

2. DERECHO MERCANTIL

*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 (1)*

por

BÁRBARA DE LA VEGA JUSTRIBÓ
*Profesora Ayudante Doctor de Derecho Mercantil
Universidad Carlos III de Madrid*

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN: EL REAL DECRETO-LEY 5/2012, DE 5 DE MARZO, DE MEDIACIÓN EN ASUNTOS CIVILES Y MERCANTILES.—II. RÉGIMEN GENERAL DE LA MEDIACIÓN: CIVIL Y MERCANTIL: A) CONCEPTO. B) ÁMBITO DE APLICACIÓN. C) EL MEDIADOR. D) LAS INSTITUCIONES DE MEDIACIÓN. E) PRINCIPIOS INFORMADORES DE LA MEDIACIÓN: a) *Voluntariedad y libre disposición*; b) *Igualdad de las partes, imparcialidad de los mediadores y neutralidad*; c) *Confidencialidad*; d) *Buena fe y respeto mutuo*. F) EL PROCEDIMIENTO. G) EL ACUERDO DE MEDIACIÓN Y SU EJECUCIÓN. H) LA MEDIACIÓN Y EL PROCESO JUDICIAL: LA SUSPENSIÓN DE LOS PLAZOS DE PRESCRIPCIÓN Y DE CADUCIDAD DE LAS ACCIONES, Y LA IMPOSIBILIDAD DE EJERCITAR ACCIÓN ALGUNA ANTE LOS ÓRGANOS JURISDICCIONALES MIENTRAS DURE EL PROCEDIMIENTO DE MEDIACIÓN. AMPLIACIÓN DE LA DECLINATORIA. I) MODIFICACIONES A LA LEY 1/2000, DE 7 DE ENERO, DE ENJUICIAMIENTO CIVIL. J) NOVEDADES DE LA LEY 5/2012, DE 6 DE JULIO, DE MEDIACIÓN EN ASUNTOS CIVILES Y MERCANTILES, FRENTA AL REAL DECRETO-LEY 5/2012.—III. LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO QUE ENLAZA LA MEDIACIÓN CON ASUNTOS CIVILES.—IV. CONCLUSIONES.—V. BIBLIOGRAFÍA.—VI. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS.

I. INTRODUCCIÓN: EL REAL DECRETO-LEY 5/2012, DE 5 DE MARZO, DE MEDIACIÓN EN ASUNTOS CIVILES Y MERCANTILES

El 6 de marzo se publicó en el *Boletín Oficial del Estado* el Real Decreto-ley 5/2012, de 5 de marzo, de mediación en asuntos civiles y mercantiles (en adelante el Real Decreto-ley). El Real Decreto-ley transpone 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 en los litigios transfronterizos (en adelante Directiva 2008/52/CE). Transcurridos cuatro meses de su vigencia, ha visto la luz la ansiada Ley de mediación 5/2012.

En nuestro ordenamiento jurídico era necesario dar carta de naturaleza a la mediación civil y mercantil y, en este sentido, su regulación a través, primero del Real Decreto-ley 5/2012, de 5 de marzo, y después de la Ley, han sido bienveni-

(1) El trabajo se integra en el Proyecto de Investigación I+D+i (Referencia DER 2009-10387), titulado *Los problemas de la aplicación de la Ley Concursal*, concedido por el Ministerio de Ciencia e Innovación para el periodo comprendido entre el 1 de enero de 2010 y el 31 de diciembre de 2012 y cuyo Investigador principal es el Profesor Emilio BELTRÁN SÁNCHEZ.

dos. La Ley vigente reproduce la mayoría de los preceptos del Real Decreto-ley, introduciendo unas mínimas modificaciones, por lo que en este trabajo nos referiremos a ambos textos normativos. Como solución de urgencia ante el retraso en la obligatoria incorporación de la Directiva 2008/52/CE, el Real Decreto-ley ha permitido establecer, respetando las correspondientes normas sectoriales de otros tipos de mediación, una suerte de régimen general uniforme recogido ahora en la propia Ley de Mediación (2).

El Real Decreto-ley 5/2012 define el concepto de mediación y sus principios informadores; regula las instituciones de mediación; crea el Estatuto del mediador y las condiciones y los requisitos que le son exigibles, así como su responsabilidad en el ejercicio de su función; determina el procedimiento a seguir; establece la forma de los acuerdos de mediación y los requisitos de formalización para que puedan ser ejecutables.

Además, se realizan las modificaciones necesarias en otras leyes como en la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (para, entre otras cosas, reconocer la declinatoria de falta de jurisdicción por existencia de compromiso de mediación), y en la Ley 3/1993, de 22 de marzo, de Cámaras Oficiales de Industria y Comercio, para dar entrada a esta nueva figura jurídica.

Desde el principio, y siempre según mi opinión, destaca el desigual acierto con el que se regulan determinados aspectos en la nueva norma y que serán revisados en las páginas siguientes. Si, de un lado, es digna de elogio la extensión que la norma realiza del carácter confidencial del proceso (máxime en relación a la mediación concursal), de otro, el exceso de regulación del estatuto del mediador y las condiciones que le son exigibles no parece que vaya a favorecer la práctica de la mediación. En la misma línea de exceso regulatorio, destaca la formalidad que se exige al acuerdo de mediación, su homologación judicial o la exigencia de elevación a público para que resulte ejecutable. Esta formalidad resulta más llamativa por cuanto la necesidad de contraste notarial o intervención judicial significan que el Real Decreto-ley configura el acuerdo de mediación con un rango inferior al de un laudo arbitral que sin precisar de más requisitos, resulta ejecutable.

La elección por el Gobierno del Real Decreto-ley como instrumento normativo para la transposición de la Directiva 2008/52/CE tiene su justificación en la finalización del plazo para su transposición el pasado 21 de mayo de 2011 (3). En todo caso, desde la perspectiva de las críticas que cabe formular al Real

(2) La Ley 5/2012 fue publicada en el *BOE* núm. 162, de 7 de julio, y entró en vigor a los veinte días de su publicación.

(3) El 2 de marzo de 2012 fue aprobado el Real Decreto-ley de mediación en asuntos civiles y mercantiles, con la pretensión de cumplir dos mandatos legislativos pendientes; por una parte, la transposición de la Directiva de 2008 de la Unión Europea, sobre mediación en asuntos civiles y mercantiles, y, por otra, la de la Disposición Adicional primera de la Ley de Enjuiciamiento Civil, introducida en 2005, en la que se establecía que en el plazo de un año se desarrollaría una Ley de Mediación. El retraso de la actividad legislativa ha sido de uno y de siete años, respectivamente. Esta es, precisamente, la razón de la elección del Real Decreto-ley para regular la mediación, y simplificar muy significativamente la tramitación de la tan esperada norma estatal sobre mediación. La Directiva a transponer era la 2008/52/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de mayo, sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles, publicada el 25 de mayo de 2008, tras casi cuatro años de tramitación, y ha supuesto el mayor éxito de la Unión Europea a la hora de provocar la política de reforzamiento de los métodos alternativos de resolución de conflictos en los países de la UE, establecida a raíz del Consejo Europeo de Tampere de 1999

Decreto-ley, la relativa a la forma de la norma es la menos relevante. En todo caso, la Ley 5/2012 ha derogado expresamente el Real Decreto-ley, convirtiéndose en la única norma estatal en vigor que regula la mediación.

La Directiva 2008/52/CE exige a los Estados miembros que adecuen sus legislaciones en el sentido de que favorezcan el uso de la mediación privada (art. 9 y considerando 25) y aquella conectada con el Tribunal, en la que los jueces podrán pedir a las partes que acudan a una sesión informativa, de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 2 y 5, y ello se ha pretendido en el Real Decreto-ley en la Disposición Adicional segunda, titulada «Impulso a la mediación».

Sin embargo, el Real Decreto-ley va más allá y aprovecha para conformar el régimen general de la mediación en España para asuntos civiles y mercantiles. En este sentido, y manteniendo un significativo paralelismo con lo sucedido en 2003, cuando se modernizó nuestra regulación del arbitraje, el legislador confiesa haberse inspirado en la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Conciliación Comercial Internacional.

El Real Decreto-ley tiene como objetivo de política legislativa fomentar la autocomposición como fórmula de resolución de controversias en España, de forma que el acceso a los tribunales de justicia se conciba como un último remedio. El Real Decreto-ley incrementa el arsenal de los instrumentos disponibles para las partes en evitación del conflicto judicial. Con ello, se espera que disminuya la carga judicial y los litigios que se resuelven en el marco del proceso judicial. Con anterioridad al Real Decreto-ley faltaba un reconocimiento formal de la mediación y la conciliación, por lo que hay que reconocer que la aprobación de la norma ha sido en pro de la mediación.

La Exposición de Motivos del Real Decreto-ley describe los tres ejes sobre los cuales se ha estructurado la norma. El primero de ellos es la *desjudicialización*, esto es, el deseo de descargar de trabajo a los tribunales de justicia, de forma que el recurso a ellos para determinados asuntos se conciba como un *último remedio*. El segundo eje consiste en la *deslegalización o pérdida del papel central de la ley* a través de un método de resolución de controversias que valore e incluya otras consideraciones que no sean las de índole necesariamente jurídica. El último eje comprende la *desjuridificación*, ya que la forma y contenido del acuerdo logrado serán, en principio, fruto de la autonomía de la voluntad de las partes y no de la decisión de un tercero. A diferencia del árbitro, el mediador no decide ni «da la razón» a una parte; simplemente facilita que las partes encuentren la forma de transigir la controversia.

Conforme a lo expresado en la Exposición de Motivos del Real Decreto-ley, cabe afirmar la corrección de las bases fijadas para el desarrollo de la mediación civil y mercantil en nuestro país, en sintonía con el desarrollo normativo en el ámbito internacional, y en particular en otros países de nuestro entorno. No obstante, a mi parecer, algunos aspectos de la norma requerirían determinadas modificaciones, que apuntaremos en este trabajo, con el fin de lograr que la mediación se implante de manera eficiente en España.

En nuestro ordenamiento, si la tradición de la mediación civil en ámbitos como el Derecho de Familia o el Derecho Sucesorio (4) es bien conocida, la

como parte del derecho de acceso a los Tribunales, y que se ha recogido en el Consejo de 2000 y en documentos como el proyecto de Constitución Europea o el Convenio de Lisboa.

(4) Entre las sentencias del Tribunal Supremo que enlazan el Derecho de Familia y el Sucesorio se encuentran las de 19 de enero de 2012, de 20 de mayo de 2010 y 3 de julio de 2009, cuya parte relevante sobre la mediación se reproduce en el epígrafe III de este trabajo.

nueva y reciente regulación de la mediación nos brinda la oportunidad de extenderla también al ámbito mercantil o empresarial. Materias típicamente mercantiles como son el concurso de acreedores (5), el contrato de seguro, la *joint venture* (6), el contrato de franquicia o la propiedad industrial (7), entre otras, pueden y, en mi opinión en ocasiones deberían, ser sometidas a mediación y, a partir de ahora, con mayor seguridad jurídica gracias a la carta de naturaleza otorgada por la nueva regulación de la mediación como resolución alternativa de conflictos. En todo caso, el recién aprobado régimen legal de la mediación es de carácter general, para lo civil y lo mercantil, por lo que no cabe afirmar la existencia de una mediación típicamente mercantil. La nota de la mercantilidad vendrá dada por la particular materia mercantil que sea objeto de la mediación y, en consecuencia, por la deseable especialidad mercantil de los mediadores que intervengan (por ejemplo, en materia concursal). Por todo ello, la jurisprudencia del Tribunal Supremo acerca de la mediación regulada en la Directiva 2008/52/CE, que se recoge en las páginas siguientes, resultará relevante por igual en la mediación civil y en la mediación mercantil.

(5) La Disposición Adicional única de la Ley 38/2011, de 10 de octubre, de reforma de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal, exhorta al Gobierno a que remita a las «*Cortes Generales, en el plazo de seis meses, un informe sobre la aplicación y los efectos del conjunto de medidas adoptadas para mejorar la situación de las personas físicas y familias que se encuentran en dificultades para satisfacer sus obligaciones, y especialmente las garantizadas con hipoteca. Dicho informe incluirá la posible adopción de otras medidas, tanto sustantivas como procedimentales que, a través de las oportunas iniciativas, completen la protección económica y social de consumidores y familias. A tal efecto, “podrán proponerse opciones de solución extrajudicial para estos casos, sean de carácter notarial o registral, de mediación o de otra naturaleza”*» (el entrecerrillado es de la autora). Además de lo anterior, no podemos olvidar el contenido del frustrado Proyecto de Mediación en asuntos civiles y mercantiles, publicado en el *BOE* de 29 de abril de 2011.

(6) Considerando que en la base de la mediación se encuentra la negociación, vid., GALEOTE MUÑOZ, M.^a P., *China: Negociación e inversión extranjera. Joint Ventures e implicaciones jurídicas*, Tirant lo Blanch, marzo de 2012, págs. 169-209.

(7) En la coyuntura económica actual, los titulares de derechos de propiedad industrial están optando con mayor frecuencia por resolver sus conflictos con terceros de forma negociada, tratando de evitar la interposición de acciones judiciales que resultan costosas, por lo que la mediación se presenta como una solución atractiva que reduce coste y tiempo a los interesados. Con la entrada en vigor de la Ley de mediación, los acuerdos de mediación alcanzados en el ámbito de la Unión Europea pueden ejecutarse en España, y el hecho de que en los distintos países de la Unión Europea se hayan adoptado disposiciones similares, de conformidad con lo establecido en la Directiva 2008/52/CE, favorecerá la utilización de la mediación en materia de propiedad industrial, en especial a quienes tienen conflictos transfronterizos en estas materias. Ello facilitará su resolución de una forma rápida y más económica que el sometimiento de las controversias a los Juzgados competentes, y favorecerá la inclusión de cláusulas contractuales en los contratos sobre propiedad industrial, lo que dará lugar a ventilar los eventuales conflictos que puedan surgir en relación con dichos contratos mediante mediación. Todo ello resulta de gran interés en la medida en que muchos de los conflictos de marcas tienen repercusión en varios Estados, como es el caso de las marcas comunitarias, cuyos efectos jurídicos se despliegan en todo el territorio de la UE. Si bien es cierto que existen posiciones encontradas en la doctrina sobre la posibilidad de someter a mediación determinados temas de propiedad industrial, como la declaración de nulidad de una marca o patente, es evidente que en otros supuestos la mediación es perfectamente posible, como la resolución de un contrato de licencia de marca.

II. RÉGIMEN GENERAL DE LA MEDIACIÓN: CIVIL Y MERCANTIL

La normativa de mediación, además de añadir cuestiones completamente ajenas a la misma, como cierta regulación del acceso a la profesión de abogado, se estructura en cinco títulos. El primero corresponde a cuestiones generales; el segundo, a los principios que informan la mediación; el tercero, relativo al estatuto del mediador; el cuarto, regulador del procedimiento de mediación; y el quinto y último, establece el procedimiento de ejecución de los acuerdos de mediación. Además, en las disposiciones finales se establece el nuevo articulado de la Ley de Enjuiciamiento Civil afectado por la reforma, que son relativas a la suspensión, competencia, confidencialidad, y derivación del asunto a mediación y ejecución.

En la revisión del régimen general de la mediación seguimos el orden sistemático del Real Decreto-ley, prestando atención a los aspectos más importantes e incorporando algunas observaciones relativas a la mediación mercantil como es la del concurso de acreedores. Al hilo de lo anterior se comentarán las mínimas modificaciones introducidas por la Ley frente al Real Decreto-ley. La jurisprudencia del Tribunal Supremo en materia de mediación, será asimismo considerada por su interés al referirse a la Directiva 2008/52/CE, de la que trae causa la regulación sobre mediación objeto de este trabajo.

A) CONCEPTO

La mediación, se ha dicho (8), supone la superación del binomio que se refleja en el proceso judicial entre las partes, actora-demandada, ganadora-perdedora, o culpable-inocente; al dirigirse, de forma pacífica y no competitiva, a través de un proceso voluntario, a obtener un resultado de máxima satisfacción para cada una de las partes inicialmente enfrentadas por el conflicto. En términos expresados por la jurisprudencia (9), «*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 si llega el instituto de la mediación*».

El Real Decreto-ley recoge una definición de la mediación muy simple, del estilo previsto de la Directiva 2008/52/CE y, de manera especial y con gran acierto, destaca la voluntariedad. La mediación se define como aquél medio de solución de controversias en que dos o más partes intentan voluntariamente alcanzar por sí mismas un acuerdo, con la intervención de un mediador. La denominación que las partes utilicen, mediación, conciliación u otra, es indiferente.

Como norma española sustantiva dedicada a la mediación, el Real Decreto-ley se ha de considerar favorable y en particular por dos motivos. El primero de ellos porque ha transpuesto la Directiva 2008/52/CE, y el segundo porque se ha inspirado en los trabajos de armonización de UNCITRAL (10), como el legislador

(8) En este sentido se expresa VILLAGRASA ALCAIDE, «El papel de la mediación familiar en la solución de los conflictos», en *La protección de las personas mayores*, LASARTE ÁLVAREZ, (dir.), Madrid, 2007, pág. 133.

(9) Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 1.^a, de 19 de enero de 2012.

(10) Al igual que ocurriera en 2003 en sede de arbitraje en España, se ha seguido en gran medida las recomendaciones de UNCITRAL, adoptando muchos de los criterios recogidos, en este caso, en la Ley Modelo sobre Conciliación Comercial Internacional de 2002.

español señala en su Exposición de Motivos. Este criterio, sin embargo, no es compartido ni específico, pues parece que se trata de dos mediaciones distintas: la que encuentra su origen en UNCITRAL y la que lo halla en el Real Decreto-ley (11). Por ello, podía haberse evitado la confusión terminológica y conceptual en que incurre el Real Decreto-ley utilizando la terminología de los textos de UNCITRAL, toda vez que «conciliación» y «mediación» son métodos alternativos de resolución de conflictos distintos, y sus diferencias no son puestas de manifiesto en el Real Decreto-ley de mediación. Como quiera que sea, el Reglamento de UNCITRAL utiliza el término «conciliación» (12) y establece sus reglas, por lo que dicho término resultaría acertado, porque lo que la nueva norma de mediación persigue es precisamente conciliar. Podemos avanzar que los preceptos formalistas del Real Decreto-ley suscitan una reflexión en el sentido de que los mismos pueden ser útiles en este momento pero en el futuro probablemente no lo serán, afectando al carácter vinculante, y podrán ser esgrimidos como defectos de forma, escapando con ello al carácter vinculante.

B) ÁMBITO DE APLICACIÓN

Como expresa el Real Decreto-ley, el mismo es de aplicación a las mediaciones sobre derechos disponibles para las partes en asuntos civiles o mercantiles, incluidos los conflictos transfronterizos. En este sentido, puede comprobarse el paralelismo con el ámbito del arbitraje (art. 2.1 de la Ley de Arbitraje). En la nueva normativa española se ha recogido una regulación genérica sobre la mediación, lo cual es muy acertado, frente a la posibilidad de haber regulado únicamente los conflictos transfronterizos, como exigía la Directiva 2008/52/CE. Sin duda, esta opción resulta la más adecuada, dada la necesidad de regulación y la conveniencia de disponer de una normativa clara y coherente.

Dentro del ámbito material del Real Decreto-ley se incluye la mediación familiar, cuestión que quedaba a elección de los Estados al transponer la Directiva, y ello al señalarse en el artículo 2 que es de aplicación a las mediaciones en asuntos civiles o mercantiles, y, además, la Exposición de Motivos incluye en su ámbito la mediación familiar en su apartado segundo.

En relación al ámbito material de la mediación, se ha de considerar el concurso de acreedores. Entre las soluciones más rápidas y menos costosas a las situaciones de insolvencia que el concurso de acreedores, la doctrina aboga por la mediación. La existencia de un único procedimiento concursal significa que el mismo no se adapta por igual a las diversas circunstancias en las que se puede encontrar el deudor, pues la insolvencia de un empresario o la insolvencia de una familia, por sus peculiaridades, precisan de un trato diferente. Esta afirmación cobra mayor sentido si se piensa en los acuerdos de refinanciación, pues los mismos, como solución a la insolvencia pueden ser de utilidad para los deudores que sean empresas, no así familias. En este contexto, la mediación concursal sería aquella en la que «*deudores y acreedores, ante un problema de insolvencia,*

(11) ILLESCAS ORTIZ, R., «La aplicación de la Ley de mediación en asuntos civiles y mercantiles en el seguro: principios inspiradores», en *La mediación en el seguro como resolución de conflictos*, jornada organizada por SEAIDA el 26 de abril de 2012.

(12) Téngase en cuenta que en el texto de UNCITRAL, dentro del término «conciliación», se incluye la mediación, porque se refiere a todo procedimiento que no escapa al control de las partes y se lleva a cabo con la asistencia de, por lo menos, un tercero neutral.

acudirían a una persona que aproximara a las partes y les ayudara a negociar las salidas a la crisis» (13).

Por último, la mediación en los ámbitos laboral, penal, los conflictos con las Administraciones Públicas y en materia de consumo, se encuentra fuera del ámbito material de la Ley, al considerarse ámbitos excluidos del poder de disposición de las partes, siguiendo en este sentido la línea que estableció la Directiva 2008/52/CE.

C) EL MEDIADOR

Entre los aspectos más elogiables del Real Decreto-ley destaca la institucionalización y profesionalización de los mediadores, que son emplazados solemnemente en las resoluciones alternativas de disputas de manera permanente y preferente. En este sentido, la figura del mediador se concibe como el elemento vertebrador de la mediación, porque es este el que ayuda a las partes a encontrar una solución.

Dos son los aspectos relativos a la figura del mediador que se regulan en el Real Decreto-ley: el primero se refiere al nivel formativo de los mediadores, que requerirá una formación específica que les proporcione los necesarios conocimientos jurídicos, psicológicos, de técnicas de resolución de conflictos y negociación, así como de ética de la mediación. Si bien el Real Decreto-ley establecía la no necesidad de una titulación de nivel universitario para el ejercicio de la profesión de mediador, la Ley lo modifica requiriendo lo contrario; el segundo de los aspectos ataña a la responsabilidad civil en que pudieren incurrir los mediadores, estableciendo al respecto la necesaria suscripción de un seguro o garantía equivalente, y existiendo ya en el mercado alguna póliza específica de responsabilidad civil de mediadores.

Conforme a la Ley de Arbitraje (art. 17.4), es preciso tener en cuenta que, salvo acuerdo en contrario de las partes, no puede actuar como árbitro quien haya intervenido como mediador en esa misma disputa.

El examen de la figura del mediador requiere de nuevo recordar lo establecido en la Exposición de Motivos al señalar la *desjudicialización* como uno de los ejes de la mediación privada, en el sentido del deseo de descargar de trabajo a los tribunales de justicia, de forma que el recurso a ellos para determinados asuntos se conciba como un *último remedio*. De este modo, el requisito de *formación específica para ejercer la mediación por instituciones debidamente acreditadas*» (art. 11.2 RDL) sería tal vez algo ajeno a la *desjudicialización* ya referida. Como ejemplo, en Estados Unidos no es habitual establecer requisitos para la formación de los mediadores, aunque sí es frecuente que las personas que presten servicios de mediación reciban una formación continua en la materia. Allí, si bien la autonomía de la voluntad de las partes impera en el ámbito de la mediación, sucede que la autorregulación y la eficacia del mercado han sido fundamentales para garantizar la calidad del servicio. En este sentido, el Real Decreto-ley (art. 11.1) establece de manera idéntica la exigencia para actuar de mediador, como la que señala la Ley de Arbitraje (art. 13) para actuar de árbitro: *las personas naturales que se hallen en pleno ejercicio de sus derechos civiles*. Sin embargo, el legislador

(13) BELTRÁN SÁNCHEZ, E., *¿Otras soluciones a la insolvencia?*, en <http://www.diariojuridico.com>.

español ha sido más exigente en materia de mediación al exigir una formación específica al mediador que no requiere para el árbitro. Esta circunstancia resulta llamativa, toda vez que el árbitro emite un laudo que produce efectos de cosa juzgada, a diferencia de lo que ocurre en la actuación del mediador, como veremos más adelante. Esta circunstancia quizás se explica por el arraigo que la cultura de arbitraje tiene en nuestro país. En este sentido, se ha dicho que la autorregulación y la eficacia del mercado se consideran vehículos fiables del control de calidad. Por el contrario, para el caso de la mediación no parece que la opción del legislador resulte la más afortunada, máxime si recordamos que entre los objetivos del Real Decreto-ley se encuentra el de impulsar el establecimiento y consolidación de la cultura de la mediación.

Ligado a la cultura de la mediación, la mediación concursal se presenta como un sistema válido tanto para familias como para pequeños empresarios o profesionales independientes que ya está funcionando en muchos países como Inglaterra, Francia y Bélgica. Sin embargo, lo complejo de aplicar este sistema en España es que, mientras la mediación forma parte de la cultura empresarial y del derecho privado en otros países, los españoles somos proclives al arbitraje, en el sentido de que sea un tercero, árbitro o juez, que tome una decisión. En este sentido, como ya hemos apuntado, la diferencia entre el concurso y la mediación es que el mediador no toma decisiones, solo aproxima a las partes, con un proceso similar a los acuerdos de refinanciación, solo que con la intervención de un mediador.

En buena medida, el éxito del impulso de la mediación y su implantación como método alternativo de resolución de conflictos, alternativo al judicial y al arbitral, reside en la adecuada formación y especialización (14) de los mediadores, de manera especial en materias mercantiles complejas como es el concurso de acreedores. Dicha formación de carácter jurídico, por sí sola no es suficiente para garantizar una mediación concursal de calidad, por lo que habrá de ser complementada con la formación en la destreza en las técnicas propias de la mediación. El «mediador concursal» no solo debe tener conocimientos técnicos en materia concursal, sino que ha de saber mediar y, por tanto, negociar. Lo contrario frustraría una de las ventajas de la mediación, alargando o retrasando el inicio del procedimiento concursal, al estilo del actual artículo 5 bis de la Ley Concursal.

En la mediación concursal, el papel del mediador sería similar al del administrador concursal pero sin necesidad de intervención judicial y con un procedimiento mucho menos costoso, ya que no tendría que tomar decisiones. Una vez alcanzado el acuerdo, se elaboraría un documento que se trasladaría al notario y en caso de no alcanzarlo, la doctrina (15) entiende que *el propio mediador podría convertirse en administrador concursal*. Sin duda, este es uno de los ejemplos que justifican que se requiera la especialización como requisito para ejercer como mediador máxime, insisto, en el ámbito mercantil.

En la misma línea de lo expresado, al ansiado éxito de la mediación contribuiría, sin duda alguna, el establecimiento de otras medidas complementarias como la creación de un registro de mediadores (ya existen algunos registros creados por asociaciones privadas que ofrecen mediación y arbitraje), o la aprobación de un

(14) En relación a la especialización de los mediadores, y en particular en el ámbito de la mediación concursal, sería conveniente la acreditación como mediador especializado, a través de algún tipo de certificación, pues ello redundaría en la confianza y la garantía en la mediación frente, por ejemplo, a la vía judicial.

(15) BELTRÁN SÁNCHEZ, E., «*¿Otras soluciones a la insolvencia?*», *op. cit.*

código deontológico (16), pues con ello se propiciaría la transparencia necesaria en aras de infundir confianza en todos los involucrados en la mediación.

En suma, el exceso de la regulación de algunos aspectos del estatuto del mediador y las condiciones que le son exigibles en la nueva normativa sobre mediación, a mi parecer, no son la mejor opción para lograr el impulso definitivo de la mediación civil, y sobre todo la mercantil, que en nuestro país se necesita. En este sentido, la norma nueva puede representar una injerencia de tal trascendencia que el efecto que se consiga con ella resulte contrario al perseguido, generando más problemas que soluciones en la práctica.

D) LAS INSTITUCIONES DE MEDIACIÓN

El Real Decreto-ley reconoce la importancia de las instituciones de mediación a la hora de fomentar y ordenar los procedimientos de mediación. En coherencia con ello, permite que las Cámaras Oficiales de Comercio, Industria y Navegación desempeñen funciones de mediación. Y las instituciones que tengan entre sus fines el arbitraje deberán asegurar la separación entre ambas actividades.

En relación a las Cámaras de Comercio se ha criticado la proliferación de organismos que administran arbitrajes y, como consecuencia de ello, la falta de calidad en los mismos. La realidad es que las Cámaras de Comercio, por el contacto directo que guardan con los empresarios, son idóneas para divulgar y hacer publicidad de la mediación.

La Ley 5/2012 fija 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, declara expresamente que las instituciones podrán ser españolas o extranjeras, evitando la incertidumbre al respecto.

E) PRINCIPIOS INFORMADORES DE LA MEDIACIÓN

a) *Voluntariedad y libre disposición*

El principio informador de la voluntariedad y libre disposición representa uno de los aspectos más elogiables del Real Decreto-ley, si bien en los borradores de la norma es un aspecto que resultaba oscuro, no en vano, la mediación se imponía como paso previo a la interposición de la demanda, siendo objeto de crítica (17). Con la regulación vigente, la premisa es que alcanzar un acuerdo no es obligatorio, pero el acuerdo alcanzado voluntariamente podrá convertirse, mediante su elevación a escritura pública, en título ejecutivo, cuya ejecución podrá instarse ante el Tribunal competente.

Como máxima, se ha de partir de que el principio de voluntariedad y libre disposición es esencial a la mediación. Cuando exista un pacto escrito de mediación, deberá intentarse de buena fe el procedimiento pactado antes de

(16) Vid., el Código Europeo de Mediadores, en http://ec.europa.eu/civiljustice/adr/adr_ec_code_conduct_es.pdf. En la actualidad se han aprobado algunos códigos deontológicos por asociaciones que ofrecen mediación.

(17) Referido al anteproyecto de ley de mediación, critica la obligatoriedad de la mediación, PÉREZ CONESA, «Mediación en asuntos civiles y mercantiles», en *Aranzadi Civil*, 4/2010.

acudir a la jurisdicción o al arbitraje, y como garantía de ello se regula la declinatoria en los términos que veremos más adelante. Sin embargo, las partes no están obligadas a alcanzar un acuerdo ni a mantenerse en el procedimiento de mediación. Las partes pueden abandonar unilateralmente la mediación en cualquiera de sus fases.

El sistema de relación entre la mediación y el proceso se regula de manera llamativa en el Real Decreto-ley, pues da un tratamiento análogo al sometimiento tanto a la mediación como al arbitraje. Esta opción del legislador resulta llamativa al recordar que la voluntariedad es un elemento básico del proceso de mediación, así como la posibilidad en todo momento de abandonar la mediación por cualquiera de las partes. El texto normativo tiene como objetivo fortalecer el uso de la mediación impidiendo que un Tribunal conozca de un asunto cuando las partes se han sometido a mediación: en el artículo 6, titulado *Voluntariedad y libre disposición*, se establece 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.*».

La nueva redacción de los artículos de la LEC, relativos a jurisdicción, permite la apreciación a instancia de parte por existir un procedimiento de mediación en curso, así como la posibilidad de presentar declinatoria por haberse pactado que se haya de intentar la mediación. Así, en el artículo 39 LEC, con la nueva dicción dada por el Real Decreto-ley, se dispone que el demandado podrá denunciar la falta de jurisdicción por haberse sometido la controversia a mediación, al tiempo que en el artículo 63.1 LEC se integra la sumisión a mediación como motivo de la declinatoria. Estas nuevas regulaciones fortalecen los acuerdos por escrito de sometimiento a mediación, indicándose incluso la necesidad de intentar el procedimiento de buena fe, asegurada, por otra parte, con la introducción en el apartado primero del artículo 395 LEC de la definición de mala fe a efectos de condena en costas cuando se hubiera iniciado procedimiento de mediación por la otra parte. A tal efecto, la Ley dispone que se entenderá que, en todo caso, existe mala fe, si antes de presentada la demanda se hubiese formulado al demandado requerimiento fechaciente y justificado de pago, o si se hubiera iniciado procedimiento de mediación o dirigido contra él demanda de conciliación.

Como un elemento de fondo regulado en el Real Decreto-ley que, a nuestro entender, no resulta afortunado, destaca el escaso valor vinculante de las denominadas «cláusulas de mediación». Esta crítica ha de entenderse en el sentido de que el legislador no ha sido excesivamente exigente en cuanto a dichas cláusulas de mediación. Como veremos, no se trata de una obligación sólida, toda vez que cabe escapar a la misma, por ser una cláusula carente de fuerza para obligar. La lectura del Real Decreto-ley evidencia que resulta muy sencillo desligarse de una cláusula que impone la mediación, por lo que, creo que se puede afirmar, que la misma obliga poco.

El polo opuesto a este tipo de cláusula es la denominada cláusula de arbitraje (18), que se encuentra blindada por el ordenamiento jurídico, lo que significa

(18) Vid., los términos «cláusula de arbitraje» y «convenio arbitral», en AA.VV., *Diccionario Terminológico del Arbitraje Nacional e Internacional (comercial y de inversiones)*,

que equivale a una excepción procesal, toda vez que si la misma se pacta y es válida, el arbitraje existe, y en consecuencia, es necesario estar y pasar por el laudo (19).

En el Real Decreto-ley se presenta, como resultado de lo anterior, una situación antitética al carecer de una instrumentación procesal. De benevolente cabe calificar el carácter del Real Decreto-Ley por la escasa confianza que ofrece una cláusula de mediación que, en varias ocasiones, permite que se escape de esta situación antitética. En particular nos referimos a los supuestos previstos, por ejemplo, en los artículos 15, 17 y 22.1 del Real Decreto-ley. Lo establecido en los citados preceptos equivale al cumplimiento de la *cláusula de mediación*, si bien resultaría más apropiado utilizar esta expresión a la otra de *acuerdo de mediación* con el fin de evitar la confusión terminológica en que el Real Decreto-ley incurre en algunos preceptos.

A nuestro parecer, el Real Decreto-ley refleja una actitud del legislador excesivamente laxa, mediatisada por el derecho de tutela judicial efectiva; y deja a la discrecionalidad de las partes el dar por cumplido el contenido de la cláusula de mediación. El legislador podía haber amparado más el carácter vinculante, y ser algo más exigente en el cumplimiento del contenido de la cláusula de mediación, porque no puede olvidarse de que se trata de un contrato o cláusula que produce unos efectos entre las partes. Esta actitud laxa resulta chocante con los excesivos formalismos que el legislador da al desenvolvimiento excesivo de la mediación, en la línea de lo que es propio y típico del carácter formalista de nuestro país, a diferencia de la tradición anglosajona. Quizá hubiera resultado preferible una norma legal más exigente con el cumplimiento de la

(dir.: COLLANTES GONZÁLEZ; coords.: BAIZEAU, CREMADAES, DE LA VEGA, GALLEGU, MAS, ZAMBRANA), Biblioteca de Arbitraje del Estudio Mario Castillo Freyre, vol. 18, ed. Palestra, Perú, 2011.

(19) En torno al convenio arbitral, PERALES VISCASILLAS, M.^a P., *Arbitrabilidad y Convenio arbitral (Ley 60/2003, de Arbitraje y Derecho Societario)*, Navarra, Thomson-Aranzadi, 2005. El convenio arbitral, también denominado acuerdo de arbitraje o acuerdo arbitral (*arbitration agreement*), es el acuerdo de dos o más partes en virtud del cual someten a arbitraje la resolución de determinadas controversias presentes o futuras entre ellas. La Convención sobre el Reconocimiento y la Ejecución de Sentencias Arbitrales Extranjeras, de 10 de junio de 1985 («la Convención de Nueva York») emplea en su artículo II la siguiente definición de convenio arbitral: «el acuerdo por escrito conforme al cual las partes se obligan a someter a arbitraje todas las diferencias o ciertas diferencias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas respecto a una determinada relación jurídica, contractual o no contractual». Por su parte, y en similares términos, la Ley Modelo de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, de 21 de julio de 1985 (enmendada parcialmente el 4 de diciembre de 2006, «Ley Modelo UNCITRAL») define en su artículo 7 el acuerdo de arbitraje como «un acuerdo por el que las partes deciden someter a arbitraje todas las controversias o ciertas controversias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas respecto de una determinada relación jurídica, contractual o no contractual».

El convenio arbitral es la base o el elemento fundamental del arbitraje; es precisamente el acuerdo de las partes de someter una controversia a arbitraje lo que permite que la misma pueda resolverse por un tercero o terceros al margen de los tribunales nacionales. Como se ha señalado: sin convenio no hay arbitraje. El convenio arbitral obliga a las partes a acudir al arbitraje para resolver las controversias objeto del mismo. Atribuye competencia al árbitro o árbitros para resolver esas controversias y excluye la competencia de los tribunales estatales para conocer de las mismas. El convenio arbitral tiene, por tanto, un doble carácter o naturaleza: material o contractual y procesal. El convenio arbitral es un contrato y, como tal contrato, le son de aplicación las reglas sobre los contratos (capacidad de las partes, formación del acuerdo, vicios del consentimiento, etc.). A su vez, se trata de un contrato cuyo objeto es procesal y que confiere competencia a los árbitros.

cláusula de mediación, y menos formal en el desarrollo de la mediación. En cualquier caso, los mediadores deben actuar a requerimiento de ambas partes sin someterse a una actuación formal y escrituraria.

En la línea de lo expresado, quizás en los primeros preceptos del Real Decreto-ley debería incluirse una norma que estableciera el carácter vinculante en lo relativo al allanamiento y a la transacción. En el supuesto de que el mediador no afirmara y advirtiera a las partes del carácter vinculante, por ejemplo, por olvido, la obligatoriedad derivaría en todo caso de lo establecido en el Código Civil.

b) *Igualdad de las partes, imparcialidad de los mediadores y neutralidad*

El procedimiento de mediación debe garantizar que las partes intervengan con plena igualdad de oportunidades y que puedan llegar por ellas mismas a un acuerdo. El mediador debe ser imparcial y revelar cualquier circunstancia que pueda afectar a su imparcialidad o generar un conflicto de intereses.

En relación con la imparcialidad, cuando el mediador actúe debe hacerlo exclusivamente en tal condición, y en particular en aquellos casos en que el mediador sea por ejemplo, un abogado, porque no podrá representar u asesorar a las partes. Otro tanto cabe señalar respecto al notario, en el caso de que se eleve el acuerdo a escritura pública, pues solo podrá cumplir con sus funciones de notario y no las de mediador (los notarios ya se han postulado como mediadores). Resulta esencial no generar la confusión en las partes, para lo cual en la sesión informativa previa el mediador habrá de aclarar su actuación en su condición exclusiva de mediador.

Como novedad frente al Real Decreto-ley, la Ley 5/2012 reconoce expresamente la igualdad de las partes como reflejo de la Ley de igualdad (20).

c) *Confidencialidad*

Una garantía esencial en la mediación es la confidencialidad. El Real Decreto-ley regula esta cuestión en su artículo 9, y establece la confidencialidad tanto del procedimiento de mediación como de la documentación utilizada en el mismo. En cambio, exceptúa de la confidencialidad la información sobre qué parte o partes dejaron de asistir a la sesión inicial que debe convocar el mediador tras recibir una solicitud de mediación.

La obligación de confidencialidad se extiende al mediador y a las partes intervenientes, que tienen prohibido revelar la información que hubieran podido obtener derivada del procedimiento. Coherentemente, ninguno de ellos puede ser obligado a declarar o aportar documentación sobre esa información en un proceso judicial o arbitraje, con dos excepciones: cuando las partes hayan acordado otra cosa por escrito o cuando la información sea requerida por un juez penal. La infracción del deber de responsabilidad genera la responsabilidad de su autor. El Tribunal Supremo en sentencia de 2 de marzo de 2011, se pronuncia de manera expresa acerca de la confidencialidad en la mediación en los términos que referimos en el epígrafe III de este artículo.

(20) Un estudio multidisciplinar sobre la Ley de igualdad se recoge en AA.VV., *Discriminación por razón de edad y sexo. Retos pendientes del Estado Social*. Dirs.: CRESPO GARRIDO, M., y MORETÓN SANZ, F. Presentación: LASARTE ÁLVAREZ, C., Colex, 1.^a ed., 2011.

En el artículo 347 LEC se establece, a partir de la redacción dada por el Real Decreto-ley, que: *El Tribunal solo denegará las solicitudes de intervención que, por su finalidad y contenido, hayan de estimarse impertinentes o intítimes, o cuando existiera un deber de confidencialidad derivado de la intervención del perito en un procedimiento de mediación anterior entre las partes.* Esta dicción introduce entonces la confidencialidad para imposibilitar las declaraciones del mediador en un proceso en el que existiera coincidencia de partes con la mediación.

El Real Decreto-ley no regula una dicción análoga en la Ley de Enjuiciamiento Civil en relación con los testigos, sin embargo, es evidente que el mediador y el personal gestor de los programas de mediación no podrán ser llamados como testigos, de acuerdo con la obligación de confidencialidad que les vincula, tal como se establece en el artículo 9 del Real Decreto-ley. Por lo tanto, el mediador y demás personal participante en el procedimiento de mediación no podrá participar como testigo o perito en un proceso entre las partes, con las excepciones señaladas, a las que habría que añadir las circunstancias que permiten quebrar la confidencialidad que puedan poner en riesgo la seguridad de las personas, o contrarias al orden público, tal como recogen la mayoría de los códigos de conducta de mediadores.

La confidencialidad del procedimiento de mediación entendemos que incluye la confidencialidad del propio laudo, si bien no se recoge expresamente en el Real Decreto-ley.

Una mención especial merece la confidencialidad en el ámbito de la mediación mercantil en general y en relación al concurso de acreedores en particular, como señalamos más adelante.

En suma, resulta elogiable la extensión que la norma realiza del carácter confidencial del proceso, yendo más lejos que la propia Directiva 2008/52/CE que transpone, no en vano la confidencialidad constituye una de las claves para favorecer que la mediación pueda generalizarse.

d) *Buena fe y respeto mutuo*

El Real Decreto-ley obliga a las partes a adecuar su comportamiento a los principios de buena fe y respeto mutuo (art. 10.2).

F) EL PROCEDIMIENTO

El Real Decreto-ley prevé un procedimiento sencillo y flexible al tiempo que permite que sean las partes implicadas en la mediación las que determinen la fórmula que mejor se adapte a sus necesidades, incluyendo expresamente y por primera vez la mediación por medios electrónicos (21). Directamente relacionado con el eje de la *desjuridificación*, recogido en la Exposición de Motivos del Real Decreto-ley, la forma y contenido del acuerdo de mediación logrado serán, en principio, fruto de la autonomía de la voluntad de las partes y no de la decisión de un tercero. A diferencia de un árbitro, un mediador no decide ni «da la razón» a

(21) Nos ocupamos de ello en DE LA VEGA JUSTRIBÓ, B., «La mediación por medios electrónicos regulada en la Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles», en *Derecho y Tecnología*, 2012, 30 págs. (en prensa).

una parte; simplemente facilita que las partes encuentren la forma de transigir la controversia. En relación a este eje, el Real Decreto-ley contiene un Título IV, con nueve artículos (los números 16 a 24), que describe el *Procedimiento de mediación* y en donde se detallan los aspectos concretos como son una *sesión constitutiva*, en la que se deje constancia de siete extremos detallados en el Real Decreto-ley (art. 19.1); y se levante un acta que llevará la firma de las partes (art. 19.2).

En virtud del principio dispositivo reflejado en su Exposición de Motivos, así como el principio de la autonomía de la voluntad de las partes consagrado en el artículo 10.1, ha de entenderse que el procedimiento descrito en el Real Decreto-ley es facultativo y no imperativo. Quizá el legislador podría haber incluido una declaración expresa a tal efecto dentro del mismo Título IV de la norma, con el fin de aclarar este extremo.

De igual modo, la exigencia de la firma del acuerdo de mediación por el mediador (art. 23.2 RDL) podría resultar contradictoria con el concepto de la mediación como un producto de la voluntad de las partes. Además de no ser requerida por la Directiva, esta exigencia podría conllevar problemas formales y ser una fuente misma de controversias. Por ello, la Ley 5/2012 suprime la firma del mediador en el acuerdo de mediación, de manera acorde con lo previsto en los sistemas de nuestro entorno. Asimismo, la Ley establece que contra lo convenido en el acuerdo de mediación solo podrá ejercitarse la acción de nulidad por las causas que invaliden los contratos (art. 23).

Con independencia de la comentada *desjuridificación*, el artículo 17 regula la denominada sesión informativa (en la que el mediador informará a las partes tanto sobre su propia idoneidad como sobre las características del propio proceso de mediación) y establece que la inasistencia injustificada de cualquiera de las partes se debe entender como desistimiento.

En el procedimiento de mediación comienza con una sesión constitutiva de la que debe levantarse acta. En esta sesión se identifican las partes, el mediador y el objeto del conflicto; también indica el lugar y la lengua del procedimiento de mediación y sus costes, o las bases para fijarlos. En esta sesión se fija el programa de actuaciones y su duración, que debe ser la más breve posible. El artículo 21 permite al mediador mantener tanto comunicaciones simultáneas con las partes como celebrar unas sesiones privadas con una parte sin la asistencia de la otra. Naturalmente, el mediador no podrá comunicar a la otra parte la información o documentación que reciba en esas sesiones, salvo autorización expresa de la parte que se la hubiera aportado.

La conclusión del procedimiento se producirá bien con el acuerdo de las partes, bien sin acuerdo, por desistir cualquiera de ellas de la mediación, o por haber transcurrido el plazo de duración previamente acordado sin resultado positivo. En este sentido, resulta fundamental la pericia del propio mediador al punto de saber identificar en qué momento del desarrollo del procedimiento la mediación ha de darse por concluido por la imposibilidad de las partes de alcanzar un acuerdo.

Una de las ventajas de la mediación es el coste del procedimiento. La propia jurisprudencia (22) ha señalado los costes del procedimiento como una de las ventajas de la mediación frente a otros métodos de resolución de conflictos.

(22) Entre las sentencias del Tribunal Supremo que se refieren a la ventaja de la mediación en términos de menores costes de procedimiento, destaca en particular en la sentencia de 3 de julio de 2009, reproducida en parte en el epígrafe III de este artículo.

Esta ventaja se convierte en una razón más para reconocer la conveniencia de la mediación concursal, ámbito el del concurso en el que los problemas derivados de los elevados costes ha sido reiteradamente puesto de manifiesto. Asimismo, merece mención especial por su trascendencia en la mediación, la regulación por el Real Decreto-ley de las costas procesales.

El artículo 15 del Real Decreto-ley 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. Señala, además, que tanto los mediadores como la institución de mediación podrán exigir a las partes la provisión de fondos que estimen necesaria para atender el coste de la mediación. En el caso de que las partes o alguna de ellas no realizaran en plazo la provisión de fondos solicitada, el mediador o la institución podrán dar por concluida la mediación. No obstante, si alguna de las partes no hubiere realizado su provisión, el mediador o la institución antes de acordar la conclusión, lo comunicará a las demás partes, por si tuvieran interés en suplirla dentro del plazo que hubiera sido fijado. Esta previsión se realiza teniendo en cuenta la mediación privada, si bien nada impide que se aplique igualmente a la mediación vinculada a los Tribunales (en general, al menos en España, los programas intrajudiciales son gratuitos para las partes). Esta es una cuestión que se debate en la actualidad, y se cuestiona su conveniencia por los distintos operadores jurídicos, y, sobre todo, su inclusión en el derecho de asistencia jurídica gratuita. En este sentido, se establece la Disposición Adicional 2.^a (23), titulada «impulso a la mediación» (24).

El Real Decreto-ley apunta la necesidad de incluir la mediación dentro del asesoramiento y orientación gratuitos previos al proceso, si bien no los incluye expresamente, y permite a las Administraciones que lo hagan o no. La situación de crisis económica actual permite dudar de la viabilidad práctica del precepto comentado, por la importante carga económica para el Estado si existe un número relevante de mediaciones. En todo caso, es preciso tener en cuenta que la mediación se puede producir, asimismo, en etapas posteriores a la inicial, que es a la que se refiere el Real Decreto-ley y la Ley de Asistencia Jurídica Gratuita, y que la mayoría de los asuntos que se median provienen de procesos abiertos en los que se ha realizado una derivación a la mediación. Se ha apuntado la conveniencia de intentar medidas análogas a las realizadas en otros países, como establecer tarifas a las partes dependiendo de sus niveles de ingresos.

(23) La Disposición Adicional 2.^a del Real Decreto-ley dispone que: «1. Las Administraciones Públicas competentes para la provisión de medios materiales al servicio de la Administración de Justicia proveerán la puesta a disposición de los órganos jurisdiccionales y del público de información sobre la mediación como alternativa al proceso judicial. 2. Las Administraciones Públicas competentes procurarán incluir la mediación dentro del asesoramiento y orientación gratuitos previos al proceso, previsto en el artículo 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».

(24) SOLETO MUÑOZ, H., «La nueva normativa estatal sobre mediación civil y mercantil y el proceso civil», en *Diario La Ley*, núm. 7834, Sección Tribuna, de 10 de abril de 2012, año XXXIII, Ed. LA LEY (LA LEY 3159/2012), califica de curiosa la dicción del precepto, porque no estamos acostumbrados a ella en una normativa nacional, pues un enunciado flexible como el del apartado segundo de esta disposición, en el que se recoge un comportamiento de las Administraciones Públicas sin vincularlas normativamente es una forma de regulación más en la misma línea de la normativa europea, que normalmente pretende establecer líneas de trabajo, dando cierta libertad a los Estados para que elijan la forma de llevarlas a cabo.

En relación con el coste del procedimiento, y con la buena fe, y la voluntariedad, es preciso referirse a la regulación que el Real Decreto-ley realiza de las costas. En este sentido, el artículo 395 LEC dispone que la no participación en la mediación intentada por una de las partes se interpretará como mala fe a efectos de imposición de costas, es decir, que si una de las partes, incluso aunque hubiese resultado ganadora del proceso, no hubiera participado en la mediación que se intentó por la otra parte, será condenada en costas. El artículo 395 LEC ha de interpretarse de forma que sea condenado en costas la parte que no participó de buena fe en la mediación, y que no es suficiente con que hubiera asistido simplemente a la mediación o a la primera sesión. Como mecanismo protector, el citado precepto permite que la propia parte que obtenga el resultado favorable a sus intereses en la mediación, resulte castigado con el pago de las costas si se pudo evitar el proceso. Este precepto podrá ser utilizado por los Tribunales con el fin de fomentar la mediación.

G) EL ACUERDO DE MEDIACIÓN Y SU EJECUCIÓN

El acuerdo de mediación puede ser total o parcial, en el sentido de que puede versar sobre todos los extremos de la controversia o solamente algunos. En todo caso, deberá instrumentarse de conformidad con las formalidades del artículo 23 del Real Decreto-Ley, entre las que cabe destacar la mención expresa de que se ha seguido un procedimiento de conformidad con el Real Decreto-ley. El acuerdo de mediación será vinculante para las partes.

Entre los aspectos que podrían ser mejorados en el Real Decreto-ley destaca el de la naturaleza y los efectos del acuerdo de mediación, pues la norma no lo aclara. Como ya apuntamos, el Real Decreto-ley adolece de cierta confusión terminológica y conceptual también en relación al «acuerdo de mediación», así como en torno a la «mediación» propiamente dicha como actividad tendente a que las partes logren alcanzar un acuerdo. Se utiliza en la Ley indistintamente los términos «mediación» y «acuerdo de mediación» (los arts. 8 y 23 se refieren a «acuerdo de mediación»). Tanto el Real Decreto-ley como la Ley de Enjuiciamiento Civil, modificada por él, incluyen constantes referencias al «acuerdo de mediación», y se infiere que el mismo es el «resultado» de las tareas mediadoras tendentes a la transacción de la controversia, en evitación de las instancias judiciales.

No existe en el Real Decreto-ley una disposición relativa a la naturaleza del acuerdo de mediación, y ha sido la doctrina (25) quien ha abordado esta cuestión. Al respecto nos preguntamos si cabe entender que en el Real Decreto-ley se recoge una transacción, un allanamiento, o si se trata de un nuevo contrato. La realidad es que puede serlo todo según el estado en que se encuentre, y la ley debería aclararlo en su punto de partida porque el ordenamiento jurídico y la jurisprudencia están llenos de normativas y referencias, por ejemplo, a la transacción o el allanamiento. Si el referido acervo intelectual pudiera ser invocado y aplicado, las citadas normas y sentencias quedarían a disposición para la aclaración de las dudas y problemas en torno al «acuerdo de mediación». Por

(25) La naturaleza jurídica del acuerdo, en el ámbito de la mediación familiar, ha sido defendida como un contrato atípico, donde intervienen dos elementos subjetivos, de un lado aquellos que están sufriendo la crisis o conflicto en cuestión, y de otro, el agente mediador; en este sentido, vid., PÉREZ GIMÉNEZ, «La mediación familiar: perspectiva contractual», en *Aranzadi Civil*, 22, 2006.

el contrario, el silencio acerca de la naturaleza implica una falta de remisión expresa a las normas ajena al Real Decreto-Ley que, en el caso de existir dicha remisión, sí pudieran ser utilizadas para resolver dificultades. Como consecuencia de ello, se crea una seria incertidumbre que es preciso superar por la conexión con la naturaleza del «acuerdo de mediación», ya existente en nuestro derecho procesal y sustantivo.

En el ámbito de la mediación mercantil, y en el supuesto particular de la mediación en el ámbito del contrato de seguro, se suscita la duda acerca de cuál ha de ser la denominación correcta del «acuerdo de mediación». En este sentido, cabe pensar que se refiere a una «cláusula contractual» prevista por las partes con anterioridad a la celebración del contrato de seguro. Como consecuencia de ello, resulta posible entender que existe una ambivalencia: de un lado, puede referirse a una «cláusula compromisoria» y, de otro, también un «acuerdo de mediación transaccional» que las partes del contrato de seguro hayan obtenido con la ayuda de un mediador (26). Como quiera que sea, en el ámbito del seguro, la mediación parece que puede resultar adecuada si tiene lugar entre empresas aseguradoras, mientras que entre particulares el arbitraje parece ser una mejor solución alternativa.

En materia concursal el acuerdo de mediación presenta algunas dificultades que se derivan de la falta de regulación de los efectos del acuerdo adoptado durante el proceso mismo de mediación concursal. Asimismo, la doctrina (27) señala la necesidad de establecer incentivos negativos que aumenten la voluntad negociadora de los acreedores, especialmente en lo que concierne al deudor persona física, puesto que en este caso no tienen ningún aliciente para buscar soluciones, al no existir exoneración de las deudas. Para la mediación concursal, parece conveniente modificar legalmente este aspecto, si bien con un límite cuantitativo y solo en caso de buena fe.

Una de las novedades de la regulación de la mediación es la ejecución del acuerdo de mediación. Si las partes desean que el acuerdo tenga además fuerza ejecutiva, deberán elevar el acuerdo a escritura pública. El artículo 27 del Real Decreto-ley establece los requisitos para que los acuerdos de mediación de un Estado miembro de la Unión Europea, así como de terceros Estados tengan fuerza ejecutiva en España. Asimismo, el artículo 28 del Real Decreto-ley recuerda que un acuerdo de mediación cuyo contenido sea contrario a Derecho no podrá ser ejecutado.

En efecto, el acuerdo de mediación realizado privadamente puede ser llevado a ejecución de forma voluntaria o de forma forzosa, pues en el caso de que una de las partes no lo cumpla, la otra podrá solicitar su ejecución. Tal como se ha regulado por el Real Decreto-ley, la ejecución de los acuerdos no elevados a escritura pública habrá de producirse tras el seguimiento de un proceso declarativo, en el que el acuerdo de mediación se aporte como prueba documental. Igualmente, resulta posible el otorgamiento de fuerza ejecutiva del acuerdo a través de la

(26) ILLESCAS ORTIZ, R., «La aplicación de la Ley de mediación en asuntos civiles y mercantiles en el seguro: principios inspiradores», *op. cit.*

(27) Vid., GALLEGOS SÁNCHEZ, E., *La mediación concursal. Alternativa para la solución de las crisis de no empresarios y pymes*, Centro de Negociación y Mediación. Foro Negocia, Instituto de Empresa y Dictum Abogados, marzo de 2012, 30 págs., en http://dictumabogados.com/wp-content/themes/DynamiX-dictum/images/mediacion_concursal/flipviewerxpress.html. La profesora GALLEGO señala que si bien la mediación concursal carece absolutamente de arraigo en España, ha de defenderse su idoneidad para resolver alguno de los problemas que afectan al sistema concursal español sobre la base de la experiencia comparada. En particular sostiene su aptitud para solucionar la situaciones de insolvencia de no empresarios y pymes.

convalidación de este por el Tribunal. En este sentido, el artículo 19.2 LEC se refiere a la homologación del acuerdo a través de la transacción, y en el artículo 206 LEC, con el contenido dado por el Real Decreto-ley se establece que tendrá forma de auto cuando se resuelva sobre acuerdos de mediación.

Como novedad muy relevante, en el artículo 517 LEC, el Real Decreto-ley diseña el otorgamiento de título ejecutivo al acuerdo de mediación que haya sido elevado a escritura pública, a diferencia del anterior proyecto de Ley presentado en 2011 en las Cortes, que otorgaba el carácter de título ejecutivo al acuerdo de mediación firmado por un mediador, lo que fue muy criticado por parte de la doctrina. La ejecutividad prevista en la Directiva 2008/52/CE y que habían de promover los Estados en su transposición es flexible, pues se otorga un importante margen de discrecionalidad a los legisladores estatales, ya que se establece la obligación de los Estados miembros de dotar de ejecutividad a los acuerdos de mediación a instancia de las partes, si bien se salva la posibilidad de que el Estado al que se solicite no contemple su carácter ejecutivo, y no se considera aplicable la Directiva al reconocimiento de acuerdos ejecutivos por otro Estado. La ejecutividad podrá atribuirse a través de resoluciones judiciales o incluso de otros órganos, y esta ha sido la solución adoptada en el Real Decreto-ley de mediación.

En relación a la ejecución del acuerdo de mediación, reviste interés el segundo de los ejes de la Exposición de Motivos al que nos hemos referido con anterioridad: la *deslegalización o pérdida del papel central de la ley* a través de un método de resolución de controversias que valore e incluya otras consideraciones que no sean las de índole necesariamente jurídica. En este sentido, llama la atención la regulación novedosa de la posibilidad de convertir en su caso el acuerdo de mediación en título ejecutivo, lo que articula través de la intervención de notario. En cierto modo, esta conversión en título ejecutivo parece encerrar cierta contradicción con el eje propugnado en la norma de la *deslegalización*, pues las partes que se someten a mediación pueden pretender, entre otros objetivos, evitar la *legalización* desplegada por el notario toda vez que debe verificar el *cumplimiento de los requisitos exigidos* en el Real Decreto-ley, que el contenido del acuerdo *no es contrario a Derecho* (art. 25.2 RDL). En todo caso, resulta claro que la intervención del notario habrá de limitarse a velar por la legalidad, en consecuencia, se limitará a intervenir solo en aquellos casos que no sean de libre disposición para las partes.

Por todo lo anterior, en la misma línea de exceso regulatorio de otros preceptos del Real Decreto-ley, según mi parecer, puede considerarse excesiva y poco favorecedora del necesario impulso a la mediación la formalidad que se exige al acuerdo de mediación, su homologación judicial o la exigencia de elevación a público para que resulte ejecutable. Si se me permite, de discriminatoria de la mediación cabría calificar esta formalidad, toda vez que la necesidad de contraste notarial o intervención judicial conceden *de facto* al acuerdo de mediación un rango inferior al de un laudo arbitral que es ejecutable sin más requisitos.

H) LA MEDIACIÓN Y EL PROCESO JUDICIAL: LA SUSPENSIÓN DE LOS PLAZOS DE PRESCRIPCIÓN Y DE CADUCIDAD DE LAS ACCIONES, Y LA IMPOSIBILIDAD DE EJERCITAR ACCIÓN ALGUNA ANTE LOS ÓRGANOS JURISDICCIONALES MIENTRAS DURE EL PROCEDIMIENTO DE MEDIACIÓN. AMPLIACIÓN DE LA DECLINATORIA

El Real Decreto-ley se ocupa igualmente de articular las relaciones entre la mediación y el proceso. Como señalábamos, tanto la Directiva 2008/52/CE como

el Real Decreto-ley se refieren a la relación del proceso con la mediación. En el caso del segundo, se ha escogido un modelo centrado principalmente en la mediación privada, regulándose residualmente los efectos en el proceso, de los acuerdos de mediación o incluso de la pendencia del propio procedimiento de mediación, pero también se hace referencia a lo que en otros ordenamientos se ha organizado como una forma específica de desarrollar la mediación, dada su importante vinculación al proceso. En Europa, y concretamente, en España, la mediación se ha generalizado únicamente en el ámbito conectado con los Tribunales, o intrajudicial, siendo promovida principalmente por magistrados, alentados por el Consejo General del Poder Judicial o por iniciativas asociativas.

La mediación intrajudicial será aquella que se lleve a cabo una vez se haya iniciado un proceso a través de demanda, y en cualquier momento de su devenir, es decir, que es posible que exista mediación al principio del proceso civil, en pleno proceso e incluso en fase de ejecución de sentencia. En la práctica, las partes acuden a la mediación, bien a partir de alguna gestión de un organismo oficial, bien por iniciativa propia. En cualquiera de los casos podemos hablar de mediación intrajudicial, pues se produce una vez iniciado el proceso y desarrollo y resultado tendrá efectos en dicho proceso, sin embargo, generalmente se hace referencia a mediación intrajudicial cuando la iniciativa de la mediación parte del órgano jurisdiccional o cuando se utilizan los servicios del órgano jurisdiccional. Por ello, se apunta la mayor corrección del término «mediación conectada con el Tribunal» (28), aunque en otros países de Europa en general se denomina mediación judicial, como en Bélgica que distinguen de la voluntaria, o en Francia de la convencional.

En el Real Decreto-ley la mediación intrajudicial o conectada con el Tribunal no se aborda de forma clara, y únicamente se hacen referencias a la suspensión del proceso para intentarse la mediación, en la misma línea establecida en la modificación de la LEC en 2005, así como a la información a las partes en la audiencia previa sobre la posibilidad de acudir a mediación. Así, el Tribunal podrá invitar a las partes a una sesión informativa de mediación.

En el ámbito particular de la mediación concursal (29), el legislador debe valorar la mediación intraprocesal o intrajudicial, de modo que el juez se va a limitar a la designación del mediador previa comunicación por el deudor de su situación de insolvencia, según establece el artículo 5.bis LC. La comunicación con solicitud de nombramiento de mediador dotaría de mayor solemnidad a lo que hoy es una simple declaración privada, que además no se puede constatar, de que ha iniciado negociaciones para alcanzar un acuerdo de refinanciación o para obtener adhesiones a una propuesta anticipada de convenio, que, en no pocas ocasiones se está utilizando en la práctica simplemente para retrasar el cumplimiento de la obligación de solicitar el concurso. La primera actuación que debe acometerse para hacer realidad el uso de la mediación concursal es la modificación del artículo 5.bis LC para poder incluir en su ámbito de aplicación la negociación de convenios extrajudiciales en los que intervenga un mediador.

(28) SOLETO MUÑOZ, H., «La nueva normativa estatal sobre mediación civil y mercantil y el proceso civil», *op. cit.*, señala como ejemplo de la denominada *court-connected mediation*, la mediación en el ordenamiento de Estados Unidos. La autora propone, como término más adecuado, el de «mediación conectada con el Tribunal» o «mediación intrajudicial», pues considera que el término mediación judicial puede llevar a la errónea conclusión de que es el juez el que lleva a cabo la labor de mediación.

(29) Vid., por todos, GALLEGOS SÁNCHEZ, E., «La mediación concursal», *op. cit.*, págs. 1-30.

Con ello podrían beneficiarse de la posibilidad de poner fin a la insolvencia, no solo las personas naturales sino también empresas que estén en condiciones de conseguir un acuerdo de refinanciación en sentido estricto, normalmente, las grandes empresas, sino también las pequeñas y medianas a quienes se facilitaría la consecución del convenio con la ayuda del mediador.

La suspensión de los plazos de prescripción y de caducidad de las acciones prevista en la ley significa que la mediación suspenderá —que no interrumpirá— dichos plazos. A estos efectos, la mediación se entenderá iniciada desde la presentación de la solicitud de mediación (o desde su «depósito» ante una institución de mediación), y se entenderá finalizada a la fecha de firma del acuerdo alcanzado (o, en su defecto, del acta final) o cuando se produzca la terminación de la mediación por cualquier otra causa.

Como garantía de la mediación, la ley regula la imposibilidad de ejercitar acción alguna ante los órganos jurisdiccionales mientras dure el procedimiento de mediación, así como la ampliación de la declinatoria. El Real Decreto-ley establece que, durante el tiempo en que se desarrolle la mediación, las partes no podrán interponer entre sí ninguna acción judicial o extrajudicial en relación con su objeto.

En caso de que exista un compromiso de sometimiento previo a mediación, la parte interesada podrá, mediante declinatoria, impedir que los tribunales conozcan la controversia sin antes intentar el procedimiento de mediación (art. 10.2). Esta regla es válida incluso aunque lo que se discuta sea la validez del contrato que incluye la cláusula de mediación.

I) MODIFICACIONES A LA LEY 1/2000, DE 7 DE ENERO, DE ENJUICIAMIENTO CIVIL

Mediante la Disposición Final segunda, el Real Decreto-ley modifica algunos artículos de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, para el necesario encaje de la institución de la mediación con la normativa procesal: el artículo 19 para incluir la mediación entre las facultades de disposición del objeto del juicio; los artículos 39, 63, 65 y 66 para regular la declinatoria con relación a las cláusulas de mediación o procedimientos de mediación en curso; el artículo 206, por el que las resoluciones judiciales sobre la admisión o inadmisión de los acuerdos de mediación deberán revestir la forma de auto; los artículos 335 y 347 para impedir que las partes soliciten un dictamen de un perito que haya intervenido en una mediación y que este pueda intervenir en un proceso judicial; el artículo 395 para que, en materia de costas, si el demandado se allana antes de contestar a la demanda, este sea condenado en costas siempre que, antes de presentada la demanda, se hubiera iniciado procedimiento de mediación, por entender que ha habido mala fe; los artículos 414 y 415 para que, en la audiencia previa, el Juez informe a las partes de la posibilidad de recurrir a la mediación para la solución de la controversia y, en su caso, las partes puedan suspender el proceso para someterse a mediación; el artículo 517 para reconocer los acuerdos de mediación entre los títulos ejecutivos. También se modifica el artículo 518 para prever la caducidad de cinco años para interponer la demanda ejecutiva de un acuerdo de mediación; el artículo 539 para prever que se podrá ejecutar un acuerdo de mediación o un laudo sin necesidad de abogado ni procurador siempre que el importe por el que se despacha ejecución no supere los 2.000 €; los artículos 545, 548, 550, 556, 559, 576 y 580 para el encaje de la mediación con diversos aspectos del procedimiento ejecutivo.

J) NOVEDADES DE LA LEY 5/2012, DE 6 DE JULIO, DE MEDIACIÓN EN ASUNTOS CIVILES Y MERCANTILES, FRENTE AL REAL DECRETO-LEY 5/2012

La Ley 5/2012, de mediación en asuntos civiles y mercantiles, de 6 de julio de 2012, regula la mediación en términos casi idénticos al Real Decreto-ley que deroga. De este modo, extiende la mediación al ámbito civil y mercantil, incluidos los conflictos transfronterizos, con expresa exclusión de la mediación penal, la laboral, la de consumo y con las Administraciones Públicas. Al igual que el Real Decreto-ley, enumera los principios informadores de la mediación, regula el estatuto mínimo del mediador y el procedimiento de mediación y establece el procedimiento de ejecución de los acuerdos.

Agregadas a las novedades que se han ido comentando, la Ley 5/2012 delimita una serie de modificaciones de carácter procesal que facilitan la aplicación de la mediación dentro del proceso civil; regula la facultad de las partes para disponer del objeto del juicio y someterse a mediación, así como la posibilidad de que sea el juez el que invite a las partes a llegar a un acuerdo y, a tal fin, se informen de la posibilidad de recurrir a la mediación; y 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.

Las modificaciones efectuadas por la Ley 5/2012 son: la letra *n*) del artículo 5 de la Ley 2/1974, de Colegios Profesionales; la letra *i*) del apartado 1 del artículo 2 de la Ley 3/1993, Básica de las Cámaras Oficiales de Comercio, Industria y Navegación; el artículo 19, apartado 1; el artículo 39; el artículo 63, apartado 1, párrafo primero; el artículo 65, apartado 2, párrafo segundo; el artículo 66; el artículo 206, apartado 2, regla 2.^a; el artículo 347, apartado 1, párrafo segundo; el artículo 395, apartado 1, segundo párrafo; el artículo 414, apartado 1, segundo párrafo; el artículo 415, apartados 1 y 3; el artículo 440, apartado 1; el artículo 443, apartado 3; el artículo 517, apartado 2, número 2; el artículo 518; el artículo 545, apartado 2; el artículo 548; la rúbrica del artículo 556 y su apartado 1, párrafo primero; el artículo 559, apartado 1, ordinal 3.;º; el artículo 576, apartado 3, y el artículo 580 de la Ley 1/2000, de Enjuiciamiento Civil; y, por último, el apartado 3 del artículo 2 y el apartado 3 de la Disposición Transitoria única de la Ley 34/2006, sobre el acceso a las profesiones de abogado y procurador de los tribunales.

Entre los preceptos que la Ley 5/2012 añade, se encuentran el apartado 3 al artículo 335, una excepción 4.^a al apartado 3 del artículo 438, un nuevo párrafo al apartado 1 del artículo 539 y un nuevo párrafo al ordinal 1.^º del apartado 1 del artículo 550 de la Ley 1/2000, de Enjuiciamiento Civil, y las Disposiciones Adicionales octava y novena de la Ley 34/2006, sobre el acceso a las profesiones de abogado y procurador de los tribunales.

En último lugar, la Ley 5/2012 deroga el Real Decreto-ley 5/2012, de Mediación en Asuntos Civiles y Mercantiles, al tiempo que incorpora al Derecho español la Directiva 2008/52/CE, sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles.

III. LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO QUE ENLAZA LA MEDIACIÓN CON ASUNTOS CIVILES

Con carácter previo a detallar las sentencias de la Sala 1.^a del Tribunal Supremo, que mencionan la mediación como forma alternativa de resolución de

conflictos, conviene recordar el comentario realizado en las páginas anteriores acerca del valor de la jurisprudencia sobre allanamiento y transacción, con el fin de invocarla para la aclaración de las dudas y problemas en torno a la naturaleza del «acuerdo de mediación». Si bien no corresponde recoger aquí dicha jurisprudencia por exceder del objeto de nuestro comentario, entendemos que sí resulta pertinente tenerla en cuenta por su posible relevancia en materia de mediación.

Las sentencias en las que el Tribunal Supremo enlaza algunas materias de Derecho Civil con la mediación, siendo ponente en todas ellas Xavier O'CALLAGHAN MUÑOZ, a excepción de la dictada en 2011, en la que es ponente Antonio SALAS CARCELLER, son en orden cronológico:

La sentencia del Tribunal Supremo, Sala 1.^a, de 2 de julio de 2009 (número de recurso: 767/2005, número de resolución: 527/2009), se pronuncia sobre la acción declarativa de dominio con base en la pretendida existencia de un contrato, y declara que: «*El presente caso se presenta como un simple tema de propiedad, como declaración del dominio o como un ejercicio de opción de compra, pero presenta un trasfondo del conflicto familiar, que se vislumbra, pero no aparece con prueba suficiente para decidir sobre una u otra de las dos acciones contradictorias entre sí. Podría haber algo más que un simple contrato de arrendamiento urbano, que podría llevarse a una mediación, si las partes hubieran querido o una ley lo hubiera previsto, aunque no la hay, si bien todo apunta a una corriente favorable a la misma, como indica la Directiva 2008/52/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de mayo de 2008; este caso se ha llevado al órgano jurisdiccional, cuya solución debe inexorablemente basarse en hechos probados*». La sentencia expresa con claridad que la solución podía haber sido bien distinta en el caso de que las partes hubieran sometido el conflicto a la mediación.

Al día siguiente de la anterior sentencia, el Tribunal Supremo dicta otra (STS de 3 de julio de 2009, número de recurso: 816/2005, número de resolución: 537/2009), en la que resuelve acerca de la transmisión *mortis causa* de la acción de revocación de la donación modal, refiriendo que: «*Se trata, pues, de un fuerte enfrentamiento familiar, con la consecuencia jurídica de un largo y enconado proceso y la consecuencia económica, según la sentencia recurrida, de la pérdida de una larga serie de bienes por el demandado donatario que había sido objeto de la mencionada donación. No es baldío tener presente que en este, como en otros tantos conflictos, tanto familiares, como civiles o mercantiles en general (así, 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), 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*».

En relación a la rescisión por lesión de legítima en partición hereditaria, el Tribunal Supremo (Sala 1.^a), dicta otra sentencia de 17 de septiembre de 2009 (número de recurso: 2658/2004, número de resolución: 604/2009), y señala que: «*Se trata de un enfrentamiento familiar por razón —más frecuente de lo que debiera— de la herencia paterna, y ha provocado un largo y costoso proceso que, como ya observaba la sentencia de esta Sala de 3 de julio del presente año, podría una mediación haber evitado. Este, como otros tantos conflictos, tanto familiares como civiles o mercantiles en general (así, 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, y Ley de Cataluña 15/2009, de 22 de julio, de me-*

diación en el ámbito del Derecho Privado) puede ser objeto de una mediación que llega a soluciones menos traumáticas que el proceso, y el acuerdo final siempre sería menos duro que una resolución judicial que se apoya exclusivamente en la aplicación de la norma jurídica».

La siguiente sentencia dictada por el Tribunal Supremo (Sala 1.^a, de 5 de marzo de 2010, número de recurso: 2559/2005, número de resolución: 129/2010) se refiere a la nulidad del contrato de compraventa por dolo y vicio en el consentimiento. La sentencia reza: «*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/E 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, de 2 de julio de 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.*

Enlazando el Derecho de Sucesiones y la mediación, el Tribunal Supremo (Sala 1.^a), dicta la sentencia de 20 de mayo de 2010 (número de recurso: 1502/2006, número de resolución: 324/2010) en la que se aborda la discusión sobre la facultad de elección de un legado (30), y en la misma el Tribunal destaca las ventajas de la mediación: «*Sin embargo, no es balde recordar aquí lo que ya las sentencias de esta Sala, de 2 de julio de 2009, 3 de julio de 2009 y 5 de marzo de 2010, sobre la mediación. Este caso, propio de una sucesión mortis causa, no solo refleja un problema de atribuciones patrimoniales, sino un enfrentamiento familiar, que se vislumbra claramente en los escritos obrantes en autos, que podría haberse evitado yendo a la solución alternativa de la mediación, si las partes hubieran querido o la ley lo hubiera previsto, que no la hay, pero aparece cada vez más una corriente favorable a la misma, que ha tenido reflejo legal en la Directiva 2008/52/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de mayo de 2008, sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles, en la Ley 15/2009, de 22 de julio, de la Comunidad Autónoma de Cataluña, de mediación en el ámbito del Derecho Privado, y en el Anteproyecto de Ley de mediación en asuntos civiles y mercantiles, elevado al Consejo de Ministros por el de Justicia el 19 de febrero de 2010. En todo caso, puede la mediación, como modalidad alternativa de solución de conflictos, llegar a soluciones menos traumáticas que el dilatado tiempo que se invierte en el proceso y el acuerdo a que se llega siempre será menos duro que la resolución judicial que se apoya exclusivamente en la razonada aplicación de la norma jurídica.*

(30) Vid., MORETÓN SANZ, F., «El legado alternativo y la facultad de elección o concentración: la mediación como fórmula recomendada judicialmente para la resolución de controversias patrimoniales y familiares derivadas de la sucesión *mortis causa*», en *RCDI*, núm. 721, págs. 2406 a 2424, y en particular en las págs. 2417 a 2422. La autora examina la figura de la mediación desde la perspectiva de la Directiva de la Unión Europea y el *iter legislativo* de la proyectada ley de mediación, con referencia a la regulación de las Comunidades Autónomas y el Derecho Foral, en materia de mediación familiar, y advierte de las dificultades de armonización que se producirán en relación a la legislación foral.

La sentencia del Tribunal Supremo, Sala 1.^a, de 2 de marzo de 2011 (número de recurso: 1821/2007, número de resolución 109/2011), se pronuncia expresamente sobre uno de los principios de la mediación: la confidencialidad. En la sentencia se revisa el acuerdo de una jueza de primera instancia de no admitir los documentos que aparecían firmados por ambos cónyuges y el mediador. La jueza de primera instancia consideró que la aportación al proceso judicial de los citados documentos era ilícita al tratarse de acuerdos concertados en el transcurso de un proceso de mediación familiar. El Tribunal Supremo estima que los documentos de que se trata guardan directa relación con la tutela judicial que se pretende obtener por parte de la persona que los aporta a juicio y que no se refieren a actividad prohibida por la *ley ni se han vulnerado derechos fundamentales al proceder a su obtención*, al igual que dicha aportación no vulnera lo establecido por la ley de Mediación Familiar de Cataluña. De manera expresa, en la sentencia se señala que *el deber de secreto que alcanza a la persona mediadora y a las propias partes se refiere a «informaciones confidenciales»*. Estas informaciones quedan reservadas al estricto conocimiento de las personas y del mediador, pero no pueden extenderse a un acuerdo libremente adoptado y referido a las consecuencias de la ruptura matrimonial.

Por último, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala 1.^a, de 19 de enero de 2012 (número de recurso: 1821/2007, número de resolución: 109/2011), resuelve acerca de la partición de las herencias del padre y de la madre, y el allanamiento parcial de no todos los codemandados: En su Fundamento de Derecho primero, señala que: *«Debe partirse del entramado familiar que ha dado origen a la presente litis, ya que se trata de una polémica que, como en otros casos que ha conocido esta Sala, se advierte que tan útil hubiera sido la mediación. Así, las sentencias de esta Sala, de 2 de julio de 2009 (RJ 2009/6462), 3 de julio de 2009 (RJ 2009/5491), 5 de marzo de 2010, 30 de mayo de 2010 y 18 de junio de 2010 (RJ 2010/4894) reiteran: la utilidad de la mediación que ya se contemplaba para asuntos civiles y mercantiles en la Directiva 2008/52/CE (LCEur 2008/803) del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de mayo de 2008; en la Ley 15 de 2009, de 22 de julio (LCAT 2009/523), de la Comunidad Autónoma de Cataluña, de mediación en el ámbito del Derecho Privado y en el Anteproyecto de Ley de mediación en asuntos civiles y mercantiles, elevado al Consejo de Ministros por el de Justicia, el 19 de febrero de 2010. 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»*.

En suma, las anteriores sentencias del Tribunal Supremo se pronuncian de manera explícita, y en ocasiones, implícita, sobre algunos aspectos de la mediación, como el principio de la confidencialidad, su carácter preventivo, la deslegitilización o no sujeción a la norma jurídica, la libertad en materia de prueba, y otras ventajas de la mediación, como son los costes más reducidos y la flexibilidad y rapidez en el desenvolvimiento del procedimiento frente a la tradicional vía judicial. Si el Tribunal Supremo alaba las anteriores ventajas y flexibilidad en términos generales de la mediación en «asuntos civiles», cuanto más habrá de ser apreciada como idónea en los «asuntos mercantiles», y entre ellos en el concurso de acreedores de manera especial.

IV. CONCLUSIONES

La Ley de mediación, desde el punto de vista del texto legislativo, es una buena ley que, por primera vez, es de aplicación en todo el territorio español, lo que debería impulsar el éxito de la mediación.

Como en todo texto legislativo, se encuentran algunos aspectos que son mejorables. Quizá hubiera resultado preferible una norma legal más exigente con el cumplimiento de la cláusula de mediación, al tiempo que menos formal en el desarrollo de la mediación propiamente dicha. En cualquier caso, los mediadores deben actuar a requerimiento de ambas partes sin someterse a una actuación formal y escrituraria. En este sentido, entre los aspectos menos afortunados de la Ley, en mi opinión, se encuentran el modo en que se regula el estatuto del mediador y sus requisitos para ejercer por resultar algo excesivo; como excesiva parece la formalidad que se exige al acuerdo de mediación, su homologación judicial o la exigencia de elevación a público para que resulte ejecutable, por la diferencia de trato respecto al laudo arbitral lo que, sin duda, no contribuye al impulso de la mediación.

La aprobación de la normativa sobre mediación puede representar un importante y positivo impulso de la mediación mercantil en nuestro país. Esta carta de naturaleza, sin embargo, no es por sí sola suficiente, pues es necesario inculcar el valor la mediación mercantil. A diferencia de la vía judicial, el tiempo dedicado a una mediación puede resultar muy productivo en el ámbito empresarial, pues invita a encontrar soluciones que convengan a ambas partes, con el resultado de conservar e incluso incrementar las posibilidades de colaboración futura.

En todo caso, el régimen legal de la mediación es de carácter general, para lo civil y lo mercantil, por lo que no cabe afirmar la existencia de mediación típicamente mercantil. La nota de la mercantilidad vendrá dada por la particular materia mercantil que sea objeto de la mediación, y por la especial formación y conocimiento de lo mercantil de los mediadores (por ejemplo, en material concursal). Como consecuencia de ello, la jurisprudencia del Tribunal Supremo, que enlaza la mediación regulada en la Directiva 2008/52/CE con asuntos civiles resultará relevante por igual en la mediación civil y en la mediación mercantil.

La mediación concursal puede ser una solución alternativa al concurso de acreedores para la solución de las crisis de familias, no empresarios y pequeñas y medianas empresas.

El tiempo dirá si las bases establecidas por la normativa para el desarrollo de la mediación en nuestro país propiciará el arraigo de la cultura de la mediación en España, como la que se ha desarrollado en otras jurisdicciones. A tal fin, resulta clave la adecuada formación de los mediadores y el impulso por parte de las instituciones y, de manera especial, de todos los profesionales del Derecho.

V. BIBLIOGRAFÍA

- AA.VV.: *Discriminación por razón de edad y sexo. Retos pendientes del Estado Social*. Dirs.: CRESPO GARRIDO, M., y MORETÓN SANZ, F. Presentación: LASARTE ÁLVAREZ, C., Colex, 1.^a ed., 2011.
- 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)», en *Actualidad Jurídica*, Uría Menéndez 12, 2005, págs. 60 a 69.

- BELTRÁN SÁNCHEZ, E.: *¿Otras soluciones a la insolvencia?*, en <http://diariojurídico.com>.
- CANDELARIO MACÍAS, M.^a I.: *Lecciones de Derecho Concursal*, Tecnos, Madrid, 2012.
- CAPRARULO DE BURGOS, N., y AGUSTÍN POTENTE, V.: *La mediación en los concursos*.
- DE LA VEGA JUSTRIBÓ, B.: «Arbitraje y concurso interno», en AA.VV.: *Diccionario Terminológico del Arbitraje Nacional e Internacional (comercial y de inversiones)* (dir.: COLLANTES GONZÁLEZ; coords.: BAIZEAU, CREMADES, DE LA VEGA, GALLEGU, MAS, ZAMBRANA), Biblioteca de Arbitraje del Estudio Mario Castillo Freyre, vol. 18, ed. Palestra, Perú, 2011, págs. 257-263.
- «La mediación por medios electrónicos regulada en la ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles», en *Derecho y Técnología*, 2012, 30 págs. (en prensa).
- GALEOTE MUÑOZ, M.^a P.: *China: Negociación e inversión extranjera. Joint Ventures e implicaciones jurídicas*, Tirant lo Blanch, Valencia, marzo de 2012.
- «Los acuerdos extrajudiciales en fase preconcursal», en *Diario La Ley*, núm. 7375, abril de 2010.
- «La mediación», en *Sistema de solución extrajudicial de conflictos*, coord. por HINOJOSA, Ed. Ceresa, Madrid, 2006, págs. 61-90.
- GALLEGU SÁNCHEZ, E.: *La mediación concursal. Alternativa para la solución de las crisis de no empresarios y pymes*, Centro de Negociación y Mediación. Foro Negocia, Instituto de Empresa y Dictum Abogados, marzo de 2012, 30 págs.
- GARCÍA ÁLVAREZ, R.: «La mediación civil y mercantil en el Real Decreto-ley 5/2012», en *Diario La Ley*, núm. 7828, Sección Tribuna, 29 de marzo de 2012, año XXXIII, Ed. LA LEY (LA LEY 3292/2012), 5 págs.
- «Guía de mediación para abogados», en *Diario La Ley*, núm. 7828, Sección Práctica Forense, 29 de marzo de 2012, año XXXIII, Ed. LA LEY (LA LEY 3291/2012), 15 págs.
- HUBIN: «La Ley belga sobre la continuidad de las empresas», en *Rcp* 15 (2011), LA LEY 14823/2011, págs. 1-69.
- ILLESCAS ORTIZ, R.: «La aplicación de la Ley de mediación en asuntos civiles y mercantiles en el seguro: principios inspiradores», en *La mediación en el seguro como resolución de conflictos*, jornada organizada por SEAIDA el 26 de abril de 2012.
- ILUSTRE COLEGIO DE ABOGADOS DE MADRID: «Observatorio de la Justicia y de los abogados - Área Procesal Civil», *Mediación en asuntos civiles y mercantiles. Real Decreto-ley 5/2012, de 5 de marzo*, 7 págs.
- MORETÓN SANZ, F.: «El legado alternativo y la facultad de elección o concentración: la mediación como fórmula recomendada judicialmente para la resolución de controversias patrimoniales y familiares derivadas de la sucesión *mortis causa*», en *RCDI*, núm. 721, págs. 2406 a 2424.
- PEDRAZ PENALBA: «El proceso y sus alternativas», en *Cuadernos de Derecho Judicial. Arbitraje, Mediación, Conciliación*, Madrid, 1995.
- PERALES VISCASILLAS, M.^a P., *Arbitrabilidad y Convenio arbitral (Ley 60/2003, de Arbitraje y Derecho Societario)*, Navarra, Thomson-Aranzadi, 2005.
- PÉREZ CONESA: «Mediación en asuntos civiles y mercantiles», en *Aranzadi Civil*, 4/2010.
- PÉROCHON: «La prevención de las crisis en Derecho francés», en *Rcp* 15 (2011), LA LEY 14823/2011, págs. 1-45.
- SAINT-ALARÍ: «La prevención de las crisis económicas en el Derecho francés», en *El concurso de sociedades en el Derecho europeo (Una experiencia comparada)*, Madrid, 2005, págs. 191-222.

- SALAS CARCELLER, A.: «El Proyecto de Ley de mediación en materia civil y mercantil», en *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 3/2011.
- SOLETO MUÑOZ, H.: «La mediación intrajudicial», en *Mediación y resolución de conflictos: técnicas y ámbitos* (dir.: SOLETO), Tecnos, 2011.
- «La nueva normativa estatal sobre mediación civil y mercantil y el proceso civil», en *Diario La Ley*, núm. 7834, Sección Tribuna, de 10 de abril de 2012, año XXXIII, Ed. LA LEY (LA LEY 3159/2012).
- VEIGA COPO, A.: «El pacto de mediación en el contrato de seguro, reaseguro, intermediarios (agentes corredores y operadores de banca seguros). Efectos de la sumisión: prescripción y caducidad», en *La mediación en el seguro como resolución de conflictos*, jornada organizada por SEAIDA el 26 de abril de 2012.
- VIRGÓS SORIANO, M.: «La mediación como alternativa», en *Actualidad Jurídica (Uría & Menéndez)*, núm. 20, mayo de 2008, págs. 21 a 29.
- VIVAS TESÓN: «La interpretación de la voluntad del testador a la luz del contexto histórico existente al momento de otorgar testamento. Comentario a la sentencia del TSJ de Cataluña, de 22 de enero de 2004 (RJ 2004/1027)», en *Revista de Derecho Patrimonial*, 13, 2004, págs. 335 a 346.

VI. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS

- STS de 19 de enero de 2012.
- STS de 2 de marzo de 2011.
- STS de 5 de marzo de 2010.
- STS de 20 de mayo de 2010.
- STS de 17 de septiembre de 2009.
- STS de 2 de julio de 2009.
- STS de 3 de julio de 2009.

RESUMEN

MEDIACIÓN EN ASUNTOS CIVILES Y MERCANTILES, JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO, CONCURSO DE ACREDITORES

El Real Decreto-ley 5/2012, de mediación en asuntos civiles y mercantiles, transpone 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 en los litigios transfronterizos. Inspirado en la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Conciliación Comercial Internacional, el Real Decreto-ley tiene como objetivo de política legislativa fomentar la autocomposición como fórmula de solución a los conflictos.

ABSTRACT

**MEDIATION IN CIVIL AND COMMERCIAL MATTERS
INSURANCE POLICY
BANKRUPTCY**

Royal Decree-Law 5/2012 on mediation in civil and commercial matters transposes Directive 2008/52/EC of the European Parliament and of the Council of 21 May 2008 on certain aspects of mediation in civil and commercial matters in cross-border litigation. Inspired by UNCITRAL's Model Law on International Commercial Conciliation, the royal decree-law seeks the legislative policy objective of fostering conflict resolution by the parties themselves, so that

mula de resolución de controversias en España, de forma que el acceso a los tribunales de justicia se conciba como un último remedio. La Ley 5/2012 deroga el Real Decreto-ley y reproduce su contenido con alguna modificación.

La nueva regulación de la mediación privada establece los efectos procesales del procedimiento y del acuerdo de mediación, disponiendo como cuestiones innovadoras, que el acuerdo podrá ser título ejecutivo si se eleva a escritura pública, y la posibilidad de condenar en costas a la parte que no participó en la mediación.

Entre los asuntos mercantiles susceptibles de ser sometidos a mediación se encuentra el concurso de acreedores. El Real Decreto-ley no lo incluye expresamente, pero cabe admitirlo, si bien su aplicación requiere regular determinados aspectos como la formación de los mediadores con el fin de contribuir a la búsqueda de soluciones a la insolvencia, y reformar algún precepto de la Ley Concursal. Las ventajas de la mediación concursal son evitar el excesivo coste económico y temporal del procedimiento concursal y la confidencialidad, que permite llevar el proceso con discreción y sin pérdida de crédito del deudor.

El tiempo dirá si las bases establecidas por la nueva regulación para el desarrollo de la mediación en nuestro país propiciarán el arraigo de la cultura de la mediación, como la que se ha desarrollado en otras jurisdicciones.

court proceedings will be used only as a last resort.

Whatever the name it goes by, mediation is a means of resolving disputes in which two or more parties try voluntarily to reach an agreement by themselves, without a third-party mediator.

The new private mediation law establishes the procedural effects of mediation and the mediation agreement. In two innovative developments, the law states that a mediation agreement can be used as an enforcement order if it is notarized, and that, if a party fails to participate in mediation, it may be sentenced to pay costs.

Insurance policy matters and bankruptcy matters stand foremost among the kinds of commercial matters that can be submitted to mediation. In insurance, mediation may be a good option for issues between insurance companies, while between private citizens arbitration seems to be a better alternative solution. Mediation in bankruptcy is not expressly included in the royal decree-law, so, while it would be acceptable, certain aspects do need to be regulated in the law's application (such as mediator training in how to help find solutions to insolvency), and some portions of the Bankruptcy Act need to be reformed. The advantages to mediation in bankruptcy are that the procedure is shorter and less costly, and the process can be performed with discretion, without the debtor's losing any credit.