

# **MEDIACIÓN INTRAJUDICIAL CIVIL**

**Eva M. Atarés García.**

**Magistrada-Juez.**

**Juzgado de Primera Instancia nº 57 de Barcelona.**

## **MEDIACIÓN INTRAJUDICIAL CIVIL**

Esta ponencia tiene por objeto el análisis de los principales aspectos de la Ley 5/ 2.012, de 6 de julio, de Mediación en Asuntos Civiles y Mercantiles (LMACM), con especial atención a aquellos puntos en que la Ley ha modificado el procedimiento civil, y cuál es el alcance de esta modificación.

Expuestos estos aspectos, me centraré en la intervención del juez en la mediación, con examen del protocolo de derivación de asuntos desde el Juzgado a las instituciones de mediación.

### **I. LA MEDIACIÓN.**

La mediación se define como modalidad alternativa de resolución de conflictos (MARC, o ADR en su acrónimo inglés), que, superando el binomio que se refleja en el proceso judicial por la oposición entre las partes, aspira a obtener, de forma pacífica y no competitiva, un resultado satisfactorio para ambas.

En los términos utilizados por Folberg y Taylor en 1.984, la mediación es *“un proceso mediante el cual los participantes, junto con la asistencia de una persona o personas neutrales, aíslan sistemáticamente los problemas en disputa con el objetivo de encontrar opciones, considerar alternativas y llegar a un acuerdo mutuo que se ajuste a sus necesidades... hace hincapié en la propia responsabilidad de los participantes en la toma de aquellas decisiones que influyen sobre sus vidas... confiere autoridad sobre sí misma a cada una de las partes”* .

A diferencia de la jurisdicción y del arbitraje, que son lo que se denomina “formas heterocompositivas de resolución de controversias”, en las que la resolución del conflicto pasa por la decisión de un tercero, a quien se sujetan las partes (estructura triangular), la mediación se integra en los sistemas “autocompositivos”, de estructura horizontal, en los que el tercero, que en este caso es el mediador, no decide, sino que son las partes quienes, a través de la negociación y el diálogo, van aproximando sus posiciones iniciales para obtener la mejor solución posible.

La mediación, como alternativa al proceso judicial, está enraizada en la tradición cultural de diversas sociedades y épocas, puesto que, en definitiva, su esencia es la intervención de una tercera persona que ayuda a los contendientes a resolver sus conflictos, y a adoptar sus propias decisiones.

Fue en los años 60 cuando en Estados Unidos cobró fuerza la formación de un pensamiento teórico respecto de los procedimientos y aplicación de técnicas para la resolución de conflictos fuera de los tribunales (“*Alternative Dispute Resolutions*”). El arraigo de la mediación en Estados Unidos y en Reino Unido es muy amplio. Sólo hace falta recordar cómo en películas y series de televisión aparece la negociación como una fórmula habitual de resolución de un litigio, el frecuente “*hemos llegado a un acuerdo*”, y esas escenas de largas mesas con las partes sentadas a cada lado. Como ejemplo, en la película “*La red social*” de David Fincher, del año 2.008, se narra la historia del inicio de Facebook partiendo del proceso de mediación en el que se vieron implicados Mark Zuckerberg y quienes habían contribuido con él al nacimiento de la red social (los hermanos Winclevoss que contrataron a a Mark Zuckerberg para desarrollar una red social en Harvard y le acusaron de haberles “robado” la idea inicial; y su amigo Eduard Saverin, a quien dejó de lado cuando la empresa empezó a expandirse).

Desde los países de influencia anglosajona, la mediación se ha ido extendiendo a los países de la Europa continental. España es uno de los últimos países en acercarse a este tipo de

procedimientos, siendo el ámbito familiar donde primero se empezó a trabajar en mediación.

## **II. REGULACIÓN LEGAL. ANTECEDENTES.**

Dentro del proceso de implantación de la mediación en Europa, ya la Recomendación R(86)12, de 16 de septiembre de 1.986, del Comité de Ministros del Consejo de Europa a los Estados Miembros sobre medidas para prevenir y reducir la carga de trabajo excesiva en los tribunales, recomendaba a los estados promover, allí donde fuera apropiado, los medios de solución amistosa de disputas, tanto fuera del sistema judicial como antes o durante los procesos judiciales.

A nivel de la Unión Europea, se elaboró en el año 2.002 un “Libro Verde” sobre modalidades alternativas de resolución de conflictos en el ámbito del Derecho Civil y Mercantil, hubo una Propuesta de directiva de 22 de octubre de 2.004 sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles, y finalmente, se aprobó la *Directiva comunitaria 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 incide sobre el concepto de la mediación como instrumento para dar una solución alternativa económica y rápida a conflictos en asuntos civiles y mercantiles, mediante procedimientos adaptados a las necesidades de las partes. Aunque la Directiva se refiere a asuntos transfronterizos, insta a los Estados miembros a promover la mediación como otro sistema extrajudicial de resolución de controversias. Es en esta Directiva donde hay que buscar el origen inmediato de la regulación legal de la mediación como tal en España.

Antes de la normativa estatal, la mediación familiar fue objeto de desarrollo en casi todas las Comunidades Autónomas (Andalucía, Aragón, Asturias, Canarias, Cantabria, Castilla-La Mancha, Castilla y León, Cataluña, Valencia, Galicia, Baleares,

Madrid y País Vasco). En Cataluña se aprobó la *Ley 15/2.009, del 22 de julio, del Parlamento de Cataluña, de mediación en el ámbito del derecho privado*, en cuya Exposición de Motivos se hace referencia a la experiencia en materia de mediación familiar, regulada con la Ley 1/ 2.001, de 1 de marzo, al desarrollo en Europa de diversas normas reguladoras de esta materia, a las exigencias de la Directiva europea, y finalmente, a la necesidad que subyace en esta experiencia de dar respuesta a la demanda social de que los conflictos se puedan dirimir fuera del ámbito judicial “*haciendo posible la obtención de soluciones responsables, autogestionadas y eficaces a los conflictos, que aseguren el cumplimiento posterior de los acuerdos y preserven la relación futura entre las partes*”. La Ley catalana creó el Centro de Mediación de Derecho Privado de Cataluña, regulando su funcionamiento. Si me refiero a él, aun a sabiendas de que es una materia que puede resultarles de escaso interés al tratarse de una institución ajena a lo que es su ámbito de ejercicio profesional, es porque ha sido la existencia de este centro la que ha llevado a varios jueces, dentro de Cataluña, a iniciar las experiencias en el ámbito de la mediación, incluyéndome entre ellos.

### **III. LA LEY 5/ 2.012, DE 6 DE JULIO, DE MEDIACIÓN EN ASUNTOS CIVILES Y MERCANTILES.**

La Ley 5/ 2.012, de 6 de julio, de Mediación en Asuntos Civiles y Mercantiles (LMACM), fue precedida del Real Decreto- Ley 5/ 2.012, de 5 de marzo, de Mediación en Asuntos Civiles y Mercantiles.

La Directiva europea establecía como fecha límite para su incorporación a los ordenamientos internos el 21 de mayo de 2.011. Se llegó a aprobar por el Proyecto de Ley de mediación en asuntos civiles y mercantiles, publicado en el Boletín Oficial de las Cortes Generales de 29 de abril de 2.011, pero no llegó a ver la luz como consecuencia de la disolución de las Cortes en septiembre de

2.011. Es precisamente este retraso el que justificó, según la Exposición de motivos del Real Decreto-Ley, que se adoptase esta figura legislativa previa a la Ley.

En la Exposición de Motivos de la Ley se enlaza la regulación de la mediación, a la que considera *“un instrumento complementario de la Administración de Justicia”*, con el derecho a la tutela judicial efectiva.

Los ejes vertebradores de la Ley, según resulta de la Exposición de Motivos, son tres:

a) la “desjudicialización de determinados asuntos”, considerándose que pueden tener una solución más adaptada a las necesidades e intereses de las partes a través de la mediación, que se considera también como *“un hábil coadyuvante”* para reducir la carga de trabajo de los tribunales. Se destaca como ventaja de la mediación *“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”*; y contribuye a concebir a los tribunales de justicia *“como último remedio”*, reduciendo su actuación a aquellos casos en que las partes no han sabido poner fin a la situación de controversia desde el acuerdo.

b) la deslegalización o pérdida de protagonismo de la ley, a favor del principio dispositivo y de la autonomía de la voluntad de las partes. Señala la Exposición de Motivos que *“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”*.

c) la desjuridificación o flexibilidad del contenido del acuerdo alcanzado en el procedimiento, que permite alcanzar soluciones menos traumáticas que las del proceso, en las que opera la dinámica ganador-perdedor. Dice la Exposición de Motivos que *“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”.*

Lo que pretende la Ley es facilitar el recurso a la mediación, articulando lo que define como *“un procedimiento de fácil tramitación, poco costoso y de corta duración en el tiempo”.*

#### **IV.- CONCEPTO Y MODELO DE MEDIACIÓN**

El artículo 1 de la Ley define la mediación como *“aquel medio de solución de controversias, cualquiera que sea su denominación, en que dos o más partes intentan voluntariamente alcanzar por sí mismas un acuerdo con la intervención de un mediador”.*

Se vienen distinguiendo dos modelos de mediación, la llamada “facilitativa”, en la que el mediador orienta a las partes y acerca sus posturas para facilitar que lleguen a un acuerdo; y la “adjudicativa o evaluativa”, en la que el mediador va más allá, toma posición en el conflicto y formula una propuesta de resolución en la que exista un equilibrio entre las partes.

En base a la definición legal, y dado que no hay ningún precepto de la Ley que ampare al mediador para presentar un acuerdo y someterlo a la decisión de las partes, parece que el legislador ha optado por el primero de los sistemas, aunque el artículo 13 de la Ley indica que el mediador *“desarrollará una conducta activa tendente a lograr el acercamiento de las partes”*, por lo que si se da una interpretación amplia al término de “conducta activa” podría apoyarse la posibilidad de que ello incluya formular propuestas de resolución. Lo cierto es que no aparece como una posibilidad clara, aunque creo que entraría dentro del

ámbito de negociación de las partes conceder al mediador esta facultad.

## **V. ÁMBITO DE APLICACIÓN DE LA LEY DE MEDIACIÓN.**

Pueden ser objeto de la mediación regulada en esta Ley todos los asuntos civiles y mercantiles, con la salvedad de aquellos derechos y obligaciones que no estén a disposición de las partes en virtud de la legislación aplicable (art. 2.1); esto es, en palabras de la Exposición de Motivos, la mediación resulta procedente en la medida en que el conflicto jurídico afecte a “*derechos subjetivos de carácter disponible*”. Poniendo en relación esta disposición con otras como los artículos 6.2 del Código Civil y 19.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, deberá considerarse incluido en el ámbito objetivo de la Ley todo aquello que concierna al exclusivo interés de las partes; aquellas cuestiones que trasciendan la órbita de sus intereses particulares, al afectar al interés público o a terceros ajenos al litigio, resultan indisponibles: así, el estado civil, cuestiones matrimoniales o alimentos futuros (artículo 1.814 del Código Civil), o los procesos sobre capacidad, filiación, matrimonio y menores (artículo 751 de la Ley de Enjuiciamiento Civil). Resulta aplicable cuando al menos una de las partes tenga su domicilio en España y se realice en territorio español.

La Ley establece en su artículo 2.2 una serie de **exclusiones materiales**, que quedan fuera de su ámbito de aplicación: la mediación penal, la mediación con las Administraciones Públicas, la mediación laboral y la mediación en materia de consumo. La Exposición de Motivos aclara que la exclusión de tales materias no significa que en ellas quede proscrita la mediación, sino que su regulación se reserva a las normas sectoriales correspondientes (normas que, dicho sea de paso, son prácticamente inexistentes, salvo en lo referido a la mediación laboral).

En el listado de mediaciones excluidas de esta ley no aparece la **mediación familiar**; lo que plantea la duda de si queda o no

plenamente incluida en la misma. La Ley no hace la más mínima referencia a esta clase de mediación, lo que resulta extraño si se tiene en cuenta que la mediación familiar es la que ha alcanzado mayor desarrollo en España a través de la regulación autonómica antes mencionada. Esta duda se ve acrecentada porque en muchas materias sujetas a mediación familiar no concurre el principio de disponibilidad, así, en todo lo relacionado con los menores; en estas materias, la mediación familiar no puede traducirse en acuerdos directamente eficaces, sino en propuestas sometidas a la consideración del juez. De esta manera, el régimen de la LMACM sólo podría aplicarse, en su caso, en temas de familia cuando no estén en juego estas materias indisponibles, puesto que no cabe que sobre temas como la guardia y custodia de menores, régimen de visitas o alimentos se dotase de ejecutividad al acuerdo adoptado sin intervención del Ministerio Fiscal y sin aprobación judicial.

Se ha criticado la exclusión del ámbito de la LMACM de la **mediación de consumo**, lo que supone negar a los consumidores las ventajas que la misma supone, en particular las medidas establecidas para dotar de ejecutividad a los acuerdos, o el régimen simplificado de reclamación al que se hará luego referencia.

Finalmente, la Ley no hace referencia a la **propiedad intelectual**, pese su carácter civil/ mercantil y disponible. EL artículo 158 del Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual (RDLeg. 1/1996, de 12 de abril) crea en el seno del Ministerio de Cultura la Comisión de Propiedad Intelectual a la que se atribuyen funciones de mediación y arbitraje. Como órgano mediador, puede intervenir en las materias directamente relacionadas con la gestión colectiva de derechos de propiedad intelectual, así como en las negociaciones relativas a la autorización de la distribución por cable de una emisión de radiodifusión. Dicha labor de mediación se ejerce a través de un procedimiento regulado en el RD 1889/2.011, de 30 de diciembre (arts. 4 a 6). La lógica invita a pensar que en este ámbito tendrá preeminencia la regulación especial contenida en el citado Reglamento y que la LMACM sólo estará llamada a suplir sus posibles lagunas. Pero el hecho de que la LMACM sea ley posterior

y, además, de jerarquía superior a aquella disciplina reglamentaria, crea suficientes dudas como para aconsejar una previsión expresa que determine cómo se compaginan ambas regulaciones y cuál de ellas tiene carácter preferente.

## **VI.- PRINCIPIOS INFORMADORES DE LA LEY DE MEDIACIÓN.**

### **A) Voluntariedad y libre disposición.**

1.- Establece el artículo 6 de la Ley 5/ 2.012 que

*“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”.*

De acuerdo con la regulación legal, las partes no sólo no pueden ser obligadas a acudir al procedimiento de mediación, sino que tampoco pueden serlo a concluir un acuerdo, ni a mantenerse en el procedimiento de mediación. De esta manera, se configura la autonomía de la voluntad de las partes como eje esencial de la mediación.

La voluntariedad es una de las principales diferencias entre la regulación actual y la contenida en el Proyecto de ley de 2.011, cuyo artículo 7 establecía que *“La mediación es voluntaria, sin perjuicio de la obligatoriedad de su inicio cuando lo prevea la legislación procesal”*. Y en este sentido, se modificaba el artículo 437 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, obligando a acudir a mediación en los seis meses anteriores a la interposición de la

demanda en los supuestos de juicios verbales por razón de la materia, que versaran sobre reclamaciones de cantidad y no se tratase de reclamaciones de consumo. En realidad, no se trataba de que las partes debieran sujetarse a mediación, sino que lo único obligatorio era acudir a una primera sesión informativa. Y ello tenía su reflejo en materia de costas, puesto que también se modificaba el artículo 394 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, añadiendo un párrafo a su apartado segundo, en el que se indicaba que *“se entenderá que existe temeridad a efectos de imposición de costas la inasistencia de una parte a la sesión informativa de la mediación cuando sea obligatoria”*. Y en el artículo 395, que regula las costas para el caso de allanamiento, se añadía un segundo párrafo al apartado primero, *“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”*, reforma ésta que sí se ha mantenido en la nueva Ley.

El cambio de criterio del legislador vino motivado por las críticas recibidas por esta regulación, hasta el punto de que se llegó a tachar de inconstitucional. Desde mi punto de vista, no lo es, en cuanto que ello no afecta al derecho a la tutela judicial efectiva; la propia Directiva no descarta la mediación obligatoria, y en algunos países, como Italia, sí que se ha previsto el intento de mediación como requisito de procedibilidad en determinados procedimientos que generan un gran volumen de litigiosidad.

Cuestión diferente es la oportunidad de regular el previo intento de mediación como obligatorio. En España contamos con el precedente del acto de conciliación previo que regulaba el artículo 460 de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1.881, y que se eliminó, por poco satisfactoria, en la reforma de 6 de agosto de 1.984.

Y desde un punto de vista más teórico, podría aparecer que no puede imponerse forzosamente la colaboración de un individuo en el proceso de análisis racional del conflicto ni en la búsqueda de soluciones a los diversos problemas que en ese conflicto pueden

ser compartimentados o aislados, con la finalidad de superar positivamente la situación que lo originó. La actitud personal y voluntaria del individuo es imprescindible, y esta actitud podría verse negativamente afectada por la obligatoriedad.

2.- Un segundo aspecto de esta voluntariedad es que, como se verá al desarrollar el procedimiento de mediación, **tampoco el órgano judicial puede obligar a las partes a acudir a una sesión informativa**. La Ley 5/ 2.012 modifica los artículos 414 y 441 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, y en ambos casos sólo se prevé la información a las partes en la convocatoria de la audiencia previa y en la citación al juicio verbal de la posibilidad de recurrir a la mediación, debiendo las partes en la audiencia o en la vista indicar “*su decisión al respecto y las razones de la misma*”. Tanto en la audiencia previa como en el juicio verbal se prevé que, en atención al objeto del proceso, el tribunal invite 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, pero en ningún caso las partes pueden ser obligadas a ello.

### **B) Igualdad de partes e imparcialidad de los mediadores.**

El procedimiento de mediación debe garantizar que las partes intervengan en plano de igualdad, y puedan llegar por sí mismas a un acuerdo. Este elemento es el que fundamentalmente define la mediación frente al arbitraje y la decisión jurisdiccional, y por tanto debe ser garantizado por la actuación del mediador, quien, de acuerdo con el artículo 7 de la Ley no podrá actuar en perjuicio o interés de cualquiera de las partes y deberá servir las equitativamente.

Debe quedar por ello claro para quienes actúen como mediadores que sólo podrán hacerlo en tal condición, y que no pueden asesorar a las partes; es importante que cuando se desarrolle la sesión informativa, el mediador se preocupe de que

este papel quede claro a las partes.

También en la sesión informativa, el mediador deberá poner en conocimiento de las partes cualquier circunstancia que pueda afectar a su imparcialidad o generar un conflicto de intereses, como podría ser mantener relaciones personales, contractuales o empresariales con alguna de las partes, haber actuado con anterioridad a favor de alguna de ellas o tener un interés de cualquier tipo en el asunto.

### **C) Neutralidad**

La neutralidad supone, conforme al artículo 8, que la mediación se desarrolle de forma que permita a las partes en conflicto *“alcanzar por sí mismas un acuerdo de mediación”*, lo que exige una actuación del mediador que respete los principios del artículo 13 de la misma Ley: facilitar la comunicación entre las partes, velando porque dispongan de la suficiente información y asesoramiento, desarrollar una conducta tendente a lograr el acercamiento entre las partes, y revelar cualquier circunstancia que pueda afectar a su imparcialidad y generar conflicto de intereses.

De acuerdo con este principio, el resultado de la mediación debe ser fruto del trabajo y la colaboración entre las partes, de manera que el punto de vista del mediador no condicione los acuerdos finales, que las partes han de vivir como propios. Son las partes quienes voluntariamente deben alcanzar y consensuar el acuerdo de mediación.

### **D) Confidencialidad.**

Se regula en el artículo 9 de la Ley, conforme al cual:

*“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”.*

De esta manera, el deber de confidencialidad lo tienen las partes y también el mediador y las instituciones de mediación. De ella se deriva que, por una parte, no podrá revelarse la información obtenida durante la mediación, lo que tiene su relevancia en el caso de que no se llegue a un acuerdo y continúe el procedimiento judicial. La influencia del principio de confidencialidad sobre los medios de prueba en un ulterior proceso se examinará más adelante.

En cuanto al momento en que se inicia el deber de confidencialidad, de acuerdo con el artículo 17 de la LMACM, si alguna de las partes no asiste de forma injustificada a la sesión informativa, se entenderá que desisten de la mediación solicitada, sin que la información sobre qué partes asistieron o no asistieron sea confidencial.

Se puede plantear la cuestión de si la confidencialidad abarca también a determinada información sobre la terminación del procedimiento si éste acaba sin acuerdo; por ejemplo, cuál de las partes ha hecho imposible el acuerdo, cuál de ellas se ha separado del procedimiento, o ha dejado de colaborar con el mediador, o ha

incurrido en una falta de respeto o de buena fe, por qué motivo ha podido renunciar el mediador. Parece que la obligación de confidencialidad del artículo 9 se extiende a la información y documentación derivada del procedimiento, pero no propiamente a las incidencias que puedan tener lugar durante su desarrollo.

### **E) Buena fe y respeto mutuo.**

El artículo 10 de la Ley recoge los principios de la actuación de las partes en la mediación, indicando que “*actuarán entre sí conforme a los principios de lealtad, buena fe y respeto mutuo*”; así como que “*deberán prestar colaboración y apoyo permanente a la actuación del mediador, manteniendo la adecuada deferencia hacia su actividad*”.

### **F) Flexibilidad.**

También el artículo 10 establece en su apartado 1º que “*Sin perjuicio del respeto a los principios establecidos en esta Ley, la mediación se organizará del modo que las partes tengan por conveniente*”.

Este principio enlaza con la declaración contenida en la Exposición de Motivos de la Ley, a la que he hecho antes referencia.

Considero que es un acierto de la Ley este principio de flexibilidad, y la adaptación a las necesidades de las partes, puesto que en definitiva la intervención personal de éstas es un elemento esencial de la mediación. La comunicación directa entre los interesados no puede quedar encorsetada por estrategias jurídicas, la mediación va dirigida a que sean las propias partes quienes negocien, eso sí, con la ayuda de un tercero, que es el mediador.

### **G) El mediador.**

Sólo haré una breve referencia, ya que hay una ponencia específica sobre esta figura. Señalar únicamente que la Ley regula el estatuto del mediador, en su Título III, con hincapié en los principios de profesionalidad, idoneidad y capacitación; considerándose como requisitos mínimos para poder actuar como mediador ser una persona natural en pleno ejercicio de sus derechos civiles, tener una formación específica para ejercer como mediador, y suscribir un seguro de responsabilidad civil para cubrir la que pudiera derivarse de su actuación.

## **VII. EL PROCEDIMIENTO DE MEDIACIÓN.**

La referencia al procedimiento de mediación también será escueta, desde el momento en que ha sido objeto de tratamiento en otra ponencia. La Ley 5/ 2.012 establece dos procedimientos de mediación:

### **A) El procedimiento “ordinario”.**

Como en todo procedimiento, cabe distinguir comienzo, desarrollo y terminación:

1.- El comienzo, integrado por la solicitud de inicio de común acuerdo o a petición de una de ellas en cumplimiento de un pacto previo de sometimiento a mediación; la sesión informativa; y, en su caso, la sesión constitutiva, que regulan los artículos 16, 17 y 19 de la Ley.

2.- El desarrollo, que se materializará en las sesiones que se celebren entre el mediador y las partes en conflicto; conforme al

artículo 20, la duración del procedimiento de mediación debe ser lo más breve posible, concentrándose en el número mínimo de sesiones. El desarrollo de las sesiones se regula en el artículo 21. En Cataluña, y conforme al Decreto 135/2.012, de 23 de octubre, que aprueba el Reglamento de la Ley 15/2.009, de 22 de julio, de mediación en el ámbito del derecho privado, está limitado el número de sesiones en que intervengan hasta cuatro participantes a un máximo de seis, con una duración máxima de sesenta días laborables; si bien pueden prorrogarse tanto el número de sesiones como la duración (ésta, en treinta días laborables más), de forma motivada atendiendo la naturaleza y complejidad del asunto o el número de participantes.

3.- La terminación del procedimiento, regulada en el artículo 22, por alguna de las siguientes causas: que se haya llegado a un acuerdo; que las partes o una de ellas así lo decidan; el transcurso del plazo máximo acordado por las partes; la apreciación del mediador de que las posturas de las partes son irreconciliables; la renuncia del mediador cuando no se nombre a otro; o cuando concorra otra justa causa que determine su conclusión.

### **B) El procedimiento simplificado.**

Es el que se regula en el artículo 24 de la Ley, bajo el epígrafe “*Actuación desarrollada por medios electrónicos*”. Las partes podrán acordar que todas las sesiones o alguna de las actuaciones se tramiten por dichos medios, entre los cuales se hace referencia expresa a la videoconferencia “*u otro medio análogo de transmisión de la voz o de la imagen, siempre que quede garantizada la identidad de los intervinientes y el respeto a los principios de mediación*”. La Ley prevé que se desarrollen preferentemente por estos medios las mediaciones referentes a las reclamaciones de cantidad que no excedan de 600 euros.

Esta previsión se conecta con el artículo 5.2 de la Ley, que prevé que las instituciones de mediación puedan implantar sistemas de mediación por medios electrónicos, en especial para aquellas

controversias que consistan en reclamaciones dinerarias. En relación con ello, la Disposición Final Séptima de la Ley prevé que *“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”*.

Para llevar a cabo este tipo de mediación, se están desarrollando plataformas de negociación asistida o informatizada, que permiten efectuar la mediación sin necesidad de un mediador físico, conocidas como “resolución de conflictos on line” (ODR). Este tipo de plataformas se utilizan en Estados Unidos, en materia de seguros derivados de accidentes de circulación, y en Australia, en relación especialmente con la propiedad en conflictos familiares.

Por su parte, el Pleno del Parlamento Europeo celebrado el 12 de marzo de 2013 aprobó una proposición de Reglamento del Parlamento y el Consejo, para el desarrollo de una plataforma “on line” para la resolución de conflictos de consumo que surjan en las transacciones en línea; se prevé que la plataforma vincule a todas las entidades de resolución alternativa de conflictos nacionales y opere en todos los informes oficiales de la Unión. Se concede a los estados miembros dos años para implementar las reglas ADR/ODR, y se prevé que la plataforma esté operativa a finales de 2015.

En cuanto a España, aquí les dejo un enlace en el que se explica el funcionamiento de SEMADISC, desarrollado por un equipo de la Universidad Carlos III de Madrid, en la que se contempla el proceso de mediación desde su inicio hasta su fin.

[http://www.uc3m.es/portal/page/portal/actualidad\\_cientifica/noticias/semadisc](http://www.uc3m.es/portal/page/portal/actualidad_cientifica/noticias/semadisc)

### **VIII. ANÁLISIS CONCRETO DE LA AFECTACIÓN DE LA LEY 5/ 2.012 EN EL PROCEDIMIENTO CIVIL.**

La Ley 5/ 2.012 articula la mediación como un proceso autónomo y extrajudicial, destinado a obtener un acuerdo que ponga fin al conflicto con la asistencia del mediador.

Sin embargo, la realidad es que es habitual que la mediación tenga lugar cuando el proceso judicial ya se ha iniciado, lo que ha puesto de manifiesto la necesidad de regular la conexión entre la mediación y el tribunal, con los siguientes propósitos:

- .- incentivar el recurso a la mediación y la desjudicialización de determinados asuntos;
- .- garantizar la efectividad de la mediación;
- .- introducir seguridad jurídica, evitando determinadas disfunciones.

De esta manera, la Ley de Mediación modifica veinticuatro artículos de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que afectan a los siguientes aspectos:

#### **A) Plazos de prescripción y caducidad.**

De acuerdo con el artículo 4 de la Ley, la solicitud de inicio de la mediación *suspende la prescripción o caducidad de las acciones desde la fecha en que conste la recepción de la solicitud por el mediador, o el depósito ante la institución de mediación*; si bien si en el plazo de quince días no se firma el acta de inicio de la sesión constitutiva se reanuda el cómputo de los plazos. La suspensión se extiende hasta que se produzca la terminación de la mediación por acuerdo o por alguna otra de las causas que prevé la Ley.

Dado que la Ley habla de suspensión y no de interrupción,

debe quedar claro que el tiempo de la prescripción o de la caducidad simplemente se detiene, volviendo a computarse una vez que desaparece la causa de suspensión. Es decir, el tiempo transcurrido hasta que se produce la suspensión no se borra (lo que por otra parte no cabe para la caducidad).

La opción del legislador por la suspensión y no por la interrupción está dirigida a evitar que el planteamiento de la mediación se utilice con finalidades dilatorias, y se produzcan efectos jurídicos no deseados que, en definitiva, acabarían desincentivando el recurso a la mediación.

### **B) Efectos del acuerdo o pacto de sometimiento a mediación sobre un eventual proceso civil: la declinatoria.**

De acuerdo con el artículo 6 de la Ley, en su apartado 2º, *“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”*.

En relación con ello, el artículo 16. 1, al regular la solicitud de inicio, prevé que la mediación pueda iniciarse por una sola de las partes, en cumplimiento de un pacto preexistente de sometimiento a mediación. Y el artículo 10.2 de la Ley determina que durante el tiempo en que dure la mediación, ninguna de las partes podrá ejercitar acciones judiciales (o extrajudiciales), salvo medidas cautelares u otras urgentes imprescindibles para evitar la pérdida irreversible de bienes y derechos.

Con la finalidad de que estos acuerdos sean realmente efectivos, la Disposición Final 3ª de la Ley 5/ 2.012 modifica los artículos 63, 65 y 66 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, estableciéndose en el párrafo 1º del apartado 1º del artículo 66 que *“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”.*

Los efectos de esta regulación son:

.- se podrá oponer mediante la declinatoria la existencia de un pacto de mediación o el sometimiento de la cuestión litigiosa a mediación.

.- la concurrencia de una de estas circunstancias sólo puede ser apreciado por el Juez en caso de que sea opuesta declinatoria, pero no de oficio, ya que no lo prevé así el artículo 36 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

.- la declinatoria, en principio, sólo deberá afectar a aquellas cuestiones que están incluidas en el acuerdo de mediación o sobre las que se vea la mediación que se está desarrollando (en este sentido, el artículo 19 de la Ley 5/ 2.012, al regular el acta de la sesión constitutiva de la mediación indica que deberá recogerse “*el objeto del conflicto que se somete al procedimiento de mediación*”). No cabe, en principio, hacer una interpretación extensiva del pacto, ni incluir controversias no contempladas en el acuerdo inicial.

De acuerdo con el artículo 65 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, si el tribunal entiende que carece de jurisdicción por estar sometido el asunto a mediación, dictará auto absteniéndose de conocer y sobreseyendo el proceso. Contra este auto cabe recurso de apelación. Cuando el auto rechace la declinatoria, sólo cabrá recurso de reposición, sin perjuicio de alegar la falta de los presupuestos procesales al apelar, en su caso, la resolución definitiva (artículo 66).

No parece lo más adecuado tratar el pacto o sometimiento a mediación como un caso de declinatoria por falta de jurisdicción, puesto que el mediador no tiene ningún tipo de jurisdicción. No se tiene en cuenta que cuando hay falta de jurisdicción o sometimiento a arbitraje, las partes van a obtener un pronunciamiento de otro tribunal o de un árbitro que pondrá fin al litigio. Sin embargo, esto no ocurre con la mediación, ya que no hay obligación de que se adopte

ningún acuerdo. En este caso, las partes podrán volver a plantear la acción judicial una vez fracasada la mediación, ya que lo contrario determinaría que se vulnerase el derecho a la tutela judicial efectiva.

Ello deberá tenerse en cuenta por la parte que, frente a la demanda, pueda formular la declinatoria; deberá analizar la conveniencia de ello cuando existe una voluntad contraria de la otra parte de someterse a la mediación, voluntad contraria que sin duda se manifiesta por el hecho de interponer la demanda.

### **C) Mediación y medidas cautelares.**

Como antes se ha indicado, el artículo 10 de la Ley 5/ 2.012 prevé que, iniciado el procedimiento de mediación, las partes no puedan ejercitar entre sí acciones judiciales o extrajudiciales, si bien se establece la excepción de las medidas cautelares o aquéllas otras que sean urgentes para evitar la pérdida irreversible de bienes o derechos. Se trata de una medida adecuada para impedir que quien acude de buena fe a un procedimiento de mediación pueda verse de alguna manera perjudicado por el mero transcurso del tiempo, o por la actuación desleal de la otra parte.

Sin embargo, no se ha introducido ninguna modificación en la regulación de las medidas cautelares en la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Ello supone un problema en caso de que se soliciten medidas cautelares previas a la demanda, puesto que el artículo 730.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil prevé que queden sin efecto si no se interpone demanda en los veinte días siguientes a su adopción. El apartado 3º del mismo artículo prevé que este requisito temporal no rija en los casos de formalización judicial del arbitraje o de arbitraje institucional; pero no se ha incluido el supuesto de la mediación. La cuestión que me planteo es si sería posible aplicar analógicamente este mismo criterio. Si se diese el supuesto, yo creo que sí que lo aplicaría. En otro caso, quedaría perjudicado el acceso de las

partes a la mediación, puesto que en caso de que exista el riesgo de un perjuicio por el transcurso del tiempo, las partes acudirán directamente a la vía judicial, para solicitar la adopción de medidas cautelares.

En cuanto a las medidas solicitadas en el momento de interposición de la demanda, si se adoptan y después se suspende el procedimiento por iniciarse el procedimiento de mediación, nada impide que se mantengan las medidas durante un máximo de seis meses, como permite el artículo 731.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

#### **D) Suspensión del procedimiento judicial por sometimiento de las partes a mediación.**

De acuerdo con el artículo 16.3 de la Ley 5/ 2.012, “*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*”. Conectado este precepto con el artículo 19.4 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, la suspensión se acordará por decreto del Secretario y no podrá ser superior a 60 días.

He leído autores que plantean la problemática que podría derivarse del hecho de que el sometimiento a mediación no suspenda al procedimiento civil si no es a petición de las partes de común acuerdo; se hace referencia, por ejemplo, a la posibilidad de que llegue a celebrarse vista por no existir causa legal de suspensión si el tribunal no conoce la existencia de la mediación, o en todo caso, si las partes no lo solicitan. Lo cierto es que, en un supuesto de tal naturaleza, debería celebrarse el juicio, puesto que ni cabe la suspensión por iniciativa del juzgado, ni tampoco puede apreciarse la declinatoria si no la formula la parte demandada. Y sería clara, en este caso, la voluntad de las partes de desistir de la mediación.

En cualquier caso, en la práctica se presenta como una

ventaja de la mediación es el que no suspenda automáticamente el procedimiento. En efecto, dada la carga de trabajo que soportan los Juzgados de Primera Instancia, y el retraso en la tramitación y señalamiento que ello conlleva, el hecho de que la mediación no suspenda el trámite favorece que las partes acudan a ella, puesto que pueden intentar la solución por esta vía, y su fracaso no implicará que se dilate todavía más la resolución judicial.

### **E) Información facilitada por el Juez.**

Como antes se ha indicado, la Ley 5/ 2011 modifica los artículos 414, 415 y 440 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que regulan la convocatoria a audiencia previa y la posibilidad de llegar a un acuerdo en ella, y la convocatoria a vista de juicio verbal; aspectos que serán objeto de desarrollo más amplio en otro punto.

### **F) Efectos sobre la prueba.**

El deber de confidencialidad al que hemos hecho referencia supone la prohibición de utilizar como fuentes de prueba conocimientos o informaciones adquiridas en el procedimiento de mediación; impide también que quienes han actuado como mediadores sean designados como peritos en un pleito relacionado con su objeto.

Obviamente, el sentido de esta prohibición es impedir que lo que se ha utilizado en un procedimiento de mediación con una finalidad concreta, para la cual se garantiza la reserva de lo que pertenece al ámbito privado de cada una de las partes, pueda ser utilizado por una de ellas para sostener su posición en un litigio posterior sobre lo mismo e incluso en un proceso posterior o coetáneo sobre distinto objeto, pero en el cual sea aprovechable la información conseguida con ocasión del desarrollo del procedimiento de mediación. La finalidad de la prohibición es impedir que los hechos, actitudes, concesiones, fortalezas o

debilidades de las partes, que pueden ponerse en evidencia durante la mediación, en la que no puede olvidarse que asumen una posición distinta de la que ocupan en el proceso, pueda ser luego aprovechada durante éste.

La prueba obtenida con vulneración de la regulación de la LMACM, y que pretenda acreditar los hechos partiendo de los conocimientos obtenidos en el seno de la mediación, deberá ser considerada como prueba ilegal, lo que determinaría, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 283.3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, su inadmisión.

Voy a realizar un análisis de la influencia de la obligación de confidencialidad en relación con los distintos medios de prueba:

*f.1) Prueba documental.*

La Ley de Mediación dispone en el artículo 9 que la documentación utilizada es confidencial, lo que impide que los mediadores y las personas que participen en el procedimiento de mediación puedan ser obligadas a aportar en un procedimiento judicial la información y documentación derivada del procedimiento de mediación, o relacionada con el mismo.

Esta prohibición alcanza tanto a los documentos que las partes hayan aportado al procedimiento de mediación como a la que pueda elaborarse durante éste, por ejemplo los borradores de los acuerdos o exposiciones de las pretensiones de las partes, pudiendo decirse que dentro del ámbito objetivo de la prohibición se incluye la documentación utilizada en el procedimiento de mediación, la derivada de él y la relacionada con el procedimiento. Y no sólo la documentación, ya que lo que debe evitarse es que trascienda su contenido, la información obtenida durante la mediación.

Puede llegar a resultar problemático determinar si una documentación se encuentra en alguno de estos tres supuestos. Así, si la mediación fracasa y se desarrolla un litigio posterior,

entiendo que no podrá quedar afectada por la prohibición la documentación que las partes precisen para fundamentar sus pretensiones, aunque ésta haya podido ser utilizada también en mediación, puesto que en este caso el intento de mediar acabaría perjudicando el derecho de defensa. Ahora bien, si en base a los datos obtenidos durante la mediación, una de las partes quiere obtener de la otra la aportación de determinados documentos, solicitando su exhibición en base al artículo 328 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por ejemplo, la parte requerida podrá oponerse alegando la conexión de dicha documentación con el procedimiento de mediación, y si ésta se justifica, sí que debería inadmitirse la prueba. Si la documentación estuviese en poder de un tercero, como el mediador o la institución de mediación, y se solicitase su exhibición al amparo del artículo 330 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, la relación con el procedimiento de mediación deberá ponerse en conocimiento del órgano judicial. Finalmente, si se da el caso del artículo 332 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, esto es, se dirigiese el requerimiento de exhibición a una entidad pública que haya participado en la mediación, también estará afectada por la obligación de confidencialidad.

#### f.2) Interrogatorio de las partes.

De acuerdo con el artículo 9 de la LMACM, las personas que participen en el procedimiento de mediación no pueden ser obligadas a declarar. Poniendo este precepto en relación con el artículo 302 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, conforme al cual el tribunal comprobará que las preguntas corresponden a los hechos sobre los que el interrogatorio se hubiera admitido, si al proponer la prueba o durante el interrogatorio se advierte que la declaración supondría dar información sobre lo ocurrido o manifestado durante el procedimiento de mediación, deberá rechazarse la declaración sobre tales extremos; pudiendo esta circunstancia ponerse de manifiesto por el interrogado.

#### f.3) Prueba testifical.

Pese a que la LMACM no hace referencia a los testigos, a

diferencia de lo que ocurre con los peritos, debe entenderse que no puede ser citado el mediador como testigo para declarar sobre los hechos de la mediación. Esta misma prohibición será aplicable a las instituciones de mediación, a las que no podrá solicitarse información escrita al amparo del artículo 381 de la Ley de Enjuiciamiento Civil a las personas jurídicas o instituciones públicas.

Si por no tener conocimiento el tribunal de la intervención como mediador del llamado como testigo, éste declara, pero alguna de las preguntas afecta al conocimiento de hechos en los términos del artículo 9 de la LMACM, el testigo podrá negarse a contestar, alegando esta circunstancia. La misma alegación podrá realizar, en su caso, una persona jurídica o entidad pública a la que se haya solicitado la información por la vía del mencionado artículo 381.

#### f.4) Prueba pericial.

La LMACM ha modificado la Ley de Enjuiciamiento Civil en sus artículos 335 y 347, en relación con la designación e intervención como perito en el procedimiento de quien ha actuado como mediador entre las partes. El artículo 335 dispone que no se podrá pedir dictamen a un perito que hubiera intervenido en la mediación o arbitraje relacionados con el asunto, salvo acuerdo en contrario de las partes. El artículo 347, al regular los supuestos de denegación de intervención de peritos, incluye el supuesto en que existiera un deber de confidencialidad derivado de la intervención del perito en el procedimiento de mediación anterior entre las partes.

La finalidad de estas normas supera el ámbito de las que determinan la actuación del perito condicionándola a las causas de recusación y las tachas, cuya finalidad es poner de manifiesto las circunstancias que pueden afectar a la imparcialidad del perito, pero las normas que la LMACM ha modificado lo que hacen es impedir la participación en el procedimiento del perito que ha intervenido en la mediación.

### **G) Acuerdo de mediación.**

El acuerdo de mediación y su ejecución son materias tratadas en otra ponencia de este curso de especialización. Sin embargo, dado que el acuerdo de mediación adquiere fuerza ejecutiva, pudiendo solicitarse su ejecución judicial, no puedo dejar de hacer mención a ello.

Aunque se suele decir que los acuerdos adoptados en mediación son cumplidos voluntariamente, no cabe duda de que puede no ser así. Por ello, y para garantizar la eficacia de esta figura, es preciso arbitrar un sistema que permita a las partes reclamar el cumplimiento de lo estipulado. Y, a fin de evitar que para ello deba iniciarse un procedimiento declarativo, la Ley, de conformidad con lo previsto en el artículo 6 de la Directiva 2008/52/CE, regula la forma en que dicho acuerdo alcance eficacia ejecutiva.

Conforme al artículo 25 de la Ley 5/ 2.012, se pueden distinguir dos posibilidades:

.- que el acuerdo se haya adoptado en el seno de una mediación desarrollada después de iniciar un proceso judicial, en cuyo caso se podrá solicitar su homologación. En todo caso, el acuerdo deberá limitarse a la materia objeto del litigio, si bien conforme al artículo 23 de la Ley, el acuerdo puede ser total o parcial. En caso de que sea total, la única limitación será la contenida en el artículo 19.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en relación con el artículo 1.255 del Código Civil, esto es, no podrá adoptarse si la ley lo prohíbe o establece limitaciones por razón de interés general o en beneficio de tercero. Homologado el acuerdo mediante auto (artículo 206.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, también modificado por la Ley 5/ 2.012) se pondrá fin al procedimiento. Si el acuerdo es parcial, podrá solicitarse la homologación respecto a la materia concreta a la que afecte, continuándose el procedimiento en lo demás. El auto tendrá eficacia

ejecutiva, conforme a lo previsto en el artículo 517.1.3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. No puede desconocerse, sin embargo, que adoptado un acuerdo en el procedimiento de mediación, las partes pueden optar por no solicitar su homologación judicial, sino por poner fin al procedimiento por desistimiento o por satisfacción extrajudicial; en estos casos, sólo podrá solicitarse la ejecución del acuerdo de mediación como título no judicial. Por último, en el caso de que el acuerdo abarque cuestiones que no hayan sido objeto del litigio, y respecto de las que no cabe, conforme a lo expuesto, pedir homologación, la solución también será la terminación del procedimiento por desistimiento o satisfacción extraprocésal, continuando, en su caso, el procedimiento de mediación con el objeto que conformen las partes.

.- en el caso de que el acuerdo se haya adoptado en un procedimiento en el que no se haya iniciado procedimiento judicial, las partes podrán elevarlo a escritura pública (artículo 25.1 de la Ley 5/ 2.012). Es decir, la elevación a pública es potestativa; y en todo caso, el acuerdo será vinculante para las partes conforme al artículo 1.091 del Código Civil, de manera que podría solicitarse su cumplimiento a través del correspondiente procedimiento declarativo. Ahora bien, si el acuerdo se eleva a escritura pública, tendrá la consideración de título ejecutivo, habiéndose modificado para recogerlo el artículo 517.1.2º de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Sobre los requisitos para esta elevación a escritura pública, recogidos en el artículo 25 de la Ley, no me voy a extender.

Lo que sí es oportuno indicar es que el legislador ha optado por equiparar los diferentes acuerdos de mediación, esto es, tanto los homologados judicialmente como los elevados a escritura pública, a los títulos ejecutivos judiciales o arbitrales, con el fin de potenciar esta forma extrajudicial de resolución de controversias.

#### **H) Ejecución forzosa del acuerdo de mediación.**

Como se ha indicado, el artículo 517.1.2º de la Ley de Enjuiciamiento Civil considera como título ejecutivo “*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”.*

La competencia para conocer de la ejecución corresponderá, conforme al artículo 26 de la Ley 5/ 2.012 y al artículo 546 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, al juez que homologó el acuerdo o el del lugar donde se hubiese firmado el acuerdo de mediación.

Al procedimiento le son de aplicación las normas generales de ejecución de sentencias y laudos: así, conforme al artículo 518, la acción ejecutiva caducará si no se solicita la ejecución en los cinco años siguientes a la firmeza de la resolución (con el problema de determinar si se considera como tal la fecha del acuerdo o el de la elevación del mismo a escritura pública); le resulta de aplicación el plazo de espera de veinte días desde que la firma del acuerdo haya sido notificada al ejecutado (artículo 548, y también en este caso se plantea el problema de si se hace referencia al acuerdo o a su elevación); y es precisa la intervención de abogado y procurador cuando la cuantía supere los 2.000 euros (artículo 539.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil). A la demanda ejecutiva deberá acompañarse, además del acuerdo de mediación elevado a escritura pública, copias de las actas de la sesión constitutiva y final del procedimiento. Cuando el acuerdo de mediación obligue a la entrega de una determinada cantidad de dinero, no será necesario requerir al ejecutado para proceder al embargo de bienes (artículo 580 de la Ley de Enjuiciamiento Civil).

En cuanto a la oposición a la ejecución, la equiparación de los acuerdos de mediación a los títulos ejecutivos fundados en resoluciones procesales o arbitrales de condena ha dado lugar a la modificación del artículo 556 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, para hacer referencia a los acuerdos de mediación, (*“si el título ejecutivo fuera una resolución procesal o arbitral de condena o un acuerdo de mediación, el ejecutado, en los diez días siguientes a la notificación del auto en que se despache la ejecución, podrá oponerse a ella alegando el pago o cumplimiento de lo ordenado en la sentencia, laudo o acuerdo, que habrá de justificar documentalmente”*).

También se ha modificado el artículo 559, que regula las causas de oposición por motivos procesales, considerando como tal la nulidad del despacho de ejecución por no cumplir el acuerdo de mediación los requisitos legales exigidos para llevar aparejada ejecución.

Por último, se ha modificado el artículo 576 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que regula los intereses por mora procesal, que serán aplicables a los supuestos de acuerdos de mediación que impongan el pago de una cantidad líquida. No se establece el momento desde el que se devengan estos intereses, pudiendo plantearse si será desde la fecha de vencimiento del plazo establecido en el acuerdo para el pago, desde la fecha del acuerdo o desde la de elevación a escritura pública u homologación.

### **l) Las costas y el procedimiento de mediación. El coste de la mediación. Mediación y justicia gratuita. Tarifas.**

El artículo 15.1 de la Ley 5/ 2.012 establece que *“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”*.

Como antes he señalado, la Ley 5/ 2.012 no ha modificado el artículo 394 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que regula con carácter general la condena en costas, aunque sí el 395, en cuanto a las **costas del allanamiento** (*“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”*).

Este “castigo”, consistente en la imposición de costas a la parte que, tras someterse a un procedimiento de mediación que acaba sin acuerdo, se allana antes de contestar la demanda, encaja en la posibilidad que contempla el artículo 5 de la Directiva de que los Estados puedan establecer incentivos o sanciones a las partes en relación con la posibilidad de acudir a la mediación, e

incluso establecer su obligatoriedad siempre que ello no afecte al derecho de acceso a los Tribunales.

Entiendo que, pese a la dicción legal, no puede caerse en el automatismo de condenar en costas al demandado que se allana a la demanda tras el procedimiento de mediación, ya que ésta puede acabar por varios motivos. Para que proceda la condena en costas deberá apreciar el tribunal la existencia de mala fe, que en su caso deberá acreditarse por el actor, justificando que existía tal procedimiento de mediación y que se intentó al menos por el actor, también que existía identidad plena entre el objeto del previo procedimiento de mediación y el actual proceso judicial. A diferencia de lo que ocurre en el caso del previo requerimiento de pago y de la demanda de conciliación, que van dirigidos directamente a determinar la postura del obligado ante la reclamación, de manera que el requerido que se opone a ellas para después allanarse ha obligado al demandante a interponer la demanda, en el caso de la mediación la finalidad es diferente, pues va dirigida a la obtención de un acuerdo que no tiene por qué coincidir con la reclamación. Si la mediación fracasa, habrá de determinarse, a los efectos de la imposición de costas en un allanamiento posterior, si el demandado realmente ha incumplido alguna de sus obligaciones, si ha sido su postura la que ha obligado al actor a interponer la demanda, y si, en definitiva, el acuerdo de mediación hubiera conseguido la realización del derecho del actor sin necesidad de acudir al procedimiento judicial.

Otra cuestión que puede tener incidencia en materia de costas es la de determinar si ***el coste de la mediación*** puede ser de algún modo objeto de reclamación mediante su inclusión en la tasación de costas del eventual posterior proceso judicial. La respuesta ha de ser negativa, conforme al artículo 241 de la Ley de Enjuiciamiento Civil que, en relación con las partidas incluibles en la tasación de costas, considera gastos a aquellos desembolsos que tienen su origen directo e inmediato en la existencia del proceso, y costas, algunos de esos gastos expresamente determinados en la Ley.

En consecuencia, el coste de la mediación, en la medida en

que no es un desembolso directo ni inmediato ocasionado por el pleito, aunque tienda a evitarlo, no puede incluirse en las costas y gastos del proceso. Las partes deberán satisfacer este gasto al margen del proceso y en la forma que hayan pactado, conforme al artículo 15 de la Ley.

Cosa distinta es la posibilidad de incluir en el acuerdo de mediación que se alcance un pronunciamiento sobre el pago del “coste de la mediación” a cargo de una de las partes, junto a la prestación principal resultante de la controversia, y que tal pronunciamiento, cumplidos los requisitos legales, se integre en el título cuya ejecución se pretenda después ante el incumplimiento voluntario.

Nada impide que el mediador o las instituciones de mediación correspondientes puedan reclamar judicialmente sus honorarios a las partes, pero fuera del proceso en que hubiese desembocado la mediación, a través del proceso declarativo que corresponda o del proceso monitorio. Tampoco cabría acudir a ninguna de las vías privilegiadas que la Ley reconoce a los procuradores y a los abogados para reclamar de sus clientes las cantidades que le sean debidas (arts. 34 y 35 de la Ley de Enjuiciamiento Civil), aun cuando el mediador tenga tal condición, pues tales procedimientos únicamente caben para reclamar sus derechos y honorarios por la labor desempeñada en el concreto proceso en que hayan intervenido, y no por otras actuaciones al margen o previas al mismo como serían el previo asesoramiento o la actuación como mediador.

Destaca también que la Disposición Adicional 2ª de la Ley prevé que *“Las Administraciones públicas competentes procurarán **incluir la mediación dentro del asesoramiento y orientación gratuitos previos al proceso**, previstos 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”*. Evidentemente, deberá valorarse la conveniencia de incluir la mediación dentro del derecho a la asistencia jurídica gratuita; si bien

creo que es bastante obvio que en la situación económica actual es complicado que las administraciones lleven a cabo esta recomendación.

Probablemente, lo más adecuado sería establecer un sistema en que el coste de la mediación derivada desde los tribunales fuese gratuito para las personas sin recursos económicos, estableciendo tarifas para los demás usuarios en función de su nivel de ingresos, que es lo que se aplica, por ejemplo en Estados Unidos.

Debe tenerse en cuenta por último que el artículo 8.5 Ley 10/2012, de 20 de noviembre, por la que se regulan determinadas **tasas** en el ámbito de la Administración de Justicia y del Instituto Nacional de Toxicología y Ciencias Forenses, en la redacción dada por el art 9.1 del R.D.-ley 3/2013, de 22 de febrero, por el que se modifica el régimen de las tasas en el ámbito de la Administración de Justicia y el sistema de asistencia jurídica gratuita, prevé que “*Se efectuará una devolución del 60 por ciento del importe de la cuota de la tasa, que en ningún caso dará lugar al devengo de intereses de demora, cuando, en cualquiera de los procesos cuya iniciación dé lugar al devengo de este tributo, tenga lugar el allanamiento total o se alcance un acuerdo que ponga fin al litigio*”. Ello supone, por tanto, un incentivo para el acuerdo, si bien para que afecte a los adoptados tras un procedimiento de mediación, será necesario que el acuerdo se someta a homologación judicial o se traduzca en allanamiento.

El Centre de Mediació de la Generalitat tiene en la actualidad las siguientes **tarifas**, establecidas por una Resolución del Departamento de Justicia de 17 de diciembre de 2.012:

.- mediación con dos partes intervinientes: una tarifa de 40 euros por parte y sesión.

.- mediación de tres a cinco partes intervinientes: 30 euros por parte y sesión.

.- mediación con más de seis intervinientes: 120 euros por sesión conjunta.

.- sesiones individuales con alguna de las personas

intervinientes en la mediación: 40 euros por sesión.

Si bien tienen derecho a la mediación gratuita quienes tienen reconocido el derecho de justicia gratuita o reúnen los requisitos para su concesión.

El CEMICAB, Centro de Mediación creado por el Ilustre Colegio de Abogados de Barcelona al que después haré también referencia, tiene establecidas las siguientes tarifas:

.- tramitación de la solicitud y nombramiento de mediador: 20 euros.

.- sesiones de mediación: 60 euros por sesión y parte.

.- expedición del certificado de acuerdo de mediación: 20 euros.

En principio, la mediación aparece como un método de resolución de conflictos más económico que el proceso judicial, pues no requiere de postulación alguna, y aunque posteriormente los abogados de las partes puedan intervenir en la redacción del acuerdo, no se precisa de la misma ni de la representación por procurador. Es cierto que la postulación procesal será pertinente para la homologación judicial del acuerdo, pero no habrá condena en costas al no existir “vencedores” ni “vencidos”, salvo la apreciación de temeridad o mala fe en la actuación procesal, por lo que las partes sólo deberán hacer frente a las costas generadas por su representación procesal y letrado, y además, no habrá una ulterior instancia al no existir perjuicio o gravamen que recurrir, ni (en principio) será necesario acudir a la fase de ejecución forzosa de lo homologado judicialmente.

### **IX.- MEDIACIÓN CONECTADA CON EL TRIBUNAL**

Se define la mediación intrajudicial como aquélla que se lleva a cabo una vez que se ha iniciado el proceso a través de demanda, denominada también “mediación conectada con el tribunal”, a en Estados Unidos, o simplemente “mediación judicial” en países como

Bélgica o Francia.

Con anterioridad a la aprobación del Real Decreto-Ley 6/ 2.012 y de la Ley 5/ 2.012, ha sido muy importante la promoción de la mediación en España desde diferentes ámbitos judiciales. Así, el Consejo General del Poder Judicial aprobó el 12 de noviembre de 2.008 el *Plan General de Modernización de la Justicia*, uno de cuyos ejes era el impulso de reformas orgánicas o procesales para dar mayor agilidad a la justicia. Dentro de la Hoja de Ruta del Plan de Modernización, se hacía referencia específicamente a la mediación, como una solución positiva para las partes y para el funcionamiento del sistema judicial.

El CGPJ creó una Vocalía delegada para el impulso y coordinación de la mediación, con los compromisos de estimular el impulso de la mediación *“contribuyendo a crear una “cultura de la mediación” que proporcione a nuestros profesionales, los Jueces, herramientas para la resolución de conflictos en el ejercicio de la labor jurisdiccional en un mundo cada vez más complejo y que se manejen y desenvuelvan en situaciones más amplias que la estricta aplicación de la ley”*; analizar de forma periódica la actividad que hace cada órgano judicial, estudiando los casos derivados a mediación, asuntos concluidos con acuerdo, etc., tratando estadísticamente la información para centralizar la coordinación de la actividad e intentar su optimización futura.

En la página web del CGPJ se ofrece información sobre la mediación, los juzgados que la ofrecen (en Galicia no aparece ninguno), los servicios de mediación (en Galicia únicamente aparece el Equipo de Mediación Intraxudicial de Santiago de Compostela y el Equipo de Mediación Familiar de Orense), los protocolos aprobados por el Consejo (todavía no lo hay en civil, aunque se está elaborando).

A nivel europeo, funciona el Grupo Europeo de Magistrados para la Mediación (GEMME), que se creó en Francia en el año 2.004. Hoy está presente en 18 países, existen secciones en Alemania, Bélgica, Holanda, Italia, Noruega, Portugal, Eslovenia y Suiza y existen miembros asociados en Gran Bretaña, Grecia,

Hungría, Polonia y Lituania. La sección española se constituyó en el año 2.007 y en la actualidad tiene más de 100 miembros, jueces, magistrados, fiscales, secretarios y mediadores siendo la sección más importante por número de afiliados. Sus principales actividades se centran en la formación, la difusión y la aportación de su capital humano en la elaboración de estudios y proyectos legislativos. Sus fines y objetivos son, según sus Estatutos,

*“1) Agrupar a jueces, magistrados, fiscales, secretarios judiciales, abogados mediadores, jueces de paz y profesionales vinculados al entorno de los tribunales de España, así como eventualmente, de los países latinoamericanos, de los Estados miembros del Consejo de Europa que, promueven, practican o desean practicar el recurso a los métodos alternativos de solución de conflictos, y consideran que una justicia efectiva y pacificadora implica, entre otras exigencias, la promoción y desarrollo de estos métodos alternativos y, más concretamente, de la mediación.*

*(2) Fomentar la cultura del diálogo y los mecanismos de autocomposición desde la administración de justicia, al objeto de preservar al proceso contencioso aquellos litigios en los que resulte necesaria una decisión de autoridad.*

*(3) Promover actividades de formación a nivel nacional e internacional, y construir una red europea”.*

Recientemente se ha constituido un grupo de trabajo de la Gemme en Galicia (Faro de Vigo, 5 de marzo de 2.013).

Incluso el Tribunal Supremo se ha pronunciado sobre la mediación, destacando sus bondades a la hora de resolver determinados conflictos. Así, en su sentencia de 19 de enero de 2.012, ponente Xavier O' Callaghan, expresa que *“La mediación, como modalidad alternativa de solución de conflictos, llega a soluciones menos traumáticas que la judicial que dicta sentencia interpretando y aplicando correctamente la norma jurídica, resultando un vencedor y un vencido, cuando los temas jurídicos, tanto más si son familiares, tienen o pueden tener un trasfondo humano, al que sí llega el instituto de la mediación”.*

También en la sentencia del Tribunal Supremo de 5 de marzo de 2.010, del mismo ponente, se señala que *“En todo este conflicto se plantea una solución que difícilmente podrá contentar a ambas partes. En el proceso judicial, se estimará o no la demanda y se ejecutará lo resuelto. Otra cosa sería si hubiera habido acuerdo o se hubiera llegado a una mediación, como procedimiento alternativo de carácter extrajudicial como propone la Directiva 2008/52 / CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 21 de mayo de 2008 que, aunque se aplica a la mediación en litigios transfronterizos, nada impide - como dice en su considerando (8)- que los Estados miembros lo apliquen a la mediación de carácter nacional. Ya las sentencias de esta Sala 2 de julio en 2009 y 3 de julio de 2009 dijeron que podría una mediación llegar a soluciones menos traumáticas que el proceso y el acuerdo a que se podría llegar siempre sería menos duro que la resolución judicial que se apoya exclusivamente en la aplicación de la norma jurídica, basada en los hechos que se han declarado probados.”*

El Juzgado de Primera Instancia nº 73 de Madrid, con el magistrado Luis Aurelio González Marín a la cabeza fue pionero, adoptando el “Proyecto Piloto de Mediación Civil Intrajudicial”; en otros Juzgados también se llegó a acuerdos con Colegios de Abogados, en algunos casos con intervención del CGPJ.

Por último, no puedo dejar de mencionar a mi compañera en los Juzgados de Primera Instancia de Barcelona, Raquel Alastruey Gracia, titular del Juzgado nº 52, quien ha sido pionera también en la derivación a la mediación, e interviene activamente en la elaboración del protocolo de derivación a nivel estatal que se está preparando.

### **A) Asuntos derivables a mediación.**

La mediación no sirve para todos los conflictos, ni en cualquier momento. La controversia entre las partes debe haber llegado a

cierto grado de madurez para poderse abordar desde una metodología basada en el diálogo dirigido. Para que la mediación se perciba como útil, el conflicto debe haber llegado al clímax o estancamiento, momento en que las partes deben decidir si derrotan al otro o intentan colaborar con él para superar la situación. Cuando las partes acuden al abogado y éste efectúa una evaluación legal del caso lleva a su cliente a un planteamiento adversarial de ganar-perder, en esta situación que se les haga ver a los interesados que su concreto conflicto puede reconducirse a un planteamiento colaborativo (ganar-ganar) es sumamente útil y eficaz.

La mediación está especialmente indicada en todos aquellos casos en que existe una vinculación pasada, presente o presumiblemente de futuro entre las personas o empresas que sufren el conflicto.

Hago mío el siguiente cuadro, que he encontrado en un artículo de la Magistrada de la Sala de lo Social del TSJ de Madrid Rosario García Álvarez, publicado por la revista La Ley, en su número del 29 de marzo de 2.012, con el título "*Guía de mediación para abogados*" y que les recomiendo (pueden acceder por internet a través de la web [www.diariolaley.laley.es](http://www.diariolaley.laley.es)), que resume muy bien las variables que se pueden tener en cuenta para acudir a la mediación:

#### *¿CUÁNDO SE DEBE O PUEDE MEDIAR?*

- *Cuando lo dispone un contrato, norma o decisión judicial.*
- *Cuando sea favorable a los personales objetivos e intereses porque se quiere:*
  - *Resolver el problema, lo antes posible.*
  - *Obtener el mejor resultado monetario: decidir según las circunstancias valorando entre ellas la interposición de la demanda (riesgos de pérdida y estrategias competitivas).*
  - *Obtener una solución que no es posible con una sentencia.*
- *Antes de la presentación de la demanda para evitar la disrupción del juicio y su coste.*

— Después de presentada la demanda: se protege la posición jurídica y se determinan las pretensiones.

— A la puerta del juicio, por ser el momento cumbre donde se decide quién gana o pierde y permite «salvar la cara» (no mostrar debilidad).

— Después de la sentencia, para evitar recursos, la incertidumbre de la ejecución y tratar de preservar la relación.

Así, son materias en las que el recurso a la mediación puede resultar exitoso las siguientes:

.- Procedimientos de familia: separación y divorcio, custodia de hijos, alimentos y pensiones, régimen de visitas, cuidado de ancianos o personas dependientes, problemas surgidos en las relaciones convivenciales de ayuda mutua.

.- Procedimientos sucesorios.

.- Empresas familiares.

.- Conflictos entre vecinos (medianerías, acciones inmisorias y negatorias).

.- Propiedad horizontal.

.- Arrendamientos urbanos.

.- División de cosa común.

.- Asociaciones, fundaciones o cooperativas.

.- Conflictos entre empresas pertenecientes a un mismo sector de negocio.

La Ley catalana, a diferencia de la estatal, enumera en su artículo 2 las materias que comprende la mediación:

*“La mediación civil a la 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 estas deben mantener relaciones en el futuro y, particularmente, entre otros:*

a) *Los conflictos relacionales surgidos en el ámbito de las asociaciones y fundaciones.*

b) *Los conflictos relacionales en el ámbito de la propiedad horizontal y en la organización de la vida ordinaria de las urbanizaciones.*

*c) Las diferencias graves en el ámbito de la convivencia ciudadana o social, para evitar la iniciación de litigios ante los juzgados.*

*d) Los conflictos derivados de una diferente interpretación de la realidad debido a la coexistencia de las diversas culturas presentes en Cataluña.*

*e) Cualquier otro conflicto de carácter privado en que las partes deban mantener relaciones personales en el futuro, si, razonablemente, aún puede evitarse la iniciación de un litigio ante los juzgados o puede favorecerse la transacción”.*

También resultará adecuada la mediación cuando, desde una perspectiva de análisis económico del derecho, acudir a los Tribunales suponga un coste negativo, ya sea a nivel puramente económico, ya sea por pérdida de tiempo u oportunidades, porque el proceso suponga una escalada del conflicto, e incluso el coste emocional que supone estar inmerso en un proceso judicial y la incertidumbre que ello supone; si bien en este caso la oportunidad de acudir a mediación será más fácilmente valorable por las partes, y más aun por los letrados, que por el Juez.

Quiero dedicar una atención especial, en este punto, a la **mediación en el ámbito de la ejecución hipotecaria**. La bien conocida por todos situación de crisis económica ha llevado a que se intente trasladar el procedimiento de mediación al ámbito de los préstamos hipotecarios. Las medidas legislativas adoptadas para intentar aliviar la situación de deudores hipotecarios expuestos a la pérdida de sus viviendas tienen un ámbito muy limitado, dados los estrictos requisitos que se exigen para que puedan suspenderse los lanzamientos. Por otra parte, estas medidas no ofrecen sino una solución momentánea, al paralizar el lanzamiento de las viviendas, pero no constituyen una auténtica alternativa a la solución del problema. La interrupción durante dos años que estableció el Real Decreto 26/ 2.012 de 5 de noviembre, y que ahora recoge la Ley 1/ 2.013, de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social, no soluciona ni siquiera aquellos casos en los que es aplicable, ya que, en definitiva, la pérdida del bien ya se ha producido, la deuda

sigue acumulando intereses, y el acreedor tendrá el bien inmovilizado durante el tiempo de la suspensión.

Todo ello ha llevado a considerar que la mediación puede servir como mecanismo alternativo para que los particulares con dificultades para hacer frente al préstamo hipotecario puedan renegociar su deuda con las entidades acreedoras. Han aparecido programas públicos de mediación auspiciados por las Administraciones públicas: así, el Servicio de Ayuda al Sobreendeudamiento Familiar puesto en marcha por el Gobierno vasco, la Oficina de Mediación Hipotecaria del Gobierno de Navarra, la Oficina de Atención a Familias Sobreendeudadas de la Generalitat de Cataluña (Ofideute) o el Programa de Mediación en Deuda Hipotecaria fruto del convenio suscrito entre el Gobierno de Aragón y el Ayuntamiento de Zaragoza. Deben agregarse, asimismo, las iniciativas de algunas organizaciones sin ánimo de lucro, como es el caso del Servicio de Mediación en la Vivienda organizado por la Fundación Cáritas.

El proceso de ejecución hipotecaria sitúa a las partes en una situación de perder/ perder. La mediación hipotecaria será un mecanismo útil y eficaz en la medida que permita a la entidad y al deudor trabajar conjuntamente para buscar una solución, ya que la ejecución forzosa en realidad no conviene a nadie: ni al deudor, que se ve privado de su vivienda, ni tampoco a las entidades financieras, que se acaban adjudicando un bien intensamente depreciado, que en la situación económica actual difícilmente podrán colocar en el mercado, y que ha perdido cualquier atractivo como fuente de inversión, es decir, que no podrán convertirlo en dinero, que es lo que en definitiva les conviene. A ello hay que añadir las cuantiosas provisiones que la entidad debe efectuar por la adjudicación y tenencia de estos activos, detrayéndolas de sus beneficios, de acuerdo con las normas de disciplina bancaria. Todo ello constituye un poderoso estímulo para que el banco se avenga a renegociar la deuda antes que instar su reclamación en vía ejecutiva, evitando así un desenlace que no sería positivo para ninguna de las partes.

En estas circunstancias, la mediación permite llegar a soluciones adaptadas al caso concreto, y va dirigida a la suscripción de un acuerdo novatorio de reestructuración de la deuda, que proporcione al prestatario un margen para su recuperación económica y para generar nuevas rentas o ingresos con los que abonar las cuotas pendientes, en definitiva, encontrar la forma en que el deudor pueda conservar su vivienda habitual, ligada a la satisfacción de sus necesidades básicas y las de las personas que de él dependen. Y resulta atractiva también para las entidades financieras; el éxito de este tipo de mediación dependerá, en gran medida, de la implicación de las entidades en ella.

Ese acuerdo de reestructuración puede contemplar medidas muy diversas: desde el otorgamiento de períodos de carencia, hasta la prolongación del plazo de amortización del préstamo, pasando por reducciones del tipo de interés, introducción de nuevas garantías, quitas o condonaciones parciales (por ejemplo, de intereses). Si la reestructuración no resulta factible, las partes pueden convenir en último extremo la dación en pago, esto es, la cancelación total del préstamo mediante la entrega de la vivienda hipotecada, pero también con soluciones alternativas, como que el deudor continúe ocupándola como arrendatario. En cualquier caso, es evidente que este tipo de mediación reviste una considerable complejidad desde el punto de vista técnico, por lo cual se impone la selección de mediadores singularmente preparados.

Por otra parte, para que se utilice de un modo responsable, también habría de tenerse en cuenta que va destinada al denominado “deudor de buena fe”, esto es, el deudor involuntario o por fuerza mayor que incumple sus obligaciones no por falta de voluntad o mera desidia, sino por circunstancias sobrevenidas que no le son imputables y que han conducido a una merma significativa de sus recursos, impidiéndole atender con normalidad sus compromisos de pago (situaciones de desempleo o cese forzoso de su actividad profesional, larga enfermedad, accidentes de trabajo, crisis familiares, etc.).

En Barcelona, y según información facilitada por el Centre de Mediació, la derivación de este tipo de procedimientos está consiguiendo acuerdos, pero fuera del circuito de mediación. En efecto, las partes son citadas a la sesión informativa, y allí es donde se conocen. Las entidades bancarias están acudiendo, si bien las intervenidas no pueden (por alguno de los preceptos que regulan su actuación) someterse a mediación. Tras este contacto inicial en la sesión informativa, no inician el procedimiento de mediación pero sí negociaciones, alcanzándose acuerdos con los interesados.

Legislativamente, el proyecto de Ley de Reforma de la Ley Catalana 22/ 2.010, de 20 de julio, del Código de Consumo de Cataluña, prevé la modificación del artículo 132-4, que regula los créditos o préstamos hipotecarios, previendo que las administraciones públicas, y en particular, los servicios públicos de consumo, fomenten que en los casos de ejecución hipotecaria por incumplimiento del deudor se lleve a cabo un procedimiento de mediación previo al judicial o a la intervención notarial, dirigido a buscar acuerdos entre las partes que hagan viable que el consumidor conserve la propiedad de la vivienda, y subsidiariamente, que mantenga su uso y disfrute.

### **B) Incentivación de la mediación desde el órgano judicial. Modificación legislativa.**

La Ley de Mediación incorpora en su disposición final 3ª una serie de modificaciones de determinados artículos de la Ley de Enjuiciamiento Civil para permitir conectar la mediación a los tribunales. Básicamente se trata de que desde el órgano judicial se incentive el uso de esta metodología en todo tipo de procesos.

#### **a.1) Juicio Ordinario.**

En lo que se refiere al juicio ordinario, una de las finalidades de la audiencia previa es, de acuerdo con el artículo 414 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, “*intentar un acuerdo o transacción entre las partes que ponga fin al proceso*”. Para ello, la Ley, desde su

redacción original, prevé dos momentos: al iniciarse la audiencia previa, y una vez se procede a la fijación de los hechos controvertidos. La LMACM refuerza esta finalidad de la audiencia previa con la posibilidad de recurrir a la mediación.

Así, en el artículo 414.1, que regula la convocatoria de la audiencia previa en el juicio ordinario por parte del Secretario judicial, se indica 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”*.

La omisión de esta información constituirá una mera irregularidad procesal que no afectará ni a las partes ni al propio procedimiento, pues siempre quedará abierta la vía de acudir a mediación, conforme al artículo 19 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Se reitera al final del artículo 414 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”*.

Iniciada la audiencia previa, el artículo 415 de la Ley de Enjuiciamiento Civil prevé que el primer intento conciliatorio se produce cuando el juez pregunta a las partes sobre la subsistencia del litigio y las posibilidades de acuerdo. Si llega a un acuerdo, podrá homologarlo en ese mismo momento -si lo solicitan las partes- poniendo fin al proceso. La Ley también prevé la posibilidad de desistimiento ante la inminencia de alcanzar extrajudicialmente tal pacto. La LMACM ha modificado el apartado 1 del artículo 415, y dispone que *“las partes de común acuerdo podrán también solicitar la suspensión del proceso de conformidad con lo previsto en el art. 19.4, para someterse a mediación o arbitraje”*, lo que no es sino una reiteración de lo ya regulado en este precepto, si bien en este caso la suspensión será acordada por el Juez en el mismo acto de la audiencia previa, y no por el Secretario; debiendo

documentarse por escrito con arreglo al artículo 210 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

También en este primer momento de la audiencia previa es cuando las partes deberán manifestar, preguntadas por el Juez, si se han sometido a mediación así como el resultado de la misma.

El segundo momento conciliatorio de la audiencia previa se produce tras la fijación por las partes de los hechos controvertidos. En ese sentido, *“el Tribunal podrá exhortar a las partes (...) para que lleguen a un acuerdo que ponga fin al litigio”* (art. 428.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil). De alcanzarse el acuerdo se podrá actuar como en el supuesto anterior, pudiendo el juez homologarlo en ese momento, documentándose en un acta o en resolución aparte. Y aunque ya no se encuentre expresamente previsto en este momento, nada impide que el juez pueda invitar nuevamente a las partes a someterse a mediación con suspensión del proceso, o que directamente las partes así lo soliciten.

Hasta la fecha, estas dos posibles actuaciones por parte del juez, tendentes a alcanzar un acuerdo (la primera, obligatoria; la segunda, facultativa), tenían la consideración de conciliación intraprocesal. El juez podía participar, más o menos activamente, para conseguir un acuerdo entre las partes, lo que había sido objeto de críticas doctrinales en relación con el alcance de la facultad conciliatoria que puede desplegar el juez que posteriormente -si no se alcanza el acuerdo- ha de juzgar. Esta situación se ve ahora complementada con la posibilidad que el juez ofrece a las partes de paralizar el proceso para someterse a mediación, y que sean ellas mismas las que alcancen o puedan alcanzar un acuerdo con la ayuda del mediador distinto de aquel que halla de resolver finalmente para el caso de resultar fallida la mediación.

El apartado 3º del artículo 415 prevé que *“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”*.

Debe señalarse, por último, que aunque la Ley no lo prevea

expresamente, no hay inconveniente en que la información a las partes sobre la posibilidad de derivación a la mediación se produzca con anterioridad a la audiencia previa, por ejemplo, al presentarse el escrito de contestación, o incluso al admitirse la demanda.

### a.2) Juicio verbal.

En el ámbito del juicio verbal, el artículo 440.1 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 art. 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”*. Al regular el desarrollo del juicio, se introduce un párrafo en el apartado 3 del artículo 440, estableciendo 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”*.

Se trata de una regulación similar a la del juicio ordinario, adaptada a las características del juicio verbal, por lo que se considera que todo lo dicho para la audiencia previa es aplicable también a este juicio.

Ahora bien, deben tenerse en cuenta las especificidades del juicio verbal, y así, por ejemplo, la declinatoria por sometimiento a mediación debe ser opuesta por el demandado dentro de los cinco

días siguientes a la primera citación para la vista (artículo 64.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil), y no puede proponerla por tanto en la vista.

### a.3) Problemática práctica.

En resumen, se pueden distinguir los siguientes momentos en que se puede producir la derivación a mediación:

- 1) *En los juicios ordinarios:* al admitir la demanda o después de conocer la contestación a la demanda; en la convocatoria de la audiencia previa; o durante la audiencia previa.
- 2) *En los juicios verbales:* sería posible la remisión una vez entrada la demanda, si por la materia el Juez considera que es un tema “mediable”; o en la vista, antes de que se inicie la misma.

Más allá de la información genérica que se recoge en la convocatoria de la audiencia previa y del juicio verbal, considero que lo que es importante a los efectos de la derivación a mediación es que el juez pueda valorar si por el tipo de asunto o las características que en él concurren la mediación puede ser un mecanismo eficaz para la resolución de la controversia. El problema que se plantea en la práctica es que, tras la reforma de la Ley de Enjuiciamiento Civil por la Ley 13/ 2.009, de 3 de noviembre, de Reforma de la Legislación Procesal para la Implantación de la Nueva Oficina Judicial, el artículo 404 y el artículo 440 de la Ley de Enjuiciamiento Civil atribuyen el trámite de admisión de la demanda al Secretario judicial, de manera que lo normal es que hasta el momento en que llega el juicio ordinario a la audiencia previa, y el juicio verbal a vista, el juez no tenga conocimiento del contenido de la demanda y en su caso de la contestación, y por tanto, no pueda valorar si, atendido el objeto del proceso, es conveniente la derivación a mediación.

Ello haría necesario extender la formación, y lo que es más importante, la concienciación sobre la mediación al Secretario, a fin de que detectase en el trámite de admisión de las demandas aquellas controversias que pueden ser objeto de derivación, y al conjunto de la Oficina judicial, ya que en definitiva los funcionarios son quienes están en contacto directo con los profesionales y los particulares, pudiendo informar al juez sobre circunstancias que puedan hacer de la mediación un camino viable.

Por último, no debe olvidarse que aunque la Ley no haga previsión al respecto, la derivación a mediación puede producirse también en **fase de ejecución**, ya sea para evitarla, ya para posibilitarla o modificarla.

### **C) Protocolo de derivación.**

Como ya he comentado, existe un grupo de trabajo que está elaborando un protocolo de derivación a nivel estatal. En tanto el mismo no esté acabado, puedo informarles de lo que yo hago en el Juzgado, y que viene a ser lo mismo que hacen otros Juzgados de Barcelona se han interesado, ya desde hace unos años, en promover la mediación.

Tras la aprobación de la Ley 5/ 2.102, hemos modificado los decretos de admisión del juicio verbal y la diligencia de ordenación de convocatoria de la audiencia previa para introducir un párrafo “modelo”, en que se informa a las partes de la posibilidad de acudir a mediación, tal como prevé la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Sin embargo, y como ya se señalado antes, la mediación no sirve para todos los procesos, de manera que en muchos de ellos esta mera información resultará ineficaz. Y la falta de conocimiento generalizado, tanto entre los profesionales como entre los particulares, de esta posibilidad, determinará que esa información pase desapercibida.

Por ello, he fijado unas pautas de actuación en aquellos supuestos en los que aprecio que se trata de un asunto en que la mediación es conveniente o puede obtener un resultado exitoso.

Retrocediendo en el tiempo, antes de la entrada en vigor de la Ley 5/ 2.012, y por tanto, sin apoyo de normativa procesal, elaboré unos modelos de resolución para la derivación a mediación, con referencia a las disposiciones de la Ley catalana 15/ 2.009, diferenciando los siguientes supuestos:

1.- En el juicio ordinario, después de la contestación a la demanda y antes de la audiencia previa.

2.- En el juicio ordinario, después de la audiencia previa.

3.- En los juicios verbales, antes de la vista.

4.- En los juicios verbales, tras la fecha señalada para la vista, suspendiendo ésta a petición de las partes para darles la posibilidad de acudir a la sesión informativa.

En todos ellos, no sólo se informaba a las partes de la posibilidad de acudir a mediación, sino que directamente fijaba día y hora para la sesión informativa, acompañando a la convocatoria una hoja informativa.

En el primer caso y en el último, es decir, al hacer convocatoria antes de la audiencia previa o vista, la Secretario del Juzgado, al advertir que se trataba de un asunto “mediable” daba cuenta del asunto mediante la diligencia (o yo misma le indicaba que lo hiciese), tras lo cual yo acordaba la convocatoria a sesión informativa mediante providencia, esto es, una resolución diferenciada de la dictada por la Secretario, que se notificaba a las partes a la vez que la diligencia de ordenación de convocatoria de la audiencia previa o del decreto de admisión de la demanda y convocatoria de la vista.

Lo que intento con ello es que la información sobre la mediación no quede “perdida” entre el resto del contenido de las resoluciones y de la notificación que recibe la parte. Sin embargo, tanto en un caso como en otro, el éxito de la derivación es escaso; en la mayor parte de supuestos, ni siquiera se presentan a la

sesión. En España, todavía no hay una cultura generalizada de la mediación ni en la sociedad ni más concretamente entre los operadores jurídicos, de manera que yo supongo que al recibir una resolución de esta naturaleza, lo más sencillo es hacer caso omiso, ya sea por pura ignorancia de lo que significa, ya sea porque se hace constar que el inicio del procedimiento es voluntario, y sin haber recibido información previa, lo más fácil es “pasar” de lo que seguramente es percibido como un trámite más, y como todo trámite, molesto.

Es en este punto en el que tiene especial importancia la posición que adopten Vds., los abogados, ya que en un muy alto porcentaje de casos serán quienes, a través del Procurador, reciban las convocatorias. Sólo quienes actúen en el proceso por sí mismos, o los demandados en los juicios verbales, van a recibir la convocatoria sin el “filtro” de su asistencia profesional. A la importancia de su labor me referiré en el último punto de mi intervención.

Por no dejar recaer sobre sus hombros toda esta responsabilidad, es por lo que mi “fórmula favorita” es la que recojo en los puntos 2º y 4º, que es la que me permite intervenir directamente para “convencer” a las partes de que la mediación es una alternativa a valorar para la resolución del conflicto. Y dado que es muy habitual que las partes no asistan a las audiencias previas, en aquellos casos es que considero que se trata de un asunto mediable, indico a los funcionarios que en la convocatoria a la audiencia previa se haga constar lo siguiente:

*“.- Las partes han de comparecer en la audiencia previa asistidas de abogado. Si las partes no comparecen personalmente, sino a través de sus Procuradores, les deben otorgar poder para renunciar, allanarse o transigir. Si no comparecieren personalmente ni otorgan el apoderamiento expresado, se les tendrá por no comparecidos a la audiencia (artículo 414.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil).*

*Dado que conforme a lo previsto en los artículos 414 y 415 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, una de las finalidades de la audiencia*

*previa es intentar el acuerdo o transacción entre las partes que ponga fin al proceso, **se interesa la asistencia personal de los litigantes**, aunque hayan conferido su representación a Procurador conforme a lo anteriormente indicado”.*

Este tipo de indicación puede recogerse también en la citación a los juicios verbales. Si bien en los juicios verbales la información proporcionada a las partes en la propia vista sobre la posibilidad de derivar el conflicto a mediación no suele surtir efecto, ya que a diferencia de lo que ocurre en la audiencia previa del juicio ordinario, en los verbales la derivación supone suspender la vista, con la perspectiva de un acuerdo incierto, frente a la certeza de que, si se celebra el juicio, se obtendrá una resolución judicial de forma rápida.

Obviamente, también en este caso la asistencia personal de las partes es totalmente voluntaria, de manera que hay ocasiones en las que asisten y otras no. Cuando asisten, antes de iniciar la audiencia previa o la vista y la grabación, les proporciono información sobre la mediación y las ventajas que puede suponer para la resolución de su conflicto, cuáles son los motivos por los que considero que puede resultarles útil, qué supone acudir a la sesión informativa, el carácter estrictamente voluntario, así como el coste de las sesiones.

Tras ello, les pregunto directamente si están dispuestos a intentarlo, y en caso de que la respuesta sea afirmativa, les comunico que serán convocados por el Juzgado a la sesión informativa. En algunos casos, he ido más allá, de manera que había reservado hora en el Centre de Mediació, para un rato después de la hora señalada para la audiencia o el juicio (media hora o una hora), de manera que junto con la información les comunicaba que podían intentarlo poco después. Confieso que el escaso resultado de esta actuación tan entusiasta me llevó a una inicial decepción. Pero luego lo he valorado de otra manera, puesto que me ha enseñado que, pese al valor que solemos dar a la rapidez (quizás por la lentitud que constituye el mayor lastre de nuestro sistema judicial), el tiempo, la reflexión y la maduración

pueden ser nuestros aliados.

Al realizar la convocatoria, se informa al Centre de Mediació del número y tipo de procedimiento, indicando además cuál es la sección del Juzgado que lo tramita, así como la fecha para la que se ha señalado el juicio, a fin de que el procedimiento, en su caso, se desarrolle respetando esa fecha. Lo normal es que el mediador se ponga en contacto con el funcionario, informándose de la materia de la que se trata. Tras la sesión informativa, se comunica al Juzgado si las partes acudirán o no al procedimiento de mediación, y si se inicia, también se comunica inmediatamente al Juzgado su terminación, indicando si ha habido o no acuerdo.

Este protocolo inicial, que es el que he utilizado desde el año 2.011, se vio alterado tras la aprobación de la Ley 5/ 2.012, ya que el sistema establecido en Cataluña por la Ley autonómica se amplió a la posibilidad de que **otros centros**, públicos o privados, pudieran actuar en este ámbito. Los jueces civiles y mercantiles deben ofrecer a las partes la posibilidad de elección. Por lo demás, y aunque la reforma de la Ley de Enjuiciamiento Civil únicamente regula la información sobre la posibilidad de acudir a mediación en la forma que antes he descrito, no creo que haya inconveniente en continuar dictando resoluciones judiciales específicas en el sentido indicado.

En Barcelona, el Colegio de Abogados tiene su propio centro de mediación (CEMICAB), [www.cemicab.es](http://www.cemicab.es). La web del Cemicab permite a los profesionales solicitar un servicio de mediación, y también se ha creado una posibilidad de acceso directo a los Juzgados. A cada Juzgado de Primera Instancia de Barcelona y de Hospitalet se le ha facilitado un nombre de usuario y contraseña, de manera que de forma directa, desde el Juzgado, y al igual que ocurre con el Centre de Mediació, se puede señalar fecha para la sesión informativa. El CEMICAB dispone para ello de dos sedes, una junto a la Ciudad de la Justicia, en la que se ubican todos los Juzgado de Primera Instancia de Barcelona y Hospitalet, y otra en el centro de Barcelona.

De esta manera, cuando se entrega a los ciudadanos la hoja informativa sobre la mediación, se indica la posibilidad de que puede ponerse en contacto con alguno de los dos centros de mediación; información que también se facilita cuando es el Juez personalmente quien realiza la información.

#### **D) Experiencia en el Juzgado.**

En el Juzgado de Primera Instancia nº 57 de Barcelona inicié la experiencia con la mediación en el año 2.011, en todos los casos a través del Centre de Mediació de Dret Privat de la Generalitat, remitiendo a las partes a sesión informativa. El resultado, bastante desesperanzador, ha sido:

.- En 2.011, remití 13 asuntos, 1 en arrendamientos, 3 de sucesiones, 2 de Comunidad de Propietarios, 2 de reclamaciones de cantidad, 1 de responsabilidad civil y 1 de división de cosa común, el resto no tengo el dato). Cinco no se presentaron a la sesión informativa, seis se archivaron después porque ya no quisieron continuar la mediación, y la iniciaron dos, que acabaron sin acuerdo.

.- En 2.012, sólo remití cinco asuntos. Dos Comunidad de Propietarios, 1 hipotecario, 1 sucesiones, 1 resolución de contrato. Cuatro acudieron a la sesión informativa, y una no, de las cuatro dos solicitaron iniciar el procedimiento, y no hubo acuerdo.

.- En 2.013, he remitido cuatro asuntos: uno de sucesiones, dos hipotecarios y una reclamación entre ex cónyuges. Ésta ha sido la primera en que han alcanzado un acuerdo. Uno de los procedimientos está aun en trámite, y los otros dos no han resultado.

#### **E) Incentivos a la mediación. Una breve referencia al derecho comparado.**

Al analizar estos pobres resultados, surgen varios interrogantes ¿qué es lo que falla? ¿la mediación es realmente una alternativa? Y si es así, ¿qué es lo que necesitamos?

En otros países europeos, se han utilizado dos mecanismos para incentivar el recurso a la mediación:

.- la obligatoriedad, que se ha establecido en algunos países de la UE con sistemas judiciales colapsados. El supuesto más destacado es el de Italia, al que antes he hecho referencia. En Grecia y en Eslovenia, el órgano judicial puede obligar a las partes a someterse a mediación.

.- incidencia del rechazo del acuerdo de mediación en las costas del proceso posterior: así, en Italia se puede romper el criterio del vencimiento objetivo, no imponiendo las costas al condenado cuando fue el actor, vencedor, quien rechazó el acuerdo de mediación.

.- reducción o exención de la tasa judicial y de las costas: en Bulgaria, las partes pueden recuperar el 50% del importe de las tasas si llegan a un acuerdo en mediación; en Rumania y Hungría, se prevé el reembolso total de las costas si las partes llegan a un acuerdo en mediación; y en Italia los actos y acuerdos de mediación están exentos de tasas y costas.

.- en Italia se permite utilizar el rechazo injustificado a la propuesta del mediador como elemento de prueba en el proceso posterior.

.- en Bulgaria y Rumania, se contemplan una serie de incentivos financieros para las instituciones de mediación, así como la creación de organismos estatales implicados en la información, incentivo de la mediación, formación de mediadores y formulación de propuestas legales para la mejora del sistema de mediación.

### **F) El papel del Juez en la mediación.**

En esta cuestión, más que exponer mi posición, lo que me gustaría es plantear del debate sobre la conveniencia de la intervención del Juez en la mediación.

Cuando yo inicié mi experiencia con el procedimiento de mediación, fueron dos las circunstancias que me animaron a ello: por una parte, la facilidad que supone contar con el Centre de

Mediación, en los términos que les he expuesto; y por otra, la capacidad de la magistrada Raquel Alastruey, a quien ya he hecho referencia, para transmitir las ventajas que la mediación supone, no sólo desde un punto de vista eminentemente práctico (pues lo cierto es que confiar en la mediación como forma de resolver o paliar el atasco del sistema judicial español me parece excesivamente optimista), sino también como concepción, como forma de trascender la función que tradicionalmente desarrolla el juez (juzgar y hacer ejecutar lo juzgado), a fin de lograr un cambio de mentalidad que acabe convirtiendo al juez en el último, y no único, recurso.

Esta postura, que me parece indudablemente atractiva, cuenta sin embargo con detractores. Entre mis compañeros, he encontrado quienes se muestran indiferentes, y también quienes son totalmente contrarios: consideran que los jueces estamos para resolver, y que más allá de esta función, no tenemos por qué intervenir a favor de otro tipo de mecanismos de resolución de conflictos. Al preparar esta ponencia, y entre el material que he consultado, me llamó la atención la opinión de D. Manuel Richard González, profesor titular de Derecho Procesal de la Universidad Pública de Navarra e investigador del Grupo de Estudios sobre la solución extrajudicial de conflictos transfronterizos en el ámbito civil y mercantil (GESECO), que en un capítulo dedicado a *“La relación y afectación de la ley 5/2012 de mediación en asuntos civiles y mercantiles en el proceso jurisdiccional civil”*, incluido en el libro *“La mediación en asuntos civiles y mercantiles: la transposición de la Directiva 2008/52 en Francia y en España / coord. por María Teresa Hualde Manso, Michèle Mestrot, 2013, ISBN 978-84-9020-138-1, págs. 239-276”*, quien califica las disposiciones de la Ley de Enjuiciamiento Civil sobre la información e instancia a las partes para que acudan a la sesión informativa como *“un exceso de moralina”*: considera que la finalidad de la mediación es la de evitar el litigio, y que por ello carece de sentido plantear su posibilidad en el proceso, de manera que la conexión entre mediación y jurisdicción es indebida. Les leo textualmente *“Lo que resulta absolutamente inconveniente es que la propia LEC otorgue al Juzgador una función admonitiva de consejo o ayuda a las partes para que intenten llegar a un acuerdo. O peor*

*aún una función de ‘instar’ a las partes para que se sometan a una sesión informativa. Puestos ya podríamos también encomendar a los tribunales la función de aconsejar toda suerte de terapias psicológicas con el fin de que se olviden del litigio e intenten solucionar su problema por vía amistosa”.* Si leo este párrafo, es porque me ha resultado muy ilustrativo de una posición abiertamente contraria a la intervención del juez en la mediación, y sobre la que me gustaría que me transmitieran su opinión.

Si quieren la mía, les diré que, en el momento actual, tenemos una sociedad que, a diferencia de lo que ocurre en las sociedades anglosajonas, carece una cultura generalizada sobre el acuerdo. Si el legislador apuesta de verdad por la mediación, y realmente desea que se desarrolle como alternativa de resolución de conflictos, creo que la intervención de los jueces es fundamental. Son los jueces y tribunales quienes, tras analizar el litigio, podemos prever que la resolución que ponga fin a éste terminará el procedimiento, pero no será una solución: el conflicto continuará, e incluso puede recrudecerse, dando lugar a nuevos pleitos. Y aunque esta función vaya más allá de la estrictamente jurisdiccional, creo que evitar esta situación de conflictividad, y los costes que ello conlleva, hace necesario intentar medidas alternativas. Y ello sin olvidar las ventajas que para la administración de justicia se derivarían de la disminución de asuntos registrados en los Juzgados de Primera Instancia, que están atascados por la imposibilidad de atender el número de asuntos que anualmente entran en el Juzgado, y que durante estos últimos años no ha hecho sino aumentar. Así, en mi Juzgado, el año 2.006, en que empecé a trabajar allí, registramos del orden de 1.100 asuntos al año, y durante los dos últimos hemos acabado en torno a los 1.900. Si realmente la mediación funcionase para reducir la litigiosidad, y dado que no parece que exista voluntad del ejecutivo de incrementar la planta judicial, no cabe duda que la reducción de asuntos sería beneficiosa para todos: para los jueces, que podríamos trabajar mejor, dedicando más tiempo a los asuntos que llegan a juicio; a los profesionales, que de la misma forma verían más satisfechos a sus clientes, disponiendo además de más tiempo para otros asuntos; y para los justiciables, al ser un remedio al tradicional retraso de la justicia, además de

ahorrar tiempo y dinero, y evitar los costes emocionales del proceso.

### **G) El papel fundamental de los Abogados para el éxito de la mediación.**

Como antes he indicado, tengo el convencimiento de que el éxito de la mediación como alternativa al proceso pasa no sólo por la disposición de los jueces a presentarla y promoverla, sino también, y creo que más aún, en el grado de aceptación que este procedimiento tenga entre los letrados. Sólo funcionará la mediación si los abogados confían en que es positiva para sus clientes, y que éstos pueden recibir, a través de ella, una respuesta definitiva a sus conflictos.

Y es también indudable que los abogados no confiarán en la mediación si quedan al margen de ella. Esto plantea una nueva cuestión: ¿hasta qué punto deben intervenir los letrados en la mediación? Por una parte, en la esencia de la mediación se encuentra la idea, como hemos visto, de que sean las partes quienes, con la intervención del mediador, sean capaces de canalizar el conflicto y encontrar el canal de solución a sus problemas; de manera que la intervención de los letrados puede verse como una desvirtuación de su contenido. Por otra parte, no cabe duda de que la intervención del abogado, con su experiencia profesional en la gestión de conflictos, supone una mayor garantía para la parte que cuenta con su asesoramiento, a lo que se une que probablemente la presencia del Letrado pueda hacer más sencillo llegar a un acuerdo o a una transacción. Además, para los letrados, la mediación supone también la posibilidad de prestar un nuevo tipo de servicios profesionales.

### **H) Final.**

Para terminar, les voy a transcribir la reflexión de Juan F.

Herrero Perezagua, profesor de Derecho Procesal de la Universidad de Zaragoza, sobre la relación entre proceso y mediación:

*“Nada hay que objetar a que se instauren, se fomenten y se articulen adecuadamente fórmulas alternativas a la administración de justicia. Pero debe quedar claro que ofrecen algo bien distinto a lo que brinda y entraña el proceso. El proceso es el instrumento de la jurisdicción y, como tal, da cauce a que se lleve a cabo la función propia de la jurisdicción: decir el derecho, actuar el Derecho objetivo. Al hacerlo resuelve el conflicto, pero no de cualquier manera, sino de un modo jurídico. Ciertamente la resolución del conflicto puede lograrse por otros caminos y la voluntad de los contendientes puede optar por cualquiera de ellos. Lo que debe quedar bien claro es lo que en cada uno puede obtenerse porque a la vista de ello y del sacrificio previsible que comportará su consecución, las partes en conflicto ponderarán los pros y los contras que han de determinar su elección. Todo lo que ofrece el proceso solo a través del proceso puede alcanzarse. Algunas de las cosas que el proceso ofrece, pueden conseguirse por otras vías. El error consiste en atribuir a esas otras vías lo que solo a través del proceso puede lograrse o en desvirtuar el proceso privándolo de alguna de sus características esenciales.*

*Tal vez convenga insistir en esta idea a fin de esclarecer su alcance. Lo que ofrece el proceso es la tutela jurisdiccional; cuando esta se declara queda resuelto el conflicto de un modo definitivo e inatacable, de manera que si alguno de los sujetos vinculado por lo declarado actúa contrariando la resolución jurisdiccional, se abre la posibilidad de instar la realización de lo declarado y lograr la sujeción del infractor a la actividad del tribunal pues hay plena constancia de lo que cabe considerar jurídico (lo declarado en la sentencia o resolución arbitral). Cuando el conflicto se resuelve por un medio extraño al proceso, no hay definición del derecho sino, como en el caso de la mediación, concurrencia de voluntades en poner fin a la controversia y hacerlo del modo en que los interesados estiman conveniente para sus intereses: no hay tutela del derecho. Si alguno de los sujetos actúa contrariando lo acordado, el otro podrá desencadenar la actividad jurisdiccional para que se defina qué es lo jurídicamente procedente porque eso es algo que aún está por decir ya que solo puede hacerlo quien*

*tiene tal función encomendada.*

*La mediación, por tanto, sirve a la resolución de los conflictos, no a la tutela de los derechos.*

*La mediación contribuye a evitar la litigiosidad, pero no entraña por sí misma una mejora de la administración de justicia ni tiene por qué hacerlo, pues no es ese su objetivo. Ciertamente un descenso en el número de pleitos debiera redundar en una mejora de la calidad de la justicia en la medida en que a ellos se destinaría el mismo número de recursos y podrían resolverse con más acierto y en menor tiempo. Pero este, en todo caso, sería un efecto indirecto que parte de unas premisas que cuentan con un pronóstico favorable pero que aún necesita tiempo para darlo por cumplido: que la mediación extienda progresivamente su aceptación y que no genere una nueva litigación nacida de la discrepancia respecto de lo convenido. El Preámbulo de la Ley sitúa a la desjudicialización de determinados asuntos como el primero de los ejes de la mediación y confía en la institución para lograr la reducción de la carga de trabajo de los tribunales que solo habrán de intervenir cuando las partes no hayan sido capaces de lograr un acuerdo y así poner fin a la situación de controversia.*

*Si la mediación no es un instrumento de la tutela de los derechos, no se le deben atribuir características propias de esos instrumentos. De lo contrario, además de provocarse una confusión de conceptos, se puede dar lugar a una inadecuada respuesta del ordenamiento".*

## **ÍNDICE**

### **I. La mediación.**

### **II. Regulación legal. Antecedentes.**

- Recomendación R (86) de 16 de septiembre de 1.986, del Comité de Ministros del Consejo de Europa a los estados miembros.
- Directiva 2008/52/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 21 de mayo, sobre ciertos aspectos de la mediación en asunto civiles y mercantiles.
- Real Decreto-Ley 5/ 2.012, de 5 de Marzo, de Mediación en Asuntos Civiles y Mercantiles.

- Proyecto de Ley de mediación en asuntos civiles y mercantiles

### **III. La Ley 5/ 2.012, de 6 de julio, de Mediación en Asuntos Civiles y Mercantiles.**

#### **IV. Concepto y modelo de mediación.**

#### **V. Ámbito de aplicación de la Ley de Mediación.**

#### **VI. Principios informadores de la Ley de Mediación.**

- A) Voluntariedad y libre disposición.
- B) Igualdad entre las partes e imparcialidad de los mediadores.
- C) Neutralidad.
- D) Confidencialidad.
- E) Buena fe y respeto mutuo.
- F) Flexibilidad.
- G) El mediador.

#### **VII. El procedimiento de mediación.**

- A) El procedimiento ordinario.
- B) El procedimiento simplificado.

## **VIII. Análisis concreto de la afectación de la Ley 5/ 2.012 en el procedimiento civil.**

- A) Plazos de prescripción y caducidad.
- B) Efectos del acuerdo o sometimiento a mediación sobre un eventual proceso civil: La declinatoria.
- C) Mediación y medidas cautelares.
- D) Suspensión del procedimiento por sometimiento de las partes a mediación.
- E) Información facilitada por el Juez.
- F) Efectos sobre la prueba.
  - f.1) Prueba documental.
  - f.2) Interrogatorio de las partes.
  - f.3) Prueba testifical.
  - f.4) Prueba pericial.
- G) Acuerdo de mediación.
- H) Ejecución forzosa del acuerdo de mediación.
- I) Las costas y el procedimiento de mediación. El coste de la mediación. Mediación y justicia gratuita. Tasas. Tarifas.

## **IX.- La mediación conectada con el tribunal.**

- .- Actuaciones del CGPJ en promoción de la mediación.
- .- GEMME.
- .- Otras actuaciones.

A) Asuntos derivables a mediación. Especial referencia a la mediación en el ámbito de la ejecución hipotecaria.

B) Incentivación de la mediación desde el órgano judicial. Modificación legislativa. Los artículos 414, 415 y 440 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

b.1) Juicio ordinario.

b.2) Juicio verbal.

b.3) Problemática práctica.

C) Protocolo de derivación. Resoluciones, información, derivación, instituciones de mediación.

D) Experiencia en el Juzgado.

E) Incentivos a la mediación. Una breve referencia a derecho comparado.

F) El papel del Juez en la mediación.

G) El papel fundamental de los Abogados para el éxito de la mediación.

H) Final.

## **BIBLIOGRAFÍA UTILIZADA**

### **1. La relación y afectación de la ley 5/2012 de mediación en asuntos civiles y mercantiles en el proceso jurisdiccional civil**

Manuel Richard González

La mediación en asuntos civiles y mercantiles: la transposición de la Directiva 2008/52 en Francia y en España / coord. por María Teresa Hualde Manso, Michèle Mestrot, 2013, ISBN 978-84-9020-138-1, págs. 239-276

### **2. Principales novedades del Real Decreto-Ley 5/2012, de 5 de marzo, de mediación en asuntos civiles y mercantiles**

Marcos Francisco, Diana

Actualidad Civil, N.º 15-16, Septiembre 2012, pág.. 1597, tomo 2, Editorial LA LEY

### **3. Hacia la articulación de un protocolo de mediación intrajudicial**

Magro Servet, Vicente

Diario La Ley, N.º 7892, Año XXXIII, 2 Jul. 2012, Ref. D-260, Editorial LA LEY

### **4. Esquema implantación del protocolo de mediación intrajudicial tras la Ley 5/2012, de 6 de julio**

Magro Servet, Vicente

Práctica de Tribunales, N.º 98, Noviembre-Diciembre 2012, Editorial LA LEY.

### **5. Incidencia de la mediación en el proceso civil.**

Sánchez Martín, Pablo

En: Práctica de tribunales. Revista de Derecho procesal civil y mercantil. -- N. 98-99 - nov.-dic. 2012 -- p. 60-71.

**6. Mediación civil y mercantil: la Ley 5/2012, de mediación en asuntos civiles y mercantiles, y la Jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre mediación. Cuestiones de la mediación concursal**

De la Vega Justribó, Bárbara

Revista crítica de derecho inmobiliario, ISSN 0210-0444, Año nº 88, Nº 733, 2012, págs. 2972-2999

**7. Principios relativos a las partes en la mediación**

Cucarella Galiana, Luis Andrés

Práctica de Tribunales, N.º 98, Noviembre-Diciembre 2012, Editorial LA LEY

**8.- La nueva normativa estatal sobre mediación civil y mercantil y el proceso civil**

Soletto Muñoz, Helena

En: La Ley. -- N. 7834- abr. 2012 -- p. [11]-14

**9. Guía de Mediación para Abogados.**

García Álvarez, Rosario

En: La Ley –7828-- marzo 2012, p. 1-12.

**10.- La mediación en el ámbito del consumo.**

Lafuente Torralba, Alberto

En: material docente para el Máster en mediación para la resolución de conflictos, mediación penal y justicia de menores organizado por la Fundación de la Universidad de La Rioja y desarrollado de octubre de 2012 a marzo de 2014.

**11. Proceso civil y Mediación. Su análisis en la Ley 5/2012 de Mediación en Asuntos Civiles y Mercantiles.**

Bonet Navarro, Ángel (Director), Capítulo II.1. Juan F. Herrero Perezagua, Capítulo I. Trabajo realizado dentro del Proyecto de Investigación Eficiencia de las medidas de actuación para la

simplificación, aceleración y sustitución del proceso para reducir la litigiosidad (DER2010-17538) del que es investigador principal el Dr. D. Ángel Bonet Navarro (subvencionado por el Ministerio de Ciencia e Innovación, hoy Ministerio de Economía y Competitividad).

**12. ¿Por qué el legislador ha vinculado la mediación con el proceso judicial?**

Alastruey Gracia, Raquel.

En: Revista La Ley, 1668/ 2012, 20 de septiembre de 2.012.

**13. La mediación ante la ejecución hipotecaria: una oportunidad para la dignidad, un ejercicio de responsabilidad social.**

Alastruey Gracia, Raquel.

En: Revista El Notario del Siglo XXI, noviembre/diciembre 2012.

**14. Incidencia del nuevo procedimiento de mediación en el proceso civil. A propósito del Real Decreto-Ley 5/2012, de 5 de marzo, de mediación en asuntos civiles y mercantiles.**

López Jara, Manuel.

En: Diario La Ley, Nº 7857, Sección Doctrina, 14 May. 2012, Año XXXIII, Editorial LA LEY

**15. Análisis de los principios informadores de la mediación en materia civil y mercantil.**

Ortiz Pradillo, Juan Carlos.

En: Boletín del Ministerio de Justicia. Num. 2135. Octubre 2011.

**16. La mediación civil y mercantil en España y en el Derecho Comparado: a propósito del Real Decreto-Ley 5/ 2.012.**

Trigo Sierra, Eduardo y Moya Fernández, Antonio José.

En: Actualidad Jurídica Uría Menéndez/ 32-2012.

