

La mediación en asuntos civiles y mercantiles como método de resolución extrajudicial de conflictos

Civil and commercial mediation as an alternative dispute resolution method

por

ROSANA PÉREZ GURREA

*Abogada en ejercicio del Ilustre Colegio de Abogados de La Rioja
Profesora del Máster de Acceso a la Abogacía de la Universidad de La Rioja (UR)*

RESUMEN: La Ley 5/2012, de 6 de julio constituye la primera norma reguladora de la mediación civil y mercantil a nivel estatal y lo hace en un momento en que la mediación adquiere fuerza como alternativa al proceso judicial o a la vía arbitral, ya que implica un sistema de resolución de conflictos que puede ayudar a fortalecer el derecho a la tutela judicial, manteniendo los Tribunales de Justicia como último remedio y convirtiendo al ciudadano en protagonista activo de la solución de sus conflictos.

Estudiaremos los principios informadores de la mediación, los requisitos que debe cumplir el mediador, el procedimiento de mediación y sus fases así como el acuerdo de mediación y los efectos que se derivan de su ejecución.

También será objeto de nuestro análisis la mediación por medios electrónicos y su desarrollo en el Proyecto de Real Decreto de 13 de noviembre de 2012. La unión de estos dos elementos, mediación y nuevas tecnologías, da lugar a mecanismos de resolución electrónica de disputas a los que se ha de dotar de la necesaria seguridad jurídica y técnica que contribuya a su utilización.

ABSTRACT: *Law 5/2012, of July 6th, is the first rule about civil and commercial mediation in the state level and it happens when mediation begin to be considered as an alternative to prosecution or via arbitration, as it involves a system of conflict resolution that can help to get the right to judicial protection, keeping the Courts as a last resort and turning the citizen into active protagonist of the solution of their own conflict.*

In this paper we study the principles informing the mediation, the requirements to be mediator, the mediation process and its phases as well as the mediation agreement and the effects arising from implementation.

It will also be analyzed the electronic mediation and its development in the RD of November 13, 2012. The union of these elements, mediation and new technologies, mechanisms leading to electronic resolution of disputes, which must be provided with the necessary legal and technical security in order to expand their use.

PALABRAS CLAVE: Métodos alternativos de resolución de conflictos. Mediación civil y mercantil. Mediación electrónica.

KEY WORDS: *Alternative dispute resolution. Civil and commercial mediation. Electronic mediation.*

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. CONCEPTO, AMBITO DE APLICACIÓN Y EFECTOS.—III. PRINCIPIOS INFORMADORES DE LA MEDIACIÓN.—IV. ESTATUTO DEL MEDIADOR.—V. EL PROCEDIMIENTO DE MEDIACIÓN: 1. SOLICITUD DE INICIO. 2. SESIÓN INFORMATIVA. 3. SESIÓN CONSTITUTIVA. 4. DESARROLLO DE LAS ACTUACIONES DE MEDIACIÓN. 5. TERMINACIÓN DEL PROCEDIMIENTO.—VI. LA MEDIACIÓN DESARROLLADA POR MEDIOS ELECTRÓNICOS.—VII. EL ACUERDO DE MEDIACIÓN Y SU FORMALIZACIÓN EN TÍTULO EJECUTIVO. 1. EL ACUERDO DE MEDIACIÓN. 2. EJECUCIÓN DE LOS ACUERDOS.—VIII. CONCLUSIONES.—IX. BIBLIOGRAFÍA

I. INTRODUCCIÓN

Los denominados *métodos alternativos de resolución de conflictos* (ADR)¹ han cobrado un especial interés en los últimos años, no solo por parte de los ciudadanos y profesionales, que han visto en el cauce jurisdiccional un sistema lento e inadecuado para la resolución definitiva de cierto tipo de controversias, sino también por el propio legislador, que ha visto en ellos un interesante instrumento para descargar de trabajo a la Administración de Justicia.

La actividad desarrollada en el marco de la Unión Europea dirigida a fomentar las denominadas «*alternative dispute resolutions*»² ha sido particularmente intensa en los últimos años tanto desde un punto de vista político como legislativo. Como señala PÉREZ MORIONES³: «Esta actuación no resulta extraña, piénsese que mediante el recurso a las ADR se hace frente a factores como el incremento de la litigiosidad, el retraso en la resolución del procedimiento y el aumento de los gastos de la Administración de Justicia. Pero, además, estos sistemas presentan en sí mismos considerados dos importantes ventajas, tales como la especialidad, la flexibilidad y la confidencialidad. En definitiva, las ADR —dentro de las que se incluye la mediación— constituyen un mecanismo óptimo para satisfacer el derecho fundamental de acceso a la justicia, consagrado en el artículo 6 del Convenio europeo para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales. No se puede olvidar que el derecho de recurso efectivo ha sido elevado a principio general del Derecho comunitario por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas en su Sentencia de 15 de mayo de 1986⁴ e, igualmente, es proclamado en el artículo 47 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea.

A pesar del impulso que en los últimos años ha experimentado la mediación en España en el ámbito de las Comunidades Autónomas, no ha ocurrido lo mismo en el ámbito estatal, ya que hasta la aprobación del Real Decreto-Ley 5/2012 se carecía de una ordenación general de la misma.

El Real Decreto-ley 5/2012, de 5 de marzo constituye la primera norma reguladora de la mediación civil y mercantil a nivel estatal y lo hace en un momento en que la mediación adquiere fuerza como alternativa al proceso judicial o a la vía arbitral, ya que implica un sistema de resolución de conflictos que puede ayudar a fortalecer el derecho a la tutela judicial, manteniendo los Tribunales de Justicia como último remedio y convirtiendo al ciudadano en protagonista activo de la solución de su conflicto.

Este Real Decreto-Ley ha sido derogado por la Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles que constituye la regulación actual de la materia. Asimismo, esta Ley incorpora al Derecho español la Directiva 2008/52/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de mayo de 2008, sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles, que se limita a establecer unas normas mínimas para fomentar la mediación en los litigios transfronterizos. Su regulación es más amplia que el contenido de la Directiva, en línea con la previsión de la Disposición Adicional tercera de la Ley 15/2005, de 8 de julio, por la que se modifica el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de separación y divorcio, en la que se encomendaba al Gobierno la remisión a las Cortes Generales de un proyecto de ley sobre mediación.

La regulación de esta norma contiene un régimen general aplicable a toda mediación que tenga lugar en España y pretenda tener un efecto jurídico vin-

culante, si bien circunscrita al ámbito de los asuntos civiles y mercantiles, como instrumento eficaz para la resolución de controversias cuando el conflicto jurídico afecte a derechos subjetivos de carácter disponible y respetando las previsiones establecidas en la Ley Modelo de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional sobre Conciliación Comercial Internacional del año 2002.

Se trata de una regulación estatal en uso de las competencias que le incumben al Estado en materia de legislación mercantil, procesal y civil *ex* artículo 149.1.6 y 8 de la CE, respetando las disposiciones que dicten las Comunidades Autónomas en el ejercicio de sus competencias⁵.

La mediación entendida como sistema alternativo de resolución de conflictos, está alcanzando una gran importancia en la actualidad, ya que se trata de un procedimiento de fácil tramitación, poco costoso y de corta duración en el tiempo basado en la voluntariedad y libre decisión de las partes y en la intervención del mediador, del que se pretende que ayude a encontrar una solución dialogada y voluntariamente querida por las partes⁶, destaca la nota de flexibilidad frente a la rigidez del procedimiento judicial.

Como ejes de la mediación podemos señalar los siguientes, en primer lugar la desjudicialización de determinados asuntos, ya que se trata de una fórmula de autocomposición⁷ que se configura como un instrumento eficaz para la resolución de controversias cuando el conflicto jurídico afecta a derechos subjetivos de carácter disponible, manteniendo el recurso a los Tribunales de justicia como último remedio en el caso de que las partes enfrentadas no hayan podido llegar a un acuerdo.

El segundo eje 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.

Se regula un modelo de mediación flexible cuya pieza esencial es la figura del mediador que deberá contar con una formación específica que le permita desempeñar su tarea, remitiendo a la vía reglamentaria la especificación y concreción de dicha formación⁸.

El tercer eje de la nueva regulación es la llamada desjuridificación, consistente en no determinar de forma necesaria el contenido del acuerdo restaurativo o reparatorio. Como medidas para favorecer su uso se procura que no tenga repercusión en costas procesales posteriores, que no se permita su planteamiento como una estrategia dilatoria del cumplimiento de las obligaciones contractuales de las partes y que no interrumpa la prescripción, optándose por la suspensión de la misma al iniciarse el procedimiento, con el propósito de eliminar posibles desincentivos y evitar que la mediación pueda producir efectos jurídicos no deseados.

La mediación así entendida, se integra dentro de las llamadas *Alternative Dispute Resolution* (ADR), es decir Sistemas Alternativos de solución de

conflictos, y en la Unión Europea se suelen denominar también con las siglas MASC, Modalidades Alternativas de solución de conflictos.

En el derecho extranjero el sistema anglosajón es paradigma esencial en el movimiento de las ADR como métodos de búsqueda de cauces alternativos al Poder Judicial y las encuestas revelan que el 87% de las fuentes consultadas la utilizan, con porcentajes de éxito que con frecuencia superan el 75%. En países como Alemania que se incardina dentro de los denominados de corte continental, no existe una cultura de la mediación, sin embargo en las últimas décadas se ha experimentado un alza a favor de la misma, al igual que en Austria, Bélgica y Francia.

En España queda un largo camino que recorrer, pero se ha sentado ya la primera piedra con su regulación a nivel estatal a través de la Ley 5/2012 complementada por dos Proyectos de Real Decreto, uno en materia de formación, registro y aseguramiento de la responsabilidad profesional de los mediadores y otro por el que se regula el desarrollo de la mediación por medios electrónicos. Es conveniente que los profesionales del Derecho aprovechemos esta oportunidad para potenciar la mediación como método de resolución extrajudicial de conflictos⁹ y conseguir su asentamiento y desarrollo como instrumento complementario de la Administración de Justicia.

II. CONCEPTO, ÁMBITO DE APLICACIÓN Y EFECTOS

La Ley se estructura en cinco títulos, en el primero bajo la rúbrica de «Disposiciones generales», se regula el concepto, el ámbito material y espacial de la norma, su aplicación a los conflictos transfronterizos, los efectos de la mediación sobre los plazos de la prescripción y caducidad, así como las instituciones de mediación, en los términos que pasamos a exponer.

Se entiende por mediación aquel medio de solución de controversias, cualquiera que sea su denominación, en que dos o más partes intentan voluntariamente alcanzar por sí mismas un acuerdo con la intervención de un mediador. La nota característica es el alcance de los acuerdos por las partes y no por imposición de terceros, como ocurre en los sistemas judicial o arbitral en el que las soluciones las adopta un tercero, ya sea el juez o el árbitro.

Como señala TARRÍO BERJANO¹⁰ supone un procedimiento extrajudicial voluntario y confidencial que se dirige a facilitar la comunicación entre las partes en conflicto, para que gestionen ellas mismas una solución de sus problemas, con la asistencia de un mediador que actúa de forma imparcial y neutral.

Se aplica a las mediaciones en asuntos civiles y mercantiles, incluidos los conflictos transfronterizos, siempre que no afecten a derechos y obligaciones

que no estén a disposición de las partes. Quedan excluidos de su ámbito de aplicación: a) La mediación penal, b) La mediación con las Administraciones Públicas, c) La mediación laboral, d) La mediación en materia de consumo.

El principio dispositivo entraña, como su nombre indica, un poder de disposición por las partes del derecho de acción y del objeto del proceso. Su fundamento hay que encontrarlo en la disponibilidad jurídico-material de los derechos subjetivos en conflicto, por lo que resulta lógico que dicho principio esté presente en todos los procesos en donde se discutan relaciones jurídico-privadas e incluso en aquellos de Derecho público en los que puedan estar comprometidos derechos e intereses de la titularidad de los particulares.

La Ley 5/2012 concibe el acceso a los Tribunales de justicia como un último remedio, en caso de que no sea posible componer la situación por la mera voluntad de las partes y reduciendo su intervención a aquellos supuestos en que las partes enfrentadas no hayan sido capaces de poner fin, desde el acuerdo, a la situación que les afecta. Se ha dicho que la mediación es a la justicia lo que la diplomacia a la política internacional, por lo que debiera considerarse como la primera vía natural de solución de conflictos. A diferencia de lo que ocurre en el proceso, las partes no se enfrentan sino que tratan de aproximarse para intentar descubrir por sí mismas la solución que más les conviene¹¹.

En el proceso judicial se examina el pasado fundándose en las pruebas sobre los hechos acaecidos, mientras que en la mediación, el tercero trabaja para reconciliar los intereses de las partes, ayudándoles a que examinen en el futuro sus intereses y necesidades. Una gran parte del éxito de la mediación se basa en el elevado nivel de satisfacción y acatamiento de los acuerdos¹². El libro Verde se refiere a su función como instrumento al servicio de la paz social¹³.

Si hay elementos extrajeros: se aplica si las partes se someten a él o, en su defecto, cuando al menos una de las partes tenga su domicilio en España y la mediación se realice en territorio español.

Considero que es importante destacar el artículo 4 de la Ley cuya redacción ha sido modificada por la Ley 5/2012 para establecer una mayor concreción en cuanto al momento y duración de la suspensión de la prescripción y la caducidad derivada de la mediación, lo que tiene importantes efectos tanto en el ámbito civil como en el procesal y dice: «La solicitud de inicio de la mediación conforme al artículo 16 suspenderá la prescripción o caducidad de las acciones desde la fecha en la que conste la recepción de dicha solicitud por el mediador, o el depósito ante la institución de mediación en su caso. Si en el plazo de quince días naturales a contar desde la recepción de la solicitud de inicio de la mediación no se firmara el acta de la sesión constitutiva prevista en el artículo 19, se reanudará el cómputo de los plazos.

La suspensión se prolongará hasta la fecha de la firma del acuerdo de mediación o, en su defecto, la firma del acta final, o cuando se produzca la terminación de la mediación por alguna de las causas previstas en esta Ley».

En la Exposición de Motivos de la Ley se alude al marco flexible que se quiere dar a la mediación para favorecer el recurso a la misma, como se manifiesta en la opción de la suspensión de la prescripción cuando tenga lugar el inicio del procedimiento frente a la regla general de su interrupción, con el propósito de eliminar posibles desincentivos y evitar que la mediación produzca efectos jurídicos no deseados.

Pero a los efectos de evitar la utilización de este procedimiento con ánimo dilatorio, se prevé la reanudación del cómputo si transcurridos quince días naturales a contar desde el día en que se entiende comenzada la mediación, no se ha conseguido firmar el acta de la sesión constitutiva.

Se crean *instituciones de mediación*¹⁴ considerándose como tales las entidades públicas o privadas, españolas y extranjeras, y las corporaciones de derecho público que tengan entre sus fines el impulso de la mediación, facilitando el acceso y administración de la misma, incluida la designación de mediadores. Deberán garantizar la transparencia en la designación de mediadores y asumirán subsidiariamente la responsabilidad derivada de su actuación. Darán publicidad de los mediadores que actúen en su ámbito, informando al menos, de su formación, especialidad y experiencia e implantarán sistemas de mediación por medios electrónicos, en especial para aquellas controversias que consistan en reclamaciones dinerarias.

La Disposición Final octava de esta Ley bajo la rúbrica «Desarrollo reglamentario del control del cumplimiento de los requisitos de la mediación exigidos en la Ley» establece que: «El Gobierno, a iniciativa del Ministro de Justicia, podrá prever reglamentariamente los instrumentos que se consideren necesarios para la verificación del cumplimiento de los requisitos exigidos en esta Ley a los mediadores y a las instituciones de mediación, así como de su publicidad. Estos instrumentos podrán incluir la creación de un Registro de Mediadores y de Instituciones de Mediación, dependiente del Ministerio de Justicia y coordinado con los Registros de mediación de las Comunidades Autónomas, y en el que en atención al incumplimiento de los requisitos previstos en este real decreto-ley se podrá dar de baja a un mediador».

De hecho, el Proyecto de Real Decreto de 13 de noviembre de 2012 por el que se desarrolla la Ley de Mediación en asuntos civiles y mercantiles en materia de formación, registro y aseguramiento de la responsabilidad profesional de los mediadores, ya contempla la publicidad de los mediadores que se articula a través de la creación del Registro de Mediadores e Instituciones de Mediación, dependiente del Ministerio de Justicia. La finalidad de este Registro es facilitar la publicidad y transparencia de la mediación y con ello reforzar la confianza de los ciudadanos en este instrumento para la resolución de conflictos de los mediadores profesionales y las instituciones que tengan por objeto el impulso y administración de la mediación. Para conseguir este propósito el Registro de Mediadores e instituciones de Mediación se conforma como una base de datos

informatizada a la que se accede gratuitamente a través de la página web del Ministerio de Justicia. La inscripción en el Registro se configura con carácter voluntario, sin embargo la regulación que se hace del mismo lo convierte en una pieza importante para reforzar la seguridad jurídica en este ámbito, en la medida que la inscripción en el mismo, previa comprobación por los responsables de su gestión del cumplimiento de los requisitos exigidos a los mediadores, permitirá a estos acreditar su condición. A estos efectos podemos recordar la importancia de esta acreditación en relación con cuestiones como la suspensión de plazos de prescripción o de caducidad durante una mediación o que el principio de confidencialidad despliegue sus efectos en un posible proceso posterior entre las partes que previamente recurrieron a la mediación.

III. PRINCIPIOS INFORMADORES DE LA MEDIACIÓN

En el Título II se regulan los principios básicos de la mediación:

1. Voluntariedad y libre disposición: La mediación es voluntaria, aunque, cuando exista un pacto por escrito de acudir a ella, 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. Nadie está obligado a mantenerse en el procedimiento de mediación ni a concluir un acuerdo. Se elimina del texto aprobado toda referencia a «mediación obligatoria».

Por el contrario, el Proyecto de ley contemplaba que la mediación sería obligatoria en los siguientes conflictos en materia civil y mercantil: a) En las reclamaciones de cantidad inferiores a seis mil euros, b) En todos aquellos litigios en los que las partes hubieren acordado someter la resolución de los mismos a mediación, aunque esta obligatoriedad se entendía en el sentido de que lo único obligatorio para las partes era iniciar el proceso de mediación, sin que necesariamente se vieran forzadas a tener que llegar a un acuerdo.

Como vemos, la nueva regulación apuesta por la voluntariedad que es la esencia de la mediación, lo cual ha sido valorado positivamente por los expertos que consideran, en este punto la redacción de la Ley más adecuada que la del Proyecto de Ley anterior¹⁵.

El Derecho positivo español se alinea con la mayoría de los ordenamientos jurídicos de los Estados miembros donde las ADR mantienen su carácter facultativo, bien porque las partes acepten la propuesta de un juez o bien porque una de las partes tome la iniciativa y la otra la acepte¹⁶.

En el Real Decreto-Ley derogado por la Ley 5/2012 se contemplaba de manera acertada, a mi juicio, la invitación del tribunal a recurrir a mediación

en el juicio ordinario, pero dejaba sin regular esta invitación en el caso del juicio verbal y, en este sentido no podemos pasar por alto que a través de este procedimiento se tramitan las demandas en materia de separación o divorcio, en las que puede ser muy útil la invitación del tribunal a recurrir a mediación familiar. Esta situación cambia con la regulación definitiva contemplada en la Ley 5/2012. La disposición final tercera contempla las correspondientes modificaciones en la LEC, y mediante la modificación del artículo 440 de dicha Ley se incorpora al juicio verbal la misma previsión del juicio ordinario, determinando que una vez admitida la demanda y el secretario judicial cite a las partes para la celebración de la vista, se informe en la citación de la posibilidad de recurrir a una negociación para intentar solucionar el conflicto, incluido el recurso a una mediación. Incorpora a la vista del juicio verbal la misma previsión que la de la audiencia previa del juicio ordinario, regulando la posibilidad de que el tribunal durante el desarrollo de la vista, en atención al objeto del proceso, pueda 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, pudiendo las partes de común acuerdo solicitar la suspensión del proceso para someterse a mediación o arbitraje.

2. Igualdad de las partes e imparcialidad de los mediadores: se garantizará que las partes intervengan con plena igualdad de oportunidades, manteniendo el equilibrio entre sus posiciones y el respeto hacia los puntos de vista expresados por ellas. Este derecho se traduce en el deber del mediador de no actuar en perjuicio o interés de cualquiera de ellas.

3. Neutralidad: las actuaciones de mediación se desarrollarán de forma que permitan a las partes en conflicto alcanzar por sí mismas un acuerdo, configurándose el mediador como una figura neutral que no interviene en la adopción de los acuerdos.

4. Confidencialidad: Es importante resaltar el deber de confidencialidad que debe presidir el uso de la mediación, ya que si el intento de las partes no llega a buen término no se puede utilizar lo que allí se haya dicho o se haya aportado documentalmente.

Así el artículo 9 señala que todo lo relativo al procedimiento y documentación utilizada en la mediación es confidencial¹⁷ y este deber se extiende al mediador que quedará protegido por el secreto profesional, a las instituciones de mediación y a las partes intervinientes las cuales no pueden revelar la información que hubieran podido obtener derivada del procedimiento. Se señalan dos excepciones a esta regla: que las partes de manera expresa y por escrito dispensen del deber de confidencialidad y cuando mediante resolución judicial motivada, sea solicitada por los jueces del orden jurisdiccional penal. La infracción del deber de confidencialidad generará responsabilidad en los términos previstos en el ordenamiento jurídico. Se echa en falta una mayor concreción relativa a dicha responsabilidad.

5. Igualdad de oportunidades para las personas con discapacidad. La disposición adicional cuarta introducida por Ley 5/2012 regula, para su adaptación a la Convención de Derechos de las Personas con Discapacidad de las Naciones Unidas, la igualdad de oportunidades para las personas con discapacidad en los procedimientos de mediación, garantizando la accesibilidad de los entornos, la utilización de la lengua de signos y los medios de apoyo a la comunicación oral, el braille, la comunicación táctil o cualquier otro medio o sistema que permita a las personas con discapacidad participar plenamente en el proceso.

Las partes pueden organizar la mediación de la forma que tengan por conveniente, respetando en todo caso sus principios básicos y actuando conforme a los principios de lealtad, buena fe y respeto mutuo, con una actitud de colaboración y apoyo al mediador, pasando de las posiciones de enfrentamiento a las de colaboración y compromiso. Ya que las partes se someten voluntariamente a resolver sus conflictos a través de esta vía, durante la sustanciación de la mediación no podrán interponer entre sí ninguna acción judicial o extrajudicial en relación con su objeto, con excepción de la solicitud de las medidas cautelares u otras medidas urgentes imprescindibles para evitar la pérdida irreversible de bienes y derechos. Si alguna de las partes ejercitara dicha acción, la otra mediante el ejercicio de la acción declinatoria, podrá comunicar a los jueces que no pueden conocer de la controversia durante el tiempo que dure la mediación (posibilidad procesal que no se contemplaba en el proyecto anterior).

IV. ESTATUTO DEL MEDIADOR

El Título III contiene el estatuto mínimo del mediador, determinando los requisitos que deben cumplir y los principios de su actuación.

Pueden ser mediadores las personas naturales que se hallen en el pleno ejercicio de sus derechos civiles, siempre que no se lo impida la legislación a la que puedan estar sometidos en el ejercicio de su profesión.

Las personas jurídicas que se dediquen a la mediación, sean sociedades profesionales o cualquier otra prevista por el ordenamiento jurídico, deberán designar para su ejercicio a una persona natural que reúna los requisitos previstos en esta Ley.

El mediador deberá estar en posesión de título oficial universitario o de formación profesional superior y contar con una formación específica adquirida mediante la realización de uno o varios cursos específicos impartidos por instituciones debidamente acreditadas, que tendrán validez para el ejercicio de la actividad mediadora en cualquier parte del territorio nacional (su desarrollo tendrá lugar reglamentariamente como nos indica la disposición final octava)¹⁸.

El Proyecto de Real Decreto de 13 de noviembre de 2012, anteriormente citado, por el que se desarrolla la Ley de Mediación en asuntos civiles y mer-

cantiles, contiene una regulación específica sobre la formación del mediador para garantizar que la mediación se lleve a cabo de forma eficaz, imparcial y competente. Este Real Decreto parte de una concepción abierta de la formación, estableciendo una serie de requisitos que con carácter general han de estar relacionados con la titulación del mediador, su experiencia profesional y el ámbito en el que preste sus servicios. La duración mínima de la formación específica será de 50 horas y los mediadores deberán realizar actividades de formación continua, de carácter eminentemente práctico, al menos, una vez cada cinco años, la cual tendrá una duración mínima de 20 horas.

Además han de suscribir un seguro o garantía equivalente que cubra la responsabilidad civil derivada de su actuación¹⁹, incurriendo en responsabilidad por los daños y perjuicios causados por mala fe, temeridad o dolo²⁰. Con la Ley 5/2012 se suprime la referencia a la responsabilidad subsidiaria de las instituciones de mediación derivada de su actuación, que contenía el artículo 5 del Real Decreto-Ley, limitando y concretando más esa responsabilidad a la designación del mediador o incumplimiento de las obligaciones que les incumben.

Este contrato de seguro de responsabilidad civil o garantía equivalente se encuentra también regulado en el Proyecto de Real Decreto-Ley de 13 de noviembre de 2012, dicha regulación se limita a una previsión de la cobertura del seguro, la cual comprende los daños y perjuicios ocasionados por el incumplimiento de los principios que le vinculan y que son los de imparcialidad y confidencialidad, a los que hay que sumar los derivados de la comisión de errores o de la pérdida de documentos.

Los abogados tenemos un papel importante en sede de mediación y se trata de una materia en la que el asesoramiento legal puede llegar a ser muy eficaz. Es significativa la expresión de Henssler/Schwackenberg²¹ cuando señala que la mediación representa la actividad originaria de la abogacía. Considero que es importante delimitar el papel del abogado en la mediación, diferenciando las funciones del abogado como representante de los intereses de una parte y del abogado mediador con una función de aproximar las posiciones encontradas de las partes pero que no representa los intereses de ninguna de ellas.

La actuación del mediador se basa en los siguientes puntos:

1. Facilitará la comunicación entre las partes y velará porque dispongan de la información y el asesoramiento suficientes. Por lo tanto, si las partes lo desean pueden estar asistidas por abogado, organizando su presencia y su intervención de la manera que tengan por conveniente, respetando siempre los principios básicos de la mediación.
2. Desarrollará una conducta activa tendente a lograr el acercamiento entre las partes.
3. Podrá renunciar a desarrollar la mediación, con obligación de entregar un acta a las partes en la que conste aquélla.

4. Toda su actuación debe estar presidida por la nota de imparcialidad, si no es así no podrá iniciar la mediación o deberá abandonarla. A tal efecto, antes de iniciar o de continuar su tarea debe revelar a las partes cualquier circunstancia que pueda afectar a dicha imparcialidad o que pueda generar un conflicto de intereses, deber que permanece a lo largo de todo el procedimiento de mediación.

Es importante fomentar la elaboración de códigos de conducta voluntarios, así como la adhesión de los mediadores y de las instituciones de mediación a los mismos.

Se regula el ámbito de responsabilidad de los mediadores, lo que les obliga como hemos visto a suscribir un seguro de responsabilidad civil. La aceptación de la mediación obliga a los mediadores a cumplir fielmente el encargo, incurriendo si no lo hicieren, en responsabilidad por los daños y perjuicios que causaren por mala fe, temeridad o dolo. Se concede a los perjudicados la posibilidad de ejercitar una acción directa contra el mediador y en su caso, la institución de mediación que corresponda con independencia de las acciones de reembolso que asistan a ésta contra los mediadores. La responsabilidad de la institución de mediación derivará de la designación del mediador o del incumplimiento de las obligaciones que le incumben.

El coste del procedimiento se divide por igual entre las partes, con independencia de que haya concluido o no en acuerdo, salvo pacto en contrario (sin perjuicio de que, como señala la disposición adicional segunda, las Administraciones Públicas competentes puedan incluir la mediación dentro del asesoramiento y orientación gratuitos previos al proceso, en la medida que permita reducir tanto la litigiosidad como sus costes).

El mediador o las instituciones de mediación podrán exigir a las partes la provisión de fondos que estimen necesaria y decidir dar por finalizado el proceso, si ésta no se realiza. No obstante, si alguna de las partes no hubiera realizado su provisión, el mediador o la institución antes de acordar la conclusión, lo comunicará a las demás partes, por si tuvieran interés en suplirla dentro del plazo que hubiera sido fijado.

V. EL PROCEDIMIENTO DE MEDIACIÓN

1. SOLICITUD DE INICIO

El procedimiento se inicia a petición de las dos partes de común acuerdo, en este caso la solicitud incluirá la designación del mediador o la institución de mediación en la que llevarán a cabo la mediación, el lugar en el que se desarrollen las sesiones y la lengua de las actuaciones. También podrá iniciarse por una de

las partes en cumplimiento de un pacto ya existente entre ellas de sometimiento a mediación. La solicitud se formula ante las instituciones de mediación o ante el mediador propuesto por una de las partes o designado por ellas.

Cuando se inicie la 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». Recordemos que la solicitud de mediación suspende la prescripción o la caducidad de las acciones en base al artículo 4 de la Ley como hemos visto antes.

2. SESIÓN INFORMATIVA

Recibida la solicitud, el mediador citará a las partes a una sesión informativa. El contenido de dicha información versará sobre las posibles causas que puedan afectar a su imparcialidad, su profesión y experiencia, las características de la mediación, su coste, la organización del procedimiento, las consecuencias jurídicas del acuerdo, así como el plazo para firmar el acta de la sesión constitutiva. La inasistencia injustificada de cualquiera de las partes a la sesión informativa se entiende como desistimiento de la mediación.

Las instituciones de mediación podrán organizar sesiones informativas abiertas para aquellas personas que pudieran estar interesadas en acudir a este sistema de resolución de controversias, pero que en ningún caso sustituirán a la información anteriormente aludida.

3. SESIÓN CONSTITUTIVA

El procedimiento comienza mediante una sesión constitutiva en la que las partes expresarán su deseo de desarrollar la mediación y dejarán constancia de los siguientes aspectos:

- a) La identificación de las partes
- b) La designación del mediador y, en su caso de la institución o la aceptación del designado por una de las partes.
- c) El objeto del conflicto que se somete a mediación
- d) El programa de actuaciones y la duración máxima prevista para el desarrollo del procedimiento, sin perjuicio de su posterior modificación.
- e) Coste de la mediación, con indicación separada de los honorarios del mediador y de otros posibles gastos
- f) La declaración de aceptación voluntaria por las partes de la mediación y de que asumen las obligaciones de ella derivadas.
- g) El lugar de celebración y la lengua del procedimiento

De la sesión constitutiva se levanta un acta, que será firmada tanto por las partes como por el mediador o mediadores. En otro caso, dicha acta declarará que la mediación se ha intentado sin efecto.

4. DESARROLLO DE LAS ACTUACIONES DE MEDIACIÓN

La duración del procedimiento será lo más breve posible concentrándose en el número mínimo de sesiones.

Como vemos no se fija un plazo concreto, a diferencia de la regulación contenida en el Proyecto de Ley que establecía que: «La duración máxima del procedimiento será de dos meses a contar desde la fecha de la firma de acta de la sesión constitutiva, prorrogables con carácter excepcional y de común acuerdo de las partes por un mes más». No obstante, en base a lo dispuesto en el artículo 22.1 es posible que al inicio del procedimiento las partes fijen un plazo máximo de duración del intento de mediación, transcurrido el cual se dará a este por finalizado.

El mediador convocará a las partes para cada sesión con la antelación necesaria, dirigirá las sesiones y facilitará la exposición de sus posturas y su comunicación de modo igual y equilibrado.

El mediador puede celebrar reuniones por separado con alguna de las partes, debiendo comunicarlo a las demás y, sin perjuicio de la confidencialidad de lo tratado. El mediador no podrá comunicar ni distribuir la información que la parte le hubiera aportado, salvo autorización expresa de esta.

5. TERMINACIÓN DEL PROCEDIMIENTO

El procedimiento puede terminar llegando a un acuerdo o sin conseguirlo, en ambos casos se devuelven a las partes los documentos aportados; con los que no haya que devolver se forma un expediente que deberá conservar y custodiar el mediador o, en su caso, la institución de mediación, una vez terminado el procedimiento, por un plazo de cuatro meses (se reduce este plazo ya que en la regulación del Real Decreto-Ley era de seis meses).

La mediación termina sin llegar a un acuerdo cuando todas o alguna de las partes ejerzan su derecho a dar por terminadas las actuaciones, informando al mediador, cuando haya transcurrido el plazo máximo acordado para la duración del procedimiento, así como cuando el mediador aprecie de manera justificada que las posturas de las partes son irreconciliables o concurra cualquier otra causa que determine su conclusión.

La renuncia del mediador solo produce la terminación del procedimiento cuando no se llegue a nombrar un nuevo mediador.

El acta final determinará la conclusión del procedimiento y, en su caso, reflejará los acuerdos alcanzados de forma clara y comprensible, o su finalización por cualquier otra causa. Deberá ser firmada por todas las partes y por el mediador o mediadores y se entregará un ejemplar original a cada una de ellas. En caso de que alguna de las partes no quiera firmar el acta, el mediador hará constar en la misma esta circunstancia, entregando un ejemplar a las partes que lo deseen.

VI. LA MEDIACIÓN DESARROLLADA POR MEDIOS ELECTRÓNICOS

La mediación electrónica es uno de los métodos de ODR, es decir, *Online Dispute Resolution (methods)*, métodos de solución de disputas en línea a través de Internet.

El acrónimo ODR es muy parecido a ADR, si bien no significan lo mismo ya que ADR alude a las modalidades alternativas de solución extrajudicial de conflictos (negociación, mediación, arbitraje y conciliación) y viene a ser un género dentro del cual el ODR es una especie que se caracteriza por la utilización de una herramienta muy concreta, Internet. El ODR, por su parte, comprende diversas modalidades: mediación electrónica, arbitraje electrónico, negociación electrónica asistida y negociación electrónica automatizada.

Todos los ODR necesitan una plataforma de gestión de expedientes de solución de conflictos a través de web y entre todas las modalidades de ODR, la mediación electrónica es la que requiere mayor complejidad técnica²².

La podemos definir como un procedimiento de mediación que se desarrolla en una plataforma de gestión de expedientes de solución de conflictos, a través de web. Por lo demás, la mediación electrónica tiene el mismo concepto, principios y características esenciales de la mediación, solo introduce una especialidad en cuanto al medio del que se sirven mediador y partes para desarrollar el procedimiento de mediación.

Tiene sus orígenes en Estados Unidos a partir del año 1995 y, a pesar del poco tiempo transcurrido desde su aparición se ha podido observar un enorme desarrollo de los sistemas de mediación electrónica en ese país, en el que la mediación ha sido permeable a la influencia de las nuevas tecnologías. Estas han facilitado la gestión de los profesionales de la mediación y han permitido ampliar las posibilidades de comunicación, al superar las barreras de presencialidad, condicionada por los factores del tiempo y de lugar.

No es conveniente que Europa desperdicie la oportunidad de incorporar también las nuevas tecnologías a los procedimientos de solución extrajudicial de conflictos y, en este sentido, la Directiva 2008/52/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de la Unión Europea, de 21 de mayo de 2008, declara expresamente que: «La presente Directiva no debe impedir en modo alguno la

utilización de las nuevas tecnologías de comunicaciones en los procedimientos de mediación».

En coherencia con ello, el artículo 24 de la Ley 5/2012 contempla la posibilidad de que todas o alguna de las actuaciones de mediación incluida la sesión constitutiva y las sucesivas que estimen conveniente, se lleven a cabo por medios electrónicos, por videoconferencia u otro medio análogo de transmisión de la voz o la imagen, siempre que quede garantizada la identidad de los intervinientes y el respeto a los principios de la mediación previstos en este RDL.

La mediación que consista en una reclamación de cantidad que no exceda de 600 euros se desarrollará preferentemente por medios electrónicos, salvo que el empleo de estos mecanismos no sea posible para alguna de las partes. En el caso de personas con discapacidad, los medios electrónicos a los que se refiere este artículo 24 deberán atenerse a las condiciones de accesibilidad previstas en la Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y del comercio electrónico *ex* Disposición Adicional cuarta de la Ley 5/2012.

La voluntad del Gobierno es, además como señala la Disposición Final séptima, promover su generalización en reclamaciones de cantidad que no excedan de 600 euros a través de un procedimiento de mediación simplificado y muy breve (duración máxima de un mes) que se desarrollará exclusivamente por medios electrónicos. Las posiciones 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 la institución de mediación facilitará a los interesados.

Pero hay que tener en cuenta que si se trata de asuntos de consumo, esta medida no se aplicaría a consumidores y usuarios, ya que la Ley 5/2012 excluye expresamente de su ámbito de aplicación la mediación en materia de consumo.

El Proyecto de Real Decreto de 13 de noviembre de 2012 regula el desarrollo de la mediación por medios electrónicos, la unión de estos dos elementos, mediación y nuevas tecnologías, da lugar a mecanismos de resolución electrónica de disputas a los que se ha de dotar de la necesaria seguridad jurídica y técnica que contribuya a la extensión de su utilización. Los procedimientos de mediación electrónica se sirven de tecnologías que ya existían con anterioridad, es decir, que no han sido creados específicamente para la mediación, así como de otras propias que permiten la estructuración misma del sistema. En este sentido, son varios los canales y sistemas de los que la mediación electrónica puede hacer uso, como los medios de comunicación simultánea (síncrona) o sucesiva (asíncrona). La tecnología se convierte así en un elemento clave para incrementar las ventajas propias de la mediación, ya que incide en la rapidez, la efectividad y la disminución de los costes. Por todo ello, se hace necesario lograr sistemas electrónicos fiables, compatibles con la cultura tecnológica de los ciudadanos y que generen confianza, promoviendo su utilización.

Los mediadores e instituciones de mediación serán responsables de asegurar el correcto funcionamiento del procedimiento de mediación por medios electrónicos, así como el respeto a los principios recogidos en la Ley de mediación en asuntos civiles y mercantiles, especialmente en lo relativo a la seguridad y confidencialidad de todo el proceso.

La transparencia juega, asimismo, un papel fundamental en el desarrollo del procedimiento. Las partes deberán poder acceder a la información facilitada por el mediador o la institución de mediación en su página web, a fin de conocer aspectos tales como la normativa aplicable, la identidad del mediador o institución de mediación, en qué consiste y qué coste supone el procedimiento y las consecuencias jurídicas del acuerdo de mediación, entre otros. Asimismo, toda la información disponible deberá ser accesible a personas con discapacidad.

La seguridad del procedimiento se ve reforzada, además, por la utilización de los sistemas acreditativos de la identidad que regula la Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de firma electrónica, y por la exigencia de que todas las comunicaciones generen un justificante que permita su archivo o impresión. Dicho justificante reflejará la fecha y hora que servirán de base para la contabilización de los plazos. Se establece, por otro lado, que las comunicaciones se entenderán rechazadas en casos de que transcurran diez días naturales sin que se produzca el acceso a los mismos, salvo que haya sido imposible tal acceso por problemas técnicos.

El procedimiento de mediación por medios electrónicos es coherente con la flexibilidad y autonomía de la institución, por lo que únicamente podrá llevarse a cabo cuando las partes expresamente lo consientan. Igualmente, se prevé la posibilidad de que un procedimiento presencial se convierta en electrónico y, al contrario, un procedimiento electrónico podrá transformarse en presencial. En cualquier caso, existe la posibilidad de realizar procesos mixtos, que serían aquellos en los cuales parte de las actuaciones se realizan de forma presencial y parte se realizan de forma electrónica.

VII. EL ACUERDO DE MEDIACIÓN Y SU FORMALIZACIÓN EN TÍTULO EJECUTIVO

1. EL ACUERDO DE MEDIACIÓN

El acuerdo de mediación puede recaer sobre una parte o sobre la totalidad de las medidas sometidas a mediación. En cuanto a su contenido es necesario que en el mismo conste: la identidad y el domicilio de las partes, el lugar y fecha en que se suscribe, las obligaciones que cada parte asume, la indicación del mediador o mediadores que han intervenido y, en su caso de la institución.

En cuanto a la forma, el acuerdo se firmará por las partes o sus representantes (se elimina el inciso que establecía la obligación de presentarlo al mediador, en el plazo máximo de diez días desde el acta final, para su firma). Del acuerdo de mediación se entregará un ejemplar a cada una de las partes, reservándose otro el mediador para su conservación.

El mediador informará a las partes del carácter vinculante del acuerdo alcanzado y de que pueden instar su elevación a escritura pública al objeto de configurar su acuerdo como título ejecutivo, aplicándose el arancel mínimo de los documentos sin cuantía²³.

Contra lo convenido en el acuerdo de mediación solo podrá ejercitarse la acción de nulidad por las causas que invalidan los contratos.

2. EJECUCIÓN DE LOS ACUERDOS

Para que la mediación llegue a ser un verdadero método alternativo de resolución de conflictos, es necesario reforzar su eficacia atribuyendo carácter ejecutivo a los acuerdos a los que se llegue. Esta es la idea que ha seguido la normativa comunitaria a través de su Directiva 2008/52/CE la cual señala en su artículo 6 que los Estados miembros deben garantizar que las partes o una de ellas con el consentimiento explícito de las demás, puedan solicitar que se dé carácter ejecutivo al contenido de un acuerdo escrito resultante de la mediación. De esta manera se conseguirá garantizar la verdadera eficacia de la mediación como método alternativo al proceso judicial para la solución de las controversias evitando que se convierta en un simple proceso previo al proceso judicial. Para que se dé carácter ejecutivo al acuerdo es preciso que no sea contrario al Derecho del Estado miembro donde se formule la solicitud²⁴.

La Ley 5/2012 también ha seguido esta orientación regulando en su Título V la formalización del título ejecutivo y señalando que las partes podrán elevar a escritura pública el acuerdo alcanzado tras un procedimiento de mediación. El acuerdo de mediación se presentará por las partes ante un notario acompañado de copia de las actas de la sesión constitutiva y final del procedimiento, sin que sea necesaria la presencia del mediador. Para que tenga lugar la elevación a escritura pública del acuerdo de mediación, el notario verificará el cumplimiento de los requisitos exigidos en esta Ley y que su contenido no es contrario a Derecho.

Cuando el acuerdo de mediación haya de ejecutarse en otro Estado, además de la elevación a escritura pública, será necesario el cumplimiento de los requisitos que, en su caso, puedan exigir los Convenios Internacionales en que España sea parte y las normas de la Unión Europea. Se contempla también la posibilidad de que las partes soliciten del tribunal la homologación judicial si la mediación se hubiera iniciado con posterioridad al inicio de un procedimiento judicial.

Siguiendo esta línea, es importante destacar la modificación que hace el RDL del artículo 517 de la LEC que otorga el carácter de título que lleva aparejada ejecución a «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». A diferencia de la actual redacción, el Proyecto otorgaba al acuerdo de mediación, documentado en forma no fehaciente, «eficacia ejecutiva» y establecía que «será título suficiente para instar la ejecución forzosa en los términos previstos en la LEC, siempre que a la demanda ejecutiva se acompañe copia de las actas de la sesión constitutiva y final del procedimiento», lo que había sido muy criticado por parte de la doctrina.

En este sentido, GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO dice: «Carece de sentido atribuir carácter ejecutorio a documentos firmados por personas que no ejercen función pública alguna y cuya garantía de autenticidad es inexistente o muy débil, y que no tienen por qué tener preparación jurídica y de hecho no es usual que la tenga. Al hacerlo, además, se produce el efecto de la desnaturalización de la ejecución forzosa, por la necesidad de realización de un control de legalidad en algún momento, con el resultado previsible de conversión de la ejecución en proceso de cognición. Pero lo más asombroso es que se equipare el acuerdo de mediación con la sentencia o el laudo arbitral y no se haga con la escritura pública, cuya posibilidad de ejecución —como sabemos— se encuentra severamente cercenada»²⁵.

Como vemos la formalización del acuerdo de mediación en escritura pública para que tenga eficacia ejecutiva, es lo que más difiere del proyecto de ley de 2011. En el texto finalmente aprobado se suprimen las referencias que el mencionado proyecto hacía, tanto a la protocolización del acuerdo a instancia de una sola de las partes y a la eficacia de cosa juzgada del título como a las referencias procesales del ejercicio de la acción de nulidad del acuerdo de mediación o a la posibilidad de acudir al trámite procesal de revisión del título.

En lo referente a la forma para su ejecución, se añade un nuevo párrafo al apartado 1 del artículo 539: «Para la ejecución derivada de un acuerdo de mediación o un laudo arbitral se requerirá la intervención de abogado y procurador siempre que la cantidad por la que se despache ejecución sea superior a 2000 euros».

En cuanto a la competencia, la ejecución de los acuerdos resultado de una mediación iniciada estando en curso un proceso corresponderá al Tribunal que homologó el acuerdo. En los demás casos, será competente el Juzgado de Primera Instancia del lugar en que se haya firmado el acuerdo de mediación, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 545.2 de la LEC.

En materia de ejecución de los acuerdos de mediación transfronterizos, distinguimos dos supuestos en base a lo establecido en el artículo 27 de la Ley 5/2012:

a) Acuerdo de mediación con fuerza ejecutiva en otro Estado: Sin perjuicio de lo que dispongan la normativa de la Unión Europea y los convenios internacionales vigentes en España, un acuerdo de mediación que ya hubiera adquirido fuerza ejecutiva en otro Estado solo podrá ser ejecutado en España cuando tal fuerza ejecutiva derive de la intervención de una autoridad competente que desarrolle funciones equivalentes a las que desempeñan las autoridades españolas.

b) Acuerdo de mediación sin declaración de fuerza ejecutiva en otro Estado: Un acuerdo de mediación que no haya sido declarado ejecutable por una autoridad extranjera solo podrá ser ejecutado en España previa elevación a escritura pública por notario español a solicitud de las partes, o de una de ellas con el consentimiento expreso de las demás.

Como excepciones a la ejecución podemos señalar la siguiente: 1.— Los documentos extranjeros no podrán ser ejecutados cuando resulten manifiestamente contrarios al orden público español. Desaparece el artículo 28 del Real Decreto-Ley donde se aludía a que no podrán ejecutarse los acuerdos de mediación cuyo contenido sea contrario a Derecho.

c) Posibilidad de oposición a la ejecución. Cabe la posibilidad de que el ejecutado se oponga a la ejecución del acuerdo de mediación, en este caso la nueva redacción del artículo 556 de la LEC señala que: «Si el título ejecutivo fuera una resolución procesal o arbitral de condena o un acuerdo de mediación, el ejecutado dentro de los diez días siguientes a la notificación del auto en que se despacha ejecución, podrá oponerse a ella por escrito alegando el pago o cumplimiento de lo ordenado en la sentencia, laudo o acuerdo que habrá de justificar documentalmente».

También cabe la oposición por defectos procesales *ex* artículo 559.1.3 LEC cuando el acuerdo de mediación no cumpla los requisitos legales exigidos para llevar aparejada ejecución, o por infracción, al despacharse ejecución, de lo dispuesto en el artículo 520.

Para impulsar la mediación y, en coherencia con lo manifestado en la Exposición de Motivos de promover la desjudicialización de determinados asuntos, la disposición adicional segunda establece el compromiso de las Administraciones Públicas competentes para la provisión de medios materiales al servicio de la Administración de justicia de poner a disposición de los órganos judiciales y del público de información sobre la mediación como alternativa al proceso judicial. También se procurará incluir la mediación dentro del asesoramiento y orientación gratuitos previos al proceso.

Finalmente, la Ley contiene unas disposiciones finales que regulan el encaje de la mediación con los procedimientos judiciales. Así se reforma la Ley 3/1993, de 22 de marzo, Básica de las Cámaras Oficiales de Comercio, Industria y Navegación, para incluir entre sus funciones, junto al

arbitraje, la mediación, permitiendo así su actuación como instituciones de mediación. Se introducen modificaciones en la LEC para favorecer la interrelación entre la mediación y el proceso civil, reforzando la eficacia de esta institución:

- Se regula la facultad de las partes para disponer del objeto del juicio y someterse a mediación.
- Se recoge la posibilidad de que el juez invite a las partes a llegar a un acuerdo mediante la mediación y, a tal fin se informen de la posibilidad de recurrir a la mediación.
- Se prevé la declinatoria como remedio frente al incumplimiento de los pactos de sometimiento a mediación o frente a la presentación de una demanda estando en curso la misma.
- Se incluye el acuerdo de mediación debidamente elevado a escritura pública dentro de los títulos que dan derecho al despacho de la ejecución.
- No se podrá solicitar dictamen a un perito que hubiera intervenido en una mediación relacionada con el mismo asunto, salvo acuerdo en contrario de las partes.
- Se modifican los artículos 438.3, 440.1 y 443.3 relativos al juicio verbal

VIII. CONCLUSIONES

La regulación en España de la institución de la mediación nos ofrece una gran oportunidad para la consolidación de la práctica colaborativa entre abogados, mediadores y, en general todos los operadores jurídicos.

Considero que con esta regulación se va a impulsar este método de resolución extrajudicial de conflictos que es beneficioso para nuestra sociedad y que puede contribuir y así lo deseamos a la mejora y a la modernización de nuestra justicia, pero todavía estamos muy lejos de conseguir que llegue a descongestionar los juzgados y tribunales.

Desde el punto de vista empresarial, esta norma es especialmente relevante por su intención de crear una herramienta flexible a la hora de poner fin a conflictos entre empresarios. La adopción de esta normativa encaja aún más, si cabe, con las nuevas necesidades que imperan en la economía, es decir, la adaptabilidad a las circunstancias o la rapidez y agilidad entre procesos en otras.

Los distintos profesionales del derecho, Abogados, Registradores, Notarios y docentes debemos esforzarnos por conocer este método autocompositivo de resolución de conflictos, para lo que es importante una buena formación específica que nos permita aconsejarlo a nuestros clientes ayudándoles a encontrar la mejor solución al problema planteado.

Es necesario que los mediadores cuenten con una formación completa que les dé las competencias y las habilidades necesarias para conseguir el mayor de los éxitos en el ejercicio de sus funciones y que dispongamos de unos principios informadores comunes junto con un procedimiento flexible y sencillo, como ya fue puesto de manifiesto hace unos años por el Informe del Parlamento Europeo de 15 de julio de 2001 sobre aplicación de la Directiva sobre la mediación en los Estados miembros, su impacto en la mediación y su aceptación por los Tribunales.

Las funciones notarial y registral destinadas a dotar de seguridad jurídica preventiva a nuestro sistema inmobiliario cuya finalidad última es evitar la producción de litigios tienen un importante papel que desempeñar en materia de mediación. En esta línea, el Colegio Notarial de Madrid ha creado el primer centro integral de resolución de conflictos, «La fundación Notarial SIGNUM para la Resolución Alternativa de Conflictos» que tiene «el objetivo de difundir y promover la resolución rápida y eficiente de diversos conflictos, con especial foco en los de carácter civil y mercantil, de forma externa o complementaria a la vía judicial, mediante un servicio completo a los interesados durante todo el proceso que permita canalizar la experiencia, profesionalidad, neutralidad y buen hacer del colectivo notarial hacia estas actividades. Se facilita así una alternativa profesional y rápida, que nos acerca a otros países desarrollados en el uso de estos instrumentos»²⁶.

De la misma manera, los Abogados tenemos una importante función en esta materia, como analistas jurídicos y asesores legales de nuestros clientes, potenciando el recurso a la misma como alternativa a la vía judicial, evitando cuando sea posible las consecuencias del pleito y anticipando soluciones para las partes en conflicto. Tenemos una oportunidad única de contribuir a desarrollar medios de solución de conflictos basados en la cooperación.

Comparto las palabras de R. GARCÍA ÁLVAREZ, cuando señala: «El éxito de la mediación depende de una abogacía fuerte, socialmente comprometida y activamente implicada en su desarrollo. La recuperación de los valores éticos más característicos de su paradigma profesional, la adaptación de sus conocimientos, la adquisición de nuevas habilidades y, sobre todo, un cambio hacia un enfoque de resolución de conflictos y pacificación de controversias diferente al tradicional de la litigación da lugar a la emergencia de un nuevo modelo de abogado que tiene ante sí uno de los retos profesionales más interesantes de los últimos tiempos: convertirse en un especialista en resolución de conflictos, en suma, un líder constructor de consenso al servicio de la sociedad»²⁷.

IX. BIBLIOGRAFÍA

BARONA VILAR, S.: «El movimiento de las ADR en Derecho Comparado» en *Violencia de género, justicia restaurativa y mediación*, editorial La Ley, Madrid, 2011, págs. 455 a 500.

- «Solución extrajudicial de conflictos en el ámbito empresarial: negociación, mediación y arbitraje», en *Mediación: un método de conflictos. Estudio interdisciplinar*, ed. Colex, Madrid, 2010.
- CASADO ROMÁN, J.: «La mediación civil y mercantil en el ámbito del Derecho comunitario», *Diario La Ley*, n° 7419, 8 de junio de 2010.
- CUCARELLA GALIANA, L. A.: «La mediación en Derecho Privado en el contexto de las otras fórmulas de resolución de controversias distintas al proceso», *Revista General de Derecho Procesal*, n° 26, enero 2012.
- «La invitación del Tribunal a las partes para que recurran a mediación», *Revista General de Derecho Procesal*, n° 28, octubre 2012.
- DE LA OLIVA SANTOS, A.: «Mediación y justicia: Síntomas patológicos», *Otrosí*, n° 8, octubre-diciembre 2011, págs. 7 a 14.
- DE LA VEGA JUSTRIBÓ, B.: «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», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, n° 733, septiembre-octubre 2012, págs. 2972 a 2997.
- GARBAYO, J.: «Constituida la Fundación SIGNUM», en *Revista del Notario del siglo XXI*, n° 42, marzo-abril 2012.
- GARCÍA ÁLVAREZ, R.: «Mediación y Abogados: un nuevo paradigma profesional», *Otrosí*, n° 11, julio-septiembre 2012, págs. 37 a 44.
- «La mediación civil y mercantil en el Real Decreto-ley 5/2012», *Diario La Ley*, n° 7828, 29 de marzo 2012.
- «Guía de mediación para abogados», *Diario La Ley*, n° 7828, 29 de marzo de 2012.
- GÓMEZ GALLIGO, J.: «La mediación registral» en *La mediación: Presente, pasado y futuro de una institución jurídica*, ed. Netbiblo, La Coruña, 2010, págs. 199 a 213.
- GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, N.: «La limitada ejecutoriedad de la escritura pública: incoherencia del sistema», *Revista del Notario del siglo XXI*, n° 38, julio-agosto, 2011.
- GUTIÉRREZ SANZ, M. R.: «La cuestión declinatoria en el Real Decreto-Ley 5/2012, de 5 de marzo, de mediación en asuntos civiles y mercantiles», *Diario La Ley*, n° 7871, 1 de junio de 2012.
- HUALDE MANSO, T. (Directora): «La mediación en asuntos civiles y mercantiles», ed. La Ley, Madrid, 2013.
- MAGRO SERVET, V.: «La incorporación al Derecho español de la Directiva 2008/52/CE por el Real Decreto-Ley 5/2012, de 5 de marzo, de mediación en asuntos civiles y mercantiles», *Diario La Ley*, n° 7852, 7 de mayo de 2012.
- MUNNÉ CATARINA, F. y VIDAL TEIXIDÓ, A.: «La mediación. Resolución pacífica de conflictos. Régimen jurídico y eficacia procesal», ed. La Ley, Madrid, 2013.
- ORTIZ PRADILLO, J.C.: «La mediación en la Unión Europea: La Directiva sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles», en *Mediación: Un método de conflictos. Estudio interdisciplinar* (dir. González-Cuéllar Serrano, N.), ed. Colex, Madrid, 2010.
- «La mediación en asuntos civiles y mercantiles: Propuestas para la incorporación de la Directiva 2008/52/CE al Derecho español», *Revista General de Derecho Procesal*, n° 26, enero 2012.
- ORTUÑO MUÑOZ, P.: «La reforma de la justicia y la mediación», *Revista del Notario del Siglo XXI*, n° 44, julio-agosto, 2012.

- RODRIGUEZ PRIETO, F.: «Se regula la mediación civil y mercantil y sus efectos, por el Real Decreto-Ley 5/2012 de 5 de marzo», *Revista del Notario del Siglo XXI*, nº 42, marzo-abril 2012.
- «El Notario y los sistemas alternativos de resolución de conflictos», *Revista del Notario del Siglo XXI*, nº 43, mayo-junio 2012.
- SOLETO MUÑOZ, H.: *Mediación y resolución de conflictos: técnicas y ámbitos*, ed. Tecnos, Madrid, 2011.
- «La nueva normativa estatal sobre mediación civil y mercantil y el proceso civil», *Diario La Ley*, nº 7834, 10 de abril de 2012.
- «La nueva normativa de mediación y la oportunidad de impulsar una práctica colaborativa del Derecho», *Revista del Notario del Siglo XXI*, nº 43, mayo-junio 2012.
- SOUTO GALVÁN, E.: «La mediación. Un instrumento de conciliación», ed. Dykinson, Madrid, 2010.
- TARRÍO BERJANO, M. J.: «Mediación y Notariado», en *La Revista del Notario del siglo XXI*, nº 42, marzo-abril 2012.
- TORRES ESCÁMEZ, S.: «Ejecuta como sea (o el carácter ejecutivo del documento privado de mediación)», *Revista del Notario del Siglo XXI*, nº 38, julio-agosto 2011.
- VÁZQUEZ DE CASTRO, E. y FERNÁNDEZ CANALES, C.: «El actual marco normativo de la mediación electrónica», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, nº 731, mayo-junio, 2012, págs. 1451 a 1478.

NOTAS

¹ ADR es el acrónimo de la amplia expresión anglosajona *Alternative Dispute Resolution* que engloba todas aquellas formas de solución de disputas distintas a la vía jurisdiccional.

² Vid BARONA VILAR, D.: «Solución extrajurisdiccional de conflictos. *Alternative dispute resolutions* (ADR) y Derecho Procesal», ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2008.

³ PÉREZ MORIONES, A.: «La transposición de la Directiva 2008/52/CE, de 21 de mayo de 2008, sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles en España», en *La mediación en asuntos civiles y mercantiles*, directora: Teresa Hualde Manso, ed. La Ley, Wolters Kluwer, 2013.

⁴ Vid Sentencia de 15 de mayo de 1986, asunto 222/1984.

⁵ Son muchas las Comunidades Autónomas que han legislado en esta materia, entre ellas citamos: la Ley 1/2008, de 8 de febrero, de Mediación Familiar del País Vasco, la Ley 1/2006, de 6 de abril, de Mediación Familiar de Castilla-León, la Ley 3/2007, de 23 de marzo, de Mediación Familiar de Asturias, la Ley 18/2006, de 22 de noviembre, de Mediación Familiar de las Islas Baleares, la Ley 1/2009, de 27 de enero, reguladora de la mediación familiar en Andalucía y, la Ley 15/2009, de 22 de julio, de mediación en el ámbito del Derecho privado de Cataluña que regula la materia civil con carácter general a diferencia de las demás leyes autonómicas que solo se refieren a la mediación familiar.

⁶ El Ministro de Justicia ha calificado la vía de la mediación como «un auténtico cambio cultural», construido en torno a la intervención de un profesional «imparcial» que facilita la resolución de las controversias por las propias partes y donde se configura el acceso a los tribunales como «último remedio». A su juicio, la norma contribuirá a dotar de mayor competitividad la economía española al tiempo que reducirá las altas tasas de litigiosidad en los juzgados y tribunales. Aunque el presente texto se circunscribe a la legislación mercantil,

procesal y civil, el Ministro ha reconocido que se podría extender en un futuro al ámbito penal y al contencioso-administrativo.

⁷ BARONA VILAR, S.: «Es importante tener en cuenta que, aunque en la autocomposición se alcanza un acuerdo o solución por intervención de los sujetos interesados, bien es cierto que es posible que en estas fórmulas intervenga un tercero ajeno al conflicto. No obstante, el tercero no impone la decisión, sino que tiene un papel más o menos incisivo en la búsqueda de la solución o consenso, sin perder de vista que la solución, en todo caso, se logra por la intervención de las partes. De ahí que se haya afirmado doctrinalmente que los terceros que intervienen en las manifestaciones autocompositivas actúan *inter partes*, no *supra partes*», en «El movimiento de las ADR en Derecho Comparado», en el libro *Violencia de género, justicia restaurativa y mediación*, editorial La Ley, Madrid, 2011, pág. 462.

⁸ La Disposición final octava de la Ley 5/2012 prevé el desarrollo reglamentario del control del cumplimiento de los requisitos de la mediación tipificando en su párrafo 2: «El Gobierno, a iniciativa del Ministerio de Justicia, podrá determinar la duración y contenido mínimo del curso o cursos que con carácter previo habrán de realizar los mediadores para adquirir la formación necesaria para el desarrollo de la mediación, así como la formación continua que deben recibir».

⁹ El Ministro de Justicia, Alberto RUIZ-GALLARDÓN, enumeró en la Asamblea General de Cámaras de Comercio, los procesos en los que podrá aplicarse esta herramienta con la que se prevé que la resolución de los conflictos no se demore más de un mes frente a los varios años que suele tardar un proceso judicial. Entre los casos en los que se puede aplicar la mediación figuran: asuntos de familia, reclamaciones por seguros, reclamaciones de responsabilidad civil, conflictos sucesorios, conflictos dentro de la empresa familiar, conflictos entre socios en la pequeña y mediana empresa, conflictos en las relaciones mercantiles entre empresas, con clientes y proveedores, conflictos entre empresas franquiciadoras y franquiciadas, y arrendamientos de locales entre empresas. Aunque la ley de momento solo prevé la mediación en el ámbito civil y mercantil, el Ministerio de Justicia ya trabaja en otros ámbitos, como el penal o el contencioso-administrativo. Se ha empezado por civil y mercantil porque son la esfera natural y propia de las relaciones entre particulares, entre ciudadanos y/o empresarios, y es un ámbito especialmente sugerente para encontrar el acercamiento de posturas y superar un conflicto entre dos partes. *Diario de Noticias La Ley*, grupo Wolters Kluwer, 27 de noviembre de 2012.

¹⁰ TARRÍO BERJANO, M.G.: «Mediación y Notariado», en la *Revista del Notario del siglo XXI*, nº 42, marzo-abril 2012.

¹¹ Como señala la doctrina, en la mediación las partes son las protagonistas y pueden, con la ayuda del mediador, llegar a la mejor solución posible del caso que las enfrenta, con el menor coste. En este sentido, se pronuncia OTERO PARGA, M.: «Ventajas e inconvenientes de la mediación», en *Mediación y solución de conflictos*, ed. Tecnos, 2007, pág. 149.

¹² MOORE, Christopher: *El proceso de mediación*, 1995, Barcelona, pág. 396.

¹³ ANDRÉS CIURANA, B.: «La mediación civil y mercantil: una asignatura pendiente en España. (A propósito de la propuesta de Directiva sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles)», *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, nº 12 - 2005.

¹⁴ La Ley 5/2012 modifica el artículo 5 respecto a la redacción que tenía el Real Decreto-Ley para fijar con más claridad el ámbito de actuación de las instituciones de mediación, determinando que estas no podrán prestar directamente el servicio de mediación, ni tener más intervención en la misma que la que prevé la ley. Asimismo se hace declaración expresa de que las instituciones de mediación pueden ser «españolas o extranjeras» para evitar incertidumbre respecto a si la intención del legislador era la de prever la nacionalidad o residencia españolas de estas instituciones y sus miembros a la hora de poder ejercer su función de mediadores dentro de nuestro territorio nacional.

¹⁵ En este sentido, FAJARDO, P., *diariojuridico.com*, 13 de marzo de 2012.

¹⁶ Libro verde sobre las modalidades alternativas de solución de conflictos en el ámbito del derecho civil y mercantil de 19 de abril de 2002.

¹⁷ La STS de 2 de marzo de 2011 se pronuncia expresamente sobre la confidencialidad en la mediación analizando hasta donde llega y cual es su límite, señalando que el deber de secreto que alcanza a la persona mediadora y a las propias partes se refiere a «informaciones confidenciales» pero no pueden extenderse a un acuerdo libremente adoptado y referido a las consecuencias de la ruptura matrimonial.

¹⁸ La Disposición Final octava dice: «El Gobierno, a iniciativa del Ministerio de Justicia, podrá determinar la duración y contenido mínimo del curso o cursos que con carácter previo habrán de realizar los mediadores para adquirir la formación necesaria para el desempeño de la mediación, así como la formación continua que deben recibir».

¹⁹ GÓMEZ GÁLLIGO, F. J.: «Se debería fijar el límite de cobertura mínimo del seguro de responsabilidad civil, como se ha hecho en otras ocasiones (por ejemplo, a las empresas prestadoras de servicios de certificación de firma electrónica en el artículo 20.2 de la Ley 59/2003, de 19 de diciembre, sobre firma electrónica, que se cuantificó en 3.000.000 de euros). Lo que no es suficiente es exigir un seguro de responsabilidad civil sin fijar límite mínimo de cobertura. Aquí podría ser razonable una cantidad que cubriera en torno a los 6000 euros de responsabilidad civil», en «La mediación registral» en el libro *La mediación: Presente, pasado y futuro de una institución jurídica*, ed. Netbiblo, La Coruña, 2010, pág. 210.

²⁰ También en la Disposición Final octava se añade que: «Reglamentariamente se podrá desarrollar el alcance de la obligación de aseguramiento de la responsabilidad civil de los mediadores».

²¹ HENSSELER y SCHAWACKENBERG: *Der Rechtsanwalt als Mediator*, Monatsschrift für Deutsches Recht, 1997, pág. 410.

²² Sobre los requisitos que debe cumplir la plataforma de gestión de expedientes en el caso de la mediación electrónica, vid. VÁZQUEZ DE CASTRO, E. y FERNÁNDEZ CANALES, C.: «La mediación familiar desarrollada por medios electrónicos» en *Aportaciones de la mediación en el marco de la prevención, gestión y solución de conflictos familiares*, VVAA, ed. Comares, Granada, págs. 171 a 196.

²³ La Disposición Adicional tercera de la Ley señala: «Para el cálculo de los honorarios notariales de la escritura pública de formalización de los acuerdos de mediación se aplicarán los honorarios correspondientes a los «Documentos sin cuantía» previstos en el número 1 del Real Decreto 1426/1989, de 17 de noviembre, por el que se aprueba el arancel de los notarios».

²⁴ Vid CALLEJO RODRÍGUEZ, C. y MATUD JURISTO, M.: «La mediación en asuntos civiles», en *La mediación: Presente, pasado y futuro de una institución jurídica*, RODRÍGUEZ-ARANA, J. y DE PRADA RODRÍGUEZ, M. (directores), CARABANTE MUNTADA, J. M. (coordinador), editorial Netbiblo, La Coruña, 2010, pág. 132.

²⁵ GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, N.: «La limitada ejecutoriedad de la escritura pública: incoherencia del sistema», *Revista del Notario del siglo XXI*, nº 38, julio-agosto 2011.

²⁶ GARBAYO, J.: «Constituida la Fundación SIGNUM», en *Revista del Notario del siglo XXI*, marzo-abril 2012.

²⁷ GARCÍA ALVAREZ, R.: «Mediación y Abogados: un nuevo paradigma profesional», en *Otrosí*, nº 11, julio-septiembre 2012.