará los acuerdos alcanzados de forma clara y comprensible, o su finalización por cualquier otra causa. El acta deberá ir firmada por todas las partes y por el mediador o mediadores y se entregará un ejemplar original a cada una de ellas. En caso de que alguna de las partes no quisiera firmar el acta, el mediador hará constar en la misma esta circunstancia, entregando un ejemplar a las partes que lo deseen.

15 Art. 21. El mediador convocará a las partes para cada sesión con la antelación necesaria, dirigirá las sesiones y facilitará la exposición de sus posiciones y su comunicación de modo igual y equilibrado.

16 Las partes podrán elevar a escritura pública el acuerdo alcanzado tras un procedimiento de mediación.

El acuerdo de mediación se presentará por las partes ante un notario acompañado de copia de las actas de la sesión constitutiva y final del procedimiento, sin que sea necesaria la presencia del mediador.





## El internamiento involuntario urgente y la sentencia del Tribunal Constitucional (recurso de amparo 5070/09)

Isaac Carlos Bernabéu Pérez

*Secretario Judicial*

*Profesor Asociado de Derecho Procesal de la Universidad de Alicante*

El internamiento involuntario viene regulado en el artículo 763 de la Ley de Enjuiciamiento Civil<sup>1</sup>.

Es objeto del presente artículo solamente dar a conocer el tratamiento que le da la sentencia del Tribunal Constitucional al internamiento involuntario urgente.

Para ello, hemos de partir que el internamiento involuntario urgente es aquél que no es acordado por la autoridad judicial, sino que es acordado por un facultativo, y luego posteriormente es ratificado por la autoridad judicial.

En resumen, la sentencia del Tribunal Constitucional distingue dos fases dentro del procedimiento. Una primera fase extrajudicial y una segunda fase judicial.

Para que la fase extrajudicial sea acorde con la Constitución ha de cumplir cuatro requisitos:



El primero de ellos, es que ha de existir un informe médico que justifique el internamiento inmediato. Y en ese informe médico se ha de justificar la necesidad y la proporcionalidad de la medida.

El segundo de los requisitos es que se ha de informar al afectado, o bien al representante del mismo, de las causas del internamiento, así como acerca del mismo internamiento.

Como requisito tercero será la obligación del centro de comunicar lo antes posible y, en todo caso, dentro del plazo de 24 horas a la autoridad judicial, la existencia del internamiento para su ratificación.

El incumplimiento de este requisito posibilitará al internado, familiares o representante a obtener la tutela judicial a través del procedimiento de *habeas corpus*.

El último de los requisitos de esta fase extrajudicial, sería el control posterior sobre el centro por parte de la autoridad judicial.

En lo que respecta a la fase judicial, deberá de cumplir con las siguientes circunstancias para que su actuación sea conforme con la Constitución.

La primera de las circunstancias es que el juicio de ratificación del internamiento debe de abarcar no solo el estado mental que tenga el interno al momento de realizarle el reconocimiento judicial, sino que también tiene que abarcar la procedencia del internamiento cuando se adoptó.

La segunda de las circunstancias es que para que el reconocimiento judicial sea válido el juez ha de cumplir cuatro requisitos:

- Informar al interno o a su representante acerca de su situación material y procesal.
- Oír personalmente al interno.

- c) Informar al interno de su derecho a abogado y procurador.
- d) Informar al interno de su derecho a practicar prueba.

La tercera de las circunstancias es que el Juez debe de acordar la prueba pericial del interno por un facultativo designado por él.

Siendo la última de las circunstancias que debe de cumplir la fase judicial, para que sea conforme con la constitución, es que el juez debe de resolver en el plazo de 72 horas.

El cómputo inicial empezará a correr conforme al artículo 763 desde el momento en que llegue a conocimiento del Tribunal el internamiento.

Plazo que trae su razón de ser del propio artículo 17.1 de la Constitución Española<sup>2</sup>.

Cabe resaltar por último y en relación de esta última exigencia, que el Tribunal Constitucional da la posibilidad al interno, familiar o representante del mismo, para que en el supuesto en que el órgano judicial que haya de ratificar el internamiento involuntario urgente, no resuelva sobre su ratificación en el plazo de 72 horas, de poder presentar ante el Juez de Instrucción de guardia un procedimiento de *habeas corpus*, con la finalidad de garantizar su tutela a la libertad.

Toda vez que si transcurre el plazo de 72 horas procede de dejar en libertad al interno, sin perjuicio que la resolución judicial que posteriormente se dicte pueda acordar o no el internamiento involuntario.

## NOTAS

- 1 Establece el artículo 763 de la Ley de Enjuiciamiento Civil: «El internamiento, por razón de trastorno psíquico, de una persona que no esté en condiciones de decidirlo por sí, aunque éste sometida a la patria potestad o a tutela, requerirá autorización judicial, que será recabada del tribunal del lugar donde resida la persona afectada por el internamiento.

La autorización será previa a dicho internamiento, salvo que razones de urgencia hicieren necesaria la inmediata adopción de la medida.

En este caso, el responsable del centro en que se hubiere producido el internamiento deberá dar cuenta de éste al tribunal competente lo antes posible y, en todo caso, dentro del plazo de veinticuatro horas, a los efectos de que se proceda a la preceptiva ratificación de dicha medida, que deberá efectuarse en el plazo máximo de setenta y dos horas desde que el internamiento llegue a conocimiento del tribunal.

En los casos de internamientos urgentes, la competencia para la ratificación de la medida corresponderá al tribunal del lugar en que radique el centro donde se haya producido el internamiento. Dicho tribunal deberá actuar, en su caso, conforme a lo dispuesto en el apartado 3 del artículo 757 de la presente Ley.

2. El internamiento de menores se realizará siempre en un establecimiento de salud mental adecuado a su edad, previo informe de los servicios de asistencia al menor.

3. Antes de conceder la autorización o de ratificar el internamiento que ya se ha efectuado, el tribunal oír a la persona afectada por la decisión, al Ministerio Fiscal y a cualquier otra persona cuya comparecencia estime conveniente o le sea solicitada por el afectado por la medida. Además, y sin perjuicio de que pueda practicar cualquier otra prueba que

estime relevante para el caso, el tribunal deberá examinar por sí mismo a la persona de cuyo internamiento se trate y oír el dictamen de un facultativo por él designado. En todas las actuaciones, la persona afectada por la medida de internamiento podrá disponer de representación y defensa en los términos señalados en el artículo 758 de la presente Ley. En todo caso, la decisión que el tribunal adopte en relación con el internamiento será susceptible de recurso de apelación.

4. En la misma resolución que acuerde el internamiento se expresará la obligación de los facultativos que atiendan a la persona internada de informar periódicamente al tribunal sobre la necesidad de mantener la medida, sin perjuicio de los demás informes que el tribunal pueda requerir cuando lo crea pertinente.

Los informes periódicos serán emitidos cada seis meses, a no ser que el tribunal, atendida la naturaleza del trastorno que motivó el internamiento, señale un plazo inferior.

Recibidos los referidos informes, el tribunal, previa la práctica, en su caso, de las actuaciones que estime imprescindibles, acordará lo procedente sobre la continuación o no del internamiento.

Sin perjuicio de lo dispuesto en los párrafos anteriores, cuando los facultativos que atiendan a la persona internada consideren que no es necesario mantener el internamiento, darán el alta al enfermo, y lo comunicarán inmediatamente al tribunal competente».

- 2 Dispone el apartado primero del artículo 17 de la Constitución: «Toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad. Nadie puede ser privado de su libertad, sino con la observancia de lo establecido en este artículo y en los casos y en la forma previstos en la Ley».



# La cesión del crédito en la fase de ejecución: el alcance del artículo 540 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (I)

Isaac Carlos Bernabéu Pérez

*Secretario Judicial*

*Profesor Asociado de Derecho Procesal de la Universidad de Alicante*

Como medio para determinar el alcance del artículo 540 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, hay que preguntarse, en primer lugar, si los artículos 16<sup>1</sup> y 17<sup>2</sup> del mismo cuerpo legal son de aplicación en la fase de ejecución.

Y, en segundo lugar, si el artículo 540 abarca tanto el supuesto comprendido en el artículo 16 como el supuesto comprendido en el artículo 17.

En cuanto a la primera de las preguntas, esto es, si los artículos 16 y 17 son de aplicación en la fase de ejecución la respuesta ha de ser negativa, por varios motivos.

En primer lugar por el principio de especialidad, toda vez que el artículo 540 está comprendido dentro del Libro III que tiene como título «De la ejecución forzosa y de las medidas cautelares», mientras que los artículos 16 y 17 están comprendidos dentro del Libro I que tiene como rúbrica «De las disposiciones generales relativas a los juicios civiles», por lo que solo en virtud de este principio sería de aplicación en fase de ejecución lo

dispuesto en el artículo 540, frente a lo regulado en los artículos 16 y 17 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

El segundo de los motivos, que sustenta la imposibilidad de no aplicar el artículo 17 a la fase de ejecución, es el propio título del artículo 17, el cual tiene por nombre «Sucesión por transmisión del objeto litigioso», y en fase de ejecución no se puede hablar de objeto litigioso, toda vez que no existe propiamente litigio entre dos partes, ya que el mismo ya ha sido resuelto por sentencia. Ya que lo que caracteriza a la ejecución no es la resolución de litigio alguno, sino el embargo y realización de los bienes para lograr la satisfacción del ejecutante.

Existiría alguna duda en hablar o no de objeto litigioso, en la ejecución de títulos no judiciales (en los que no ha existido resolución judicial alguna que dé por finalizado el litigio), hasta que finalice el plazo para oponerse a la ejecución.

El último de los motivos que justifica la no aplicación del artículo 17, y sí la aplicación del artículo 540, es la propia redacción del artículo 17, que en su apartado primero empieza diciendo: «Cuando se haya transmitido, pendiente un juicio, lo que sea objeto del mismo...».

Esta redacción habla de «pendiente un juicio», y como hemos comentado con anterioridad no se puede hablar de un juicio pendiente en fase de ejecución, ya que el juicio ya ha sido resuelto, y la naturaleza de la ejecución no es la de resolver un conflicto intersubjetivo entre las partes, si no su naturaleza es ejecutiva o de apremio, es decir conseguir que el ejecutante obtenga el cobro de la totalidad de su crédito, y ello mediante el embargo de los bienes del deudor y su posterior realización.

La segunda de las preguntas a resolver, es si el artículo 540 de la Ley de Enjuiciamiento Civil abarca los dos supuestos previstos en los artículos 16 y 17.

La respuesta ha de ser afirmativa, en primer lugar por los propios enunciados de los encabezamientos de los artículos.



Así el artículo 16 tiene por encabezamiento el título «Sucesión procesal por muerte», el artículo 17 tiene por nombre «Sucesión por transmisión del objeto litigioso» y el artículo 540 lleva por nombre «Ejecutante y ejecutado en casos de sucesión».

Por lo que toda vez que el artículo 540 no distingue la clase de sucesión a la que se está refiriendo, se puede tener comprendido en ella tanto la sucesión por causa de muerte, como la sucesión por transmisión del objeto litigioso.

Y en segundo lugar, también se puede sostener que el artículo 540 comprende tanto la sucesión por causa de muerte, como la sucesión por transmisión del objeto, por el propio contenido del precepto.

Ya que el precepto habla de la necesidad de presentar documentos fehacientes, pudiendo ser tanto la declaración de herederos, partición de la herencia, como escritura de venta del crédito, por lo que no existe ninguna dificultad en tramitar ambas sucesiones a través del cauce procedimental del artículo 540 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

## NOTAS

- 1 El primero de los artículos regula la sucesión por causa de muerte y dispone: «1. Cuando se transmita *mortis causa* lo que sea objeto del juicio, la persona o personas que sucedan al causante podrán continuar ocupando en dicho juicio la misma posición que éste, a todos los efectos.

Comunicada la defunción de cualquier litigante por quien deba sucederle, el Secretario judicial acordará la suspensión del proceso y dará traslado a las demás partes. Acreditados la defunción y el título sucesorio y cumplidos los trámites pertinentes, el Secretario judicial tendrá, en su caso, por personado al sucesor en nombre del litigante difunto, teniéndolo el Tribunal en cuenta en la sentencia que dicte.

2. Cuando la defunción de un litigante conste al Tribunal que conoce del asunto y no se personare el sucesor en el plazo de los cinco días siguientes, el Secretario judicial por medio de diligencia de ordenación permitirá a las demás partes pedir, con identificación de los sucesores y de su domicilio o residencia, que se les notifique la existencia del proceso, emplazándoles para comparecer en el plazo de diez días.

En la misma resolución del Secretario judicial por la que se acuerde la notificación, se acordará la suspensión del proceso hasta que comparezcan los sucesores o finalice el plazo para la comparecencia.

3. Cuando el litigante fallecido sea el demandado y las demás partes no conocieren a los sucesores o éstos no pudieran ser localizados o no quisieran comparecer, el proceso seguirá adelante, declarándose por el Secretario judicial la rebeldía de la parte demandada.

Si el litigante fallecido fuese el demandante y sus sucesores no se personasen por cualquiera de las dos primeras circunstancias expresadas en el párrafo anterior, se dictará por el Secretario judicial decreto en el que teniendo por desistido al demandante, se ordene el archivo de las actuaciones, salvo que el demandado se opusiere, en cuyo caso se aplicará lo dispuesto en el apartado tercero del artículo

20. Si la no personación de los sucesores se debiese a que no quisieran comparecer, se entenderá que la parte demandante renuncia a la acción ejercitada.»

- 2 Regula el artículo 17 la sucesión por transmisión del objeto litigioso: «Cuando se haya transmitido, pendiente un juicio, lo que sea objeto del mismo, el adquirente podrá solicitar, acreditando la transmisión, que se le tenga como parte en la posición que ocupaba el transmitente. El Secretario judicial dictará diligencia de ordenación por la que acordará la suspensión de las actuaciones y otorgará un plazo de diez días a la otra parte para que alegue lo que a su derecho convenga.

Si ésta no se opusiere dentro de dicho plazo, el Secretario judicial, mediante decreto, alzará la suspensión y dispondrá que el adquirente ocupe en el juicio la posición que el transmitente tuviese en él.

2. Si dentro del plazo concedido en el apartado anterior la otra parte manifestase su oposición a la entrada en el juicio del adquirente, el tribunal resolverá por medio de auto lo que estime procedente.

No se accederá a la pretensión cuando dicha parte acredite que le competen derechos o defensas que, en relación con lo que sea objeto del juicio, solamente puede hacer valer contra la parte transmitente, o un derecho a reconvenir, o que pende una reconvencción, o si el cambio de parte pudiera dificultar notoriamente su defensa.

Cuando no se acceda a la pretensión del adquirente, el transmitente continuará en el juicio, quedando a salvo las relaciones jurídicas privadas que existan entre ambos.

3. La sucesión procesal derivada de la enajenación de bienes y derechos litigiosos en procedimientos de concurso se regirá por lo establecido en la Ley Concursal. En estos casos, la otra parte podrá oponer eficazmente al adquirente cuantos derechos y excepciones le correspondieran frente al concursado».





# La cesión del crédito en la fase de ejecución: el alcance del artículo 540 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (II)

Isaac Carlos Bernabéu Pérez

*Secretario Judicial*

*Profesor Asociado de Derecho Procesal de la Universidad de Alicante*

Una vez determinada la exclusiva aplicación del artículo 540 de la Ley de Enjuiciamiento Civil<sup>1</sup> para la fase de ejecución y por tanto la exclusión de los artículos 16 y 17 del mismo cuerpo legal, procede determinar cuál es el alcance del artículo 540.

Para determinar el alcance, debemos de distinguir dos momentos procesales distintos; el primero de ellos antes del despacho de ejecución y el segundo de ellos después del despacho de la ejecución.

Con respecto al primero de los momentos a los que hemos hecho referencia, la aplicación del artículo 540 no ofrece ninguna duda.

Así, en primer lugar, la sucesión cabe tanto por parte del ejecutante como por parte del ejecutado.

En segundo lugar, si la sucesión del ejecutante o del ejecutado, o de ambos, consta en documentos fehacientes y el tribunal los considera suficientes, éste despachará ejecución a favor o frente a quien resulte ser sucesor conforme a los documentos aportados.

Por último, en el supuesto en que la sucesión no conste en documentos fehacientes o el tribunal no los considera suficientes, oír a los interesados y decidirá lo que proceda en cuanto a la sucesión interesada.

El problema surge cuando se pretende la sucesión en un momento posterior al despacho de la ejecución, y ello por la redacción dada al artículo 540.

De tal modo que podría defenderse que la Ley de Enjuiciamiento Civil no regula la sucesión una vez despachada la ejecución, vamos a hacer constar argumentos a favor y en contra de la posibilidad de ceder o no el crédito y ello partiendo de un ejemplo habitual en la práctica, como es la sucesión por venta del crédito en ejecución a un tercero.

Y todo ello como hemos visto por la imposibilidad de aplicar lo dispuesto en el artículo 17 a la ejecución.

Como motivos para argumentar a favor, de la posibilidad de ceder el crédito en fase de ejecución a un tercero, podemos citar:

En primer lugar, la ubicación del artículo 540 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, toda vez que el mismo está incardinado dentro del Capítulo I del Título III del Libro III, teniendo el Título III como nombre «De la ejecución: disposiciones generales», y, por tanto, si se trata de disposiciones generales de la ejecución se han de aplicar a toda ella sin distinguir si estamos antes o después del despacho de la ejecución.

Como segundo motivo sería que como cualquier transmisión de créditos, la misma está amparada en los artículos 1526 y siguientes del Código Civil, y por tanto puede transmitirse el crédito en fase de ejecución.

Estableciéndose expresamente en los mismos que la transmisión del crédito comprende la de todos sus accesorios<sup>2</sup>, por lo que si estamos en ejecución y se ha producido un embargo de bienes a favor del ejecutante, este embargo ha de mantenerse, por lo que si se ha de mantener lo ha de ser en la misma ejecución.

Y por último motivo a favor de la transmisión del crédito en fase de ejecución, es que el contrato por el cual las partes proceden a transmitir el crédito en fase de ejecución, es perfectamente válido por no vulnerar lo dispuesto en el artículo 1255 del Código Civil<sup>3</sup>.

Vamos ahora a relatar los argumentos en contra a la posibilidad de la cesión de créditos una vez despachada ejecución, por falta de previsión legal:

El primero de los argumentos lo encontraríamos, en la propia redacción del apartado segundo del citado artículo 540, toda vez que en el mismo se utiliza la expresión: «... a despachar la ejecución a favor o frente a quien resulte ser sucesor en razón de los documentos presentados», por lo que si usa la expresión «despachar ejecución» quiere decir que la ejecución aún no está despachada por lo que solo regula la sucesión en

un momento anterior al despacho de la ejecución y no en momento posterior.

Como segundo argumento bien ligado al anterior, está la también redacción del apartado tercero que al final del mismo dice: «... el Tribunal decidirá lo que proceda sobre la sucesión a los solos efectos del despacho de la ejecución».

Por lo que si utiliza la expresión «a los solos efectos del despacho de la ejecución», y no ha utilizado expresiones que pudieran indicar que la ejecución ya está abierta, tales como «a los solos efectos de la ejecución» o «a los solos efectos del despacho de ejecución o de la misma», es porque únicamente está regulando cómo se ha de realizar la sucesión con anterioridad al despacho de la ejecución.

El tercero de los argumentos estaría, que si la parte ejecutante transmite el crédito a un tercero, significa que en cuanto a él (cedente) se le ha satisfecho su crédito y, por tanto, estaríamos ante un supuesto del artículo 570 de la Ley de Enjuiciamiento Civil<sup>4</sup>, por lo que procedería el archivo de la ejecución sin perjuicio de que el cesionario iniciará una nueva ejecución.

Y como último argumento estaría el principio de legalidad recogido en el artículo 1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil<sup>5</sup>, por lo que no estando prevista expresamente la sucesión procesal en fase de ejecución en la Ley, la misma no se puede producir, debiéndose archivar la ejecución abierta, sin perjuicio de una posterior ejecución entre las nuevas partes.



Ante esta situación, en la práctica normalmente por los argumentos que hemos citado a favor, si se admite la sucesión procesal cuando se presenta al Juzgado un documento fehaciente, siguiendo el ejemplo, de transmisión de créditos.

Lo que no es procedente, como en algunas ocasiones sucede, es que la parte ejecutante diga que ha transmitido su crédito a un tercero, y que dicho tercero ya se personará, aquí sí es más claro aún que lo que procede es archivar la ejecución en base al artículo 570 ya citado, toda vez que no es posible mantenerse una ejecución sin parte ejecutante y, por tanto, solo con la ejecutada.

## NOTAS

- 1 Dispone el artículo 540 de la Ley de Enjuiciamiento Civil: «1. La ejecución podrá despacharse a favor de quien acredite ser sucesor del que figure como ejecutante en el título ejecutivo y frente al que se acredite que es el sucesor de quien en dicho título aparezca como ejecutado.  
2. Para acreditar la sucesión, a los efectos del apartado anterior, habrán de presentarse al tribunal los documentos fehacientes en que aquélla conste. Si el tribunal los considera suficientes a tales efectos, procederá, sin más trámites, a despachar la ejecución a favor o frente a quien resulte ser sucesor en razón de los documentos presentados.  
3. Si la sucesión no constara en documentos fehacientes o el Tribunal no los considerare suficientes, de la petición que deduzca el ejecutante mandará que el Secretario judicial dé traslado a quien conste como ejecutado en el título y a quien se pretenda que es su sucesor y, oídos todos ellos en comparecencia señalada por el Secretario, el Tribunal decidirá lo que proceda sobre la sucesión a los solos efectos del despacho de la ejecución».
- 2 El artículo 1.528 del Código Civil dispone: «La venta o cesión de un crédito comprende la de todos los derechos accesorios, como la fianza, hipoteca, prenda o privilegio».
- 3 Establece el artículo 1255 del Código Civil: «Los contratantes pueden establecer los pactos, cláusulas y condiciones que tengan por conveniente, siempre que no sean contrarios a las leyes, a la moral, ni al orden público».
- 4 Dice el artículo 570 de la Ley de Enjuiciamiento Civil: «La ejecución forzosa sólo terminará con la completa satisfacción del acreedor ejecutante, lo que se acordará por decreto del Secretario judicial, contra el cual podrá interponerse recurso directo de revisión».
- 5 El principio de legalidad procesal está refrendado en el artículo 1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil al establecer: «En los procesos civiles, los tribunales y quienes ante ellos acudan e intervengan deberán actuar con arreglo a lo dispuesto en esta Ley».



# A vueltas con la firmeza del artículo 548 LEC

Alberto Martínez de Santos  
Secretario Judicial

Decía el artículo 548 LEC —en la redacción dada por Real Decreto-ley 5/2012, de 5 de marzo, de mediación en asuntos civiles y mercantiles— que no se despacharía ejecución de resoluciones procesales, arbitrales o acuerdos de mediación, dentro de los veinte días posteriores a aquel en que la resolución de condena, de aprobación del convenio o de firma del acuerdo hubiera sido notificada al ejecutado. Esa redacción corregía la facilitada por la Ley 37/2011, de medidas de agilización procesal, que impedía despachar ejecución de resoluciones procesales o arbitrales dentro de los veinte días posteriores a aquel en que la resolución de condena fuera firme, o la resolución de aprobación del convenio hubiera sido notificada al ejecutado. Y, en un cambio de rumbo que se antoja inexplicable, la Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles retoca nuevamente el artículo que queda como sigue: «No se despachará ejecución de resoluciones procesales o arbitrales o de acuerdos de mediación, dentro de los veinte días posteriores a aquel en que la resolución de condena sea firme, o la resolución de aprobación del convenio o de firma del acuerdo haya sido notificada al ejecutado»<sup>1</sup>.

Veamos, el precepto nos plantea dos problemas: a) la notificación al ejecutado, y b) la firmeza de la resolución de condena. Sobre la primera entiendo que la notificación al ejecutado puede salvarse mediante la que se hace a los procuradores que intervinieron en el proceso declarativo, acudiendo a la notificación personal cuando el procurador rechaza el traslado de copias o esa primera notificación; en los casos de designación de justicia gratuita o cuando no había intervenido ningún procurador. No obstante, ahí no está el problema: en los juicios ordinarios y en los verbales no hay despacho de ejecución hasta que no hay firmeza.

En cuanto a la notificación de la «resolución de aprobación del convenio» la propia naturaleza del laudo arbitral, como resolución que dirime la controversia suscitada entre las partes y cuya eficacia es equiparable a la de una sentencia, obliga a mantener en su notificación las mismas garantías que son legalmente exigibles para las sentencias y así, en aquellos supuestos en que el demandado condenado no ha comparecido en el procedimiento arbitral, la notificación del laudo ha de efectuarse, por virtud de lo dispuesto en el artículo 497.2 LEC, personalmente, en la forma prevista en el artículo 161 LEC<sup>2</sup>.

Respecto a la firmeza, el artículo 548 LEC no obliga a dictar ninguna diligencia de ordenación declarando

la de la «resolución de condena» y, en consecuencia, el derecho de la parte a solicitar la ejecución de la sentencia nacerá el día que concluye el plazo para formular el recurso de apelación. La declaración de firmeza responde a la obligación del artículo 207.2 LEC, pero no tiene ningún otro resultado práctico ya que se adquiere una vez transcurridos los plazos previstos para recurrir una resolución<sup>3</sup>.

Dicho esto, los interrogantes aparecen con los procesos monitorios, los decretos aprobatorios de las tasaciones de costas y los novedosos decretos con los que termina el desahucio, porque una interpretación literal del retocado artículo obstaculiza la pretendida agilidad procesal del año 2011. No hace falta darle muchas vueltas al asunto para concluir que por la relación entre los artículos 517.2.9.º LEC y 548 LEC parece obligado conseguir la firmeza de todos los decretos que se dicten en el Juzgado.

Pero cabe una solución intermedia porque la ley habla expresamente de «resolución de condena» y ésta solo podrá ser una sentencia o un auto y, forzando los términos, un decreto que haga pronunciamiento sobre las costas. Con un criterio que podemos aplicar para solucionar cualquier conflicto en este punto, se lee en el **Auto AP Santa Cruz Tenerife, Sección 3.ª, 5 de mayo de 2011**<sup>4</sup> que el art. 816 LEC dispone que el secretario judicial dictará decreto dando por terminado el proceso monitorio y dará traslado al acreedor para que inste el despacho de ejecución, bastando para ello con la mera solicitud. Cumplido lo establecido en la referida norma, «la ejecución del decreto dictado en un juicio monitorio cuando la demandada no ha comparecido o no ha atendido el requerimiento de pago, no requiere ni la notificación de la referida resolución para ser ejecutiva ni el cumplimiento de cualquiera otro requisito establecido en los artículos 517 y siguientes de la LEC para la ejecución en general, por establecerse en este caso normas específicas para la ejecución en el juicio monitorio».

Esta postura nos permite, además, una exégesis lógica a la ejecución del desahucio. Hasta la fecha el desahucio por falta de pago el artículo 440.3 LEC, constituía una excepción al plazo de espera fijado por el artículo 548 LEC que no producía ninguna indefensión a la parte ya que desde el auto de admisión de la demanda conocía la fecha de señalamiento del lanzamiento (Auto AP Cádiz, Sección 8.ª, 27 de junio de 2.007<sup>5</sup>), en adelante, nos encontramos con un problema de cómputos —en la mis-

ma resolución habrá que señalar el juicio y la fecha del lanzamiento y ésta deberá ser lejana en el tiempo— y de coordinación con los servicios comunes encargados de los lanzamientos, pero nada nuevo, que no sea dilación,

aporta la reforma. Esto es, será el requerimiento para el pago o desalojo el que fije los términos de la ejecución, sin que pueda aplicarse la literalidad del artículo 548 LEC a los decretos que ponen término a ese trámite.

## NOTAS

- 1 La redacción originaria decía así: «Artículo 548. Plazo de espera de la ejecución de resoluciones judiciales o arbitrales. No se despachará ejecución de resoluciones procesales o arbitrales, dentro de los veinte días posteriores a aquel en que la resolución de condena o de aprobación del convenio haya sido notificada al ejecutado».
- 2 Auto AP Madrid, Sección 25.ª, del 13 de enero de 2011.
- 3 En tal sentido tenemos el AAP Barcelona, Sección 17.ª, 14 de septiembre de 2007 (Recurso: 100/2007, LA LEY 167256/2007): «Ello significa, como acepta la propia parte apelada, que el derecho de la parte contraria a solicitar su ejecución nace el día que concluyó el plazo para formular el recurso, adicionando los 20 días previstos en el artículo 548 LEC, sin que la providencia del juzgado declarando la firmeza, de fecha 4 de marzo de 2005, tenga virtualidad a estos efectos al ser meramente declarativa pues la firmeza se adquiere, como expresa el artículo 207 LEC, una vez transcurridos los plazos previstos para recurrir una resolución sin haberla impugnado siendo incluso superflua, por inoqua, su declaración».
- 4 Auto AP Santa Cruz Tenerife, Sección 3.ª, 5 de mayo de 2011 (LA LEY 126070/2011).
- 5 Auto AP Cádiz, Sección 8.ª, 27 de junio de 2007 (Recurso: 113/2007, LA LEY 194463/2007).



## La «vivienda habitual» de la Disposición Adicional Sexta de la LEC

Alberto Martínez de Santos  
Secretario Judicial

La Disposición Adicional Sexta de la LEC dice que en el caso de las adjudicaciones solicitadas por el acreedor ejecutante en los términos previstos en la sección VI del capítulo IV del título IV del libro III y siempre que las subastas en las que no hubiere ningún postor se realicen sobre bienes inmuebles diferentes de la «vivienda habitual del deudor», el acreedor podrá pedir la adjudicación de los bienes por cantidad igual o superior al 50% de su valor de tasación o por la cantidad que se le deba por todos los conceptos. Distinción entre la «vivienda habitual del deudor» y la que no lo es, que también aparece en el segundo párrafo de esta Disposición para las adjudicaciones por encima del 70% del valor por el que el bien hubiere salido a subasta.

Los conceptos de «domicilio», «vivienda familiar» (artículo 693.3 LEC) y «vivienda habitual» no significan lo mismo, pues mientras el primero tiene la finalidad de asegurar al deudor el conocimiento de las acciones ejecutivas y proteger al acreedor contra los entorpecimientos procesales que pueda tener por razón de los

cambios de domicilio de aquél (**Resolución DGR y N de 9 de julio de 2001**<sup>1</sup>); las segundas pueden definirse muy escuetamente como los inmuebles habitables destinados a morada de la familia o del deudor.

La distinción, que introduce nuevos elementos de confusión, no puede servirnos para condicionar la aplicación de la Disposición Adicional Sexta LEC. En primer lugar porque el legislador nunca ha sido especialmente riguroso cuando se ha referido a la vivienda —de hecho, ni tan siquiera se plantea un concepto<sup>2</sup>— y en segundo lugar, porque la norma tiene la finalidad de proteger al deudor y de ahí que se apliquen los límites de la citada Disposición Adicional Sexta cuando el bien subastado constituya su morada.

Vale más no entrar en disquisiciones doctrinales sobre la «vivienda habitual» y solventar la aplicación de la norma mediante estos criterios sucesivos<sup>3</sup>:

- (a) atender al resultado del requerimiento de pago y al domicilio en el que se realiza, comprobando



## Ejecución civil

la coincidencia con el del título ejecutivo (póliza, contrato o escritura pública), y

- (b) cuando el requerimiento de pago sea negativo podrá admitirse la identidad entre la «*vivienda habitual*» y el domicilio que aparezca en la certificación registral de dominio y de cargas, siempre que coincida con el del título ejecutivo (póliza, contrato o escritura pública).

En la ejecución hipotecaria, sujeta a reglas procesales especiales, se estará al contenido de la inscripción en el Registro de la Propiedad y, en segundo lugar, al resultado del requerimiento de pago. Solo se atenderá, como criterio prioritario, al lugar en que se practica el requerimiento de pago cuando en la escritura se haya fijado para el mismo un domicilio distinto al de la finca hipotecada (v. g. segunda residencia o pluralidad de ejecutados)<sup>4</sup>.

### NOTAS

- 1 La Resolución DGRN de 7 de febrero de 2001 examinó la exigencia de indicar un domicilio con relación a una hipoteca constituida por dos deudores hipotecantes, llegando a la conclusión de que no existían inconvenientes para que en tal caso cada uno de los deudores fijase el que le es propio (RDGRN de 7 de febrero de 2001, LA LEY 2001/2415). Abundando en lo dicho en la Resolución DGRN de 9 de julio de 2001 se dice que la expresión «*un domicilio*» debe interpretarse no en el sentido de domicilio único sino en el de cierto y determinado sin que tenga por qué ser el domicilio real o habitual al que se refiere el artículo 40 CC (LA LEY 6321/2001).
- 2 En el Real Decreto-ley 6/2012, de 9 de marzo, de *medidas urgentes de protección de deudores hipotecarios sin recursos se habla del «derecho a disfrutar de una vivienda digna y adecuada, consagrado en el artículo 47 de la Constitución española», relacionándose la vivienda habitual con el empadronamiento [art. 3.2 letra e) Certificado de empadronamiento relativo a las personas empadronadas en la vivien-*
- 3 Criterios aprobados en Junta de Secretarios Judiciales de Primera Instancia de Valencia (2011).
- 4 Dice GONZÁLEZ LÓPEZ —con relación al RDL 6/2012— que incluso si —siendo ello posible— se requiere de pago al deudor en vivienda distinta a la hipotecada, por no hallarse en ésta, la carga de la prueba del carácter no habitual de la vivienda corresponde al acreedor, pues a veces el deudor puede verse obligado a ausentarse de su vivienda habitual incluso durante semanas. Por otra parte, la carga de la prueba del carácter no habitual de la vivienda también corresponderá al acreedor aunque el domicilio del deudor señalado para requerimientos en la escritura de préstamo hipotecario sea distinto de la vivienda hipotecada, pues lo esencial es determinar dónde reside el deudor durante la ejecución, no en el momento de otorgamiento de la hipoteca, teniendo en cuenta que el deudor puede convertir la vivienda hipotecada en su vivienda habitual con posterioridad a la constitución de la hipoteca.



## El proveído en contradicción con el acuerdo de mediación

Alberto Martínez de Santos  
Secretario Judicial

El art. 563 LEC prevé que cuando, habiéndose despachado ejecución en virtud de sentencias o resoluciones judiciales, el tribunal competente para la ejecución provea en contradicción con el título ejecutivo, la parte perjudicada podrá interponer recurso de reposición y, si se desestimare, de apelación. Si la resolución contraria al título ejecutivo fuere dictada por el Secretario judicial, previa reposición, cabrá contra ella recurso de revisión ante el tribunal y, si fuera desestimado, recurso de apelación.

La Ley 5/2012, de 6 de julio, de *mediación en asuntos civiles y mercantiles* modifica el número 2 del apartado 2 del artículo 517 LEC para incluir junto a los laudos o resoluciones arbitrales, los acuerdos de mediación, que serán título ejecutivo siempre que hayan sido elevados a escritura pública. De la lectura de los arts. 17, 22 y 23 de la citada Ley 5/2012 se concluye que el trámite de la mediación se caracteriza por un rigor formal que evita equívocos y más cuando se exige que un acta final refle-

jará, en su caso, los acuerdos alcanzados de forma clara y comprensible, o su finalización por cualquier otra causa.

Pero dicho esto, es también cierto que la ley permite la ejecución del acuerdo en los Juzgados de Primera Instancia y ello hace que nos preguntemos si se observa en esa ejecución el mismo régimen que para los títulos judiciales o procesales o si hay alguna singularidad en esta sede.

Sobre la contradicción del art. 563 LEC recordemos que el **Auto AP Pontevedra, Sección 6.ª, 16 de noviembre de 2011**<sup>1</sup> advierte que no se trata de que cualquier denegación de diligencia solicitada por el ejecutante comporte una contradicción con el título. «Actuar en contradicción con el título supone negar total o parcialmente la ejecución contraviniendo los términos del propio título de modo que se restringe su alcance subjetiva u objetivamente, o bien, en dirección contraria, se excede, también subjetiva u objetivamente, de lo que el título comprende, o, en suma, se exige una responsabilidad que no resulta del título o contra quien no puede ser abarcado por los términos del título. Se trata, en definitiva, de una infracción de los límites de lo que el título comprende, ya sea por exceso o por defecto. Cosa distinta es la negación de concretas diligencias o actuaciones que se piden para la efectividad de la actividad ejecutiva cuya recurribilidad tiene un régimen propio (ej. art. 562 LEC)».

Pues bien la oposición del art. 563 LEC solo sería posible cuando se proveyera por el Juez o el Secretario Judicial en contradicción con sentencias o resoluciones judiciales y se excluirían los acuerdos de mediación, que carecen de la complejidad que exige la aplicación del precepto para exceder subjetiva u objetivamente lo que el título comprende.

Pero introduce alguna duda el **Auto AP Tarragona, Sección 3.ª, 29 de noviembre de 2006**<sup>2</sup> cuando afirma respecto a los laudos arbitrales, que teniendo en cuenta las previsiones recogidas en los arts. 44 Ley arbitraje 60/2003 y 517.2.2.º, 551.1 y 563 LEC, no puede olvidarse la doctrina sobre el arbitraje y los laudos arbitrales que ha venido manteniendo nuestro Tribunal Constitucional, «entre otras resoluciones en sentencia de 20 de julio de 1993, en la que se dice que el arbitraje es un “equivalente jurisdiccional” por el que las partes pueden obtener



los mismos objetivos que con la jurisdicción civil, es decir una decisión que ponga fin al conflicto que pudiera haber surgido entre ellas con todos los efectos de la cosa juzgada, de forma que, por imperativo legal, la decisión adoptada en un laudo arbitral está revestida de auctoritas, aun cuando los árbitros carezcan del imperium necesario para llevar a cabo la ejecución forzosa de su laudo, reservando la Ley de 1988 la ejecución forzosa de tales decisiones a los órganos jurisdiccionales, cuya intervención debe limitarse, conforme se dice en esta sentencia, a despachar ejecución por los trámites de las sentencias firmes, salvo en el procedimiento de anulación específico de tales laudos».

Y esa duda merece diferente respuesta en la Ley 5/2012. Si se trata de un acuerdo que se hubiere alcanzado en una mediación desarrollada después de iniciar un proceso judicial y homologado ante el tribunal de acuerdo con lo dispuesto en la Ley de Enjuiciamiento Civil (art. 25 Ley 15/2012) podríamos plantearnos —que rechazo— la aplicación del art. 563 LEC porque la homologación requiere la intervención del órgano judicial (art.19.1 y 2 LEC), pero los demás acuerdos de mediación quedarían al margen de ese análisis (proveído en contradicción con el título ejecutivo) por la falta de mención expresa en la LEC, la falta de complejidad que antes indicada y la claridad que la ley impone a los acuerdos.

## NOTAS

1 Auto AP Pontevedra, Sección 6.ª, 16 de noviembre de 2011 (LA LEY 240425/2011). En el mismo sentido dice el Auto AP Madrid, Sección 9.ª, 23 de noviembre de 2011: «no se alcanza a comprender en qué puede contradecir el título ejecutivo la denegación del embargo de un bien concreto o su declaración de inembargabilidad, resultando por el contrario de los términos del recurso y de las resoluciones judiciales unidas que lo cuestionado es la aplicación de los artículos

605 y 606 LEC con una interpretación discrepante con el criterio de la ejecutante, o a lo sumo un criterio jurisprudencial o doctrinal, pero no contradictoria de lo ejecutoriado, por lo que tampoco procedería la apelación» (Auto AP Madrid, Sección 9.ª, 23 de noviembre de 2011, LA LEY 241822/2011).

2 Auto AP Tarragona, Sección 3.ª, 29 de noviembre de 2006 (LA LEY 281391/2006).



# La paralización de las ejecuciones de garantías reales y acciones de recuperación asimiladas en la Ley 38/2011, de 10 de octubre, de reforma de la Ley Concursal

Pilar Íñiguez Ortega

Profesora Contratada Doctora  
Universidad de Alicante

El tratamiento de las garantías reales es uno de los problemas claves del concurso. De eliminarse la efectividad de estas garantías, suprimiendo la preferencia del acreedor, se alteraría el sistema de garantías financieras clásico, y las entidades financieras acudirían a otras formas alternativas de garantía. Pero dejar incólume dichas garantías reales también podría resultar perjudicial, pues si afectara a un bien relevante para la continuidad empresarial, la ejecución por parte del acreedor la dificultaría: por ello, la nueva Ley 38/2011 de 10 de octubre de reforma de la Ley Concursal, llega a una solución ecléctica y transaccional.

De la inicial lectura del artículo 56 de la LC, en materia de ejecución de garantías reales, se resolvía la cuestión estableciendo una solución ecléctica: las garantías reales se mantenían vigentes, pero si los bienes gravados se hallaban afectos a la actividad empresarial o profesional del concursado, no cabría iniciar ejecuciones y quedarían en suspenso las ya iniciadas; esta regla era mantenida hasta que se aprobara un convenio cuyo contenido no afectara al ejercicio de ese derecho, o transcurriera un año desde la declaración de concurso sin que se hubiera producido la apertura de la liquidación (ex art.56 LC); si dicho precepto lo cohonestamos con el art.155.2 del referido Cuerpo Legal se establecía que durante el plazo indicado, la administración concursal podría optar por satisfacer la deuda garantizada y así cancelar el gravamen. Bajo las premisas indicadas, en principio, no se impide en modo alguno la continuación de la actividad empresarial (si los bienes gravados se hallan afectos a la misma no cabe una ejecución inmediata) y la administración del concurso tiene tiempo para decidir si prefiere el pago de la deuda o la conservación del bien; en idéntica dirección podríamos decantarnos respecto de los bienes que el concursado tenga comprados a plazos con reserva de dominio, o cedidos en *leasing*, es decir, no cabrá iniciar su recuperación, y si se ha iniciado, es suspendida durante el plazo de referencia.

En la materia a estudio, el principal problema que se suscitó a nivel doctrinal y jurisprudencial al tratar la

cuestión de competencia objetiva, era quién decidía si el bien gravado, comprado a plazos o cedido en arrendamiento financiero, se encontraba afecto o no a la actividad empresarial o profesional del deudor concursado: si el juez del concurso o el órgano jurisdiccional ante quien se hubiera iniciado la ejecución o resolución. La Ley 38/2011, de 10 de octubre de reforma de la Ley Concursal opera *dos modificaciones esenciales en el precepto más una adición* en el art. 56. Del tenor literal del *nuevo apartado quinto* se desprende que corresponde al juez del concurso el conocimiento de la cuestión planteada, el cual tendrá una visión global para determinar la actividad del poseedor del bien y la relevancia de éste en la misma; dicha regla la cohonestamos con otra adicionada al *reformular el apartado segundo del artículo indicado*, según el cual, si una actuación ya iniciada queda en suspenso, se alzarán la suspensión cuando conste la resolución de juez del concurso de que ese bien no está afecto o no es preciso, para la actividad empresarial o profesional del deudor.

Con la versión anterior de la norma ocurría que un acreedor podía iniciar pieza de ejecución después del concurso ante un juez ordinario pretendiendo que la cosa gravada no era un bien afecto, lo que volvía a poner, bajo el juez ordinario, la competencia de decidir perjudicialmente un extremo concursal de esta trascendencia. Continuando con el hilo expositivo, también el *apartado primero* del art. 56 se ha reformado ofreciendo una mejor redacción técnica de los supuestos de acciones tendientes a recuperar bienes vendidos a plazos o cedidos en *leasing*. Se enumera, con evidente claridad —que no se encontraba en la antigua dicción del precepto— cada uno de los tres supuestos, en apartados independientes. Si se ha modificado, el que antes se exigía para que no pudiese iniciarse estas acciones de recuperación de bienes que se «refieran a los bienes indicados en el párrafo anterior» (es decir, los afectos a la actividad profesional o empresarial del concursado); actualmente, con la nueva Norma, no se efectúa dicha precisión pero, sin embargo, sí que es necesaria para ordenar la suspensión



de las acciones de recuperación ya iniciadas (apartado segundo art. 56 LC). Se ha reparado, por tanto, con el Texto legal citado, la omisión de la regulación anterior que se producía respecto de la financiación de adquisiciones a plazo inscritas en el RBM y que ahora quedan sujetas al mismo estatuto que los vendedores en cuyos derechos (reserva de dominio) se subrogan. En este orden de ideas, se ha reformado, asimismo, y de forma parcial, el sentido de *apartado segundo* del precepto, ampliándose la excepción de suspensión, puesto que si anteriormente a la reforma era preciso la no afectación de los bienes y que estuvieran publicados los anuncios de la subasta al declararse el concurso; ahora, únicamente, se requiere lo primero.

Bajo este prisma legal, como complemento de las reglas de paralización del art. 56 LC, es el art. 57 del Cuerpo Legal antedicho, que contiene normas procesales relativas al órgano competente para conocer de las ejecuciones hipotecarias iniciadas o pendientes y al cauce procedimental. Así, la cuestión más importante, sin duda alguna, viene circunscrita a la competencia para conocer las ejecuciones hipotecarias sobre bienes no afectos, tanto las que se encuentran en trámite, como las que se inicien después de la declaración del concurso. No cabe duda de que el juez concursal es el competente para conocer de las ejecuciones de garantía real sobre bienes afectos a la actividad empresarial o unidad productiva, por así establecerlo el art. 57 LC; no se puede defender, sin embargo, la misma tesis cuando el bien no tiene esa condición de afecto. En materia de ejecución hipotecaria, la genérica previsión del 8.3.º LC ha de ser puesta en conexión con los art. 55.4 y 57.1 LC, según los

cuales, la apertura del concurso no implica la paralización de las ejecuciones hipotecarias, ni impide su inicio con ejecución separada al concurso a tenor de lo previsto en el art. 155.1 LC y como excepción frente al resto de las ejecuciones civiles. Por ello, las normas de competencia objetiva del art. 86 *ter* LOPJ, siguen operando en tales supuestos, excluyendo la competencia el juez del concurso y la única salvedad a esta regla, a la que se refiere el art. 8.3.º LC debidamente concretada por el art. 57.1 LC, se encuentra en las ejecuciones hipotecarias que tengan por exclusivo objeto la realización de bienes a que se refiere el art. 56 LC; constituyendo el único caso donde existe competencia objetiva de juez concursal para seguir separadamente el proceso de ejecución hipotecaria, excepción justificada en los siguientes criterios: 1.- la necesidad de declaración de bien afecto a la actividad empresarial que debe realizar el juez concursal; 2.- la tutela del principio de continuidad de la actividad económica desarrollada por el concursado, de acuerdo con los art. 43.3 y 44 LC, y 3.- la resolución que, sirviendo a los principios anteriores, pueda hacerse sobre el aplazamiento de tales ejecuciones hipotecarias a tenor de los arts. 56 y 57 LC. En último término, cuando tales ejecuciones hipotecarias no están dirigidas contra bienes afectos o necesarios para la continuidad de la actividad económica del concursado, no parece justificada la excepción de competencia objetiva común a los Juzgados de Primera Instancia que se ha pretendido realizar en los arts. 56 y 57 LC; su ejecución carece de toda especialidad —titular declarado en concurso— y se extendería injustificadamente la competencia del juez concursal a todas las ejecuciones hipotecarias de tales bienes sin necesidad.



# Formularios

## Solicitud de ambas partes en un proceso civil ya iniciado para instar su suspensión mientras los derivan a mediación

Manuel Perales Candela

Abogado del Ilustre Colegio de Abogados de Alicante

### AL JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA N.º [...] DE [.....]

D. [.....] y D. [.....] Procuradores de los Tribunales<sup>1</sup>, en nombre y representación, respectivamente, de la mercantil XXX, S.L. y de D. ZZZ, según consta en procedimiento de juicio ordinario n.º [.....]/2012, ante el Juzgado de Primera Instancia n.º [.....] comparecemos y, como mejor proceda, **decimos**:

Que los comparecientes en la actualidad son demandante y demandado en el procedimiento de juicio ordinario indicado, habiéndose dictado decreto por el Sr. Secretario, una vez admitida a trámite la contestación a la demanda de D. ZZZ, a fin de convocar a las partes a audiencia previa.

Que, de acuerdo con el art. 414, n.º 1 – 2.º párrafo de la Ley de Enjuiciamiento Civil, las partes han sido informadas en el referido decreto de la posibilidad de recurrir a una mediación para intentar solucionar el conflicto.

Que es de interés de ambas partes litigantes acudir a la mediación para dirimir las cuestiones que son objeto del presente litigio, solicitando la suspensión del proceso, de conformidad con lo que dispone el art. 415, n.º 1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil<sup>3</sup>, en relación con el art. 19.4, a fin de someterse a procedimiento de mediación.

Interesamos, de conformidad con el n.º 3 del citado precepto, art. 415, que se acuerde la referida suspensión del curso de los autos, sin perjuicio de que, una vez terminada dicha mediación, cualquiera de las partes podrá solicitar que se alce la suspensión, señalando fecha para el acto de audiencia previa.

En su virtud,

**AL JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA N.º [.....] SUPPLICAMOS** que, habiendo por presentado este escrito, se sirva admitirlo, acuerde suspender el curso de los autos, dejando sin efecto la fecha de señalamiento de la audiencia previa, a fin de que las partes puedan acudir a mediación para dirimir sus diferencias, conforme a los preceptos legales invocados, sin perjuicio de que cualquiera de las partes pueda solicitar que se alce esta suspensión y se continúe el procedimiento una vez terminada la misma sin haber alcanzado acuerdo alguno o, en su caso, y de alcanzar dicha mediación, soliciten la homologación del acuerdo que hubieren podido alcanzar a través del referido proceso mediador.

En [.....] a [..] de [.....] de [.....].

Fdo.: D. [.....]

Fdo.: D. [.....]

Letrado del Iltre. Colegio de Abogados de [.....]

Procurador de los Tribunales del Iltre.

Colegiado n.º [.....]

Colegiado n.º [.....]

Fdo.: D. [.....]

Fdo.: D. [.....]

Letrado del Iltre. Colegio de Abogados de [.....]

Procurador de los Tribunales del Iltre. Colegio de [.....]

Colegiado n.º [.....]

Colegio de [.....]

Colegiado n.º [.....]



## NOTAS

- 1 De acuerdo con los arts. 414 y 415 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, el acuerdo solicitando la suspensión del curso de los autos para acudir a un proceso de mediación debe ser conjunto de ambas partes.
- 2 El párrafo segundo del n.º 1 del art. 414 hace referencia a que el secretario, al convocar la audiencia previa, debe informar a las partes de la posibilidad de intentar solucionar el conflicto por vía de la mediación.
- 3 Tras la reciente modificación operada en el art. 405, las partes pueden solicitar en la misma audiencia previa o an-

tes, como en el caso de este formulario, la suspensión del proceso, conforme dispone el art. 19.4 LEC, para acudir a la mediación, mediación que si se alcanza propiciará la terminación del procedimiento, solicitando del Juzgado la homologación del acuerdo de mediación, y si no se alcanza dicho acuerdo, cualquiera de las partes podrá solicitar la reanudación del procedimiento. El n.º 4 del art. 19 nos habla de que el plazo de suspensión no debe superar los sesenta días, siendo el secretario judicial quien, mediante decreto, podrá acordarla, siempre que no perjudique el interés general o el de un tercero.



## Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles (BOE 7 julio; c.e., BOE 26 julio)

Transcribimos, en esta sección, la Ley de mediación para facilitar la consulta de los preceptos que se comentan en los distintos estudios del monográfico

### PREÁMBULO

#### I

Una de las funciones esenciales del Estado de Derecho es la garantía de la tutela judicial de los derechos de los ciudadanos. Esta función implica el reto de la implantación de una justicia de calidad capaz de resolver los diversos conflictos que surgen en una sociedad moderna y, a la vez, compleja.

En este contexto, desde la década de los años setenta del pasado siglo, se ha venido recurriendo a nuevos sistemas alternativos de resolución de conflictos, entre los que destaca la mediación, que ha ido cobrando una importancia creciente como instrumento complementario de la Administración de Justicia.

Entre las ventajas de la mediación es de destacar su capacidad para dar soluciones prácticas, efectivas y rentables a determinados conflictos entre partes y ello la configura como una alternativa al proceso judicial o a la vía arbitral, de los que se ha de deslindar con claridad. La mediación está construida en torno a la intervención de un profesional neutral que facilita la resolución del conflicto por las propias partes, de una forma equitativa, permitiendo el mantenimiento de las relaciones subyacentes y conservando el control sobre el final del conflicto.

#### II

A pesar del impulso que en los últimos años ha experimentado en España, en el ámbito de las Comunidades Autónomas, hasta la aprobación del Real Decreto-ley 5/2012 (LA LEY 3708/2012) se carecía de una ordenación general de la mediación aplicable a los diversos asuntos civiles y mercantiles, al tiempo que asegurara su conexión con la jurisdicción ordinaria, haciendo así efectivo el primero de los ejes de la mediación, que es la desjudicialización de determinados asuntos, que pueden tener una solución más adaptada a las necesidades e intereses de las partes en conflicto que la que podría derivarse de la previsión legal.

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. Como institución ordenada a la paz jurídica, contribuye a concebir a los tribunales de justicia en este sector del ordenamiento jurídico como un último remedio, en caso de que no sea posible componer la situación por la mera voluntad de las partes, y puede ser un hábil coadyuvante para la reducción de la carga de trabajo de aquéllos, 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.

Asimismo, esta Ley incorpora al Derecho español la Directiva 2008/52/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de mayo de 2008 (LA LEY 6958/2008), sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles. Sin embargo, su regulación va más allá del contenido de esta norma de la Unión Europea, en línea con la previsión de la disposición final tercera de la Ley 15/2005, de 8 de julio (LA LEY 1125/2005), por la que se modifica el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de separación y divorcio, en la que se encomendaba al Gobierno la remisión a las Cortes Generales de un proyecto de ley sobre mediación.

La Directiva 2008/52/CE (LA LEY 6958/2008) se limita a establecer unas normas mínimas para fomentar la mediación en los litigios transfronterizos en asuntos civiles y mercantiles. Por su lado, la regulación de esta norma conforma un régimen general aplicable a toda mediación que tenga lugar en España y pretenda tener un efecto jurídico vinculante, si bien circunscrita al ámbito de los asuntos civiles y mercantiles y dentro de un modelo que ha tenido en cuenta las previsiones de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Conciliación Comercial Internacional de 24 de junio de 2002.

Precisamente, el transcurso del plazo de incorporación al ordenamiento jurídico español de la Directiva 2008/52/CE (LA LEY 6958/2008), que finalizó el 21 de mayo de 2011, justificó el recurso al real decreto-ley, como norma adecuada para efectuar esa necesaria adaptación de nuestro Derecho, con lo que se puso fin al retraso en el cumplimiento de esta obligación, con las consecuencias negativas que comporta para los ciuda-

danos y para el Estado por el riesgo de ser sancionado por las instituciones de la Unión Europea.

Las exclusiones previstas en la presente norma no lo son para limitar la mediación en los ámbitos a que se refieren sino para reservar su regulación a las normas sectoriales correspondientes.

### III

El modelo de mediación se basa en la voluntariedad y libre decisión de las partes y en la intervención de un mediador, del que se pretende una intervención activa orientada a la solución de la controversia por las propias partes. El régimen que contiene la Ley se basa en la flexibilidad y en el respeto a la autonomía de la voluntad de las partes, cuya voluntad, expresada en el acuerdo que la pone fin, podrá tener la consideración de título ejecutivo, si las partes lo desean, mediante su elevación a escritura pública. En ningún caso pretende esta norma encerrar toda la variedad y riqueza de la mediación, sino tan sólo sentar sus bases y favorecer esta alternativa frente a la solución judicial del conflicto. Es aquí donde se encuentra, precisamente, el segundo eje de la mediación, que es la deslegalización o pérdida del papel central de la ley en beneficio de un principio dispositivo que rige también en las relaciones que son objeto del conflicto.

La figura del mediador es, de acuerdo con su conformación natural, la pieza esencial del modelo, puesto que es quien ayuda a encontrar una solución dialogada y voluntariamente querida por las partes. La actividad de mediación se despliega en múltiples ámbitos profesionales y sociales, requiriendo habilidades que en muchos casos dependen de la propia naturaleza del conflicto. El mediador ha de tener, pues, una formación general que le permita desempeñar esa tarea y sobre todo ofrecer garantía inequívoca a las partes por la responsabilidad civil en que pudiese incurrir.

Igualmente, la Ley utiliza el término mediador de manera genérica sin prejuzgar que sea uno o varios.

Se tiene presente el papel muy relevante en este contexto de los servicios e instituciones de mediación, que desempeñan una tarea fundamental a la hora de ordenar y fomentar los procedimientos de mediación.

Corolario de esta regulación es el reconocimiento del acuerdo de mediación como título ejecutivo, lo que se producirá con su ulterior elevación a escritura pública, cuya ejecución podrá instarse directamente ante los tribunales. En la regulación del acuerdo de mediación radica el tercer eje de la mediación, que es la desjuridificación, consistente en no determinar de forma necesaria el contenido del acuerdo restaurativo o reparatorio.

El marco flexible que procura la Ley pretende ser un aliciente más para favorecer el recurso a la mediación, de tal forma que no tenga repercusión en costes proce-

sales posteriores ni se permita su planteamiento como una estrategia dilatoria del cumplimiento de las obligaciones contractuales de las partes. Así se manifiesta en la opción de la suspensión de la prescripción cuando tenga lugar el inicio del procedimiento frente a la regla general de su interrupción, con el propósito de eliminar posibles desincentivos y evitar que la mediación pueda producir efectos jurídicos no deseados.

La presente Ley se circunscribe estrictamente al ámbito de competencias del Estado en materia de legislación 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.

Con el fin de facilitar el recurso a la mediación, se articula un procedimiento de fácil tramitación, poco costoso y de corta duración en el tiempo.

### IV

El articulado de esta Ley se estructura en cinco títulos.

En el título I, bajo la rúbrica «Disposiciones generales», se regula el ámbito material y espacial de la norma, su aplicación a los conflictos transfronterizos, los efectos de la mediación sobre los plazos de prescripción y caducidad, así como las instituciones de mediación.

El título II enumera los principios informadores de la mediación, a saber: el principio de voluntariedad y libre disposición, el de imparcialidad, el de neutralidad y el de confidencialidad. A estos principios se añaden las reglas o directrices que han de guiar la actuación de las partes en la mediación, como son la buena fe y el respeto mutuo, así como su deber de colaboración y apoyo al mediador.

El título III contiene el estatuto mínimo del mediador, con la determinación de los requisitos que deben cumplir y de los principios de su actuación. Para garantizar su imparcialidad se explicitan las circunstancias que el mediador ha de comunicar a las partes, siguiéndose en esto el modelo del Código de conducta europeo para mediadores.

El título IV regula el procedimiento de mediación. Es un procedimiento sencillo y flexible que permite que sean los sujetos implicados en la mediación los que determinen libremente sus fases fundamentales. La norma se limita a establecer aquellos requisitos imprescindibles para dar validez al acuerdo que las partes puedan alcanzar, siempre bajo la premisa de que alcanzar un acuerdo no es algo obligatorio, pues, a veces, como enseña la experiencia aplicativa de esta institución, no es extraño que la mediación persiga simplemente mejorar relaciones, sin intención de alcanzar un acuerdo de contenido concreto.



Finalmente, el título V establece el procedimiento de ejecución de los acuerdos, ajustándose a las previsiones que ya existen en el Derecho español y sin establecer diferencias con el régimen de ejecución de los acuerdos de mediación transfronterizos cuyo cumplimiento haya de producirse en otro Estado; para ello se requerirá su elevación a escritura pública como condición necesaria para su consideración como título ejecutivo.

### V

Las disposiciones finales cohesionan la regulación con el encaje de la mediación con los procedimientos judiciales.

Se reforman, así, la Ley 3/1993, de 22 de marzo (LA LEY 1152/1993), Básica de las Cámaras Oficiales de Comercio, Industria y Navegación, y la Ley 2/1974, de 13 de febrero (LA LEY 193/1974), de Colegios Profesionales, para incluir entre sus funciones, junto al arbitraje, la mediación, permitiendo así su actuación como instituciones de mediación.

Se operan también una serie de modificaciones de carácter procesal que facilitan la aplicación de la mediación dentro del proceso civil. Se regula así la facultad de las partes para disponer del objeto del juicio y someterse a mediación, así como la posibilidad de que sea el juez el que invite a las partes a llegar a un acuerdo y, a tal fin, se informen de la posibilidad de recurrir a la mediación. Se trata de una novedad que, dentro del respeto a la voluntad de las partes, trata de promover la mediación y las soluciones amistosas de los litigios. Por otro lado, se prevé la declinatoria como remedio frente al incumplimiento de los pactos de sometimiento a mediación o frente a la presentación de una demanda estando en curso la misma.

La modificación de la Ley de Enjuiciamiento Civil comprende, por último, la de los preceptos necesarios para la inclusión del acuerdo de mediación dentro de los títulos que dan derecho al despacho de la ejecución.

Con estas modificaciones se articula la adecuada interrelación entre la mediación y el proceso civil, reforzando la eficacia de esta institución.

### VI

Por último, esta Ley reforma la Ley 34/2006, de 30 de octubre (LA LEY 10470/2006), sobre el acceso a las profesiones de Abogado y Procurador de los Tribunales, con el objetivo de dar satisfacción a las legítimas expectativas de los estudiantes de Derecho que, en el momento de la publicación de aquella Ley, se encontraban matriculados en sus estudios universitarios y, como consecuencia de la publicación de la misma, ven completamente alteradas las condiciones de acceso a las profesiones de abogado y procurador.

Con arreglo a la Ley 34/2006 (LA LEY 10470/2006), para obtener el título profesional de abogado o procurador de los tribunales es necesario, además de estar en posesión del título universitario de licenciado en Derecho o del correspondiente título de grado, probar su capacitación profesional mediante la superación de la correspondiente formación especializada y de carácter oficial que se adquiere a través de cursos de formación acreditados por el Ministerio de Justicia y el Ministerio de Educación, así como superar una posterior evaluación.

La modificación que se aprueba es congruente con la exposición de motivos de la propia Ley 34/2006 (LA LEY 10470/2006), que declara como objetivo no quebrar «las expectativas actuales de los estudiantes de la licenciatura o grado en Derecho». Sin embargo, la *vacatio legis* de cinco años que fijó inicialmente la Ley se ha revelado insuficiente para dar satisfacción a un colectivo de estudiantes que no han podido completar sus estudios en dicho periodo de cinco años. Se trataría de resolver problemas de los estudiantes que se matricularon en licenciaturas de Derecho con anterioridad al 31 de octubre de 2006, momento en el que no se exigían los títulos profesionales para el ejercicio de las profesiones de abogado y procurador y que no han podido finalizar sus estudios en el citado plazo. Por una omisión no querida del legislador, dichos estudiantes sufren una discriminación, puesto que se quiebran las expectativas legítimas que tenían en el momento en el que comenzaron a cursar sus estudios en Derecho. Pero, además, se aprovecha la ocasión para reconocer un régimen especial de acceso al ejercicio profesional para los licenciados en Derecho, cualquiera que sea el momento en que inicien o finalicen sus estudios, atendiendo de este modo a diversas iniciativas planteadas en sede parlamentaria.

Por otra parte, se contempla la situación de los poseedores de títulos extranjeros susceptibles de homologación al título español de licenciado en Derecho, mediante la introducción de una nueva disposición adicional que permite acceder a las profesiones jurídicas a quienes hubiesen iniciado el procedimiento de homologación antes de la entrada en vigor de la Ley.

La futura modificación contemplará la expedición de los títulos profesionales por parte del Ministerio de Justicia.

Además, para acabar con la incertidumbre generada por el apartado 3 de la disposición transitoria única de la citada Ley 34/2006 (LA LEY 10470/2006), se introduce una mejora técnica en la redacción aclarando que no es necesario estar en posesión del título de licenciado o grado en Derecho, sino que basta estar en condiciones de obtenerlo, es decir, no es necesario estar en la posesión material del título, sino haber concluido los estudios cuando entra en vigor la Ley. Con ello se salvaguardan los derechos de los licenciados que habiendo finalizado sus estudios, por el retraso o descuido en la solicitud de

los títulos a las universidades queden excluidos del ámbito de la disposición transitoria de la Ley.

## TÍTULO I

### Disposiciones generales

**Artículo 1.** *Concepto.*— Se entiende por mediación 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.

**Artículo 2.** *Ámbito de aplicación.*— 1. Esta Ley es de aplicación a las mediaciones en asuntos civiles o mercantiles, incluidos los conflictos transfronterizos, siempre que no afecten a derechos y obligaciones que no estén a disposición de las partes en virtud de la legislación aplicable.

En defecto de sometimiento expreso o tácito a esta Ley, la misma será aplicable cuando, al menos, una de las partes tenga su domicilio en España y la mediación se realice en territorio español.

2. Quedan excluidos, en todo caso, del ámbito de aplicación de esta Ley:

- a) La mediación penal.
- b) La mediación con las Administraciones públicas.
- c) La mediación laboral.
- d) La mediación en materia de consumo.

**Artículo 3.** *Mediación en conflictos transfronterizos.*— 1. Un conflicto es transfronterizo cuando al menos una de las partes está domiciliada o reside habitualmente en un Estado distinto a aquel en que cualquiera de las otras partes a las que afecta estén domiciliadas cuando acuerden hacer uso de la mediación o sea obligatorio acudir a la misma de acuerdo con la ley que resulte aplicable. También tendrán esta consideración los conflictos previstos o resueltos por acuerdo de mediación, cualquiera que sea el lugar en el que se haya realizado, cuando, como consecuencia del traslado del domicilio de alguna de las partes, el pacto o algunas de sus consecuencias se pretendan ejecutar en el territorio de un Estado distinto.

2. En los litigios transfronterizos entre partes que residan en distintos Estados miembros de la Unión Europea, el domicilio se determinará de conformidad con los artículos 59 y 60 del Reglamento (CE) n.º 44/2001 del Consejo, de 22 de diciembre de 2000 (LA LEY 11462/2000), relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil.

**Artículo 4.** *Efectos de la mediación sobre los plazos de prescripción y caducidad.*— La solicitud de inicio de la mediación conforme al artículo 16 suspenderá la prescripción o la caducidad de acciones desde la fecha en la que conste la recepción de dicha solicitud por el mediador, o el depósito ante la institución de mediación en su caso.

Si en el plazo de quince días naturales a contar desde la recepción de la solicitud de inicio de la mediación no se firmara el acta de la sesión constitutiva prevista en el artículo 19, se reanudará el cómputo de los plazos.

La suspensión se prolongará hasta la fecha de la firma del acuerdo de mediación o, en su defecto, la firma del acta final, o cuando se produzca la terminación de la mediación por alguna de las causas previstas en esta Ley.

**Artículo 5.** *Las instituciones de mediación.*— 1. Tienen la consideración de instituciones de mediación las entidades públicas o privadas, españolas o extranjeras, 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 designación de mediadores, debiendo garantizar la transparencia en la referida designación. Si entre sus fines figurase también el arbitraje, adoptarán las medidas para asegurar la separación entre ambas actividades.

La institución de mediación no podrá prestar directamente el servicio de mediación, ni tendrá más intervención en la misma que la que prevé esta Ley.

Las instituciones de mediación darán a conocer la identidad de los mediadores que actúen dentro de su ámbito, informando, al menos, de su formación, especialidad y experiencia en el ámbito de la mediación a la que se dediquen.



## Documentación

2. Estas instituciones podrán implantar sistemas de mediación por medios electrónicos, en especial para aquellas controversias que consistan en reclamaciones dinerarias.

3. El Ministerio de Justicia y las Administraciones públicas competentes velarán por que las instituciones de mediación respeten, en el desarrollo de sus actividades, los principios de la mediación establecidos en esta Ley, así como por la buena actuación de los mediadores, en la forma que establezcan sus normas reguladoras.

### TÍTULO II

#### Principios informadores de la mediación

**Artículo 6. Voluntariedad y libre disposición.**— 1. La mediación es voluntaria.

2. Cuando exista un pacto por escrito que exprese el compromiso de someter a mediación las controversias surgidas o que puedan surgir, se deberá intentar el procedimiento pactado de buena fe, antes de acudir a la jurisdicción o a otra solución extrajudicial. Dicha cláusula surtirá estos efectos incluso cuando la controversia verse sobre la validez o existencia del contrato en el que conste.

3. Nadie está obligado a mantenerse en el procedimiento de mediación ni a concluir un acuerdo.

**Artículo 7. Igualdad de las partes e imparcialidad de los mediadores.**— En el procedimiento de mediación se garantizará que las partes intervengan con plena igualdad de oportunidades, manteniendo el equilibrio entre sus posiciones y el respeto hacia los puntos de vista por ellas expresados, sin que el mediador pueda actuar en perjuicio o interés de cualquiera de ellas.

**Artículo 8. Neutralidad.**— Las actuaciones de mediación se desarrollarán de forma que permitan a las partes en conflicto alcanzar por sí mismas un acuerdo de mediación, actuando el mediador de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 13.

**Artículo 9. Confidencialidad.**— 1. El procedimiento de mediación y la documentación utilizada en el mismo es confidencial. La obligación de confidencialidad se extiende al mediador, que quedará protegido por el secreto profesional, a las instituciones de mediación y a las partes intervinientes de modo que no podrán revelar la información que hubieran podido obtener derivada del procedimiento.

2. La confidencialidad de la mediación y de su contenido impide que los mediadores o las personas que participen en el procedimiento de mediación estén obligados a declarar o aportar documentación en un procedimiento judicial o en un arbitraje sobre la información y documentación derivada de un procedimiento de mediación o relacionada con el mismo, excepto:

a) Cuando las partes de manera expresa y por escrito les dispensen del deber de confidencialidad.

b) Cuando, mediante resolución judicial motivada, sea solicitada por los jueces del orden jurisdiccional penal.

3. La infracción del deber de confidencialidad generará responsabilidad en los términos previstos en el ordenamiento jurídico.

**Artículo 10. Las partes en la mediación.**— 1. Sin perjuicio del respeto a los principios establecidos en esta Ley, la mediación se organizará del modo que las partes tengan por conveniente.

2. Las partes sujetas a mediación actuarán entre sí conforme a los principios de lealtad, buena fe y respeto mutuo.

Durante el tiempo en que se desarrolle la mediación las partes no podrán ejercitar contra las otras partes ninguna acción judicial o extrajudicial en relación con su objeto, con excepción de la solicitud de las medidas cautelares u otras medidas urgentes imprescindibles para evitar la pérdida irreversible de bienes y derechos.

El compromiso de sometimiento a mediación y la iniciación de ésta impide a los tribunales conocer de las controversias sometidas a mediación durante el tiempo en que se desarrolle ésta, siempre que la parte a quien interese lo invoque mediante declinatoria.

3. Las partes deberán prestar colaboración y apoyo permanente a la actuación del mediador, manteniendo la adecuada deferencia hacia su actividad.

### TÍTULO III

#### Estatuto del mediador

**Artículo 11. Condiciones para ejercer de mediador.**— 1. Pueden ser mediadores las personas naturales que se hallen en pleno ejercicio de sus derechos civiles, siempre que no se lo impida la legislación a la que puedan estar sometidos en el ejercicio de su profesión.

Las personas jurídicas que se dediquen a la mediación, sean sociedades profesionales o cualquier otra prevista por el ordenamiento jurídico, deberán designar para su ejercicio a una persona natural que reúna los requisitos previstos en esta Ley.

2. El mediador deberá estar en posesión de título oficial universitario o de formación profesional superior y contar con formación específica para ejercer la mediación, que se adquirirá mediante la realización de uno o varios cursos específicos impartidos por instituciones debidamente acreditadas, que tendrán validez para el ejercicio de la actividad mediadora en cualquier parte del territorio nacional.

3. El mediador deberá suscribir un seguro o garantía equivalente que cubra la responsabilidad civil derivada de su actuación en los conflictos en que intervenga.

**Artículo 12. Calidad y autorregulación de la mediación.**— El Ministerio de Justicia y las Administraciones públicas competentes, en colaboración con las instituciones de mediación, fomentarán y requerirán la adecuada formación inicial y continua de los mediadores, la elaboración de códigos de conducta voluntarios, así como la adhesión de aquéllos y de las instituciones de mediación a tales códigos.

**Artículo 13. Actuación del mediador.**— 1. El mediador facilitará la comunicación entre las partes y velará por que dispongan de la información y el asesoramiento suficientes.

2. El mediador desarrollará una conducta activa tendente a lograr el acercamiento entre las partes, con respeto a los principios recogidos en esta Ley.

3. El mediador podrá renunciar a desarrollar la mediación, con obligación de entregar un acta a las partes en la que conste su renuncia.

4. El mediador no podrá iniciar o deberá abandonar la mediación cuando concurran circunstancias que afecten a su imparcialidad.

5. Antes de iniciar o de continuar su tarea, el mediador deberá revelar cualquier circunstancia que pueda afectar a su imparcialidad o bien generar un conflicto de intereses. Tales circunstancias incluirán, en todo caso:

a) Todo tipo de relación personal, contractual o empresarial con una de las partes.

b) Cualquier interés directo o indirecto en el resultado de la mediación.

c) 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, con excepción de la mediación.

En tales casos el mediador sólo podrá aceptar o continuar la mediación cuando asegure poder mediar con total imparcialidad y siempre que las partes lo consientan y lo hagan constar expresamente.

El deber de revelar esta información permanece a lo largo de todo el procedimiento de mediación.

**Artículo 14. Responsabilidad de los mediadores.**— La aceptación de la mediación obliga a los mediadores a cumplir fielmente el encargo, incurriendo, si no lo hicieren, en responsabilidad por los daños y perjuicios que causaren. El perjudicado tendrá acción directa contra el mediador y, en su caso, la institución de mediación que corresponda con independencia de las acciones de reembolso que asistan a ésta contra los mediadores. La

responsabilidad de la institución de mediación derivará de la designación del mediador o del incumplimiento de las obligaciones que le incumben.

**Artículo 15. Coste de la mediación.**— 1. El coste de la mediación, haya concluido o no con el resultado de un acuerdo, se dividirá por igual entre las partes, salvo pacto en contrario.

2. Tanto los mediadores como la institución de mediación podrán exigir a las partes la provisión de fondos que estimen necesaria para atender el coste de la mediación.

Si las partes o alguna de ellas no realizaran en plazo la provisión de fondos solicitada, el mediador o la institución, podrán dar por concluida la mediación. No obstante, si alguna de las partes no hubiere realizado su provisión, el mediador o la institución, antes de acordar la conclusión, lo comunicará a las demás partes, por si tuvieran interés en suplirla dentro del plazo que hubiera sido fijado.

## TÍTULO IV

### Procedimiento de mediación

**Artículo 16. Solicitud de inicio.**— 1. El procedimiento de mediación podrá iniciarse:

a) De común acuerdo entre las partes. En este caso la solicitud incluirá la designación del mediador o la institución de mediación en la que llevarán a cabo la mediación, así como el acuerdo sobre el lugar en el que se desarrollarán las sesiones y la lengua o lenguas de las actuaciones.

b) Por una de las partes en cumplimiento de un pacto de sometimiento a mediación existente entre aquéllas.

2. La solicitud se formulará ante las instituciones de mediación o ante el mediador propuesto por una de las partes a las demás o ya designado por ellas.

3. Cuando de manera voluntaria se inicie una mediación estando en curso un proceso judicial, las partes de común acuerdo podrán solicitar su suspensión de conformidad con lo dispuesto en la legislación procesal.

**Artículo 17. Información y sesiones informativas.**— 1. Recibida la solicitud y salvo pacto en contrario de las partes, el mediador o la institución de mediación citará a las partes para la celebración de la sesión informativa. En caso de inasistencia injustificada de cualquiera de las partes a la sesión informativa se entenderá que desisten de la mediación solicitada. La información de qué parte o partes no asistieron a la sesión no será confidencial.

En esa sesión el mediador informará a las partes de las posibles causas que puedan afectar a su imparcialidad, de su profesión, formación y experiencia; así como de las características de la mediación, su coste, la organización del procedimiento y las consecuencias jurídicas



del acuerdo que se pudiera alcanzar, así como del plazo para firmar el acta de la sesión constitutiva.

2. Las instituciones de mediación podrán organizar sesiones informativas abiertas para aquellas personas que pudieran estar interesadas en acudir a este sistema de resolución de controversias, que en ningún caso sustituirán a la información prevista en el apartado 1.

**Artículo 18. Pluralidad de mediadores.**— 1. La mediación será llevada a cabo por uno o varios mediadores.

2. Si por la complejidad de la materia o por la conveniencia de las partes se produjera la actuación de varios mediadores en un mismo procedimiento, éstos actuarán de forma coordinada.

**Artículo 19. Sesión constitutiva.**— 1. El procedimiento de mediación comenzará mediante una sesión constitutiva en la que las partes expresarán su deseo de desarrollar la mediación y dejarán constancia de los siguientes aspectos:

- 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.

2. De la sesión constitutiva se levantará un acta en la que consten estos aspectos, que será firmada tanto por las partes como por el mediador o mediadores. En otro caso, dicha acta declarará que la mediación se ha intentado sin efecto.

**Artículo 20. Duración del procedimiento.**— La duración del procedimiento de mediación será lo más breve posible y sus actuaciones se concentrarán en el mínimo número de sesiones.

**Artículo 21. Desarrollo de las actuaciones de mediación.**— 1. El mediador convocará a las partes para cada sesión con la antelación necesaria, dirigirá las sesiones y facilitará la exposición de sus posiciones y su comunicación de modo igual y equilibrado.

2. Las comunicaciones entre el mediador y las personas en conflicto podrán ser o no simultáneas.

3. El mediador comunicará a todas las partes la celebración de las reuniones que tengan lugar por separado con alguna de ellas, sin perjuicio de la confidencialidad sobre lo tratado. El mediador no podrá ni comunicar ni distribuir la información o documentación que la parte le hubiera aportado, salvo autorización expresa de ésta.

**Artículo 22. Terminación del procedimiento.**— 1. El procedimiento de mediación puede concluir en acuerdo o finalizar sin alcanzar dicho acuerdo, bien sea porque todas o alguna de las partes ejerzan su derecho a dar por terminadas las actuaciones, comunicándoselo al mediador, bien porque haya transcurrido el plazo máximo acordado por las partes para la duración del procedimiento, así como cuando el mediador aprecie de manera justificada que las posiciones de las partes son irreconciliables o concurra otra causa que determine su conclusión.

Con la terminación del procedimiento se devolverán a cada parte los documentos que hubiere aportado. Con los documentos que no hubieren de devolverse a las partes, se formará un expediente que deberá conservar y custodiar el mediador o, en su caso, la institución de mediación, una vez terminado el procedimiento, por un plazo de cuatro meses.

2. La renuncia del mediador a continuar el procedimiento o el rechazo de las partes a su mediador sólo producirá la terminación del procedimiento cuando no se llegue a nombrar un nuevo mediador.

3. El acta final determinará la conclusión del procedimiento y, en su caso, reflejará los acuerdos alcanzados de forma clara y comprensible, o su finalización por cualquier otra causa.



El acta deberá ir firmada por todas las partes y por el mediador o mediadores y se entregará un ejemplar original a cada una de ellas. En caso de que alguna de las partes no quisiera firma el acta, el mediador hará constar en la misma esta circunstancia, entregando un ejemplar a las partes que lo deseen.

**Artículo 23.** *El acuerdo de mediación.*— 1. El acuerdo de mediación puede versar sobre una parte o sobre la totalidad de las materias sometidas a la mediación.

En el acuerdo de mediación deberá constar la identidad y el domicilio de las partes, el lugar y fecha en que se suscribe, las obligaciones que cada parte asume y que se ha seguido un procedimiento de mediación ajustado a las previsiones de esta Ley, con indicación del mediador o mediadores que han intervenido y, en su caso, de la institución de mediación en la cual se ha desarrollado el procedimiento.

2. El acuerdo de mediación deberá firmarse por las partes o sus representantes.

3. Del acuerdo de mediación se entregará un ejemplar a cada una de las partes, reservándose otro el mediador para su conservación.

El mediador informará a las partes del carácter vinculante del acuerdo alcanzado y de que pueden instar su elevación a escritura pública al objeto de configurar su acuerdo como un título ejecutivo.

4. Contra lo convenido en el acuerdo de mediación sólo podrá ejercitarse la acción de nulidad por las causas que invalidan los contratos.

**Artículo 24.** *Actuaciones desarrolladas por medios electrónicos.*— 1. Las partes podrán acordar que todas o alguna de las actuaciones de mediación, incluida la sesión constitutiva y las sucesivas que estimen conveniente, se lleven a cabo por medios electrónicos, por videoconferencia u otro medio análogo de transmisión de la voz o la imagen, siempre que quede garantizada la identidad de los intervinientes y el respeto a los principios de la mediación previstos en esta Ley.

2. La mediación que consista en una reclamación de cantidad que no exceda de 600 euros se desarrollará preferentemente por medios electrónicos, salvo que el empleo de éstos no sea posible para alguna de las partes.

## TÍTULO V

### Ejecución de los acuerdos

**Artículo 25.** *Formalización del título ejecutivo.*— 1. Las partes podrán elevar a escritura pública el acuerdo alcanzado tras un procedimiento de mediación.

El acuerdo de mediación se presentará por las partes ante un notario acompañado de copia de las actas de la

sesión constitutiva y final del procedimiento, sin que sea necesaria la presencia del mediador.

2. Para llevar a cabo la elevación a escritura pública del acuerdo de mediación, el notario verificará el cumplimiento de los requisitos exigidos en esta Ley y que su contenido no es contrario a Derecho.

3. Cuando el acuerdo de mediación haya de ejecutarse en otro Estado, además de la elevación a escritura pública, será necesario el cumplimiento de los requisitos que, en su caso, puedan exigir los convenios internacionales en que España sea parte y las normas de la Unión Europea.

4. Cuando el acuerdo se hubiere alcanzado en una mediación desarrollada después de iniciar un proceso judicial, las partes podrán solicitar del tribunal su homologación de acuerdo con lo dispuesto en la Ley de Enjuiciamiento Civil.

**Artículo 26.** *Tribunal competente para la ejecución de los acuerdos de mediación.*— La ejecución de los acuerdos resultado de una mediación iniciada estando en curso un proceso se instará ante el tribunal que homologó el acuerdo.

Si se tratase de acuerdos formalizados tras un procedimiento de mediación será competente el Juzgado de Primera Instancia del lugar en que se hubiera firmado el acuerdo de mediación, de acuerdo con lo previsto en el apartado 2 del artículo 545 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (LA LEY 58/2000).

**Artículo 27.** *Ejecución de los acuerdos de mediación transfronterizos.*— 1. Sin perjuicio de lo que dispongan la normativa de la Unión Europea y los convenios internacionales vigentes en España, un acuerdo de mediación que ya hubiera adquirido fuerza ejecutiva en otro Estado sólo podrá ser ejecutado en España cuando tal fuerza ejecutiva derive de la intervención de una autoridad competente que desarrolle funciones equivalentes a las que desempeñan las autoridades españolas.

2. Un acuerdo de mediación que no haya sido declarado ejecutable por una autoridad extranjera sólo podrá ser ejecutado en España previa elevación a escritura pública por notario español a solicitud de las partes, o de una de ellas con el consentimiento expreso de las demás.

3. El documento extranjero no podrá ser ejecutado cuando resulte manifiestamente contrario al orden público español.

### DISPOSICIONES ADICIONALES

**Primera.** *Reconocimiento de instituciones o servicios de mediación.*— Las instituciones o servicios de mediación establecidos o reconocidos por las Administraciones públicas de acuerdo con lo dispuesto en las leyes



podrán asumir las funciones de mediación previstas en esta Ley siempre que cumplan las condiciones establecidas en la misma para actuar como instituciones de mediación.

**Segunda. Impulso a la mediación.**— 1. Las Administraciones públicas competentes para la provisión de medios materiales al servicio de la Administración de Justicia proveerán la puesta a disposición de los órganos jurisdiccionales y del público de información sobre la mediación como alternativa al proceso judicial.

2. Las Administraciones públicas competentes procurarán incluir la mediación dentro del asesoramiento y orientación gratuitos previos al proceso, previstos en el artículo 6 de la Ley 1/1996, de 10 de enero, de Asistencia Jurídica Gratuita (LA LEY 106/1996), en la medida que permita reducir tanto la litigiosidad como sus costes.

**Tercera. Escrituras públicas de formalización de acuerdos de mediación.**— Para el cálculo de los honorarios notariales de la escritura pública de formalización de los acuerdos de mediación se aplicarán los aranceles correspondientes a los «Documentos sin cuantía» previstos en el número 1 del anexo I del Real Decreto 1426/1989, de 17 de noviembre (LA LEY 3053/1989), por el que se aprueba el arancel de los notarios.

**Cuarta. Igualdad de oportunidades para las personas con discapacidad.**— Los procedimientos de mediación deberán garantizar la igualdad de oportunidades para las personas con discapacidad. A tal fin, deberán atenerse a lo dispuesto en el Real Decreto 366/2007, de 16 de marzo (LA LEY 2634/2007), por el que se establecen las condiciones de accesibilidad y no discriminación de las personas con discapacidad en sus relaciones con la Administración General del Estado.

En especial se deberá garantizar la accesibilidad de los entornos, la utilización de la lengua de signos y los

medios de apoyo a la comunicación oral, el braille, la comunicación táctil o cualquier otro medio o sistema que permita a las personas con discapacidad participar plenamente del proceso.

Los medios electrónicos a los que se refiere el artículo 24 de esta Ley deberán atenerse a las condiciones de accesibilidad previstas en la Ley 34/2002, de 11 de julio (LA LEY 1100/2002), de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico.

### DISPOSICIÓN DEROGATORIA

Queda derogado el Real Decreto-ley 5/2012, de 5 de marzo (LA LEY 3708/2012), de mediación en asuntos civiles y mercantiles.

### DISPOSICIONES FINALES

**Primera. Modificación de la Ley 2/1974, de 13 de febrero, de Colegios Profesionales.**— La letra ñ del artículo 5 de la Ley 2/1974, de 13 de febrero (LA LEY 193/1974), de Colegios Profesionales, pasa a tener la siguiente redacción:

«ñ) Impulsar y desarrollar la mediación, así como desempeñar funciones de arbitraje, nacional e internacional, de conformidad con lo establecido en la legislación vigente.»

**Segunda. Modificación de la Ley 3/1993, de 22 de marzo, Básica de las Cámaras Oficiales de Comercio, Industria y Navegación.**— La letra i del apartado 1 del artículo 2 de la Ley 3/1993, de 22 de marzo (LA LEY 1152/1993), Básica de las Cámaras Oficiales de Comercio, Industria y Navegación, pasa a tener la siguiente redacción:

«i) Impulsar y desarrollar la mediación, así como desempeñar funciones de arbitraje mercantil, nacional e internacional, de conformidad con lo establecido en la legislación vigente.»

**Tercera. Modificación de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil.**— Se modifican los artículos 19, 39, 63, 65, 66, 206, 335, 347, 395, 414, 415, 438, 440, 443, 517, 518, 539, 545, 548, 550, 556, 559, 576 y 580 de la Ley 1/2000, de 7 de enero (LA LEY 58/2000), de Enjuiciamiento Civil, en los términos siguientes:

Uno. El apartado 1 del artículo 19 queda redactado en los siguientes términos:

«1. Los litigantes están facultados para disponer del objeto del juicio y podrán renunciar, desistir del juicio, allanarse, someterse a mediación o a arbitraje y transigir sobre lo que sea objeto del mismo, excepto cuando la ley lo prohíba o establezca limitaciones por razones de interés general o en beneficio de tercero.»



Dos. Se modifica el artículo 39, que pasa a tener la siguiente redacción:

«Artículo 39. *Apreciación de la falta de competencia internacional o de jurisdicción a instancia de parte.*

El demandado podrá denunciar mediante declinatoria la falta de competencia internacional o la falta de jurisdicción por pertenecer el asunto a otro orden jurisdiccional o por haberse sometido a arbitraje o mediación la controversia.»

Tres. El párrafo primero del apartado 1 del artículo 63 queda redactado del siguiente modo:

«1. Mediante la declinatoria, el demandado y los que puedan ser parte legítima en el juicio promovido podrán denunciar la falta de jurisdicción del tribunal ante el que se ha interpuesto la demanda, por corresponder el conocimiento de ésta a tribunales extranjeros, a órganos de otro orden jurisdiccional, a árbitros o a mediadores.»

Cuatro. Se da nueva redacción al párrafo segundo del apartado 2 del artículo 65:

«Del mismo modo procederá el tribunal si estimase la declinatoria fundada en haberse sometido el asunto a arbitraje o a mediación.»

Cinco. El artículo 66 queda redactado de la siguiente forma:

«Artículo 66. *Recursos en materia de competencia internacional, jurisdicción, sumisión a arbitraje o mediación y competencia objetiva.*

1. Contra el auto absteniéndose de conocer por falta de competencia internacional, por pertenecer el asunto a tribunal de otro orden jurisdiccional, por haberse sometido el asunto a arbitraje o a mediación o por falta de competencia objetiva, cabrá recurso de apelación.

2. Contra el auto por el que se rechace la falta de competencia internacional, de jurisdicción o de competencia objetiva, sólo cabrá recurso de reposición, sin perjuicio de alegar la falta de esos presupuestos procesales en la apelación contra la sentencia definitiva.

Lo dispuesto en el párrafo anterior será también de aplicación cuando el auto rechace la sumisión del asunto a arbitraje o a mediación.»

Seis. Se modifica la regla 2.ª del apartado 1 del artículo 206, que pasa a tener la siguiente redacción:

«2.ª Se dictarán autos cuando se decidan recursos contra providencias o decretos, cuando se resuelva sobre admisión o inadmisión de demanda, reconvención, acumulación de acciones, admisión o inadmisión de la prueba, aprobación judicial de transacciones, acuerdos de mediación y convenios, medidas cautelares y nulidad o validez de las actuaciones.

También revestirán la forma de auto las resoluciones que versen sobre presupuestos procesales, anotaciones e inscripciones registrales y cuestiones incidentales, tengan o no señalada en esta Ley tramitación especial, siempre que en tales casos la ley exigiera decisión del Tribunal, así como las que pongan fin a las actuaciones de una instancia o recurso antes de que concluya su tramitación ordinaria, salvo que, respecto de estas últimas, la ley hubiera dispuesto que deban finalizar por decreto.»

Siete. Se añade un apartado 3 nuevo al artículo 335, con la siguiente redacción:

«3. Salvo acuerdo en contrario de las partes, no se podrá solicitar dictamen a un perito que hubiera intervenido en una mediación o arbitraje relacionados con el mismo asunto.»

Ocho. El párrafo segundo del apartado 1 del artículo 347 queda redactado de la forma siguiente:

«El tribunal sólo denegará las solicitudes de intervención que, por su finalidad y contenido, hayan de estimarse impertinentes o inútiles, o cuando existiera un deber de confidencialidad derivado de la intervención del perito en un procedimiento de mediación anterior entre las partes.»

Nueve. El segundo párrafo del apartado 1 del artículo 395 pasa a tener la siguiente redacción:

«Se entenderá que, en todo caso, existe mala fe, si antes de presentada la demanda se hubiese formulado al demandado requerimiento fehaciente y justificado de pago, o si se hubiera iniciado procedimiento de mediación o dirigido contra él demanda de conciliación.»

Diez. Se sustituye el segundo párrafo del apartado 1 del artículo 414 por los siguientes:

«En esta convocatoria, si no se hubiera realizado antes, se informará a las partes de la posibilidad de recurrir a una negociación para intentar solucionar el conflicto, incluido el recurso a una mediación, en cuyo caso éstas indicarán en la audiencia su decisión al respecto y las razones de la misma.

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

En atención al objeto del proceso, el tribunal podrá invitar a las partes a que intenten un acuerdo que ponga fin al proceso, en su caso a través de un procedimiento





de mediación, instándolas a que asistan a una sesión informativa.»

Once. Los apartados 1 y 3 del artículo 415 pasan a tener la siguiente redacción:

«1. Comparecidas las partes, el tribunal declarará abierto el acto y comprobará si subsiste el litigio entre ellas.

Si manifestasen haber llegado a un acuerdo o se mostrasen dispuestas a concluirlo de inmediato, podrán desistir del proceso o solicitar del tribunal que homologue lo acordado.

Las partes de común acuerdo podrán también solicitar la suspensión del proceso de conformidad con lo previsto en el artículo 19.4, para someterse a mediación o arbitraje.

En este caso, el tribunal examinará previamente la concurrencia de los requisitos de capacidad jurídica y poder de disposición de las partes o de sus representantes debidamente acreditados, que asistan al acto.»

«3. Si las partes no hubiesen llegado a un acuerdo o no se mostrasen dispuestas a concluirlo de inmediato, la audiencia continuará según lo previsto en los artículos siguientes.

Cuando se hubiera suspendido el proceso para acudir a mediación, terminada la misma, cualquiera de las partes podrá solicitar que se alce la suspensión y se señale fecha para la continuación de la audiencia.»

Doce. Se añade una excepción 4.<sup>a</sup> al apartado 3 del artículo 438, con la siguiente redacción:

«4.<sup>a</sup> En los procedimientos de separación, divorcio o nulidad y en los que tengan por objeto obtener la eficacia civil de las resoluciones o decisiones eclesásticas, cualquiera de los cónyuges podrá ejercer simultáneamente la acción de división de la cosa común respecto de los bienes que tengan en comunidad ordinaria indivisa. Si hubiere diversos bienes en régimen de comunidad ordinaria indivisa y uno de los cónyuges lo solicitare, el tribunal puede considerarlos en conjunto a los efectos de formar lotes o adjudicarlos.»

Trece. El apartado 1 del artículo 440 queda redactado como sigue:

«El secretario judicial, examinada la demanda, la admitirá o dará cuenta de ella al tribunal para que resuelva lo que proceda conforme a lo previsto en el artículo 404. Admitida la demanda, el secretario judicial citará a las partes para la celebración de vista en el día y hora que a tal efecto señale, debiendo mediar diez días, al menos, desde el siguiente a la citación y sin que puedan exceder de veinte.

En la citación se informará a las partes de la posibilidad de recurrir a una negociación para intentar solucio-

nar el conflicto, incluido el recurso a una mediación, en cuyo caso éstas indicarán en la audiencia su decisión al respecto y las razones de la misma.

En la citación se hará constar que la vista no se suspenderá por inasistencia del demandado y se advertirá a los litigantes que han de concurrir con los medios de prueba de que intenten valerse, con la prevención de que si no asistieren y se propusiere y admitiere su declaración, podrán considerarse admitidos los hechos del interrogatorio conforme a lo dispuesto en el artículo 304. Asimismo, se prevendrá a demandante y demandado de lo dispuesto, en el artículo 442, para el caso de que no comparecieren a la vista.

La citación indicará también a las partes que, en el plazo de los tres días siguientes a la recepción de la citación, deben indicar las personas que por no poderlas presentar ellas mismas, han de ser citadas por el secretario judicial a la vista para que declaren en calidad de partes o de testigos. A tal fin, facilitarán todos los datos y circunstancias precisos para llevar a cabo la citación. En el mismo plazo de tres días podrán las partes pedir respuestas escritas a cargo de personas jurídicas o entidades públicas, por los trámites establecidos en el artículo 381 de esta Ley.»

Catorce. El apartado 3 del artículo 443 queda redactado como sigue:

«3. Oído el demandante sobre las cuestiones a que se refiere el apartado anterior, así como las que considerare necesario proponer acerca de la personalidad y representación del demandado, el tribunal resolverá lo que proceda y, si manda proseguir el juicio, el demandado podrá pedir que conste en acta su disconformidad, a los efectos de apelar contra la sentencia que en definitiva recaiga.

En atención al objeto del proceso, el tribunal podrá invitar a las partes a que intenten un acuerdo que ponga fin al proceso, en su caso, a través de un procedimiento de mediación, instándolas a que asistan a una sesión informativa. Las partes de común acuerdo podrán también solicitar la suspensión del proceso de conformidad con lo previsto en el artículo 19.4, para someterse a mediación o arbitraje.»

Quince. El número 2 del apartado 2 del artículo 517 pasa a tener la siguiente redacción:

«2. Los laudos o resoluciones arbitrales y los acuerdos de mediación, debiendo estos últimos haber sido elevados a escritura pública de acuerdo con la Ley de mediación en asuntos civiles y mercantiles.»

Dieciséis. El artículo 518 pasa a tener la siguiente redacción:

«Artículo 518. *Caducidad de la acción ejecutiva fundada en sentencia judicial, o resolución arbitral o acuerdo de mediación.*



La acción ejecutiva fundada en sentencia, en resolución del tribunal o del secretario judicial que apruebe una transacción judicial o un acuerdo alcanzado en el proceso, en resolución arbitral o en acuerdo de mediación caducará si no se interpone la correspondiente demanda ejecutiva dentro de los cinco años siguientes a la firmeza de la sentencia o resolución.»

Diecisiete. Se añade un nuevo párrafo al apartado 1 del artículo 539, con la siguiente redacción:

«Para la ejecución derivada de un acuerdo de mediación o un laudo arbitral se requerirá la intervención de abogado y procurador siempre que la cantidad por la que se despache ejecución sea superior a 2.000 euros.»

Dieciocho. El apartado 2 del artículo 545 queda redactado en los siguientes términos:

«2. Cuando el título sea un laudo arbitral o un acuerdo de mediación, será competente para denegar o autorizar la ejecución y el correspondiente despacho el Juzgado de Primera Instancia del lugar en que se haya dictado el laudo o se hubiera firmado el acuerdo de mediación.»

Diecinueve. Se modifica el artículo 548:

«Artículo 548. *Plazo de espera de la ejecución de resoluciones procesales o arbitrales o de acuerdos de mediación.*

No se despachará ejecución de resoluciones procesales o arbitrales o de acuerdos de mediación, dentro de los veinte días posteriores a aquel en que la resolución de condena sea firme, o la resolución de aprobación del convenio o de firma del acuerdo haya sido notificada al ejecutado.»

Veinte. Se añade un nuevo párrafo al ordinal 1.º del apartado 1 del artículo 550, con la siguiente redacción:

«Cuando el título sea un acuerdo de mediación elevado a escritura pública, se acompañará, además, copia de las actas de la sesión constitutiva y final del procedimiento.»

Veintiuno. Se modifica la rúbrica y el párrafo primero del apartado 1 del artículo 556, que pasan a tener la siguiente redacción:

«Artículo 556. *Oposición a la ejecución de resoluciones procesales o arbitrales o de los acuerdos de mediación.*

1. Si el título ejecutivo fuera una resolución procesal o arbitral de condena o un acuerdo de mediación, el ejecutado, dentro de los diez días siguientes a la notificación del auto en que se despache ejecución, podrá oponerse a ella por escrito alegando el pago o cumplimiento de lo ordenado en la sentencia, laudo o acuerdo, que habrá de justificar documentalmente.»



Veintidós. Se da nueva redacción al ordinal 3.º del apartado 1 del artículo 559:

«3.º Nulidad radical del despacho de la ejecución por no contener la sentencia o el laudo arbitral pronunciamientos de condena, o porque el laudo o el acuerdo de mediación no cumpla los requisitos legales exigidos para llevar aparejada ejecución, o por infracción, al despacharse ejecución, de lo dispuesto en el artículo 520.»

Veintitrés. El apartado 3 del artículo 576 queda redactado de la siguiente forma:

«3. Lo establecido en los anteriores apartados será de aplicación a todo tipo de resoluciones judiciales de cualquier orden jurisdiccional, los laudos arbitrales y los acuerdos de mediación que impongan el pago de cantidad líquida, salvo las especialidades legalmente previstas para las Haciendas Públicas.»

Veinticuatro. Se da nueva redacción al artículo 580, que queda redactado de la siguiente forma:

«Artículo 580. *Casos en que no procede el requerimiento de pago.*

Cuando el título ejecutivo consista en resoluciones del secretario judicial, resoluciones judiciales o arbitrales o que aprueben transacciones o convenios alcanzados dentro del proceso, o acuerdos de mediación, que obliguen a entregar cantidades determinadas de dinero, no será necesario requerir de pago al ejecutado para proceder al embargo de sus bienes.»

**Cuarta. Modificación de la Ley 34/2006, de 30 de octubre, sobre el acceso a las profesiones de Abogado y Procurador de los Tribunales.**— Se modifican el artículo 2 y la disposición transitoria única y se añaden dos nuevas disposiciones adicionales, octava y novena, a la Ley 34/2006, de 30 de octubre (LA LEY 10470/2006), sobre el

acceso a las profesiones de Abogado y Procurador de los Tribunales, en los términos siguientes:

Uno. Se modifica el apartado 3 del artículo 2, que queda redactado en los siguientes términos:

«Los títulos profesionales regulados en esta Ley serán expedidos por el Ministerio de Justicia.»

Dos. Se añade una nueva disposición adicional octava, con la siguiente redacción:

«Disposición adicional octava. *Licenciados en Derecho.*

Los títulos profesionales que se regulan en esta Ley no serán exigibles a quienes obtengan un título de licenciado en Derecho con posterioridad a la entrada en vigor de la misma, siempre que en el plazo máximo de dos años, a contar desde el momento en que se encuentren en condiciones de solicitar la expedición del título oficial de licenciado en Derecho, procedan a colegiarse, como ejercientes o no ejercientes.»

Tres. Se añade una nueva disposición adicional novena, con la siguiente redacción:

«Disposición adicional novena. *Títulos extranjeros homologados.*

Los títulos profesionales que se regulan en esta Ley no serán exigibles a quienes en el momento de entrada en vigor de la presente Ley hubieran solicitado la homologación de su título extranjero al de licenciado en Derecho, siempre que en el plazo máximo de dos años, a contar desde el momento en que obtengan dicha homologación, procedan a colegiarse, como ejercientes o no ejercientes.»

Cuatro. Se modifica el apartado 3 de la disposición transitoria única, que queda redactado en los siguientes términos:

«3. Quienes en el momento de la entrada en vigor de la presente Ley se encontraran en posesión del título de licenciado o grado en Derecho o en condiciones de solicitar su expedición y no estuvieran comprendidos en el apartado anterior, dispondrán de un plazo máximo de dos años, a contar desde su entrada en vigor, para proceder a colegiarse, como ejercientes o no ejercientes, sin que les sea exigible la obtención de los títulos profesionales que en ella se regulan.»

**Quinta. Título competencial.**— Esta Ley se dicta al amparo de la competencia exclusiva del Estado en materia de legislación mercantil, procesal y civil, establecida en el artículo 149.1.6.<sup>a</sup> y 8.<sup>a</sup> de la Constitución. No obstante lo anterior, la modificación de la Ley 34/2006 (LA LEY 10470/2006) se efectúa al amparo del artículo 149.1.1.<sup>a</sup>, 6.<sup>a</sup> y 30.<sup>a</sup> de la Constitución.

**Sexta. Incorporación de normas de la Unión Europea.**— Mediante esta Ley se incorpora al Derecho español la Directiva 2008/52/CE del Parlamento Europeo y

del Consejo, de 21 de mayo de 2008 (LA LEY 6958/2008), sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles.

**Séptima. Procedimiento simplificado de mediación por medios electrónicos para reclamaciones de cantidad.**— El Gobierno, a iniciativa del Ministerio de Justicia, promoverá la resolución de los conflictos que versen sobre reclamaciones de cantidad a través de un procedimiento de mediación simplificado que se desarrollará exclusivamente por medios electrónicos. Las pretensiones de las partes, que en ningún caso se referirán a argumentos de confrontación de derecho, quedarán reflejadas en los formularios de solicitud del procedimiento y su contestación que el mediador o la institución de mediación facilitarán a los interesados. El procedimiento tendrá una duración máxima de un mes, a contar desde el día siguiente a la recepción de la solicitud y será prorrogable por acuerdo de las partes.

**Octava. Desarrollo reglamentario del control del cumplimiento de los requisitos de la mediación exigidos en la Ley.**— 1. El Gobierno, a iniciativa del Ministro de Justicia, podrá prever reglamentariamente los instrumentos que se consideren necesarios para la verificación del cumplimiento de los requisitos exigidos en esta Ley a los mediadores y a las instituciones de mediación, así como de su publicidad. Estos instrumentos podrán incluir la creación de un Registro de Mediadores y de Instituciones de Mediación, dependiente del Ministerio de Justicia y coordinado con los Registros de Mediación de las Comunidades Autónomas, y en el que en atención al incumplimiento de los requisitos previstos en esta Ley se podrá dar de baja a un mediador.

2. El Gobierno, a iniciativa del Ministerio de Justicia, podrá determinar la duración y 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.

Reglamentariamente se podrá desarrollar el alcance de la obligación de aseguramiento de la responsabilidad civil de los mediadores.

**Novena. Evaluación de las medidas adoptadas por la presente Ley.**— El Gobierno deberá remitir a las Cortes Generales, en el plazo de dos años, un informe sobre la aplicación, la efectividad y los efectos del conjunto de medidas adoptadas por la presente Ley a los efectos de evaluar su funcionamiento.

Dicho informe incluirá asimismo la posible adopción de otras medidas, tanto sustantivas como procedimentales, que, a través de las oportunas iniciativas, mejoren la mediación en asuntos civiles y mercantiles.

**Décima. Entrada en vigor.**— La presente Ley entrará en vigor a los veinte días de su publicación en el «Boletín Oficial del Estado».

## Ley 4/2001, de 31 de mayo, reguladora de la mediación familiar (DOG de 18 de junio de 2001)

*Véase D [GALICIA] 159/2003, 31 enero, por el que se regula la figura del mediador familiar, el Registro de Mediadores Familiares de Galicia y el reconocimiento de la mediación gratuita («D.O.G.» 18 febrero).*

De entre las diversas modalidades de protección pública a las unidades familiares que se registran en el panorama nacional e internacional sobresalen aquéllas que consisten en el ofrecimiento de actividades de mediación para la solución de los conflictos familiares que pueden surgir de situaciones de crisis matrimonial o de pareja.

Este instrumento de mediación familiar aún no cuenta, ciertamente, con tradición en los ordenamientos contemporáneos, pero la efectividad real del mismo ya ha sido contrastada de modo suficiente en algunos ámbitos, revelándose como un instrumento eficaz de solución de las discordias entre esposos o pareja y, a la vez, como un dispositivo idóneo para solventar, con soluciones apropiadas, la problemática que, en el ámbito particular de las relaciones paterno-materno-filiales, surge con motivo de esos conflictos familiares.

En el contexto internacional, es particularmente relevante en esta materia la Recomendación n.º R(98)1 del Comité de Ministros del Consejo de Europa a los estados miembros, por la que se realza la eficacia de esta institución en vista de las experiencias obtenidas en diversos países, señalando, entre otros beneficios, que permite mejorar la comunicación entre los miembros de la familia, reduce los conflictos entre las partes en desacuerdo, da lugar a convenios amistosos y asegura el mantenimiento de relaciones personales entre padres e hijos.

Advertida, en este sentido, la demostrada utilidad de esta institución como medio de recomposición ágil y flexible de discordias, principalmente provenientes de supuestos de separación y divorcio, consistente en la intervención de un tercero, ajeno a las partes en conflicto y experto en la materia, para ofrecerles, en el mayor grado de imparcialidad, propuestas de solución a sus desavenencias, se llega al convencimiento de la necesidad de proceder a regular la misma, en norma con rango de ley, también en el ámbito territorial de la Comunidad Autónoma de Galicia, en la consideración principal de esta institución como un mecanismo calificado de ayuda, de entre los ofrecidos por los poderes públicos gallegos en virtud de la competencia que en materia de asistencia social tiene asumida la Comunidad

Autónoma, para la protección de la familia, y en particular para la protección de los intereses superiores de los niños y las niñas y del bienestar de los mismos, filosofía acorde con los principios contemplados en la Ley 3/1997, de 9 de junio, gallega de la familia, la infancia y la adolescencia.

La figura del mediador familiar se perfila mediante su caracterización como un profesional especializado, imparcial e independiente, cuya actuación es requerida, por iniciativa de las partes, a efectos de posibilitar la apertura de vías de comunicación entre las mismas, proporcionándoles a este fin un procedimiento de negociación que permita alcanzar soluciones satisfactorias para sus situaciones de conflicto familiar, sin necesidad, por tanto, de atribuirle facultades decisorias o dirimentes sobre el conflicto, como es propio de los arbitrajes.

En efecto, al limitarse su función a proporcionar auxilio y apoyo a la negociación entre las partes, su actuación se materializará en la simple mediación conciliadora o, en su caso, en propuestas de solución a aceptar, o no, libremente por los sujetos en conflicto; de ello se deduce que esta institución participa, en realidad, de las características técnicas de la mediación y la conciliación.

La mencionada institución queda así configurada como manifestación de una actividad de interés público, promovida por la Xunta de Galicia en razón de la indubitada utilidad pública que representa la adecuada organización y prestación de este servicio para las familias y unidades de convivencia estable con residencia en territorio gallego, y particularmente para los niños y las niñas, quienes, en situación de conflicto familiar, requieren solución apropiada a los problemas que surgen, para ellos en especial, en los casos de separación o divorcio, en cuanto se refiere a la guarda y al derecho de visita a los mismos por sus padres.

A partir de estas delimitaciones previas, la consellería competente en materia de familia, a través de la unidad orgánica que se determine reglamentariamente, ejercerá las funciones necesarias para hacer efectiva la actividad de mediación familiar en beneficio de todas aquellas personas que la precisen y demanden.



La ley se estructura en un título preliminar y dos títulos. El título preliminar, bajo la rúbrica de disposiciones generales, recoge aquellas normas que inspiran y configuran los perfiles básicos de la institución, en cuanto a la naturaleza y significado y el contenido y alcance de la misma, los sujetos o partes legitimadas para instarla y las cuestiones que pueden someterse a mediación. El título I, regulador de la ordenación de la mediación familiar, se divide en dos capítulos. El capítulo I se dedica a la configuración jurídica de la institución de la mediación familiar, destacando sus características. El capítulo II se ocupa del desarrollo y la tramitación de las actividades de mediación. Y el título II de la misma configura el régimen sancionador. La ley concluye con dos disposiciones finales, habilitando la primera su desarrollo reglamentario y refiriéndose la segunda a su entrada en vigor.

Por todo lo expuesto, el Parlamento de Galicia aprobó y yo, de conformidad con el artículo 13.21.º del Estatuto de Galicia y con el artículo 24 de la Ley 1/1983, de 23 de febrero, reguladora de la Xunta y de su presidente, promulgo en nombre del Rey, la Ley reguladora de la mediación familiar.

### TÍTULO PRELIMINAR

#### DISPOSICIONES GENERALES

**Artículo 1.** *Objeto de la ley.* 1. La presente ley tiene por objeto la regulación de la institución de mediación familiar en Galicia, como método de intentar solucionar los conflictos que puedan surgir en supuestos de ruptura matrimonial o de pareja.

2. La mediación familiar que regula la presente ley podrá utilizarse tanto con carácter previo a la iniciación de procedimientos judiciales como para hallar salida a procedimientos judiciales en curso, a fin de obtener soluciones a las causas determinantes de los conflictos matrimoniales o de pareja.

**Artículo 2.** *Concepto de mediación.* Por mediación familiar se entenderá, a los efectos de la presente ley, la intervención de los profesionales especializados requeridos voluntariamente y aceptados en todo caso por las partes en condición de mediador. Éstos serán expertos en actuaciones psico-socio-familiares que actuarán en funciones de cooperación y auxilio a aquellas personas que tienen o han tenido una relación familiar, para ofrecerles una solución pactada a su problemática matrimonial o de pareja.

**Artículo 3.** *Finalidad de la mediación.* 1. Los programas de mediación familiar tendrán como finalidad el asesoramiento, orientación y búsqueda de un acuerdo mutuo o la aproximación de las posiciones de las partes en conflicto a favor de regular, de común acuerdo, los efectos de la separación, divorcio o nulidad del matrimonio, o bien la ruptura de la unión, así como en conflictos de convivencia, en beneficio de la totalidad de los miembros de la unidad familiar.

Número 1 del artículo 3 redactado por el número 1 de la Disposición Adicional 1.ª de la L [GALICIA] 11/2007, 27 julio, gallega para la prevención y el tratamiento integral de la violencia de género («D.O.G.» 7 agosto).

Vigencia: 8 agosto 2007

2. Con esa finalidad principal, las personas mediadoras orientarán su actividad a aproximar los criterios de cada parte en conflicto, en orden a obtener acuerdos principalmente sobre las relaciones paterno-materno-filiales, la custodia y los alimentos previa ruptura matrimonial o de pareja.

**Artículo 4.** *Formas de iniciación.* Podrán promover la mediación familiar:

1. Las personas unidas por vínculo matrimonial, a los efectos de:

- a) Buscar soluciones a las situaciones de conflicto que puedan plantearse entre ellas en cualquier momento anterior a la incoación de un proceso judicial sobre su situación de crisis familiar, mediante ofrecimiento de propuestas de solución que eviten llegar a la ruptura del vínculo o que sirvan para solucionar el conflicto en la vía judicial.
- b) Buscar salida pactada a los conflictos planteados en los procesos judiciales de separación, divorcio o nulidad que se encuentren en trámite, bien mediante la aceptación de común acuerdo del convenio regulador de la separación o del divorcio propuesto, o bien para la instrumentación de los medios adecuados que posibiliten el mejor cumplimiento y ejecución de las sentencias dictadas en dichos procesos, con arreglo a lo pactado previamente entre las partes.

2. Aquellas personas que, habiendo formado una unión estable de pareja, entren en una situación de crisis de convivencia y acepten la intervención de una tercera persona mediadora que les ofrezca apoyo para encontrar soluciones pactadas, en particular con respecto a sus relaciones paterno-materno-filiales.

3. La autoridad judicial podrá proponer a las partes, conforme a lo previsto en la legislación civil y procesal, la mediación durante el desarrollo de los procesos de separación, divorcio o nulidad o en cualesquiera otros supuestos de ruptura de la convivencia de pareja.

**Artículo 5.** *La figura del mediador.* En cada actuación de mediación intervendrá una persona que esté inscrita en el Registro de mediadores. A estos efectos, dichas personas deberán reunir los requisitos de experiencia profesional y formación específica que se establezcan reglamentariamente, pero en todo caso serán expertos en actuaciones psico-socio-familiares.

**Artículo 6.** *Ámbito.* 1. Las cuestiones que podrán someterse a una actuación de mediación familiar serán todas

aquellas, derivadas de las relaciones personales o paterno-materno-filiales, de cuya disposición puedan hacer las partes y sean susceptibles de ser cuestionadas judicialmente.

2. Las actuaciones de mediación familiar podrán alcanzar a la totalidad de las relaciones personales y paterno-materno-filiales o circunscribirse a una mediación parcial, limitándose en cuanto a las relaciones personales a las cuestiones económico-patrimoniales y en cuanto a las paterno-materno-filiales a los aspectos del ejercicio de la potestad, la custodia o el régimen de visita de los hijos.

3. Esas actuaciones deberán estar presididas por su orientación preferente a la preservación del interés superior y bienestar de los hijos, habida cuenta el respeto al principio de que ambos progenitores mantienen obligaciones comunes respecto a criarles y asegurarles, dentro de sus posibilidades y medios económicos, las condiciones de vida necesarias para su desarrollo integral.

4. El departamento de la Xunta de Galicia competente en materia de igualdad, y en materia de familia, a través de sus recursos propios, ofrecerá programas de mediación y de orientación familiar, de manera individual o dirigidos a las familias en su conjunto cuando exista una situación de deterioro de la convivencia familiar. Estos programas prevén de manera prioritaria la prevención de situaciones de violencia de género.

Número 4 del artículo 6 redactado por el número 2 de la Disposición Adicional 1.ª de la L [GALICIA] 11/2007, 27 julio, gallega para la prevención y el tratamiento integral de la violencia de género («D.O.G.» 7 agosto).

Vigencia: 8 agosto 2007

## TÍTULO I

### ORDENACIÓN DE LA MEDIACIÓN FAMILIAR

#### CAPÍTULO I

#### CARACTERÍSTICAS DE LA INSTITUCIÓN DE MEDIACIÓN FAMILIAR

**Artículo 7.** *Características de la institución.* 1. La mediación es una institución basada en la autonomía de la voluntad, en la medida en que son las partes en conflicto quienes tienen que demandar, por libre iniciativa de las mismas, la actuación de una persona mediadora, pudiendo, una vez iniciada la actuación mediadora, manifestar en cualquier momento el desistimiento a la mediación requerida.

2. La actividad mediadora tendrá por objeto la prestación de una función de auxilio o apoyo a la negociación entre las partes, concretándose, en su caso, en la facultad de la persona mediadora de proponer soluciones, a aceptar o no libremente por los sujetos en conflicto. La persona mediadora, al amparo de esa habilitación, podrá también

declarar la finalización anticipada de sus funciones conciliadoras, ante la imposibilidad de llegar a una solución pactada del conflicto, en los términos del artículo 15 de la presente ley.

2 bis. El personal especializado de los servicios de mediación elaborará, en cada caso, un informe en el que se especifique la idoneidad del recurso de mediación.

Número 2 bis del artículo 7 introducido por el número 3 de la Disposición Adicional 1.ª de la L [GALICIA] 11/2007, 27 julio, gallega para la prevención y el tratamiento integral de la violencia de género («D.O.G.» 7 agosto).

Vigencia: 8 agosto 2007

3. La mediación podrá promoverse y concertarse antes de la iniciación de las actuaciones judiciales o durante el desarrollo de las mismas, con conocimiento del juez en este último supuesto.

4. En todo caso, la mediación familiar habrá de ajustarse en su desarrollo a las disposiciones contenidas en la presente ley.

**Artículo 8.** *Principios informadores.* 1. Las actuaciones derivadas del procedimiento de mediación estarán presididas por los principios de voluntariedad y rogación, desarrollándose conforme a los principios de antiformalismo, flexibilidad, inmediatez, confidencialidad y secreto.

2. El procedimiento de mediación habrá de desarrollarse conforme a los postulados de imparcialidad y neutralidad de la persona mediadora, debiendo quedar garantizado que ésta respetará los puntos de vista de las partes y preservará su igualdad en la negociación, absteniéndose asimismo de promover actuaciones que comprometan su necesaria neutralidad.

3. En todo caso, deberá quedar garantizado que las decisiones que se adopten mantendrán el respeto a los intereses superiores y bienestar de los niños y las niñas.

4. Se interrumpirá, o en su caso no se iniciará, cualquier proceso de mediación familiar cuando en el esté implicada una mujer que sufriera o sufra violencia de género.

Número 4 del artículo 8 introducido por el número 4 de la Disposición Adicional 1.ª de la L [GALICIA] 11/2007, 27 julio, gallega para la prevención y el tratamiento integral de la violencia de género («D.O.G.» 7 agosto).

Vigencia: 8 agosto 2007

**Artículo 9.** *Gratuidad de la prestación.* 1. La prestación del servicio de mediación será gratuita para todas aquellas personas que reúnan, o puedan reunir, la condición de beneficiarias del derecho de asistencia jurídica gratuita, que, en base a los criterios establecidos en la Ley 1/1996, de 10 de enero, de asistencia jurídica gratuita, determinará la consellería competente en materia de familia. En otro caso, el importe del servicio habrá de



ser abonado por los interesados, con arreglo a las tarifas establecidas en la legislación vigente.

2. Cuando el beneficio interese a uno solo de los miembros de la pareja, el otro no tendrá que abonar más que la mitad del coste de la actividad de mediación.

3. El beneficio de la mediación gratuita no podrá ser nuevamente reconocido por la consellería competente en materia de familia hasta haber transcurrido al menos un año cuando las partes en conflicto, a quienes hubiese sido concedido, impidieran el desarrollo de la función de la persona mediadora o fueran las causantes de la imposibilidad de adopción del acuerdo propuesto, salvo que se aprecien circunstancias especiales que aconsejen lo contrario.

Véase O [GALICIA] 3 junio 2008 por la que se fijan las tarifas de la mediación familiar en Galicia («D.O.G.» 17 junio).

**Artículo 10. Colaboración de las partes.** Durante el desarrollo de la mediación familiar, las partes tendrán que mantener su compromiso de respeto a las actuaciones promovidas por la persona mediadora, manteniendo una posición de colaboración y apoyo permanente a sus funciones.

**Artículo 11. Deber de secreto y confidencialidad.** 1. Con arreglo a lo establecido en el artículo 8.1 toda información obtenida en el transcurso de la mediación estará afectada por el deber de secreto y por su carácter confidencial, estando en consecuencia tanto las partes como la persona mediadora obligadas a mantener reserva sobre el desarrollo del procedimiento negociador.

2. Se exceptúan de lo dispuesto en el apartado anterior los siguientes casos:

- a) La información relativa a un procedimiento de mediación en curso requerida por el juez.

- b) Toda información requerida por el ministerio fiscal en el ejercicio de sus funciones.

- c) La consulta de los datos personalizados para fines estadísticos.

3. Cuando en el transcurso de la mediación surgieran indicios de comportamientos que supongan una amenaza para la vida o integridad física o psíquica de alguna de las personas afectadas por la mediación, los mismos se pondrán inmediatamente en conocimiento de la autoridad judicial o del ministerio fiscal.

## CAPÍTULO II

### DESARROLLO DE LAS ACTUACIONES DE MEDIACIÓN

**Artículo 12. Iniciación del proceso.** 1. La mediación podrá iniciarse a petición de ambos cónyuges o de común acuerdo de la pareja, o a instancia de una de las partes con la aceptación posterior de la otra, bien actúen a iniciativa propia o bien a propuesta de la autoridad judicial.

2. La persona mediadora, en todo caso, será designada de común acuerdo por las partes de entre las inscritas en el registro a que hacen referencia los artículos 5 y 18. Si no fuera así, tendrán que aceptar la persona habilitada y designada como mediadora por la consellería competente en materia de familia para el desarrollo de esas funciones.

3. En caso de que la persona mediadora sea designada por la consellería competente en materia de familia, por parte de ésta se le notificará el nombramiento a la persona designada.

4. Reglamentariamente se establecerán las causas de abstención y recusación.

**Artículo 13. Desarrollo del proceso.** 1. La actuación mediadora se iniciará a través de una primera reunión, en la cual las partes expondrán los motivos que les llevan a hacer uso del servicio. Posteriormente la persona mediadora expondrá el programa de actuaciones para su consideración.

2. Previa exposición de la persona mediadora, las partes manifestarán, o no, la conformidad con sus propuestas. La disconformidad de las partes con las mismas podrá dar lugar a la aplicación de lo dispuesto en el artículo 15 de la presente ley.

3. En cualquier momento del proceso, las partes podrán manifestar su desacuerdo con la persona mediadora por ellas designada de común acuerdo, rechazando su intervención. En este supuesto podrán convenir la designación de una nueva persona mediadora o, en otro caso, aceptarán a la persona de-

signada por la consellería competente en materia de familia, en los términos previstos en el artículo 12.2 de la presente ley.

4. De cada una de las sesiones se elaborará un informe, haciendo mención del lugar y fecha de su celebración y de las circunstancias en que ha discurrido la misma, con indicación particular de las incidencias surgidas en su desarrollo.

**Artículo 14. Duración del proceso.** 1. El tiempo de duración de la mediación será el que sea necesario en atención al número y a la complejidad de las cuestiones conflictivas planteadas por las partes. En cualquier caso, no excederá de tres meses, a contar desde la fecha de la reunión inicial, salvo que se proponga y justifique por las partes en conflicto y la persona mediadora la necesidad de una prórroga de este plazo, la cual no podrá exceder de otros tres meses.

2. En el transcurso de la actuación mediadora, la persona mediadora podrá solicitar toda la ayuda y asesoramiento que precise de la consellería competente en materia de familia para el mejor desarrollo de su actividad.

**Artículo 15. Formas de terminación.** 1. Si mediara acuerdo voluntario entre las partes sobre el objeto de la mediación se dará por concluida la misma y se levantará un acta sobre el desarrollo de las actuaciones y los términos del acuerdo alcanzado.

2. La mediación también podrá terminar con una propuesta de la persona mediadora aceptada por las partes en el acta. Esta aceptación de las partes podrá ser total o parcial, consignándose así en dicha acta.

3. En caso de que fuera imposible llegar a un consenso sobre el objeto de la mediación, se hará constar la causa o causas y se dará por finalizada la actividad mediadora en cualquier momento de su transcurso, con la firma, asimismo, del acta por las partes.

**Artículo 16. Deber de comunicación.** 1. Las personas mediadoras, una vez levantadas las actas finales y firmadas por ellas y las partes, deberán comunicar a la consellería competente en materia de familia los datos de cada mediación a efectos estadísticos, respetándose en todo caso la confidencialidad y el anonimato de los usuarios del servicio.

2. A petición de la autoridad judicial la consellería competente en materia de familia pondrá en su conocimiento el objeto de la mediación, las actuaciones promovidas por la persona mediadora y el acuerdo final alcanzado, en su caso, por las partes, expresando su contenido, o la imposibilidad de llegar al mismo.

**Artículo 17. Seguimiento, control y evaluación de la mediación familiar.** La consellería competente en materia de familia, a través de la unidad orgánica que se deter-

mine reglamentariamente, ejercerá en materia de mediación familiar las siguientes funciones:

- a) Realizar el estudio y promoción de las técnicas de mediación familiar, delimitando, en su caso, normas de buena práctica que habrán de ser seguidas por las personas mediadoras.
- b) Mantener las relaciones oportunas con la autoridad judicial en orden a potenciar e instrumentar las actividades de mediación familiar.
- c) Facilitar el acceso a esta institución como medida de apoyo a la familia en las situaciones de conflicto.
- d) Designar a la persona mediadora cuando no lo hagan las partes.
- e) Ofrecer apoyo y asesoramiento a los mediadores cuando éstos lo precisen para el mejor desarrollo de su actividad.
- f) Evaluar los procesos de mediación y resolver las cuestiones que se planteen en los mismos.
- g) Homologar la formación y calificación de los mediadores familiares.
- h) Coordinar, controlar y gestionar el Registro de mediadores familiares.
- i) Elaborar los informes que sean requeridos y elevar las propuestas que se estimen necesarias en orden a mejorar la implantación y potenciación del servicio de mediación.
- j) Divulgar cumplidamente la institución de la mediación familiar.

**Artículo 18. Registro de mediadores.** 1. La consellería competente en materia de familia dispondrá de un Registro de mediadores, en el que se inscribirán las personas que reúnan los requisitos de capacidad y aptitud para el desempeño de esta función, en los términos expresados en el artículo 5.

2. Su organización y funcionamiento se concretará reglamentariamente.

## TÍTULO II

### RÉGIMEN SANCIONADOR

**Artículo 19. Potestad sancionadora.** El incumplimiento de los deberes que incumben a las personas mediadoras según la presente ley, en cuanto supongan actuaciones u omisiones constitutivas de infracción, conllevará las sanciones que correspondan en cada caso, previa instrucción de un expediente contradictorio.



**Artículo 20. Infracciones.** Sin perjuicio de que sean constitutivas de delito, las infracciones cometidas por los mediadores familiares en el ejercicio de su función podrán ser muy graves, graves o leves.

**Artículo 21. Infracciones muy graves.** Son infracciones muy graves:

- a) Toda actuación que suponga una discriminación por razón de raza, sexo, religión, lengua, opinión, lugar de nacimiento, vecindad o cualquier otra condición o circunstancia personal o social de las partes sometidas a mediación.
- b) El abandono de la función mediadora sin causa justificada siempre que comporte un grave perjuicio para los menores implicados en el proceso.
- c) El incumplimiento del deber de confidencialidad de acuerdo con la regulación del artículo 11 de la presente ley, salvo en el supuesto de peligro para la integridad física o psíquica de alguna de las personas implicadas en la mediación, con arreglo a lo establecido en el apartado 3 del mencionado artículo.
- d) El incumplimiento del deber de neutralidad regulado en el artículo 8.2 de la presente ley.
- e) La adopción de acuerdos manifiestamente ilegales que causen perjuicio grave a la administración o a las partes sometidas a mediación.
- f) Haber sido sancionado por la comisión de tres faltas graves en un periodo de un año.

**Artículo 22. Infracciones graves.** Son infracciones graves:

- a) El abandono de la función mediadora sin causa justificada.
- b) La negativa a proporcionar la información sobre un procedimiento de mediación en curso cuando la misma sea requerida por la autoridad judicial o el ministerio fiscal.
- c) La intervención en un proceso de mediación cuando se dé alguna de las causas de abstención reglamentariamente señaladas.
- d) La grave falta de consideración con las partes sometidas a mediación.
- e) Haber sido sancionado por la comisión de tres faltas leves en un periodo de un año.

**Artículo 23. Infracciones leves.** Son infracciones leves:

- a) El abandono de la función mediadora, aun con causa justificada, sin haberlo comunicado con

la antelación suficiente para que la consellería competente en materia de familia pueda disponer su sustitución.

- b) La negativa a proporcionar los datos personalizados a la consellería competente en materia de familia para fines exclusivamente estadísticos.
- c) El incumplimiento del deber de redacción de los informes y del acta de las sesiones.
- d) La dilación del proceso por causa imputable en exclusiva a la propia persona que actúa de mediadora.
- e) El cobro por la actividad mediadora en aquellos supuestos en que las partes tengan reconocida la gratuidad de la misma o bien estén en situación de que pueda serles reconocida.
- f) El incumplimiento de los deberes y las obligaciones de la persona mediadora, siempre que no deban ser calificadas como infracción muy grave o grave.

**Artículo 24. Sanciones.** Por razón de las infracciones a que hace referencia la presente ley, podrán imponerse las siguientes sanciones:

- a) Baja definitiva en el Registro de mediadores en los supuestos a), b) y e) del artículo 21. Suspensión temporal para poder actuar como persona mediadora por un periodo de seis meses y un día a un año en los supuestos c), d) y f) del artículo 21.
- b) Suspensión temporal para poder actuar como persona mediadora de un día a seis meses por las infracciones graves del artículo 22.
- c) Amonestación por escrito, que se consignará en el expediente registral, en los supuestos de las infracciones leves del artículo 23.

**Artículo 25. Procedimiento sancionador.** La imposición de las sanciones administrativas reguladas en el presente título se realizará conforme a los principios y previa instrucción del oportuno expediente establecido en el título IX de la Ley 30/1992, de 26 de enero, de régimen jurídico de las administraciones públicas y del procedimiento administrativo común, y demás disposiciones que sean de aplicación.

## DISPOSICIONES FINALES

**Primera.** Se faculta a la Xunta de Galicia para dictar las disposiciones que sean necesarias para el desarrollo reglamentario de la presente ley.

**Segunda.** La presente ley entrará en vigor a los nueve meses de su publicación en el Diario Oficial de Galicia.

## Normas reguladoras del Registro de Mediadores del Ilustre Colegio Provincial de Abogados de A Coruña

### Aprobadas en Junta de 18 de octubre de 2012

#### PREÁMBULO

La Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles regula las instituciones de mediación, la cuales están destinadas a tener un papel preponderante a la hora de ordenar y fomentar los procedimientos de mediación. Entre dichas instituciones se incluye a las corporaciones de derecho público que tengan entre sus fines el impulso de la mediación, como así ocurre con los colegios profesionales en virtud de la reforma operada por la propia Ley 5/2012 de la Ley de Colegios Profesionales.

Las instituciones de mediación deben facilitar el acceso y administración de la mediación, incluida las designaciones de los mediadores, de modo que se garantice la transparencia, dando a conocer la identidad de los que actúen dentro de su ámbito e informando, al menos, de su formación, especialidad y experiencia en la esfera de mediación a la que se dediquen.

Estos requisitos de publicidad obligan a crear un registro de mediadores y dotarlo de una regulación específica, dando de tal modo cumplimiento a esta nueva potestad jurídica pública atribuida a los colegios profesionales.

#### **Primera. Objeto.**

Las presentes Normas tiene por objeto la regulación del Registro de Mediadores del Ilustre Colegio Provincial de Abogados de A Coruña, que se constituyó por acuerdo de la Junta de Gobierno de 18 de octubre del 2012.

#### **Segunda. Ámbito y requisitos de inscripción.**

1.º Podrán inscribirse en el Registro de Mediadores del Ilustre Colegio Provincial de Abogados de A Coruña (ICACOR) los abogados, colegiados en el ICACOR, que actúen como mediadores en materia civil y mercantil dentro del ámbito del ICACOR y que cumplan las condiciones siguientes:

- a) Hallarse en pleno ejercicio de sus derechos civiles.

- b) Contar con formación específica para ejercer la mediación, adquirida mediante la realización de cursos específicos impartidos por instituciones debidamente acreditadas.

- c) Suscribir un seguro o garantía equivalente que cubra la responsabilidad civil derivada de su actuación en los conflictos que intervenga.

2.º Sin perjuicio de un ulterior desarrollo reglamentario que establezca las condiciones de duración y contenido mínimo del curso o cursos que con carácter previo deben realizar los mediadores, a fin adquirir la formación necesaria para el desempeño de la mediación, así como la formación continua que deben recibir; para formalizar la inscripción será necesario acreditar la participación en cursos específicos de mediación en materia civil y mercantil con una duración mínima de 50 horas y asumir el compromiso de formación continuada en la manera que establezca el ICACOR.

3.º También podrán inscribirse en el Registro de Mediadores las sociedades profesionales que se dediquen a la mediación dentro del ámbito del ICACOR, siempre que figuren inscritas en el Registro de Sociedades Profesionales del ICACOR. A tal efecto, las sociedades profesionales deberán designar para el ejercicio de la actividad de mediación a personas naturales que reúnan los requisitos establecidos en el apartado 1.º y 2.º de esta norma.

#### **Tercera. Organización administrativa del registro.**

1.º El Registro de Mediadores del ICACOR tiene su sede en el domicilio de éste, y está sujeto a la autoridad de la Junta de Gobierno, como órgano soberano, a la que corresponde la aplicación, interpretación y modificación, en su caso, de las presentes Normas Reguladoras, así como la adopción de cualesquiera acuerdos relacionados con el mismo.

2.º El Registro dependerá a efectos administrativos del servicio de mediación colegial (ICACOR.MEDIA) y,

como éste, del personal de la Secretaría del Colegio, ejercitando las facultades que le delegue la Junta de Gobierno. En todo caso, serán indelegables las facultades de inscripción, denegación, suspensión y cancelación de inscripciones.

## **Cuarta.** Organización interna del registro.

El Registro estará compuesto por dos secciones:

- A) Sección 1ª: Sección de mediadores personas físicas.
- B) Sección 2ª: Sección de mediadores sociedades profesionales.

## **Quinta.** Solicitud de inscripción, documentación y permanencia en el registro.

1.º La solicitud de inscripción en el Registro de mediadores se formulará cumplimentando el **modelo normalizado** que se une como Anexo I, y deberá ir acompañado de la siguiente documentación:

- a) Acreditación de la formación específica en materia de mediación civil y mercantil.
- b) Original o copia compulsada de la póliza del seguro que cubra la responsabilidad en la que el mediador o persona designada por la sociedad profesional solicitante pueda incurrir y acreditación del pago de la prima. Los colegiados del ICACOR estarán eximidos de esta obligación mientras el Colegio ofrezca una póliza de aseguramiento colectiva.
- c) Certificado emitido por el correspondiente Colegio oficial de Abogados que acredite la colegiación del solicitante y, si se tratase de una sociedad profesional, de la inscripción de ésta en el registro de sociedades profesionales.
- d) Justificante del ingreso de la cuota o derechos colegiales establecidos en cada momento.

2.º Para que el mediador pueda continuar inscrito en el registro, deberá acreditar la formación continua en materia de mediación civil y mercantil que se determine reglamentariamente o establezca la Junta de Gobierno.

## **Sexta.** Procedimiento de la inscripción.

- a) La solicitud de inscripción deberá presentarse en la Secretaría del Colegio, mediante el formulario de solicitud que se une como anexo I y acompañando la documentación relacionada en la norma segunda.
- b) La solicitud y documentación acompañada se elevarán a la Junta de Gobierno a los efectos de verificar el cumplimiento de lo establecido en las presentes Normas y en la Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles.

- c) Si reuniera la solicitud los requisitos previstos legal y reglamentariamente, se procederá a practicar la inscripción, previo acuerdo al efecto adoptado por la Junta de Gobierno. El plazo para acordar la inscripción no podrá exceder de tres meses desde que se presentase la solicitud.
- d) Si la solicitud no reúne los requisitos establecidos, se acordará la suspensión del procedimiento, requiriendo al solicitante para que, en el plazo máximo de diez días hábiles, proceda a la oportuna subsanación con advertencia de que, si así no lo hicieren, se dictará resolución teniéndoles por desistidos de su petición. Efectuada la subsanación, la Junta de Gobierno, resolverá admitir o denegar la inscripción solicitada, comunicándolo a los interesados.

## **Séptima.** Denegación de la inscripción, notificación y recursos.

1.º El acuerdo de denegación será notificado a los interesados con indicación de los recursos que pudieren interponerse, los plazos y el órgano competente para resolverlo.

2.º Los acuerdos de la Junta de Gobierno en materia de inscripción en el Registro de Mediadores estarán sujetos al régimen de recursos establecidos en la normativa aplicable, en especial en los Estatutos Colegiales, Estatuto General de la Abogacía Española y Ley reguladora del Procedimiento Administrativo Común.

## **Octava.** Efectos de la inscripción.

La incorporación al Registro será condición indispensable para ser designando por el servicio de mediación colegial.

## **Novena.** Cancelación y suspensión de la inscripción.

1.º Solicitud de cancelación:

Los mediadores deberán solicitar la cancelación de la inscripción en el Registro de mediadores cuando cesen en la actividad, o dejen de cumplir los requisitos exigidos legal y reglamentariamente para la inscripción.

2.º Cancelación de oficio:

La Junta de Gobierno podrá igualmente suspender o anular de oficio la inscripción de los mediadores inscritos en el Registro colegial en los siguientes supuestos:

- A) Si se comprobare la falsedad o inexactitud de los datos o de la documentación aportada en el procedimiento de inscripción, salvo error o defecto subsanable.
- B) En caso de incumplimiento sobrevenido de alguno de los presupuestos exigidos por la Ley o estas Normas.

C) En ejecución de una sanción disciplinaria firme.

En los supuestos contemplados en las letras a y b, se concederá al interesado un trámite previo de audiencia por plazo de 10 días, en el que podrá formular alegaciones y presentar la documentación que estime oportuna en sustento de las mismas.

3.º Suspensión.

La Junta de Gobierno podrá acordar la suspensión cautelar de la inscripción en los siguientes supuestos:

- A) Durante la tramitación del expediente de cancelación.
- B) En caso de existir expediente o procedimiento sancionador en trámite contra el mediador de acuerdo con las previsiones de la normativa reguladora de la deontología profesional.

**Décimo. Régimen económico.**

Las inscripciones y la emisión de certificaciones relativas al Registro de mediadores comportarán por parte de los solicitantes la obligación de pago de las cuotas de inscripción y derechos económicos que determine la Junta de Gobierno.

### DISPOSICIONES ADICIONALES

**Primera. Protección de datos.**

1.º Los datos personales facilitados por los interesados serán incluidos en el fichero de datos de titularidad pública del Registro en el fichero de datos de titularidad pública del Servicio de Mediación (ICACOR.MEDIA) y Registro de Mediadores del Ilustre Colegio Provincial de Abogados de A Coruña (ICACOR) exclusivamente a los efectos de las actuaciones derivadas del cumplimiento de lo prevenido en la Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles, no siendo cedidos ni tratados con ninguna otra finalidad.

2.º De conformidad con la Ley Orgánica de Protección de Datos, asistirán a los interesados los derechos de acceso, rectificación y cancelación de sus datos personales.



**Segunda. Cobertura de la responsabilidad civil.**

1.º Según preceptúa el artículo 11.3 de la Ley de mediación en asuntos civiles y mercantiles, los mediadores deberán suscribir un seguro o garantía equivalente que cubra la responsabilidad civil derivada de su actuación en los conflictos que intervenga.

2.º La suma asegurada deberá ser equivalente, como mínimo, a la básica concertada para el resto de colegiados del ICACOR.

3.º Con carácter anual deberá acreditarse la vigencia del aseguramiento. La falta de cobertura de la responsabilidad civil dará lugar a la cancelación de la inscripción, todo ello sin perjuicio de las responsabilidades legales y disciplinarias en que se hubiere podido incurrir. Los colegiados del ICACOR estarán eximidos de esta obligación mientras el Colegio ofrezca una póliza de aseguramiento colectiva.

### DISPOSICIÓN FINAL

Las presentes Normas entrarán en vigor el 1 de enero del 2013.



## Normas reguladoras del Servicio de Mediación en Asuntos Civiles y Mercantiles del Ilustre Colegio Provincial de Abogados de A Coruña (ICACOR.Media) aprobadas en Junta de 18 de octubre de 2012

### PREÁMBULO

Unos de los males endémicos de la administración de justicia es la lenta y, por tanto, insatisfactoria respuesta a las peticiones de tutela de los ciudadanos. Se ha repetido hasta la saciedad que una Justicia lenta no es Justicia, y, desde luego, siempre será menos justa, por ello la llamativa bolsa de asuntos pendientes de resolución supone un pesado lastre para el sistema judicial español. Cuando la Justicia se demora en su resolución siempre llega tarde y resulta, además, antieconómica, pues el complejo y costoso engranaje judicial no ha servido para sus fines.

La solución, aunque conocida, es múltiple, difícil y parece casi utópica: dotar de más medios materiales y personales, la utilización de las nuevas tecnologías, articular procesos más ágiles, mejorar la planta judicial, evitar la judicialización excesiva de la sociedad, controlar que la asistencia jurídica gratuita no suponga un acicate a la litigiosidad, profundizar en los métodos de alternativos de resolución de conflictos, etc.

El legislador en los últimos tiempos ha optado con firmeza por dos vías de solución: reducir los pleitos poniendo trabas a su inicio y promover métodos alternativos para la solución de conflictos.

La primera, que pasa por la implantación de depósitos para recursos, la recuperación de las tasas judiciales y la reducción de la segunda instancia, como medidas más llamativas, ha sido fuertemente criticada por la Abogacía al suponer una clara merma de la tutela judicial efectiva.

La segunda, sin embargo, ha sido aplaudida y alentada desde la abogacía, por considerarla una línea idónea sin menoscabo de los derechos de los ciudadanos. Entre dichos métodos alternativos de resolución de conflicto se encuentra la mediación.

La mediación tiene una fuerte implantación en el mundo anglosajón, estimándose que atrae un 30% de

los asuntos que habrían terminado en los tribunales; además, la Unión Europea desde la década de los 90 del pasado siglo ha apostado decididamente por ella mediante diversas experiencias piloto que fraguaron en la Directiva 2008/52/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de mayo de 2008, sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles, que se ha incorporado al ordenamiento jurídico español, a través el Real Decreto-ley 5/2012 y finalmente por la Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles.

En el ámbito de la mediación encontramos un nuevo, amplio y, sin duda, apasionante campo para el ejercicio de la abogacía, donde el abogado puede desplegar su tradicional e histórica función conciliadora.

Sensible a todo ello, la Junta de Gobierno creó una Comisión de Mediación en noviembre del 2011, fruto de la cual surge ahora este servicio de mediación, el registro de mediadores del ICACOR y la organización de actividades de formación y cursos de especialización en la materia. La regulación que ahora se aprueba de este servicio de mediación (ICACOR.MEDIA) se inspira en la de otros Colegios de abogados, en especial en la del Ilustre Colegio de Abogados de Valencia.

Además, como Corporación de derecho público y en los términos que figuran en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, en Sentencias como las de 20/88 y 87/89, corresponde al Colegio Oficial el ejercicio de todas aquellas funciones de interés público que directamente y en relación con la Profesión por el legislador le sean encomendadas o bien le sean delegadas por la Administración.

Así, entre las indicadas funciones, corresponde al Ilustre Colegio Provincial de Abogados de A Coruña, en el ámbito de su competencia, impulsar y desarrollar la mediación, como uno de sus fines, según establece el artículo 5 letra ñ) de la Ley 2/1974, de 13 de febrero,

sobre Colegios Profesionales. En ese sentido, el artículo 5 de la Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles, establece que tienen la consideración de instituciones de mediación los colegios de abogados, como corporaciones de derecho público que tienen entre sus fines el impulso de la mediación, debiendo facilitar el acceso y administración de la misma, incluida la designación de mediadores, garantizando la transparencia en la referida designación.

### DISPOSICIONES GENERALES

#### Artículo 1. Concepto y finalidad de la mediación.

1. Se entiende por mediación el procedimiento no jurisdiccional de carácter voluntario y confidencial que se dirige a facilitar la comunicación entre las personas, para que gestionen por ellas mismas una solución a los conflictos que las afectan, con la asistencia de uno o varios abogados mediadores que actúen de modo imparcial y neutral.

2. La mediación, como método de gestión de conflictos, pretende evitar la apertura de procesos judiciales de carácter contencioso, poner fin mediante acuerdo a los ya iniciados o reducir su alcance.

#### Artículo 2. Ámbito de aplicación.

1. Estas Normas son de aplicación a las mediaciones en asuntos civiles o mercantiles, realizadas en el Servicio de Mediación de Derecho Civil y Mercantil del Ilustre Colegio Provincial de Abogados de A Coruña (ICACOR.MEDIA).

2. La mediación civil y mercantil a la que se refieren estas normas comprende cualquier tipo de cuestión o pretensión en materia de derecho privado, susceptible legalmente de renuncia, transacción o arbitraje, es decir que no afecten a derechos y obligaciones indisponibles por las partes, que pueda sustanciarse en un proceso judicial, incluidos los conflictos transfronterizos.

Se entiende por conflicto transfronterizo aquel en el que al menos una de las partes está domiciliada o reside habitualmente en un Estado distinto a aquél en el que cualquiera de las otras partes a las que afecta estén domiciliadas cuando acuerden hacer uso de la mediación o sea obligatorio acudir a la misma de acuerdo con la ley que resulte aplicable.

3. Quedan excluidos, en todo caso, del ámbito del Servicio a que refiere el presente Reglamento:

- La mediación penal
- La con las administraciones públicas
- La mediación laboral
- La mediación en materia de consumo.

### CAPÍTULO I

#### Organización

#### Artículo 3. El Servicio de Mediación en asuntos civiles y mercantiles del ICACOR (ICACOR.MEDIA).

1. El Ilustre Colegio de Abogados de A Coruña, a través de su Servicio de Mediación en asuntos civiles y mercantiles (ICACOR.MEDIA), tiene la consideración de institución de mediación, como corporación de derecho público entre cuyos fines se halla el impulso de la mediación, habiendo de facilitar el acceso y organización de la misma, incluido la designación de mediadores.

2. El ICACOR garantizará la transparencia del funcionamiento del Servicio de Mediación, en la designación de mediadores.

3. El ICACOR adoptará las medidas necesarias para asegurar la independencia e incompatibilidad entre el arbitraje que pueda prestar el ICACOR y la mediación desarrollada por el Servicio de Mediación ICACOR.MEDIA, como actividades distintas.

4. El ICACOR garantizará, dentro del ámbito de sus competencias, que se respeten los principios de voluntariedad y libre disposición, imparcialidad, neutralidad y confidencialidad, que inspiran la mediación.

5. Las partes en conflicto actuarán en la mediación conforme a los principios de buena fe y respeto mutuo, y deberán prestar colaboración y apoyo permanente a la actuación del mediador, manteniendo la adecuada deferencia hacia su actividad.

6. El ICACOR fomentará la adecuada formación inicial y continua de los mediadores, la elaboración de códigos de conducta voluntarios, así como la adhesión de aquéllos y del propio ICACOR.

#### Artículo 4. Organización administrativa del registro.

1. El servicio de mediación colegial ICACOR.MEDIA tiene su sede en el domicilio de éste, y está sujeto a la autoridad de la Junta de Gobierno, como órgano soberano, a la que corresponde la aplicación, interpretación y modificación, en su caso, de las presentes Normas Regulatorias, así como la adopción de cualesquiera acuerdos relacionados con el mismo.

2. La Dirección del servicio de mediación ICACOR.MEDIA dependerá, a efectos administrativos, del personal de la Secretaría del Colegio, ejercitando las facultades que le delegue la Junta de Gobierno.

#### Artículo 5. Funciones del Servicio de Mediación del ICACOR (ICACOR.MEDIA) en asuntos civiles y mercantiles.

Las funciones de este Servicio de Mediación serán las siguientes funciones:

1ª. Fomentar y difundir la mediación en general, y en asuntos civiles y mercantiles en especial.

2ª. Actuar como instrumento especializado para la solución de conflictos en asuntos civiles y mercantiles indicados en el norma segunda, mediante el procedimiento de mediación regulado en la Ley y en estas Normas, y con sujeción a los cuerdos de la Junta de Gobierno del ICACOR.

3ª. Proponer al ICACOR su participación en estudios, debates, campañas de divulgación, reuniones y congresos autonómicos, nacionales o internacionales, sobre la mediación.

4ª. Gestionar el Registro de abogados mediadores del ICACOR en asuntos civiles y mercantiles, conforme a las instrucciones de la Junta de Gobierno.

5ª. Informar a la Junta de Gobierno del ICACOR sobre cualesquiera materias y cuestiones relativas a la mediación en asuntos civiles y mercantiles, y, realizar, en su caso, las correspondientes propuestas.

6ª. Designar al abogado mediador para cada asunto.

7ª. Dar el soporte administrativo a todo lo referente a las mediaciones civiles y mercantiles que se ejecuten en el ICACOR; hacer el seguimiento administrativo de esos procedimientos de mediación, y decidir sobre las cuestiones organizativas que se susciten y no formen parte del objeto sometido a mediación.

8ª. Velar por el cumplimiento de los plazos del procedimiento de mediación y adoptar las medidas necesarias para evitar dilaciones indebidas.

9ª. Promover el estudio de las materias generales de la mediación y de las específicas en función del ámbito de aplicación.

10ª. Elaborar una memoria anual de actividades.

11ª. Colaborar en la ejecución de los acuerdos que adopte la Junta de Gobierno del ICACOR y su Comisión de Mediación para la formación de los abogados mediadores, especialmente en todo lo referente a las técnicas de mediación, negociación y resolución alternativa de conflictos.

12ª. Informar a la Junta de Gobierno del ICACOR sobre el cumplimiento de las normas deontológicas.

### CAPÍTULO II

#### Principios informadores de la mediación

##### Artículo 6. Voluntariedad y libre disposición.

1. La mediación es voluntaria.

2. Nadie está obligado a mantenerse en el procedimiento de mediación ni a concluir un acuerdo.

##### Artículo 7. Imparcialidad.

En el procedimiento de mediación se garantizará que las partes intervengan con plena igualdad de oportunidades, manteniendo el equilibrio entre sus posiciones y el respeto hacia los puntos de vista por ellas expresados, sin que el mediador pueda actuar en perjuicio o interés de cualquiera de ellas.

##### Artículo 8. Neutralidad.

Las actuaciones de mediación se desarrollarán de forma que permitan a las partes en conflicto alcanzar por sí mismas un acuerdo de mediación.

##### Artículo 9. Confidencialidad.

1. Todas las personas que intervienen en el procedimiento de mediación tienen la obligación de no revelar las informaciones que conozcan a consecuencia de esta mediación. Los mediadores que participen en el procedimiento están obligados a la confidencialidad por el secreto profesional.

2. Las partes en un proceso de mediación no pueden solicitar en juicio ni en actos de instrucción judicial la declaración del mediador o mediadora como perito o testigo de una de las partes, para no comprometer su neutralidad, sin perjuicio de lo establecido por la legislación penal y procesal.

3. Las actas que se elaboran a lo largo del procedimiento de mediación tienen carácter reservado.

##### Artículo 10. Carácter personalísimo.

1. En la mediación, las partes y la persona mediadora deben asistir personalmente a las reuniones sin que puedan valerse de representantes o de intermediarios. En situaciones excepcionales que hagan imposible la presencia simultánea de las partes, pueden utilizarse medios técnicos que faciliten la comunicación a distancia, garantizando los principios de la mediación.

2. En la mediación civil entre una pluralidad de personas, las partes pueden designar portavoces con reconocimiento de capacidad negociadora, que representen los intereses de cada colectivo implicado.

##### Artículo 11. Buena fe.

1. Las partes y las personas mediadoras deben actuar de acuerdo con las exigencias de la buena fe y respeto mutuo. Durante el tiempo en que se desarrolle la mediación las partes no podrán interponer entre sí ninguna acción judicial o extrajudicial en relación con su objeto.

2. Las partes deberán prestar colaboración y apoyo permanente a la actuación del mediador, manteniendo la adecuada deferencia hacia su actividad.

### **Artículo 12. Personas legitimadas para intervenir en un procedimiento de mediación.**

Pueden intervenir en un procedimiento de mediación e instarlo las personas que tienen capacidad y un interés legítimo para disponer del objeto de la mediación.

## **CAPÍTULO III**

### **Estatuto del mediador**

### **Artículo 13. Condiciones para ejercer como mediador.**

Podrán ejercer la función de mediación en el Servicio de mediación en asuntos civiles y mercantiles (ICACOR. MEDIA) objeto de estas Normas, los Abogados que reúnan los siguientes requisitos:

- a) Hallarse en el pleno disfrute de sus derechos civiles y carecer de antecedentes penales por delito doloso.
- b) Estar inscritos en el Registro de Mediadores del ICACOR.
- c) Tener suscrito un seguro de responsabilidad civil que cubra su actividad como mediadores en asuntos civiles y mercantiles.
- d) Acreditar haber recibido la formación inicial para la mediación en asuntos civiles y mercantiles que exija la Junta de Gobierno del ICACOR, y asumir el compromiso de la formación continua en este tipo de mediación que establezca el ICACOR.
- e) Aceptar y adherirse expresamente al código de conducta de los mediadores en asuntos civiles y mercantiles que apruebe el ICACOR.
- f) Solicitar al ICACOR su incorporación a este Servicio de mediación durante al menos un año, y ser aceptados.

### **Artículo 14. Calidad y autorregulación de la mediación.**

El ICACOR fomentará la adecuada formación inicial y continua de los mediadores, la elaboración de códigos de conducta de los mediadores, así como la adhesión de aquéllos a tales códigos.

### **Artículo 15. Actuación del mediador.**

1. La aceptación de la mediación obliga al mediador a cumplir fielmente el encargo, incurriendo si no lo hiciera, en responsabilidad por los daños y perjuicios que causare.
2. El mediador facilitará la comunicación entre las partes, velando para que dispongan de la información y el asesoramiento suficientes sobre los principios inspiradores de la mediación, el procedimiento y la eficacia y formalización del acuerdo o acuerdos que se alcancen.

Si cada parte acude a la mediación con el asesoramiento de su respectivo abogado, o incluso con su asistencia, el mediador solicitará de los abogados su colaboración para la información y el asesoramiento de cada parte.

Si una parte acude a la mediación con el asesoramiento de su abogado, pero otra lo hace sin dicho asesoramiento, el mediador informará a quien acuda sin abogado de la conveniencia de solicitar dicho asesoramiento, para que las partes dispongan de su propio abogado durante el proceso de mediación.

En ningún caso será preceptivo que las partes acudan a la mediación con el asesoramiento ni la asistencia de abogado.

3. El mediador desarrollará una conducta activa tendente a lograr el acercamiento entre las partes, con respeto a los principios recogidos en este Reglamento, y solicitará a tal fin la colaboración de los abogados de las partes, si los hubiere.
4. El mediador podrá renunciar a desarrollar la mediación, con obligación de entregar un acta a las partes en la que conste aquélla.
5. El mediador no podrá iniciar o deberá abandonar la mediación cuando concurren circunstancias que afecten a su imparcialidad.
6. Antes de iniciar o de continuar su tarea, el mediador deberá revelar cualquier circunstancia que pueda afectar a su imparcialidad o bien generar un conflicto de intereses. Tales circunstancias incluirán, en todo caso:
  - a) Todo tipo de relación personal, contractual o empresarial con una de las partes.





**b)** Cualquier interés directo o indirecto en el resultado de la mediación.

**c)** Que el mediador, u otro abogado de su despacho profesional o vinculado al mismo, hayan actuado anteriormente a favor de una o varias de las partes en cualquier circunstancia, con excepción de la mediación.

En tales casos el mediador sólo podrá aceptar o continuar la mediación cuando asegure poder mediar con total imparcialidad y siempre que las partes lo consientan y lo hagan constar expresamente.

El deber de revelar esta información permanece a lo largo de todo el procedimiento de mediación.

## Artículo 16. Coste de la mediación.

**1.** El coste de la mediación, haya concluido o no con el resultado de un acuerdo, se dividirá por igual entre las partes, salvo pacto en contrario.

**2.** El ICACOR podrá exigir a las partes la provisión de fondos que estime necesaria para atender el coste de la mediación.

Si las partes o alguna de ellas no realizarán en plazo la provisión de fondos solicitada, el ICACOR podrá dar por concluida la mediación. No obstante, si alguna de las partes no hubiere realizado su provisión, el ICACOR, antes de acordar la conclusión, lo comunicará a las demás partes, por si tuvieren interés en suplirla dentro del plazo que se fije.

**3.** La Junta de Gobierno fijará las cantidades a pagar por cada mediación, en función de la cuantía y complejidad de las pretensiones, y de sus sesiones.

En todo caso la sesión informativa será gratuita.

**4.** En el ámbito de su competencia, la Junta de Gobierno de este Colegio ha acordado a los efectos previstos en el apartado anterior, la fijación de las siguientes cuotas y derechos:

- Derechos colegiales por gestión y administración:
  - Asuntos de cuantía indeterminada o que no superen los 300.000 euros de cuantía: ..... 150 euros
  - Asuntos de 300.001 euros en adelante.. 300 euros
- Honorarios de los mediadores:
  - Asuntos de cuantía indeterminada o que no superen los 18.000 euros de cuantía: ..... 400 euros
  - Asuntos de 18.001 hasta 100.000 euros, por el exceso ..... 1%
  - Asuntos de 100.000 euros en adelante, por el exceso ..... 0,5%

A los honorarios de los mediadores se ha de adicionar el IVA correspondiente en cada momento.

## CAPÍTULO IV

### Procedimiento de mediación

#### Artículo 17. Solicitud de inicio de la mediación.

**1.** La mediación puede llevarse a cabo:

**a)** Antes de iniciar el proceso judicial, cuando se producen los conflictos de convivencia o las discrepancias.

**b)** Cuando el proceso judicial está pendiente, en cualquiera de las instancias y los recursos, y en ejecución de sentencia, en los términos que determine la legislación procesal.

**2.** El procedimiento podrá iniciarse mediante solicitud escrita presentada en el ICACOR para el servicio ICACOR.MEDIA.

**a)** A petición de todas las partes, formulada de común acuerdo, conjunta o separadamente, o de una o más de ellas con el consentimiento escrito de la otra u otras.

Si la petición fuere conjunta de todas las partes podrá solicitar al ICACOR que designe como mediador a un determinado abogado mediador de los inscritos en el Registro del Mediadores del ICACOR.

**b)** A petición de una de las partes.

**3.** La mediación será llevada a cabo por uno o por varios mediadores. Si por la complejidad de la materia o por la conveniencia de las partes se produjera la actuación de dos o más mediadores en un mismo procedimiento, éstos actuarán de forma coordinada, sin que su participación conjunta en una misma sesión suponga aumento de su coste, sin perjuicio de lo que las partes puedan pactar en supuestos de mediación voluntaria.

**4.** Cuando se inicie una mediación estando en curso un juicio, las partes de común acuerdo solicitarán la suspensión del proceso judicial conforme a lo dispuesto en la Ley de Enjuiciamiento Civil.

#### Artículo 18. Sesión informativa.

**1.** Recibida la solicitud de mediación presentada o no por todas las partes, el ICACOR designará al abogado mediador, señalará día y hora para la sesión informativa, y citará a las partes para que acudan a la misma, advirtiéndoles que podrán hacerlo asesoradas y asistidas cada una de su respectivo abogado, y de que si no acuden todas se tendrá por intentada la mediación y finalizará el proceso.

**2.** En la sesión informativa el mediador informará a las partes de las posibles causas que puedan afectar a su imparcialidad o su inexistencia, de las características de la mediación, sus ventajas y los principios inspiradores

de la misma, su coste, la organización del procedimiento, las consecuencias jurídicas del acuerdo que se pudiera alcanzar, así como del plazo para firmar el acta de la sesión constitutiva.

### **Artículo 19. Sesión constitutiva.**

1. El procedimiento de mediación comenzará mediante una sesión constitutiva en la que las partes, asistidas o no de sus abogados, expresarán su deseo de desarrollar la mediación y dejarán constancia de los siguientes aspectos:

— La identificación de las partes.

— El mediador o mediadores designados por el ICACOR.

— El objeto del conflicto que se somete al procedimiento de mediación.

— El programa de actuaciones y la duración máxima para el desarrollo del procedimiento.

— El coste total de la mediación o las bases para su determinación, con indicación separada de los honorarios del mediador y de otros posibles gastos.

— La declaración de aceptación voluntaria por las partes y de que asumen las obligaciones de ella derivadas.

— El lugar de celebración y la lengua del procedimiento.

2. De la sesión constitutiva se levantará un acta en la que consten estos aspectos. En otro caso, dicha acta declarará que la mediación se ha intentado sin efecto.

### **Artículo 20. Duración del procedimiento.**

La duración del procedimiento de mediación será lo más breve posible y sus actuaciones se concentrarán en el mínimo número de sesiones.

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

### **Artículo 21. Desarrollo de las actuaciones de mediación.**

1. El mediador convocará a las partes para cada sesión con la antelación necesaria, dirigirá las sesiones y facilitará la exposición de sus posiciones y su comunicación de modo igual y equilibrado.

2. Las comunicaciones entre el mediador y las personas en conflicto podrán ser o no simultáneas.

3. El mediador comunicará a todas las partes la celebración de las reuniones que tengan lugar por separa-

do con alguna de ellas cuando ello no infrinja su deber de confidencialidad, informando del contenido de las mismas y distribuyendo la documentación que la parte reunida haya proporcionado al mediador. Ello no obstante, el mediador no podrá ni comunicar ni distribuir la información o documentación que la parte le hubiera aportado, salvo autorización expresa de ésta.

### **Artículo 22. Terminación del procedimiento.**

1. El procedimiento de mediación puede concluir en acuerdo o finalizar sin alcanzar dicho acuerdo, bien sea porque todas o alguna de las partes ejerzan su derecho a dar por terminadas las actuaciones, comunicándose al mediador, bien porque haya transcurrido el plazo máximo previsto para la duración del procedimiento, así como cuando el mediador aprecie de manera justificada que las posiciones de las partes son irreconciliables o concurra otra causa que determine su conclusión.

Con la terminación del procedimiento se devolverán a cada parte los documentos que hubiere aportado. Con los documentos que no hubieren de devolverse a las partes, se formará un expediente que deberá conservar y custodiar el mediador o, en su caso, la institución de mediación, una vez terminado el procedimiento, por un plazo de cuatro meses.

2. La renuncia del mediador a continuar el procedimiento o el rechazo de las partes a su mediador sólo producirá la terminación del procedimiento cuando no se llegue a nombrar un nuevo mediador.

3. El acta final determinará la conclusión del procedimiento y, en su caso, reflejará los acuerdos alcanzados de forma clara y comprensible, o su finalización por cualquier otra causa.

El acta deberá ir firmada por todas las partes y se entregará un ejemplar original a cada una de ellas.

### **Artículo 23. El acuerdo de mediación.**

1. El acuerdo de mediación puede versar sobre una parte o sobre la totalidad de las materias sometidas a la mediación. En el acuerdo de mediación deberá constar la identidad y el domicilio de las partes, el lugar y fecha en que se suscribe, las obligaciones que cada parte asume y que se ha seguido un procedimiento de mediación ajustado a las previsiones de esta ley, con indicación del mediador o mediadores que han intervenido y, en su caso, de la institución de mediación en la cual se ha desarrollado el procedimiento.

2. El acuerdo de mediación deberá firmarse por las partes o sus representantes y presentarse al mediador, en el plazo máximo de diez días desde el acta final, para su firma.

3. Del acuerdo de mediación se entregará un ejemplar a cada una de las partes, reservándose otro el mediador para su conservación.

4. El mediador informará a las partes del carácter vinculante del acuerdo alcanzado y de que pueden instar su elevación a escritura pública al objeto de configurar su acuerdo como un título ejecutivo.

### **Artículo 24. Actuaciones desarrolladas por medios electrónicos.**

1. Las partes podrán acordar que todas o alguna de las actuaciones de mediación se lleve a cabo por medios electrónicos, siempre que quede garantizada la identidad de los intervinientes y el respeto a los principios de la mediación previstos en este Reglamento.

2. La mediación que consista en una reclamación de cantidad que no exceda de 300 euros se desarrollará por medios electrónicos, salvo que el empleo de éstos no sea posible para alguna de las partes.

### **Artículo 25. Especialidades aplicables a las mediaciones sobre asuntos transfronterizos.**

1. Se aplicará en virtud de sometimiento expreso o tácito de las partes y, en su defecto, cuando al menos una de las partes tenga su domicilio en España y la mediación se realice en territorio español.

2. Conflicto transfronterizo.

A los efectos de la mediación regulada en estas Normas, se entiende por conflicto transfronterizo aquel en el que al menos una las partes está domiciliada o reside habitualmente en un Estado distinto a aquél en que cualquiera de las otras partes a las que afecta estén domiciliadas cuando acuerden hacer uso de la mediación o sea obligatorio acudir a la misma de acuerdo con la ley que resulte aplicable.

En los litigios transfronterizos entre partes que residan en distintos Estados miembros de la Unión Europea, el domicilio se determinará de conformidad con los artículos 59 y 60 del Reglamento (CE) núm. 44/2001 del Consejo, de 22 de diciembre de 2000, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil.

3. Protocolización notarial del acuerdo de mediación en conflicto transfronterizo, y su ejecución.

Cuando el acuerdo de mediación haya de ejecutarse fuera de España la protocolización notarial será necesaria para su consideración como título ejecutivo, además de los requisitos que en su caso puedan exigir los Convenios internacionales en que España sea parte y las normas de la Unión Europea.

Sin perjuicio de lo que dispongan la normativa de la Unión Europea y los convenios internacionales vigentes en España, un acuerdo de mediación que ya hubiera adquirido fuerza ejecutiva en otro Estado sólo podrá ser ejecutado en España cuando tal fuerza ejecutiva derive de la intervención de una autoridad competente que desarrolle funciones equivalentes a las que desempeñan las autoridades españolas.

Un acuerdo de mediación que no haya sido declarado ejecutable por una autoridad extranjera sólo podrá ser ejecutado en España previa elevación a escritura pública por notario español a solicitud de las partes, o de una de ellas con el consentimiento expreso de las demás. El documento extranjero no podrá ser ejecutado cuando resulte manifiestamente contrario al orden público español.

### **DISPOSICIÓN ADICIONAL ÚNICA. PROTECCIÓN DE DATOS**

1. Los datos personales facilitados por los interesados serán incluidos en el fichero de datos de titularidad pública del Servicio de Mediación (ICACOR. MEDIA) y Registro de Mediadores del Ilustre Colegio Provincial de Abogados de A Coruña (ICACOR) exclusivamente a los efectos de las actuaciones derivadas del cumplimiento de lo prevenido en la Ley La Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles, no siendo cedidos ni tratados con ninguna otra finalidad.

2. De conformidad con la Ley Orgánica de Protección de Datos, asistirán a los interesados los derechos de acceso, rectificación y cancelación de sus datos personales.

**DISPOSICIÓN FINAL.-** Las presentes Normas entrarán en vigor el 1 de enero del 2013.



ILUSTRE COLEGIO PROVINCIAL DE  
ABOGADOS DE A CORUÑA

1760 - 2010



## ICACOR. media

SERVICIO DE MEDIACIÓN EN  
ASUNTOS CIVILES Y MERCANTILES  
DEL ILUSTRE COLEGIO PROVINCIAL DE ABOGADOS  
DE A CORUÑA (ICACOR)



## REGISTRO DE MEDIADORES

DEL ILUSTRE COLEGIO PROVINCIAL  
DE ABOGADOS DE A CORUÑA (ICACOR)

*CONSTITUIDOS POR ACUERDO DE JUNTA DE GOBIERNO  
DE 18 DE OCTUBRE DEL 2012*

### Ilustre Colegio Provincial de Abogados de A Coruña

Federico Tapia, 11 bajo - 15005 A Coruña

Tel.: 981 12 60 90 - Fax: 981 12 04 80 - Web: [www.icacor.es](http://www.icacor.es)

e-mail: [icacor.media@icacor.es](mailto:icacor.media@icacor.es)

