



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

**CELSO RODRÍGUEZ PADRÓN, SECRETARIO GENERAL DEL
CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL,**

**CERTIFICO: QUE EL PLENO DEL CONSEJO GENERAL DEL PODER
JUDICIAL, EN SU REUNIÓN DEL DÍA DE LA FECHA, HA APROBADO
EL INFORME AL ANTEPROYECTO DE LEY DE MEDIACIÓN EN
ASUNTOS CIVILES Y MERCANTILES:**

I.

ANTECEDENTES

Con fecha 9 de marzo de 2010 ha tenido entrada en el Registro del Consejo General del Poder Judicial (en adelante CGPJ), el texto del Anteproyecto de Ley de Mediación en Asuntos Civiles y Mercantiles (en adelante el Anteproyecto), remitido por el Ministerio de Justicia, a efectos de emisión del preceptivo Informe conforme a lo previsto en el artículo 108.1 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial (en adelante LOPJ).

La Comisión de Estudios e Informes, acordó designar ponente al Excmo. Sr. Vocal D. Claro José Fernández-Carnicero González, y en reunión de fecha 13 de mayo de 2010, aprobó el presente Informe, acordando su remisión al Pleno de este Consejo.



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

II.

CONSIDERACIONES GENERALES SOBRE LA FUNCIÓN CONSULTIVA DEL CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL.

La función consultiva del CGPJ, a que se refiere el artículo 108 de la LOPJ, tiene por objeto informar los anteproyectos de leyes y disposiciones generales del Estado y de las Comunidades Autónomas que afecten total o parcialmente, entre otras materias expresadas en el citado precepto legal, a *“normas procesales o que afecten a aspectos jurídico-constitucionales de la tutela ante los Tribunales ordinarios del ejercicio de derechos fundamentales y cualesquiera otras que afecten a la constitución, organización, funcionamiento y gobierno de los Juzgados y Tribunales”*.

A la luz de esa disposición legal, el parecer que a este Órgano constitucional le corresponde emitir sobre el Anteproyecto remitido deberá limitarse a las normas sustantivas o procesales que en aquélla se indican, evitando cualquier consideración sobre cuestiones ajenas al Poder Judicial o al ejercicio de la función jurisdiccional que éste tiene encomendada.

No obstante, el CGPJ se reserva la facultad de expresar su parecer también sobre los aspectos del Anteproyecto que afecten a derechos y libertades fundamentales, en razón de la posición prevalente y de la eficacia inmediata de que gozan, por disposición expresa del artículo 53 de la Constitución española (CE). En este punto debe partirse especialmente de los pronunciamientos del Tribunal Constitucional, en su condición de intérprete supremo de la Constitución, cuyas resoluciones dictadas en todo tipo de procesos constituyen la fuente



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

directa de interpretación de los preceptos y principios constitucionales, vinculando a todos los jueces y tribunales, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 5.1 LOPJ.

Por último, y con arreglo al principio de colaboración entre los órganos constitucionales, el CGPJ ha venido indicando la oportunidad de efectuar en sus informes otras consideraciones, relativas, en particular, a cuestiones de técnica legislativa o de orden terminológico, con el fin de contribuir a mejorar la corrección de los textos normativos y, por consiguiente, a su efectiva aplicabilidad en los procesos judiciales, por cuanto son los órganos jurisdiccionales quienes, en última instancia, habrán de aplicar posteriormente las normas sometidas a informe de este Consejo, una vez aprobadas por el órgano competente.

III.

CONSIDERACIONES GENERALES SOBRE EL ANTEPROYECTO.

El Anteproyecto sometido a informe se refiere a una Ley de contenido relativamente novedoso, por cuanto si bien la mediación, en tanto método alternativo de resolución de controversias, tiene ya acogida en algunos sectores de nuestro ordenamiento, como ocurre en el ámbito laboral –donde, a tenor del artículo 63 de la Ley de Procedimiento Laboral (LPL), el intento de mediación o conciliación extrajudicial se configura como requisito necesario para la tramitación del proceso–, y ha conocido un desarrollo reciente en el ámbito del Derecho de familia a raíz de la aprobación de la Ley 15/2005, de 8 de julio, por la que se modifican el Código Civil (CC) y la Ley de Enjuiciamiento Civil (LEC) en materia de separación y divorcio –la cual vino a establecer la posibilidad de que las partes solicitaran la suspensión del proceso para someterse a



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

mediación (vid. regla 7ª del artículo 770 LEC)–, carecemos hasta la fecha de un cuerpo normativo de índole general destinado a regular de manera sistemática la mediación en el ámbito civil y mercantil. Con todo, nuestra legislación procesal civil no es ajena al intento de promover en lo posible la solución no contenciosa del litigio, debiendo recordarse que uno de los objetivos declarados de la audiencia previa al juicio es el de *“intentar un acuerdo o transacción de las partes que ponga fin al proceso”* (artículo 414.1 LEC). De ahí que se ordene al tribunal que, tras declarar abierto el acto de la audiencia previa, compruebe si las partes han llegado en el ínterin a un acuerdo o están dispuestas a concluirlo de inmediato (artículo 415.1 LEC), e incluso se le faculte para que, tras haber sido fijadas las posiciones de cada parte y a la vista del objeto de la controversia, exhorte a las mismas y a sus abogados para que lleguen a un acuerdo que ponga fin al litigio (artículo 428.2 LEC).

A nivel sectorial, y con un alcance espacial limitado a los territorios de las respectivas Comunidades Autónomas, contamos con un repertorio de leyes autonómicas sobre mediación familiar, las cuales han podido servir como referente para la elaboración del Anteproyecto informado. Con nomenclaturas muy similares que suelen responder al patrón “ley de mediación familiar de (...)”, han sido aprobadas: en Galicia la Ley 4/2001, de 31 de mayo; en Valencia la Ley 7/2001, de 26 de noviembre; en Canarias la Ley 15/2003, de 8 de abril; en Castilla-La Mancha la Ley 4/2005, de 24 de mayo; en Castilla-León la Ley 1/2006, de 6 de abril; en Madrid la Ley 1/2007, de 21 de febrero; en Asturias la Ley 3/2007, de 23 de marzo; en el País Vasco la Ley 1/2008, de 8 de febrero; en Andalucía la Ley 1/2009, de 27 de febrero. En Cataluña se aprobó la Ley 1/2001, de 15 de marzo, la cual ha sido derogada recientemente por la Ley 15/2009, de 22 de julio, de mediación en el ámbito del derecho privado, de contenido más amplio. Prácticamente en todas ellas se apela como



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

fundamento a la obligación de los poderes públicos de asegurar la protección social, económica y jurídica de la familia, derivada del artículo 39.1 CE, y a las consiguientes competencias estatutarias en materia de asistencia y protección social. El ámbito de aplicación de estas leyes suele comprender los conflictos surgidos en contextos de crisis matrimoniales o de disolución de parejas de hecho, muy especialmente habiendo hijos comunes respecto de los cuales deban adoptarse medidas en materia de alimentos, custodia y régimen de visitas, así como los que tienen que ver con el ejercicio de la patria potestad, tutela o curatela, y con los suscitados en el ámbito de las relaciones entre la familia de origen y la familia de acogida o de adopción. En algunos casos, como sería el caso de la Ley de Mediación Familiar del País Vasco, también se contempla la posibilidad de mediación para resolver disputas sucesorias surgidas en relación con empresas o negocios familiares, así como conflictos ligados a una discrepancia en materia de alimentos entre parientes. El contenido de estas leyes es bastante homogéneo. Casi todas establecen los principios rectores de la mediación y describen el régimen de los mediadores y de las entidades de mediación familiar, incluida la creación de un registro para su inscripción y un régimen sancionador notablemente detallado. Asimismo, suelen regular con cierta precisión las distintas fases del procedimiento de mediación. En cuanto a los acuerdos de mediación, en caso de alcanzarse, la pauta suele ser la de señalar que tales acuerdos serán válidos y obligarán a las partes que los hayan suscrito, siempre que en ellos concurren los requisitos necesarios para la validez de los contratos.

La carencia en nuestro ordenamiento de un tratamiento sistemático de la mediación como procedimiento general de resolución de conflictos en el ámbito civil y mercantil, contrasta con el importante desarrollo del que tradicionalmente ha gozado el otro gran método



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

extrajudicial de resolución de disputas que es el arbitraje. La contemplación legal de este último se remonta a los albores de la codificación civil, disponiendo el originario artículo 1820 CC que *“las mismas personas que pueden transigir pueden comprometer en un tercero la decisión de sus contiendas”*, y añadiendo el artículo 1821 CC que *“lo dispuesto en el capítulo anterior sobre las transacciones es aplicable a los compromisos”*. Ambos preceptos fueron tácitamente derogados por la Ley de 22 de diciembre de 1953, por la que se regulan los arbitrajes de Derecho privado, y más adelante dejados explícitamente sin contenido por la disposición derogatoria 3ª de la Ley 36/1988, de 5 de diciembre, de Arbitraje. Estas leyes especiales, a las que siguió la actualmente vigente Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje (en adelante LArb), poseen un amplio y detallado contenido de múltiples aspectos, tales como el compromiso o convenio arbitral, el estatuto y nombramiento de los árbitros, la sustanciación de las actuaciones arbitrales o el pronunciamiento del laudo, junto con los efectos del mismo y su eventual anulación. Cabe pues calificar al arbitraje en asuntos civiles y mercantiles como una institución madura, sobradamente conocida, suficientemente analizada y frecuentemente utilizada en la práctica. Frente a él, la mediación se presenta como un mecanismo novedoso y desconocido, que suscita por ello muchos interrogantes y no pocos recelos. No obstante, quizás debamos relativizar esa novedad y desconocimiento, pues la carencia de tratamiento legal no significa que la mediación no haya sido empleada *de facto* como método para alcanzar la resolución de controversias, naturalmente sobre la base de una absoluta libertad para articular el procedimiento de mediación y para diseñar el modo y alcance de la intervención del mediador, y sin que los acuerdos adoptados pudieran beneficiarse de la nota de la ejecutividad. Se da la circunstancia, además, de que el artículo 36 LArb prevé que en el curso de las actuaciones arbitrales las partes lleguen a un acuerdo



que ponga fin a la controversia, en cuyo caso los árbitros harán constar ese acuerdo en forma de laudo en los términos convenidos por las partes, previsión que de algún modo da entrada a la mediación en el seno del procedimiento arbitral. Por otro lado, la mediación guarda cierta conexión con una figura tan tradicional como es la transacción, contemplada en el Código Civil como un contrato (artículos 1809 a 1819). En efecto, gracias a la transacción las partes logran evitar la provocación de un pleito o poner término al que hubiera comenzado, lo que implica una similitud básica de objetivos con la mediación. Sin embargo, la transacción no constituye tanto un procedimiento como el resultado de una negociación o comunicación previa entre las partes, sin que el Código Civil aluda a, ni desde luego regule, esa fase preliminar de acercamiento de posturas. En segundo lugar la transacción prescinde de la presencia de un tercero mediador, figura que sin embargo es esencial en la mediación, en la que ese tercero está llamado a servir de nexo de comunicación entre las partes y a procurar de forma activa un acercamiento entre las respectivas posturas de las mismas. En fin, la mediación tiene unos contornos más amplios que la transacción, pues ésta no constituye el único punto de llegada de aquélla, ni el acuerdo de mediación tiene que adoptar necesariamente la forma de un contrato de transacción.

En vista de lo dicho, y aunque no faltan quienes opinan que la mediación no debe regularse por ley, al considerarla un campo en el que la autonomía de la voluntad debe poder operar libremente, **resulta plausible el propósito de dotar de regulación legal a la mediación en asuntos civiles y mercantiles, pues es de suponer que ello introducirá seguridad jurídica en un área que, a salvo aquellas materias que pudieran entrar dentro del ámbito de aplicación de las distintas leyes autonómicas en materia de mediación familiar, viene**



estando presidida por la práctica informal. Esa regulación legal está llamada a ser especialmente útil en todos los aspectos relacionados con la conexión entre mediación y proceso judicial (v. gr. la ejecutividad del acuerdo de mediación ligada a su valor de cosa juzgada entre las partes, la suspensión de los plazos de prescripción de las acciones judiciales una vez iniciado el procedimiento de mediación, el deber de confidencialidad del mediador que le exonera de declarar en un proceso judicial posterior entre las mismas partes así como de deponer en él como perito, o la posibilidad de que los costes de la mediación puedan computarse como costas en un proceso judicial posterior). Pero, a la *oportunidad* de dotarnos de un cuerpo legal sobre mediación en Derecho privado, se une la *necesidad* de hacerlo, la cual deriva de dos factores. Primero, la ya citada Ley 15/2005, de 8 de julio, en su disposición final 3ª, ordenaba al Gobierno remitir a las Cortes un proyecto de ley sobre mediación *“basada en los principios establecidos en las disposiciones de la Unión Europea, y en todo caso en los de voluntariedad, imparcialidad, neutralidad y confidencialidad y en el respeto a los servicios de mediación creados por las Comunidades Autónomas”*. Así pues, el Anteproyecto sometido a informe vendría a ser manifestación del cumplimiento de ese mandato. Segundo, la Ley proyectada sirve para incorporar a nuestro ordenamiento 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 adelante la Directiva), la cual tiene su origen en una Propuesta publicada el 22 de octubre de 2004 [COM (2004) 718 final; en adelante la Propuesta de Directiva] a raíz de los trabajos que, como consecuencia de diversas declaraciones efectuadas por el Consejo Europeo (v. gr. en sus reuniones de 1998 en Viena o 1999 en Tampere), tomaron forma en el Libro Verde sobre resolución alternativa de disputas en Derecho civil y mercantil presentado por la Comisión el 19 de abril de



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

2002 [COM (2002), 196 final]. Sin embargo, el contenido del Anteproyecto va más allá de las previsiones de la Directiva, como en la propia Exposición de Motivos se reconoce, habiéndose aprovechado el pie que la Directiva ofrece para conformar un régimen general, a nivel de Derecho interno español, de la mediación en asuntos civiles y mercantiles; lo cual por lo demás es coherente con la propia Directiva, pues como recuerda el Considerando (8), sus disposiciones “*sólo se refieren a los procedimientos de mediación en litigios transfronterizos, pero nada debe impedir que los Estados miembros apliquen dichas disposiciones también a procedimientos de mediación de carácter nacional*”. La Propuesta de Directiva no había limitado su ámbito de aplicación a los conflictos transfronterizos, sino que se proyectaba sin matices sobre “*los asuntos civiles y mercantiles*”. Hubo pues en el proceso de elaboración de la Directiva un retroceso en este aspecto, llegándose al compromiso de dejar en todo caso a los Estados miembros la posibilidad de extender la regulación de la mediación en asuntos civiles y mercantiles a toda clase de conflictos, sean o no transfronterizos, y armonizando sólo los aspectos relativos a estos últimos.

Debe recordarse asimismo que una de las líneas de actuación del Plan Estratégico de Modernización de la Justicia 2009-2012 presentado por el Ministerio de Justicia, dentro del Eje Estratégico “*Un servicio público orientado a las personas*”, consiste precisamente en el desarrollo e implantación de nuevos mecanismos de resolución alternativa de controversias, para lo cual se prevé la adopción de “*una serie de medidas organizativas y legislativas que permitirán el progresivo establecimiento de procedimientos y sistemas para una solución de los conflictos jurídicos alternativa a la vía judicial*”, mencionándose en concreto la potenciación de “*mecanismos como la mediación, la*



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

conciliación o el arbitraje en distintas jurisdicciones así como el arreglo extrajudicial de controversias entre organismos públicos”, todo ello con el doble objetivo de “contribuir a descongestionar los tribunales que actualmente operan en muchos casos [como] única vía de solución de los conflictos intersubjetivos” y de “ofrecer a la sociedad nuevas formas de arreglo de problemas, quedando el recurso a los tribunales como ultima ratio”.

Por su parte, también el CGPJ ha venido interesándose por la figura de la mediación, remontándose su interés, al menos, hasta la aprobación del Libro Blanco de la Justicia por acuerdo del Pleno del CGPJ de 8 de septiembre de 1997. En el punto 3.4 de su Capítulo Primero, relativo al «Acceso a la justicia», se señalaba lo siguiente: “[P]articular interés merece, como propuesta, la tendencia a potenciar la intervención del abogado en actividades de mediación, transacción y arbitraje, cometidos esenciales para limitar el número de asuntos que llegan a los Juzgados y Tribunales”. Algo después, en las Propuestas para la reforma de la justicia, aprobadas por el Pleno en su sesión de 18 de julio de 2000 sobre la base del mencionado Libro Blanco, se hacía énfasis en la necesidad de que los órganos judiciales instasen a las partes a alcanzar acuerdos que sirvieran para poner fin al proceso y evitar nuevas controversias sobre la misma cuestión, dentro de un catálogo de “medidas de evitación del proceso” entre las que también se contaba la potenciación del arbitraje. Más recientemente, el CGPJ ha apostado por el recurso a la mediación dentro de su Plan de Modernización de la Justicia aprobado por el Pleno en su sesión de 12 de noviembre de 2008. En el apartado 6.3 de dicho Plan, correspondiente al Eje relativo al “Impulso de las reformas procesales”, se alude explícitamente a la mediación civil y penal. De hecho, no tardó en ponerse en marcha una Vocalía Delegada para la Coordinación e



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

Impulso del Proyecto de Mediación Penal y Civil. En el caso de la mediación civil, el Consejo parte de la premisa de que, si bien hasta ahora ha sido utilizada principalmente en la esfera familiar, también puede aplicarse con éxito en desacuerdos sobre contratos, relaciones de carácter mercantil, en el ámbito del consumo y en el de la propiedad horizontal. Claro que, como se recuerda en la propia presentación del Proyecto de Mediación Penal y Civil del CGPJ, *“para que un órgano judicial pueda participar en el proyecto, tendrá que contarse con la colaboración institucional –CC AA, Ayuntamientos, Colegios de Abogados– que permita presupuestariamente contar con un acreditado grupo de profesionales de la mediación, así como dotar de un lugar adecuado para la celebración de los encuentros”*.

Todas estas premisas programáticas se han traducido ya en algunos proyectos piloto que, conforme a unos protocolos de actuación pautados, vienen dando sus frutos en los últimos años, sobre todo en el ámbito de la mediación penal y familiar. De acuerdo con el *Informe de gestión de la mediación penal y civil* correspondiente al año 2009, son ya un total de 98 juzgados en el orden penal y 34 juzgados en el orden civil los que se hallan adscritos al proyecto impulsado por este Consejo. En esta iniciativa destaca el papel de los juzgados radicados en Cataluña, que representan un 54% del total de los adscritos en el ámbito penal y un 74% de los adscritos en el ámbito civil. La mediación que se está impulsando desde el CGPJ es, eso sí, una mediación intrajudicial, es decir promovida por el propio juez una vez iniciado el proceso judicial. A modo de ejemplo, en el *Protocolo para la implantación de la mediación familiar intrajudicial en los juzgados y tribunales que conocen de procesos de familia*, aprobado por el CGPJ en mayo de 2008, se prevé que el juez, tras realizar una evaluación del caso ante él presentado, decida sobre la conveniencia o no de recomendar a las partes que



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

acudan a la mediación, así como sobre el momento procesal oportuno para hacerlo. El juez llevará a cabo una primera sesión informativa presencial con las partes y sus letrados, a fin de ilustrarles sobre las ventajas y el modo de funcionamiento de la mediación. Si las partes deciden someter el asunto a mediación, normalmente piden la suspensión del proceso hasta tanto finalice la intervención mediadora, la cual podrá concluir con o sin acuerdo. En caso de haberlo, las partes lo someten al juez a fin de que éste dicte una resolución en la que se recoja el contenido de dicho acuerdo. El prelegislador no parece haber tenido presentes todas estas iniciativas, por más que el Anteproyecto –como veremos en el epígrafe correspondiente– no deje fuera de su ámbito de aplicación la mediación intrajudicial, entendida de la forma en que acabamos de describirla.

El principal objetivo de la Ley en proyecto es regular un mecanismo de solución de disputas de naturaleza extraprocesal que pueda funcionar como alternativa a la resolución de conflictos en vía jurisdiccional contenciosa, liberando así de carga de trabajo a la Administración de Justicia (de “*cauce complementario de resolución de conflictos*” habla la Exposición de Motivos, y de “*modalidades alternativas de solución de conflictos*” la Directiva; en la práctica se emplea a menudo el acrónimo ADR, por la expresión inglesa *alternative dispute resolution*). A tal fin, se diseña un procedimiento de mediación que se pretende “*sencillo, ágil, eficaz y económico*”, inspirado en la informalidad y en la autoorganización. Basada en la libre decisión de las partes, y con la característica de requerir la intervención de un tercero neutral al que no se le atribuyen funciones decisorias, la mediación se distingue de otras figuras afines que también se inscriben en la noción amplia de medios alternativos de resolución de disputas, especialmente del arbitraje. Suele decirse que, frente a éste, la mediación se caracteriza



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

por ser más rápida y por entrañar menores costes. Asimismo, mientras que en el arbitraje las partes aceptan *ex ante* que la solución del conflicto vendrá de la mano del árbitro o árbitros, cuya decisión en forma de laudo se les impondrá de manera forzosa, en la mediación las partes mantienen el asunto bajo su control hasta el último momento del procedimiento, siendo ellas las que decidirán de consuno poner fin a la controversia por medio de un acuerdo, o bien apartarse del procedimiento de mediación sin alcanzar una solución por vía amistosa, sin que en ningún caso se produzca la intervención de un tercero con facultades decisorias. Sin duda esto otorga a las partes un gran margen de libertad para articular la composición de sus intereses sin ataduras de ningún tipo, pero como contrapartida no garantiza que se vaya a obtener una solución del conflicto. Diríamos que así como el arbitraje garantiza un resultado, aunque éste no se halle bajo control de las partes, la mediación garantiza que el resultado logrado va a estar siempre bajo control de las partes, si bien lo que no garantiza es que vaya a haber un resultado. En fin, otra ventaja de la mediación sería que no pone el énfasis tanto en los aspectos legales del conflicto como en los intereses latentes de cada parte, con lo que abre la perspectiva desde la que contemplar la disputa y amplía las posibilidades de encontrar una solución para la misma. De hecho, es posible que como consecuencia de la mediación las partes decidan continuar, e incluso profundizar, en la relación –v. gr. contractual o societaria– que las venía uniendo, invirtiendo así por completo el sentido de su conflicto.

Ahora bien, **debe quedar claro que el favorecimiento de cualquier método alternativo de solución de disputas no representa un intento de *privatización* o *externalización* de la función jurisdiccional, pues no se trata de suplantar a la Administración de Justicia, sino de complementarla, propiciando que los propios**



interesados alcancen el arreglo de sus diferencias por cauces amigables en aquellos casos en que, dada la índole de la materia, ello sea posible. Vale decir que estos métodos constituyen no tanto una *alternativa a la justicia*, como una *justicia alternativa*. En este sentido, cabe coincidir con la Memoria que acompaña el Anteproyecto cuando afirma que el impulso de mecanismos como la mediación obedece a una nueva concepción del acceso a la justicia, beneficiosa para lograr tanto una mayor agilidad en la solución de los conflictos como un mejor funcionamiento de la Administración de Justicia. Y es que, como dice en frase afortunada la Exposición de Motivos que acompañaba a la Propuesta de Directiva (apartado 1.1.1.), *“el concepto de acceso a la justicia debe incluir la promoción del acceso a procedimientos adecuados de resolución de litigios para particulares y empresas, y no solamente el acceso al sistema judicial”*; aunque no está de más recordar que todo ello debe hacerse sin renunciar al control por el Estado –es decir, al control por medio de la ley– de esa actividad que, no por quedar fuera del ámbito de lo jurisdiccional deja de tender al logro de la justicia, partiendo de la premisa de que en un Estado de Derecho todo lo relacionado con la solución de controversias jurídicas pertenece al ámbito de lo público, por más que dicha solución no la dicte un órgano judicial sino que venga de la mano de un acuerdo de mediación alcanzado por los propios interesados a través de los cauces que el ordenamiento pone a su disposición.

Es igualmente importante subrayar que **el recurso a este tipo de métodos alternativos de solución de disputas debe apoyarse en la plena voluntariedad de las partes interesadas, so pena de vulnerar el derecho a la tutela judicial efectiva plasmado en el artículo 24.1 de la Constitución española (CE) y la reserva en exclusiva de la función jurisdiccional a Juzgados y Tribunales (artículo 117.3 CE),**



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

como únicos a quienes corresponde juzgar y hacer ejecutar lo juzgado. Desde un punto de vista constitucional, el instituto de la mediación en Derecho privado debe ponerse en conexión, sobre todo, con aquellos preceptos que sirven de base a la libertad individual y a la autonomía de la persona para componer sus propios intereses, siempre sobre la base de que se proyecta sobre materias disponibles y no de orden público (vid. artículo 1.1 CE, que proclama la libertad como uno de los valores superiores del ordenamiento jurídico; artículo 10.1 CE, que se refiere a la dignidad de la persona y al libre desarrollo de la personalidad como fundamentos del orden político; artículos 33 y 38 CE, en los que se garantiza el derecho de propiedad privada y la libertad de empresa, con las consecuencias inherentes a ambos conforme a la regulación legal de los mismos). Así pues, el recurso a un método alternativo de resolución de conflictos no conculcará el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva del artículo 24.1 CE, siempre que la materia sobre la que verse la controversia sea de índole disponible para las partes, y el potencial justiciable haya optado libremente por esa alternativa.

Desde otro punto de vista puede argumentarse que **la justicia, que emana del pueblo aunque se administre por jueces y magistrados (artículo 117.1 CE), y que constituye igualmente un valor superior del ordenamiento jurídico conforme al artículo 1.1 CE, no sólo puede lograrse, en su realización material, a través de la función jurisdiccional de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado –que, ésta sí, corresponde exclusivamente a los Juzgados y Tribunales–, sino que también puede ser alcanzada a través de mecanismos de autocomposición de intereses que eviten el recurso a la Administración de Justicia, o pongan fin a un proceso judicial contencioso ya iniciado, tales como el arbitraje o la mediación.** En nuestro constitucionalismo histórico, vale la pena recordar que los



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

artículos 280 a 284 de la Constitución de Cádiz hacían una específica contemplación tanto de aquél como de ésta. Así, por un lado, se proclamaba el derecho de todos los ciudadanos *“de terminar sus diferencias por medio de jueces árbitros, elegidos por ambas partes”*, y por otro se asignaba al alcalde de cada pueblo el oficio de conciliador; señalando que *“el que tenga que demandar por negocios civiles o por injurias, deberá presentarse a él con este objeto”* y que *“sin hacer constar que se ha intentado el medio de la conciliación, no se entablará pleito ninguno”*.

En un procedimiento como la mediación nadie juzga, ya que el tercero interviniente no tiene funciones decisorias sino que aparece como propiciador de un eventual acuerdo al que en todo caso deberán arribar los propios interesados. Ahora bien, una vez alcanzada la solución –y por más que se diga que la forma de alcanzarla será garantía de un cumplimiento espontáneo de lo acordado–, el acuerdo de mediación puede requerir ser ejecutado de manera forzosa. Así las cosas, se haría necesario activar la otra gran función que ostentan Juzgados y Tribunales, cual es la de ejecutar *lo juzgado*, si bien aquí el título sujeto a ejecución no es un título judicial, sino uno asimilado o al que se dota de una fuerza ejecutiva similar a las sentencias firmes de condena, como por otra parte ya viene sucediendo con otros títulos no judiciales, desde la primera copia de escrituras públicas hasta los títulos al portador, pasando por los laudos arbitrales (artículo 517.2 LEC). En otras palabras, **la mediación –lo mismo que el arbitraje– necesita ser completada con una actividad jurisdiccional de ejecución para lograr la plena efectividad de lo acordado, lo cual por cierto vendría a mostrar que su carácter alternativo con respecto a la vía jurisdiccional es sólo relativo, y que en definitiva la mediación – como el arbitraje– queda engarzada o integrada dentro del proceso**



judicial civil. Como decía, en sede de arbitraje, el ATC 326/1993, de 28 de octubre, *“el árbitro que zanja una controversia mediante un laudo de Derecho actúa en ejercicio de una potestad de iuris dictio, pues el arbitraje es un «equivalente jurisdiccional», mediante el cual las partes pueden obtener los mismos objetivos que con la jurisdicción civil, esto es, una decisión que ponga fin al conflicto con todos los efectos de la cosa juzgada (SSTC 62/1991, F. J. 5º, y 288/1993, F. J. 3º). Su declaración de los derechos y obligaciones recíprocas de las partes de la controversia se encuentra revestida de auctoritas, por imperativo de la Ley; y sólo carece del imperium necesario para ejecutar forzosamente su decisión, que la Ley vigente reserva a los Tribunales civiles”*.

El Anteproyecto –con la intención declarada de potenciar la figura que es objeto del mismo– confiere al acuerdo resultante de un proceso de mediación alcanzado conforme a las formalidades descritas en la norma, la fuerza de cosa juzgada entre las partes, como si de una sentencia judicial firme se tratase (artículo 28.4). De ahí que, pese al carácter no jurisdiccional de la mediación los efectos de la misma, en caso de alcanzarse un acuerdo, se asimilen a los que tendría una resolución judicial, hasta el punto de dotar a los acuerdos de mediación de fuerza ejecutiva propia (artículo 30), trasladando así a la postre a un escenario jurisdiccional los resultados del proceso de mediación y haciéndose precisa la intervención de la autoridad judicial para articular el cumplimiento forzoso de lo acordado en vía de mediación. Esta atribución de efectos ejecutivos al acuerdo de mediación sin necesidad de mayores trámites constituye –a tenor de lo señalado en la Memoria del Análisis de Impacto Normativo– el núcleo principal del Anteproyecto. En el correspondiente epígrafe de este Informe tendremos ocasión de analizar con detalle el modo en que el prelegislador prevé dotar de fuerza ejecutiva al acuerdo de mediación, la adecuación de esa



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

regulación al sistema diseñado por la Directiva, las relaciones entre la ejecución y la previa homologación del acuerdo, y el contraste entre el modelo acogido por la Norma proyectada y el actual mecanismo de ejecución, basado en la homologación judicial previa, de las transacciones y acuerdos logrados en el seno de un proceso (artículo 517.2.3º LEC).

El Anteproyecto, que viene precedido por una Exposición de Motivos, consta de treinta y tres artículos estructurados en cinco capítulos, más una disposición adicional y seis disposiciones finales [no siete, como se dice erróneamente en la Memoria]. Destaca, sobre todo, lo relacionado con el procedimiento de mediación, respecto del cual se establece una serie de principios informadores (Capítulo II), al tiempo que se describen las diferentes etapas, requisitos y formalidades (tales como la solicitud inicial, la designación del mediador, el régimen de las actas, el lugar y la lengua, o la duración), prestando especial atención a la terminación del procedimiento y al eventual acuerdo de mediación alcanzado por las partes (Capítulo IV). Dicho acuerdo, como ya se ha dicho, se prevé que sea ejecutivo en sede judicial, previa formalización del mismo (Capítulo V). El Anteproyecto define la mediación, describe su ámbito material de aplicación y presta atención a los efectos que puede desatar el comienzo de una mediación en los plazos de prescripción y caducidad de las acciones que pudieran asistir a las partes para hacer valer sus pretensiones a nivel judicial, además de regular las instituciones de mediación y el Registro de mediadores y de instituciones de mediación (Capítulo I). Asimismo se regula el estatuto personal del mediador, marcando las condiciones para ejercer como tal, reconociendo sus derechos y obligaciones, y disponiendo la responsabilidad por los daños y perjuicios que su intervención pudiera causar, al tiempo que se establece la necesidad de elaborar códigos de conducta, mediante



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

autorregulación, que garanticen la calidad de la mediación (Capítulo III). De entre las disposiciones finales destaca sobre todo la segunda, pues contempla la modificación de un buen número de artículos de la LEC.

En cuanto al título competencial, la disposición final cuarta señala que esta Ley se dictará al amparo de la competencia exclusiva del Estado en materia de legislación mercantil, procesal y civil (artículo 149.1.6 y 8ª CE). Podría hacerse referencia igualmente a la competencia recogida en el artículo 149.1.5ª CE (*“Administración de Justicia”*), por cuanto los medios alternativos de resolución de disputas, máxime si se ven completados con la ejecutividad judicial de los títulos resultantes del proceso extrajudicial de resolución del conflicto y la posibilidad de instar su anulación ante los órganos judiciales, presentan una indudable conexión material con la Administración de Justicia. De este modo, la competencia estatal sobre la materia en relación con la Administración de Justicia se evidencia a la luz de lo que tiene dicho el Tribunal Constitucional en sede de arbitraje, pues no en vano la mediación constituye un medio alternativo de resolución de disputas que a estos efectos resulta asimilable a aquél. Así, en la STC 62/1991, de 22 de marzo, se señalaba que *“no cabe duda que el establecimiento de un sistema de arbitraje, como dijimos en la STC 15/1989, F. J. 9, es materia atribuida a la competencia del Estado por los títulos competenciales del art. 149.1, 5 y 6, pues, siendo el arbitraje un «equivalente jurisdiccional», mediante el cual las partes pueden obtener los mismos objetivos que con la jurisdicción civil (esto es, la obtención de una decisión que ponga fin al conflicto con todos los efectos de la cosa juzgada), es evidente que la creación de órganos de naturaleza arbitral y el establecimiento de dicho procedimiento heterocompositivo es materia propia de la legislación procesal civil, relacionada, en cuanto a los efectos del laudo arbitral y al sistema de recursos, con la Administración de Justicia”*.



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

El Anteproyecto ha sido acompañado de la Memoria del Análisis de Impacto Normativo, en la que, a tenor de lo previsto en el Real Decreto 1083/2009, de 3 de julio, se desgrana la oportunidad de la reforma, el contenido de la norma, el título competencial, el impacto económico y presupuestario, el impacto por razón de género y los trámites preceptivos, dándose así cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 22.2 de la Ley 50/1997, de 27 de noviembre, del Gobierno. Se echan en falta, sin embargo, algunas referencias de Derecho comparado que permitan situar al Anteproyecto en perspectiva junto a otras referencias normativas homólogas, lo que entre otras cosas ayudaría a apreciar mejor el grado real de innovación que representa. La mediación es un procedimiento con un largo recorrido en países pertenecientes a la órbita jurídica anglo-americana, pero también entre los de tradición continental está conociendo un potente desarrollo en el ámbito civil y mercantil. Uno de los referentes más interesantes es, probablemente, la Ley austríaca sobre mediación en materia civil (Zivilrechts-Mediations-Gesetz), publicada en el Boletín Oficial de Austria el 6 de junio de 2003, y cuyo contenido guarda no pocos paralelismos con el Anteproyecto sometido a informe (v. gr. en materia de inscripción registral de mediadores, de derechos y deberes de los mismos, o de suspensión de los plazos de prescripción de las acciones judiciales durante el procedimiento de mediación). Igualmente, sería apropiado incluir en la Memoria alguna referencia a la Ley modelo de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI, conocida también como UNCITRAL por sus siglas en inglés), sobre Conciliación Comercial Internacional, aprobada en el año 2002.



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

IV.

EXAMEN DEL CONTENIDO DEL ANTEPROYECTO.

Si bien cabe considerar que todo el contenido del Anteproyecto, de forma más o menos directa, es susceptible de ser informado por este Consejo, en función de las competencias que han sido señaladas *supra*, se hará hincapié en aquellos aspectos que guardan más estrecha relación con el engarce del procedimiento de mediación en la legislación procesal y en particular con las relaciones entre mediación y proceso judicial, sobre todo en el aspecto de la ejecución de los acuerdos de mediación. No obstante, con carácter previo, será necesario referirse a otros aspectos del Anteproyecto, como los relativos a la definición de mediación, a los principios informadores de la misma, al estatuto del mediador y al procedimiento de mediación en sí, no ya porque todos ellos conducen a delimitar la clase de acuerdo de mediación al que la Ley confiere los efectos ejecutivos a los que se ha hecho referencia, sino también porque en todos ellos es posible encontrar múltiples aspectos que conectan con las relaciones entre mediación y proceso judicial.

1. DEFINICIÓN DE MEDIACIÓN.-

La mediación es un método de solución de controversias jurídicas basado en la autocomposición, de tal forma que son las propias partes las que ponen fin al conflicto por vía del acuerdo (en ello se distingue de los métodos de heterotutela, como serían el arbitraje y la decisión judicial). Ahora bien, a diferencia de otros medios de autocomposición, en la mediación es esencial la intervención de un tercero (el mediador), quien se erige en propiciador o catalizador del acuerdo entre las partes, desplegando pues una actividad en pos del acuerdo, proponiendo a las



partes posibles soluciones y tratando de acercar las posturas de ambas, aunque sin capacidad para imponer ninguna decisión que no sea querida y aprobada por los propios interesados. Es importante retener que en la mediación el conflicto no se resuelve en virtud de la *adjudicación* efectuada por un tercero a favor de una u otra de las partes, siendo así que las posturas de éstas no aparecen como posiciones adversativas, predefinidas y excluyentes, como tienden a ser en el proceso judicial o arbitral. Antes al contrario, partiendo de un enfoque cooperativo en el que las posiciones de las partes son dinámicas, y en el que la solución final se construye merced a un progresivo acercamiento de las posturas iniciales de cada parte, éstas deben mostrarse de acuerdo en alcanzar un resultado con el que ninguna resulte vencedora ni perdedora.

¿Hasta qué punto el Anteproyecto acoge una noción de mediación acorde con estos parámetros? Lo cierto es que el concepto de mediación que se ofrece en el artículo 1 “*a los efectos de esta Ley*” resulta algo impreciso y debería ser enmendado para perfilar mejor los contornos de la figura; lo cual resulta esencial si, como sabemos, los acuerdos de mediación alcanzados conforme a lo previsto en esta Ley van a gozar de fuerza ejecutiva equivalente a la de una sentencia firme de condena. Si se observa, se define la mediación como “*aquella negociación estructurada de acuerdo con los principios de esta Ley*”. El término “negociación” no es afortunado, por cuanto se suele emplear para referirse a un medio alternativo de resolución de disputas aún más informal que la propia mediación, caracterizado por la no intervención de un tercero. La negociación suele ser una fase previa en el intento de gestionar una controversia que precede tanto a la mediación, como al arbitraje y la decisión jurisdiccional. Así pues, en lugar de asimilar la mediación a otro concepto más o menos análogo que constituya igualmente una especie dentro del género “medios alternativos de



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

solución de conflictos”, cabe recomendar el empleo directo de esta expresión u otra similar (“método alternativo para la resolución de controversias” o “para la superación voluntaria de disputas”) en la definición inicial de la mediación. De hecho, el propio Anteproyecto no se ha sustraído a caracterizar de este modo a la mediación, aunque paradójicamente no lo haya hecho en su artículo 1 sino en su disposición final primera, por la que se agrega un segundo párrafo al artículo 1809 CC, conforme al cual “[e]l *acuerdo de mediación civil y mercantil tendrá efectos de transacción cuando se realice como procedimiento alternativo para la solución de un conflicto entre particulares, se lleve a cabo con intervención de un tercero que reúna los requisitos legales y profesionales para su intervención, de acuerdo con su ley reguladora*”. Todo o parte de esta definición debería rescatarse para el concepto de mediación del artículo 1.

Por otro lado, la Directiva habla de “procedimiento estructurado”, de donde sin duda ha tomado nuestro prelegislador ese adjetivo para aplicárselo al sustantivo “negociación”. Predicar la índole estructurada de un procedimiento o de una negociación no es decir mucho de aquél o de ésta, pues parece claro que, como toda serie de actos que se suceden en el tiempo, el procedimiento o la negociación habrán de tener alguna *estructura*, lo que convierte a este término –por lo demás ajeno a nuestro lenguaje normativo– en innecesario. La clave sería más bien qué estructura han de tener ese procedimiento o esa negociación, y en qué medida aquélla viene predeterminada por la Ley. En el caso del Anteproyecto es claro que esa estructura existe, pues la misma se describe con bastante precisión en el Capítulo IV, por cierto bajo la denominación de “procedimiento de mediación” y no de “negociación”. En suma, se recomienda evitar el uso del adjetivo “estructurada” y utilizar en cambio, en la definición misma de mediación, el sustantivo



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

“procedimiento”, pues no en vano es el que el Anteproyecto emplea en el resto del articulado.

Asimismo, es importante resaltar que la mediación tiene por finalidad *solucionar o resolver* una controversia, y que esa solución se pretende alcanzar extrajudicialmente o por cauces alternativos a la vía jurisdiccional. El Anteproyecto, no obstante lo permitido por la Directiva en el segundo párrafo del artículo 2.a), no prevé contemplar la mediación *“llevada a cabo por un juez que no sea responsable de ningún procedimiento judicial vinculado al litigio”*, lo cual podría ser aconsejable, pues permitiría aprovechar la experiencia que muchos jueces vienen acumulando en la práctica de la mediación intrajudicial a la que se ha hecho referencia *supra*. Por otro lado, aunque el Anteproyecto no lo refleja expresamente, la Directiva excluye del concepto de mediación *“las gestiones para resolver el litigio que el órgano jurisdiccional o el juez competentes para conocer de él realicen en el curso del proceso judicial referente a ese litigio”* (artículo 2.a/ *in fine*).

En tercer lugar, la definición de mediación debería subrayar que el papel del tercero mediador es sólo el de un propiciador de soluciones, una instancia neutral sin capacidad decisoria que auxilia a las partes intentando acercar sus posturas y lograr que se produzca el acuerdo entre ellas. El artículo 1 del Anteproyecto se refiere a que el acuerdo deberán alcanzarlo las partes *“por sí mismas”*, pero la referencia final a la intervención de un mediador para la resolución del conflicto puede resultar ambigua. Ciertamente, las dudas se disipan cuando al leer el artículo 10, relativo al principio de neutralidad, se nos indica que el mediador no puede imponer solución o medida concreta alguna a las partes, pero no sería ocioso resaltar este aspecto ya desde la definición misma de mediación del artículo 1.



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

En fin, de la definición de mediación del Anteproyecto, al hacerse referencia a *“la intervención de un mediador”*, en singular, podría deducirse que la mediación deberá llevarse a cabo en todos los casos por un solo mediador, lo que no es correcto, ya que el artículo 21, al tratar de la designación del mediador, deja claro que la mediación se podrá llevar a cabo por uno o por varios mediadores. A diferencia del arbitraje (artículo 12 LArb), no se exige que en caso de que se designe a una pluralidad de mediadores su número deba ser impar, lo cual es lógico porque no siendo la mediación un procedimiento de *adjudicación* externa de la solución los mediadores no están llamados a tomar ninguna decisión, lo que convierte en indiferente que sumen un número par o impar con tal de que actúen de forma coordinada, como se ocupa de recordar el artículo 21.

Sumado todo, se propone como redacción alternativa para la definición de mediación del artículo 1 del Anteproyecto, dada la importancia estratégica que tiene este precepto para el resto del articulado, la siguiente:

“A los efectos de esta Ley se entiende por mediación aquel medio alternativo de solución de conflictos que, a través del procedimiento legalmente previsto, se dirige a intentar alcanzar la solución extrajudicial de un conflicto mediante el acuerdo y por voluntad de las propias partes interesadas, con la preceptiva intervención de uno o varios mediadores que no podrán tener funciones decisorias”.

De esta forma, quedarían compendiados todos los elementos definitorios de la figura, ayudando a distinguir nítidamente la mediación



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

de otros medios alternativos de solución de diferencias, como el arbitraje, ubicándola al mismo tiempo con claridad extramuros de la jurisdicción. Como variante igualmente válida se podría calificar la mediación como “procedimiento no jurisdiccional de solución de controversias”, agregando la necesidad de que la solución venga de la mano de lo acordado por los propios interesados, aunque siempre con intervención de un mediador imparcial, en la línea de la Ley catalana 15/2009, de 22 de julio, de mediación en el ámbito del derecho privado.

Como puede observarse, en ningún momento la gratuidad se perfila como elemento definitorio de la mediación, aunque no faltan voces que señalan que si desde las instancias públicas no se asegura la retribución de los mediadores y las instituciones de mediación, serán muy pocos los interesados en acudir a este medio alternativo de solución de conflictos. Sin embargo, establecer un régimen de mediación en asuntos civiles y mercantiles basado en la gratuidad para los sujetos que acudan a ella, tendría el riesgo de hacer recaer un gravamen excesivo sobre las arcas públicas justamente en relación con un tipo de controversias que por definición son de índole estrictamente jurídico-privada, y partiendo de la base de que los particulares afectados acuden voluntariamente a la mediación tratando de hallar una alternativa más rápida y flexible que la que podrían obtener en sede judicial.

2. ÁMBITO DE APLICACIÓN.-

El tratamiento que el Anteproyecto hace de esta materia se halla repartido en diversos preceptos, pues junto al artículo 2 –titulado “*ámbito de aplicación*”– complementado por el artículo 3 para los conflictos transfronterizos –únicos a los que se refieren las disposiciones de la Directiva–, hay que tener en cuenta lo dispuesto en el artículo 8.1, que al



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

hablar del principio dispositivo como uno de los que informan el procedimiento de mediación, lo que hace realmente es delinear el contorno del área de aplicación de los procedimientos de mediación regulados por el Anteproyecto. En efecto, decir que la mediación se puede aplicar a *“todos los conflictos que surjan dentro de una relación civil o mercantil, siempre que las partes puedan disponer libremente de su objeto”* es describir el ámbito material de aplicación de este método alternativo de solución de disputas, y por añadidura de la Ley, y desde luego no constituye un principio informador del procedimiento de mediación, sino un presupuesto del mismo. Por eso mismo, se recomienda trasladar al artículo 2 el contenido del actual artículo 8.1.

La puntualización atinente a que el objeto del conflicto debe constituir una materia disponible para las partes es, sin duda, la clave de la definición del ámbito de aplicación, y entronca con lo dispuesto en el artículo 1.2 de la Directiva, que exceptúa de su aplicación a los litigios que tengan por objeto *“derechos y obligaciones que no estén a disposición de las partes en virtud de la legislación pertinente”*, los cuales –puntualiza el Considerando (10)– *“son especialmente frecuentes en los ámbitos del Derecho de familia y del Derecho laboral”*. Esto no quiere decir que todos los asuntos de Derecho de familia sean indisponibles, siendo buen ejemplo de ello la posibilidad de que los interesados pacten un convenio regulador en el contexto de una crisis matrimonial. Por consiguiente, no debe concluirse que la Directiva excluya de su ámbito de aplicación todos los conflictos de familia. En este sentido, resulta significativo que su Considerando (22) aluda a los acuerdos resultantes de la mediación en el ámbito del Derecho de familia, y que el Considerando (21) señale que los acuerdos de mediación que hayan adquirido fuerza ejecutiva en un Estado miembro pueden ser reconocidos y ejecutados en otro Estado miembro de conformidad con el



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

Reglamento CE nº 2201/2003 del Consejo, de 27 de noviembre de 2003, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental. Por ello, sería deseable que el Anteproyecto aclarase explícitamente si la mediación en asuntos de familia cae dentro o fuera de su ámbito de aplicación, aunque a falta de exclusión explícita habrá que concluir lo primero, dado que de “asuntos civiles” hablamos, y siempre que se trate naturalmente de materias disponibles. La aclaración se hace tanto más necesaria si se piensa en la existencia de las ya mencionadas leyes autonómicas sobre mediación familiar, las cuales disciplinan, cada una dentro de su ámbito territorial de aplicación, la posibilidad de alcanzar acuerdos de mediación en una serie de materias pertenecientes a la órbita de las relaciones familiares. Ello no significa que el Estado deba renunciar a disciplinar legalmente esa clase de mediación, pero sí sería adecuado que, en trance de hacerlo, la ley estatal emplease mecanismos explícitos de definición de su ámbito de aplicación e incluso se refiriese expresamente a la posibilidad o no de su cohabitación con todas esas leyes autonómicas preexistentes.

El ámbito de aplicación queda a su vez delimitado por las exclusiones que se trazan en el artículo 2.2 del Anteproyecto. Todas ellas se derivan de manera más o menos explícita de las previsiones de la Directiva. Así, la propia noción de “*asuntos civiles y mercantiles*” permite extraer del ámbito de aplicación la mediación penal. También, por cierto, la mediación en otros sectores, como señaladamente serían los asuntos fiscales, aduaneros y administrativos, y en general los conectados con responsabilidad del Estado por actuaciones realizadas en el ejercicio de su actividad soberana, los cuales son dejados expresamente fuera del ámbito de aplicación por la Directiva (artículo 1.2), aunque a ellos no se refiere el Anteproyecto. Puesto que el ámbito



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

de aplicación se traza en él indistintamente para los conflictos nacionales y para los transfronterizos (artículo 2.1), creemos que debería reflejarse de manera explícita esa exclusión, dado que la Directiva sí tiene vocación armonizadora por lo que se refiere a la mediación en conflictos de índole transfronteriza. Se da la circunstancia, sin embargo, de que al menos para determinados asuntos administrativos, nuestro prelegislador sí ha contemplado la posibilidad de que las partes alcancen un acuerdo de mediación, por más que paradójicamente lo haya hecho a través de la disposición final tercera del Anteproyecto de Ley de reforma de la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje y de Regulación del Arbitraje Institucional en la Administración General del Estado, que ha sido sometido a dictamen de este Consejo en paralelo con el Anteproyecto al que se refiere el presente Informe. En efecto, en dicha disposición se prevé modificar el artículo 77 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, de la Jurisdicción Contencioso-administrativa, para incluir en él la posibilidad de que, cuando la contienda verse sobre estimación de cantidad, el Juez o Tribunal imponga a las partes el sometimiento a mediación, “de acuerdo con la legislación reguladora de la mediación”. **Desde el punto de vista sistemático, habría resultado probablemente más adecuado no ya sólo insertar en el Anteproyecto ahora informado esa disposición final modificatoria de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-administrativa, sino también haber aludido, al delimitar el ámbito de aplicación, a ese supuesto de mediación administrativa que a la postre va a quedar regida por las disposiciones de la futura Ley de mediación en asuntos civiles y mercantiles.**

En cuanto a la mediación laboral, su exclusión vendría justificada –como se apunta en la Memoria del Análisis de Impacto Normativo– por el hecho de que ésta [o una figura muy parecida a ella] ya cuenta con su propia regulación en la legislación laboral (vid. artículos 63 y siguientes



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

de la LPL). La puntualización del apartado b) del artículo 2.2 del Anteproyecto (*“sin perjuicio de lo dispuesto en la normativa de la Unión Europea respecto del contrato individual de trabajo en los conflictos transfronterizos”*), responde, según se explica en la Memoria del Análisis de Impacto Normativo, a lo previsto en los artículos 18 a 21 del Reglamento CE nº 44/2001, de 22 de diciembre de 2000 (Bruselas I), relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, los cuales contienen reglas para determinar la competencia judicial en materia de contratos individuales de trabajo. Probablemente se quiere significar que si en función de esas reglas –presupuesta la índole transfronteriza del litigio y dado que esta materia se encuadra en la categoría de los asuntos civiles y mercantiles desde el punto de vista comunitario– resultase competente para conocer del litigio un tribunal extranjero, ello podría dejar abierta la puerta a la mediación regulada en esta Ley, al no ser aplicable regla alguna específica de nuestra legislación laboral sobre mediación o intento de conciliación previo a la demanda. No obstante, nótese que esa posibilidad podría verse frustrada si, conforme a la norma de extensión material del artículo 3.3, la Ley en proyecto no resultase aplicable, pues para que esto suceda debe darse el doble requisito de que al menos una de las partes tenga su domicilio en España y la mediación se realice en territorio español.

La exclusión relativa a la mediación en materia de consumo se desprende de lo previsto en el Considerando (11) de la Directiva, aunque cabe señalar que de este Considerando se derivarían otras exclusiones que, sin embargo, no encuentran reflejo explícito en el Anteproyecto, como es el caso de los procedimientos de carácter cuasi jurisdiccional (del tipo de la conciliación judicial), o de los procesos administrados por personas u órganos que formulan recomendaciones formales sobre la



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

solución del conflicto. Quizás fuera oportuno introducir estas precisiones en el Anteproyecto, a fin de perfilar mejor su ámbito de aplicación. Igualmente, debería puntualizarse que la Ley no se aplicará a las gestiones que pueda realizar el órgano jurisdiccional competente en el contexto del proceso judicial referente a dicho conflicto, de acuerdo con lo que indican el artículo 3.a).II *in fine* y el Considerando (12) de la Directiva. Todo ello en la línea de subrayar que el escenario de la mediación a la que se refiere la Ley en proyecto nunca puede ser jurisdiccional, y que el tercero mediador no debe tener capacidad de imponer a las partes una solución al conflicto, ni de influir en ellas para que la alcancen. Cuestión diferente es que, tal y como hemos apuntado *supra*, el ámbito de aplicación de la Norma en proyecto comprenda la llamada mediación intrajudicial. Así, el artículo 20.4 se refiere a la posibilidad de que “de manera voluntaria se inicie una mediación estando en curso un proceso judicial”, lo que exigirá que las partes soliciten la suspensión de éste “de conformidad con lo dispuesto en la legislación procesal”. El prelegislador, sin embargo, ha renunciado a establecer una regulación detallada de la mediación intrajudicial. No puede aducirse que ello le venga exigido por la Directiva, pues lo señalado en su artículo 3.a).II *in fine* –ya mencionado– no significa que el juez no pueda derivar el conflicto a mediación si así lo han decidido las partes, aunque esa decisión acontezca de forma sobrevenida una vez planteado el litigio en sede judicial. Antes al contrario, el artículo 5 de la Directiva establece que “el órgano jurisdiccional que conozca de un asunto, cuando proceda y teniendo en cuenta todas las circunstancias del caso, podrá proponer a las partes que recurran a la mediación para solucionar el litigio. Asimismo el órgano jurisdiccional podrá pedir a las partes que asistan a una sesión informativa sobre el uso de la mediación, si se celebran tales sesiones y si son fácilmente accesibles”. Es claro por tanto que no hay ningún obstáculo para que la Norma en proyecto incluya una regulación



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

más o menos detallada de la mediación intrajudicial, entendiendo por tal la que se acuerda por las partes una vez planteado el litigio en sede judicial sobre la base de la información suministrada por el propio juez, quien puede dejar el procedimiento en suspenso hasta tanto se verifique si las partes alcanzan o no un acuerdo.

Por último, la delimitación de los conflictos transfronterizos frente a los nacionales constituye un elemento clave desde el punto de vista del ámbito de aplicación, por cuanto la Directiva sólo vincula a los Estados miembros con respecto a los primeros. En principio, el tratamiento de esta cuestión se realiza en unos términos que no coinciden literalmente con los de la Directiva, pues el artículo 3.1 del Anteproyecto se refiere a todo tipo de conflictos transfronterizos y no sólo, o no específicamente, a los conflictos transfronterizos intracomunitarios (únicos a los que la Directiva se aplica). Lo hace además empleando dos criterios (domicilio o residencia habitual de las partes en Estados distintos; mediación realizada en un Estado que no coincide con el del domicilio de las partes) que contrastan con el único criterio empleado por la Directiva, a saber, el del domicilio o residencia habitual de las partes en Estados miembros diferentes. Sin embargo, aunque el Anteproyecto contempla una tipología de conflictos transfronterizos más amplia que la Directiva, todos los conflictos que para ésta tienen carácter transfronterizo son tratados en el Anteproyecto como tales, por lo que cabe considerar correctamente efectuada la transposición de la norma comunitaria en este punto.

3. PRINCIPIOS INFORMADORES.-

a) Voluntariedad.

El principio de voluntariedad de la mediación es, pese a lo que



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

pueda parecer, un principio de alcance relativo, pues ya en su propio enunciado (artículo 7) se deja claro que puede ser obligatorio someterse a mediación si así lo prevé la ley. Sin ir más lejos, el Anteproyecto prevé introducir un nuevo apartado 3 en el artículo 437 LEC y un nuevo apartado 2 en el artículo 439 LEC, conforme a los cuales en determinados juicios verbales por razón de la cuantía será preceptivo el intento de mediación de las partes en los seis meses anteriores a la interposición de la demanda, lo que deberá acreditarse acompañando acta final acreditativa del intento de mediación. Así las cosas, el principio de voluntariedad se manifiesta no tanto en el comienzo del procedimiento de mediación, al que efectivamente las partes pueden verse abocadas por una norma legal, como en el mantenimiento de la mediación una vez iniciado el proceso, y sobre todo en la consecución de un acuerdo, que sólo puede darse si ambas partes consienten voluntariamente en aceptarlo. En estos dos aspectos las partes sí son enteramente libres, como se deriva de lo dispuesto en el segundo inciso del artículo 7 (*“nadie está obligado a concluir un acuerdo ni a mantenerse en el procedimiento de mediación”*), y se resalta de nuevo en el artículo 27 del Anteproyecto, en el que se contempla la posibilidad, entre otras, de que el procedimiento de mediación termine *“porque todas o alguna de las partes ejerzan su derecho a dar por terminadas las actuaciones”*.

La voluntariedad del proceso de mediación es resaltada en el Considerando (13) de la Directiva, en el sentido de que las partes deben poder organizar dicho proceso y darlo por terminado en cualquier momento. El artículo 5.2 de la Directiva permite que la legislación nacional estipule la obligatoriedad de la mediación o la someta a incentivos y sanciones, ya sea antes o después de la incoación del proceso, siempre que ello no impida a las partes el ejercicio de su



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

derecho de acceso al sistema judicial. En un epígrafe posterior, al tratar de las modificaciones que afectarán a la LEC, examinaremos con algo de detalle ese mecanismo de mediación obligatoria que, para ciertas demandas de reclamación de cantidad de baja cuantía, prevé introducir el Anteproyecto.

b) Disponibilidad.

Bajo el título de “*principio dispositivo*”, el artículo 8 del Anteproyecto, en sus apartados 1 y 2, se refiere tanto a la necesaria *disponibilidad* o carácter disponible de los objetos a los que se refieran los conflictos sometidos a mediación –materia que ya hemos dicho que encuentra su más natural sede en el precepto destinado al ámbito de aplicación–, como a la capacidad de las partes de iniciar y finalizar libremente un procedimiento de mediación, aspecto que en realidad se solapa con la voluntariedad de la que habla el artículo anterior, hasta el punto de que el artículo 8.2 viene prácticamente a reiterar con otras palabras el contenido del artículo 7.

En cuanto al apartado 3 del artículo 8, se conecta de nuevo con la voluntariedad u obligatoriedad de acudir a la mediación, y no tanto con la disponibilidad del objeto de la misma o del procedimiento, por lo que se recomienda reubicar su contenido en el artículo 7 (cuando no refundir en un solo artículo los actuales artículos 7 y 8). La falta de voluntariedad para acudir a la mediación derivaría aquí de un previo acuerdo de las partes por el que ambas se hayan comprometido a someter a mediación las controversias surgidas o que puedan surgir en su relación. En rigor, sería un previo ejercicio de la autonomía de la voluntad el que vincularía a las partes a acudir a la mediación, por lo que no puede decirse que ésta pierda en esos casos su naturaleza voluntaria. No hay nada que



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

objetar por tanto a esta posibilidad, si bien el propio prelegislador es consciente de que este tipo de estipulaciones de sumisión a mediación pueden estar viciadas de algún defecto que las haga susceptibles de anulación, ya que tras afirmar que esas cláusulas surten efectos incluso cuando la controversia verse sobre la validez o existencia del contrato en el que consten, matiza que *“si la controversia versa sobre la validez de la propia cláusula [de sometimiento a mediación] las partes podrán retirarse de la mediación en la primera sesión alegando dicha circunstancia”*. Respecto de esta previsión obsérvese que, de un lado, puede convertirse en un portillo para eludir la mediación a la que la parte se hubiese comprometido, con tan sólo alegar que se pone en cuestión la validez de la cláusula de sometimiento a mediación; de otro lado, la consecuencia señalada por esta norma apenas tiene relevancia, si se tiene en cuenta que en toda mediación, como se deriva del artículo 7 y del segundo apartado del artículo 8, nadie está obligado a mantenerse en el procedimiento, pudiendo las partes poner fin al mismo en cualquier momento. Es más, en la medida en que la Ley en proyecto excluye de su ámbito de aplicación la mediación en ciertos sectores en los que puede presumirse un desequilibrio de partida en las posiciones negociales de las partes, tales como el Derecho laboral o el Derecho de consumo, y quedando fuera de la mediación todas las materias que no sean de libre disposición para las partes, se reduce el espectro de casos en los que la cláusula de sometimiento a mediación puede verse tachada de nulidad. Pese a ello, no estaría de más recordar la aplicación de las normas que rigen las condiciones generales de la contratación u otro tipo de contratos de adhesión, como hace el artículo 9.2 LArb, pues que ambas figuras pueden darse en el ámbito civil y mercantil fuera de la contratación con consumidores. **En general, y por contraste con lo previsto en los artículos 9 a 11 LArb, en los que se dictan algunas disposiciones sobre la forma, contenido y efectos del convenio**



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

arbitral, se echa en falta un tratamiento más pormenorizado del convenio de mediación, pudiendo decirse que todas las referencias al mismo se agotan en lo dispuesto en este apartado 3 del artículo 8 del Anteproyecto.

c) Imparcialidad.

Que el mediador no puede actuar en interés o en perjuicio de ninguna de las partes (artículo 9) parece algo elemental y, en consonancia con ello, el artículo 16.3 obliga al mediador a que antes de iniciar su tarea revele a las partes cualquier circunstancia que pueda afectar a su imparcialidad o generar un conflicto de intereses, como el hecho de mantener relaciones personales o empresariales con alguna de ellas, el ostentar interés directo o indirecto en el resultado de la mediación, o el haber actuado anteriormente a favor de alguna de las partes. No obstante, esa posible parcialidad del mediador puede ser salvada con tal de que las partes hayan sido advertidas del problema y hagan constar expresamente que consienten, pese a todo, la intervención del mediador. Esto significa que el principio de imparcialidad resulta notablemente difuminado por los efectos del [por lo que se ve, preponderante] principio de voluntariedad de las partes, del que deriva la capacidad de éstas para decidir sobre el procedimiento de mediación y designar al mediador. Así las cosas, no estaría de más agregar en el artículo 9 un inciso final del siguiente tenor: **“(...) y sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 16.3 para el caso de que el mediador haya revelado a las partes circunstancias que pudiesen afectar a su imparcialidad o generar un conflicto de intereses”**.

Por lo demás, la “*plena igualdad de oportunidades*” de ambas partes a la hora de intervenir en el procedimiento, parece redundante con



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

lo que preceptúa el artículo 12, en el que al referirse a la organización del procedimiento de mediación se indica que la misma deberá hacerse “*con pleno respeto a los principios de igualdad y contradicción*”. Se recomienda evitar esta clase de reiteraciones, para lo cual sería bueno sistematizar de manera más perfecta el catálogo de principios informadores.

d) Neutralidad.

Mediante el enunciado de este principio lo que se trata de resaltar es que la solución por vía de mediación sólo puede llegar a través de un acuerdo voluntariamente consentido por ambas partes, sin que el mediador ostente facultades decisorias ni pueda imponer a las partes ninguna clase de solución o medida concreta. Como hemos advertido, este rasgo de la mediación, dado su carácter esencial, debería constar en la propia definición del artículo 1. Dicho lo cual, hay que apresurarse a puntualizar que el dato de que el mediador no posea capacidad para imponer una solución no significa que no pueda formular propuestas de solución, o adoptar una actitud activa en busca del arreglo. De hecho, al tratar de las obligaciones del mediador, el artículo 16.1.II señala cómo “*el mediador está obligado a desarrollar una conducta activa tendente a lograr el acercamiento entre las partes, con respeto a los principios recogidos en esta ley*”. Quiere decirse que el Anteproyecto se decanta, a pesar de proclamar el principio de neutralidad, por un modelo de mediación *valorativa* (en el ámbito anglosajón se habla de *evaluative mediation*, para distinguirla de la *facilitative mediation*, en la que el mediador conduce el proceso y ayuda a las partes a gestionar el conflicto, pero sin pronunciarse sobre el mismo ni ofrecer propuestas de solución); lo cual es conforme con el régimen de la Directiva, que en este punto deja a las partes plena libertad para diseñar el modo en el que



desean que se lleve a cabo el proceso de mediación y el calibre de la intervención del mediador (vid. su artículo 3.b/ *in fine*).

e) Confidencialidad.

Suele calificarse la confidencialidad como una de las piezas clave de la mediación, además de ser condición prácticamente indispensable para el éxito de la misma. Dado que la mediación se dirige a abrir un canal de comunicación entre las partes, con la finalidad de acercar posturas y de alcanzar un arreglo amistoso de la controversia, comporta de suyo la creación de un espacio de confianza mutua en el que se suavizan las cautelas con las que cada parte transmite a la otra su propia información o define sus posiciones. Sería altamente inadecuado que los datos proporcionados o las manifestaciones efectuadas en el curso de un proceso de mediación pudieran traspasar las fronteras de dicho proceso, y ser empleadas por la otra parte o por un tercero para fines distintos de los que son inherentes al propio intento de mediación. La confidencialidad significa por tanto, en un primer nivel, que ni las partes, ni por supuesto el mediador, deben poder utilizar las informaciones a las que hayan podido tener acceso como consecuencia del procedimiento de mediación. Pero, avanzando un paso más, también significa –y de manera muy especial– que esas informaciones (v. gr. documentos, declaraciones, comunicaciones) no podrán ser presentadas como prueba en un eventual proceso judicial desatado con posterioridad entre las partes, lo que incluye la prohibición de llamar a declarar al mediador en calidad de testigo o de perito en el seno de un ulterior procedimiento judicial o arbitral. Por aquí se observa una clara conexión entre mediación y proceso judicial, por lo que retomaremos esta cuestión *infra*, en el epígrafe correspondiente a las relaciones entre mediación y proceso judicial.



No obstante, dejemos anotado que el prelegislador debería replantearse la estructura del artículo 11, que es el relativo al principio de confidencialidad, puesto que en el apartado primero se abordan las consecuencias que se derivan de dicho principio, mientras que se deja para el apartado segundo la propia enunciación del principio (“*[E]l procedimiento de mediación y la documentación utilizada en el mismo es confidencial. La obligación de confidencialidad se extiende a las partes intervinientes de modo que no podrán revelar la información que hubieran podido obtener derivada del procedimiento*”). La lógica indica que esta enunciación debería aparecer en primer lugar y se recomienda, por tanto, invertir el orden de los dos primeros apartados de este artículo. En cuanto al apartado tercero (“*[L]a infracción del deber de confidencialidad generará responsabilidad personal del mediador implicando la inhabilitación para el ejercicio de la mediación*”), su mejor ubicación se halla en los artículos 16 y 17, que se refieren a las obligaciones y responsabilidad del mediador.

f) Otros principios.

El artículo 12 del Anteproyecto compendia una serie de principios que sirven a perfilar las características básicas del procedimiento de mediación, a saber: igualdad, contradicción, buena fe, respeto mutuo, colaboración con el mediador y exclusión de otras vías de solución del conflicto –tanto judiciales como extrajudiciales– en tanto se sustancie el procedimiento de mediación. En rigor, este último constituye algo distinto de un *principio informador* de la mediación o de su procedimiento, por cuanto remite de manera directa a las relaciones entre mediación y proceso judicial sentando una clara prohibición para las partes. De ahí que su mejor ubicación probablemente se encuentre en la parte del



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

Anteproyecto en la que se describe el desarrollo del procedimiento de mediación. Volveremos sobre ella *infra*, en el epígrafe correspondiente a las relaciones entre mediación y proceso judicial.

El Anteproyecto no ha dotado al procedimiento de mediación de alguna otra característica que, sin embargo, aparece contemplada en otras leyes sobre la materia. Nos referimos al carácter personalísimo de la mediación, conforme al cual las partes y el mediador deban asistir personalmente a las diferentes sesiones, sin que puedan valerse de representantes o intermediarios. Así lo contempla, por ejemplo, el artículo 8.1 de la Ley catalana 15/2009, de 22 de julio, de mediación en el ámbito del derecho privado. Es cierto que el dato de que el Anteproyecto admita que las reuniones entre el mediador y las personas en conflicto no sean simultáneas (artículo 25.2), hará menos probable el que las segundas se vean necesitadas de acudir por medio de representante, pero en cualquier caso podría tener sentido que la Norma en proyecto incluyese alguna puntualización a este respecto.

4. MEDIADORES E INSTITUCIONES DE MEDIACIÓN.-

a) Concepto de mediador y condiciones para ejercer de mediador.

El contenido del artículo 13 no resulta del todo fiel a su título, pues ese precepto no contiene tanto el “*concepto de mediador*” como una serie de requisitos, algunos por vía de remisión, para poder ejercer como mediador. Básicamente, lo que se viene a decir es que para desempeñar el cargo de mediador la persona deberá estar inscrita como tal en el Registro de mediadores y de instituciones de mediación, que se pretende crear en el Ministerio de Justicia (vid. artículo 6), así como cumplir las condiciones que se exigen en el artículo 14, una de las cuales vuelve a



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

ser que la persona en cuestión se encuentre inscrita en el susodicho Registro, reiteración que sería bueno suprimir. Por lo demás, el artículo 14 exige que el mediador sea una persona natural en el pleno disfrute de sus derechos civiles, siempre que no lo impida la legislación o esté sujeto a alguna clase de incompatibilidad, redacción similar a la que presentará el futuro artículo 13 LArb, de conformidad con el Anteproyecto de Ley de reforma de la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje y de Regulación del Arbitraje Institucional en la Administración General del Estado. La descripción del mediador como persona natural podría compadecerse mal con el dato de que el artículo 16.3.c) prevea la posible pérdida de imparcialidad del mediador por que él mismo, *o un miembro de su empresa*, hayan actuado anteriormente a favor de una o varias de las partes. En fin, señalar que el mediador deberá llevar a cabo la mediación de forma eficaz, imparcial, neutral, competente y con respeto al principio de confidencialidad, aun sabiendo que la mayor parte de esas exigencias provienen de la definición de mediador que contiene la Directiva, no es avanzar mucho en la conceptualización del mediador. Tanto más útil sería, a nuestro modo de ver, subrayar que el mediador puede desarrollar una conducta activa dirigida a lograr el acercamiento de posturas entre las partes, proponiendo –aunque nunca imponiendo– posibles soluciones al conflicto (como se desprende del artículo 16.1 del Anteproyecto).

La más significativa y peculiar de las condiciones que se establecen para ejercer de mediador seguramente es la que se refiere a la posesión de un título universitario de grado, de carácter oficial o extranjero convalidado; no tanto por la exigencia en sí de determinada titulación sino por la forma de definir [o mejor de no definir] ésta. Y es que no se establece ninguna otra característica o concreta especialidad referente a ese título del que deberá estar en posesión el mediador.



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

Quizás sería más atinado precisar las especialidades académicas que permitirán acceder a la condición de mediador, como hace por ejemplo el artículo 9 de la Ley de Mediación Familiar del País Vasco, el cual condiciona la inscripción en el Registro de Personas Mediadoras a que se acredite una licenciatura en Derecho, Psicología, Pedagogía, Psicopedagogía o diplomatura en Trabajo Social o en Educación Social, o alguna otra titulación equiparada a ellas por vía reglamentaria.

En particular, **merece destacarse que no se requiera que el mediador deba tener una titulación que avale determinado nivel de conocimientos técnico-jurídicos, lo cual probablemente resultaría necesario a la vista de que el artículo 33 del Anteproyecto proclama con rotundidad que “no podrán homologarse judicialmente ni ejecutarse los acuerdos cuyo contenido sea contrario a Derecho”**. Es decir, si el mediador carece de formación jurídica –y con independencia de que las partes puedan hacerse asesorar por profesionales del Derecho–, podría conducir a las partes hacia la aprobación de un acuerdo no susceptible de homologación o ejecución judicial. **Por lo mismo, difícilmente podrá el mediador, si carece de conocimientos jurídicos, denunciar por escrito en el acta final que los términos de la mediación son incompatibles con la ley (artículo 27.2.II), o verificar la conformidad del acuerdo de mediación con el ordenamiento jurídico (artículo 28.3).**

La no exigencia de una titulación académica que acredite la posesión de conocimientos técnico-jurídicos por parte del mediador contrasta con la regulación de esta misma cuestión en sede de arbitraje, donde se requiere la condición de abogado en ejercicio para los arbitrajes internos que no deban decidirse en equidad, salvo acuerdo expreso en contrario (artículo 15.1 LArb). Esta preferencia por la



profesionalización jurídica de los árbitros se ve confirmada por la reforma que el prelegislador pretende acometer en sede de arbitraje conforme al Anteproyecto de Ley de reforma de la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje y de Regulación del Arbitraje Institucional en la Administración General del Estado, ya que en él se prevé que el arbitraje de equidad quede circunscrito a los arbitrajes internacionales en los que las partes así lo hayan autorizado, así como que en los arbitrajes internos que se hayan de resolver por tres árbitros uno de ellos tenga necesariamente la condición de abogado en ejercicio, sin posibilidad de acuerdo en contra de las partes.

Con esto no se quiere significar que el único título académico admisible para ejercer como mediador haya de ser el de licenciado o graduado en Derecho, ni mucho menos que los únicos profesionales con perfil adecuado para actuar de mediadores sean los abogados en ejercicio, pues es claro no ya que otros profesionales con probada experiencia en sus relaciones con la Administración de Justicia, como sería el caso de procuradores y graduados sociales, podrían igualmente realizar esa labor, sino que titulados en campos como la psicología y disciplinas afines pueden resultar si cabe más aptos para desempeñar las funciones de mediador. **Sin embargo, sí parece exigible al menos que los cursos específicos de formación cuyo seguimiento –como a continuación diremos– debería requerirse obligatoriamente a los futuros mediadores, hayan de incluir en sus programas un número significativo de temas relativos a materias jurídicas.** Otra opción podría ser la que se refleja en la Ley catalana 15/2009, de 22 de julio, de mediación en el ámbito del derecho privado. Aunque en ella tampoco se exige que el mediador esté en posesión de un título académico que avale sus conocimientos técnico-jurídicos (artículo 3.1), sí se requiere que las partes sean convenientemente



informadas en la sesión inicial de “la necesidad de la intervención de un abogado o abogada designado libremente para redactar el convenio o el documento jurídico adecuado, sobre la base del resultado de la mediación” (artículo 15.3). Esta disposición, aunque técnicamente mejorable, va en la dirección adecuada, pues asume que el mediador no tiene por qué tener los suficientes conocimientos jurídicos como para redactar el acuerdo de mediación, pero al mismo tiempo no olvida la necesidad de que dicho acuerdo sea redactado por un sujeto que sí posea dichos conocimientos.

Nótese que tampoco se exige que el mediador disponga de una titulación o formación específica que le capacite profesionalmente para actuar como tal, lo que se aviene mal con que una de las preocupaciones en esta área sea la de la “*calidad*” de la mediación (vid. artículo 15 del Anteproyecto y artículo 4 de la Directiva). Difícilmente podrán los mediadores proporcionar un servicio de calidad si no se pone el énfasis en su correcta preparación profesional. En este punto, **debe considerarse insuficiente la referencia que en el artículo 15 del Anteproyecto se hace al fomento, por parte de las Administraciones públicas competentes, de “la adecuada formación continuada de los mediadores”, siendo recomendable que, si no que los mediadores estén en posesión de una titulación específica que les capacite para desempeñar esa labor, la Norma en proyecto disponga al menos la necesidad de que las Administraciones públicas competentes fomenten –v. gr. como exigencia que condicione la inscripción en el correspondiente Registro– la formación tanto *inicial* como continua de los mediadores, manteniendo así una mayor fidelidad con lo previsto en el artículo 4.2 de la Directiva.** En este punto procede traer a colación algunas leyes autonómicas sobre mediación, que exhiben una mayor rigidez al



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

respecto. Así, el artículo 3.1 de la Ley catalana 15/2009, de 22 de julio, de mediación en el ámbito del derecho privado, requiere que los mediadores no sólo posean un título universitario oficial, sino que acrediten *“una formación y una capacitación específicas en mediación”*, imponiendo la necesidad de que estén colegiados en el colegio profesional correspondiente, pertenezcan a una asociación profesional del ámbito de la mediación, o presten servicios como mediadores para la Administración. Por su parte el artículo 9 de la Ley de Mediación Familiar del País Vasco requiere demostrar una preparación específica, suficiente y continua en mediación familiar, la cual deberá incluir en todo caso un curso teórico-práctico en mediación de una duración mínima de 200 horas.

Como colofón diríamos que, si bien es cierto que las cualidades a valorar en un mediador tienen más que ver con su capacidad para abrir vías de comunicación y hallar fórmulas de entendimiento entre las partes, la asunción de esta premisa no está reñida con la preocupación por que el acuerdo de mediación refleje una solución jurídicamente viable. **De ahí que quepa recomendar que la Norma en proyecto, o bien garantice que el propio mediador reúne en su persona no sólo aptitudes como mediador sino también conocimientos jurídicos suficientes, o bien articule un mecanismo para que a pesar de no contar el mediador con esta clase de conocimientos, el acuerdo de mediación sea objeto de redacción o supervisión por un sujeto que sí cuente con la formación jurídica adecuada.** En este sentido, no debería menospreciarse el papel que pueden prestar diversos colectivos cuyos integrantes cuentan con probada experiencia en el campo de la Administración de Justicia, como sería el caso de jueces, magistrados y fiscales jubilados.



b) Derechos, obligaciones y responsabilidad de los mediadores.

Aunque el artículo 16 se titula “*Derechos y obligaciones del mediador*”, dista mucho de contener un catálogo de ambos. Antes bien, entre los derechos tan sólo se menciona el de renunciar a desarrollar la mediación, y en cuanto a las obligaciones se reducen a la de desplegar una conducta activa tendente a lograr el acercamiento entre las partes, incluida la facilitación de la comunicación entre ellas y la vigilancia para que dispongan de información y asesoramiento suficientes, y la de revelar las circunstancias que pudieran afectar a su imparcialidad o generar un conflicto de intereses. Se trata por tanto de derechos y obligaciones internos al procedimiento de mediación, una vez éste va a dar o ha dado comienzo, pero no hay que olvidar que el mediador asume otras obligaciones ligadas con carácter general a su papel de mediador. Así, la de inscribirse en el Registro de mediadores y de instituciones de mediación, y la de, como precondition para la anterior, contratar un seguro de responsabilidad civil o garantía equivalente (artículo 14 y 6.3.II).

Por otro lado, ni los mencionados en el artículo 16 son los únicos derechos y obligaciones del mediador ligados a su participación en un concreto procedimiento de mediación, ni alguno de los que dicho precepto alude aparece después desarrollado como tal en otros lugares del Anteproyecto, en contra de lo que el precepto da a entender. Así, pesa sobre el mediador el deber de confidencialidad al que se refiere el artículo 11, donde se señala de forma nítida que la infracción de dicho deber generará responsabilidad personal del mediador, implicando incluso inhabilitación para el ejercicio de la mediación. En segundo lugar, la intervención como mediador se perfila como remunerada, dado que los honorarios del mediador forman parte del coste de la mediación (vid.



artículo 23.2.e/), por lo que debe inferirse que el mediador tiene derecho a percibir una remuneración por sus servicios, lo que debería hacerse constar explícitamente en el artículo 16, tal y como hacen algunas leyes autonómicas sobre mediación familiar, como la de Andalucía (artículo 15.c/), la de la Comunidad Valenciana (artículo 8.IV), la de la Comunidad de Madrid (artículo 13.b/) o la de Asturias (artículo 21.b/). En general se recomienda que, partiendo de que se desea incluir un precepto destinado a compendiar los derechos y obligaciones del mediador, ese compendio sea exhaustivo y recoja verdaderamente cuantos derechos y obligaciones se mencionan a lo largo del articulado, evitando mencionar en cambio a los que el Anteproyecto, en rigor, no contempla. **Nos referimos al derecho de renuncia del mediador, que aparece aludido en el artículo 16 mediante una cláusula abierta (“en los casos expresamente previstos en esta ley”), siendo así que no es dable localizar ninguno de esos casos de renuncia en el resto del articulado:** sólo se vuelve a aludir a la posibilidad de renuncia en los artículos 21.1.II y 27.2, en el primero para indicar que habrá que proceder a designar nuevo mediador y en el segundo para decir que podrá dar lugar a la terminación del procedimiento, pero ni en uno ni en otro caso se enuncian las razones por las que el mediador podrá renunciar a actuar como tal en un determinado procedimiento. Así las cosas **debería revisarse la dicción del artículo 16.2, o bien explicitar las causas por las que el mediador podrá renunciar al ejercicio de su función en una concreta mediación.**

El artículo 17 se refiere a la responsabilidad del mediador y de las instituciones de mediación como consecuencia de los daños y perjuicios que causen por mala fe, negligencia grave o dolo. De ello se infiere que la principal obligación del mediador y de las instituciones de mediación es la de prestar sus servicios con diligencia, adecuándose a la *lex artis*



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

ad hoc, debiendo responder de los daños que originen en caso contrario. El precepto, desde el punto de vista de las reglas generales sobre responsabilidad civil, contiene algún desacierto que convendría enmendar. Y es que la posible responsabilidad por daños se pretende circunscribir a los supuestos en que mediador o institución de mediación hayan actuado con dolo o culpa grave, cuando tanto en el ámbito de la contractual como en el de la extracontractual la responsabilidad exigible es siempre por culpa, sea ésta o no grave, lo que hace que no sea de recibo introducir esa limitación. Naturalmente que, a mayor abundamiento, también responderán el mediador o la institución de mediación de los daños causados por dolo, que en este contexto es una noción equivalente a la de “mala fe”, de donde se hace innecesario aludir simultáneamente a ambas como hace el artículo 17. Cuestión por completo diferente es que la activación, en su caso, de la póliza de seguro de responsabilidad civil que de forma obligatoria han de suscribir mediadores e instituciones de mediación, se condicione a que la actuación no haya sido por dolo o culpa grave, y que por consiguiente en esos casos el mediador o la institución deban hacer frente de forma íntegra y directa a la indemnización de los daños causados, pero eso no significa que desde la óptica del perjudicado el mediador o la institución no deban también responder de los daños que causen por culpa, aunque no sea grave, con independencia de que en tales supuestos se active la garantía que el seguro representa. Es más, si observamos el artículo 21.1 de la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, de Libre Acceso a las Actividades de Servicios y su Ejercicio, conforme al cual “*se podrá exigir a los prestadores de servicios, en norma con rango de ley, la suscripción de un seguro de responsabilidad civil profesional u otra garantía equivalente que cubra los daños que puedan provocar en la prestación del servicio en aquellos casos en que los servicios que presten presenten un riesgo directo y concreto para (...) la seguridad financiera*”



del destinatario”, todo apunta a que la responsabilidad que se dibuja es una responsabilidad objetiva o por riesgo, lo que hace todavía más inapropiado pretender circunscribir la responsabilidad de los mediadores y de las instituciones de mediación a los casos en que hubiesen actuado con dolo o culpa grave.

En cuanto a las relaciones entre mediador e institución de mediación de cara a la responsabilidad por daños, la redacción del precepto es un tanto ambigua, lo que puede dificultar la determinación de si estamos o no ante una responsabilidad compartida, y en tal caso la naturaleza de la misma. Se dice que *“el perjudicado tendrá acción directa contra el mediador y la institución de mediación que corresponda, en su caso, con independencia de las acciones de resarcimiento que asistan a aquélla contra los mediadores”*. Puede parecer que la posibilidad de acción directa frente a la institución de mediación queda condicionada a la concurrencia de determinadas circunstancias (*“en su caso”*), que el precepto no especifica. Sin embargo, lo que seguramente se quiere indicar es que la institución de mediación podrá ser hecha responsable sólo en los casos en que el mediador haya sido designado por ella (vid. artículo 5.1). Todo apunta a que la responsabilidad será en tales casos solidaria entre el mediador y la institución de mediación, como lo mostraría el que el artículo 17 contemple en su inciso final la posibilidad de que la institución de mediación se dirija contra el mediador para repercutirle la responsabilidad a la que haya tenido que hacer frente (lo que se articularía a través de lo que se conoce como una *“acción de regreso”* o *“acción de reembolso”*, y no a través de una *“acción de resarcimiento”*, como en cambio la denomina el Anteproyecto). No obstante, esta conclusión podría no estar abonada por la dicción del artículo 5.1, en el que se proclama que las instituciones de mediación garantizarán la transparencia en la designación de mediadores *“y*



asumirán la responsabilidad derivada de su actuación". La confusión se agrava cuando se lee que (artículo 6.3.II) "[p]ara la inscripción en el Registro se exigirá a los mediadores o las instituciones de mediación en su nombre la contratación de un seguro de responsabilidad civil o garantía equivalente". Si las instituciones de mediación son quienes deben contratar el seguro de responsabilidad civil *en nombre* de los mediadores que para ellas trabajen, no parece que en esos casos, al menos para el tramo de responsabilidad que resulte cubierto por la póliza, tengan las primeras acción alguna frente a los segundos para repercutirles lo abonado al perjudicado. Por todo ello, sería conveniente revisar y cohonestar la redacción de los artículos 17, 5.1 y 6.3, a fin de evitar que se puedan suscitar todas estas incertidumbres.

d) Instituciones de mediación y Registro de mediadores y de instituciones de mediación.

La ambigüedad que se detecta en las relaciones entre mediador e institución de mediación de cara a la responsabilidad por daños se conecta en realidad con una ambigüedad mayor, que afecta a cuanto incumbe en general a la relación en la que se hallan mediadores e instituciones de mediación. Éstas se definen en el artículo 5.1 como "*aquellas entidades, tanto de carácter público como de carácter privado, que tengan como fin la mediación, facilitando su acceso y organización, incluida la designación de mediadores*", lo cual no permite establecer cuál será la clase de vínculo jurídico por el que quedarán unidos en su caso el mediador y la institución de mediación para la que trabaje, pareciendo posible en principio que el mediador trabaje para más de una, y por supuesto que el mediador opere de forma completamente independiente, sin vincularse a una institución de mediación en concreto, como se desprende no sólo de que ni en el concepto de mediador, ni en



las condiciones para ejercer como tal, se mencione en modo alguno la necesaria pertenencia del mediador a una institución de mediación, sino de que el artículo 6.3 se refiera explícitamente a que las informaciones que habrán de constar en el Registro de mediadores y de instituciones de mediación –que se pretende crear en el seno del Ministerio de Justicia– se referirán a los mediadores *“tanto si actúan dentro de una institución de mediación como si lo hacen al margen de las mismas”*.

Sería pues aconsejable clarificar la clase de vínculo que puede haber entre mediador e institución de mediación, y asimismo explicitar que las partes poseen plena libertad para encomendar la mediación a una institución de mediación o a un mediador independiente, sin que en modo alguno la Ley deba decantarse por favorecer una opción en detrimento de la otra. Esta observación viene a propósito de que en determinados pasajes del Anteproyecto parece darse preferencia a la mediación a través de instituciones de mediación, o se reserva a dichas instituciones un papel decisivo en determinadas situaciones. Así, cuando el artículo 20.2 dispone que la solicitud de inicio del procedimiento *“se formulará ante las instituciones de mediación o, en su defecto, ante el mediador propuesto por una parte a las demás o ya designado por ellas”*. Se trata además de una redacción desafortunada, por cuanto si las partes han alcanzado un acuerdo sobre el mediador o están en disposición de aceptar el propuesto por una de ellas, es claro que será la formulación de la solicitud ante las instituciones de mediación la que se haga *“en su defecto”*. Otro ejemplo sería el artículo 21.1, en el que, tras indicar que el mediador *“será designado por las partes de mutuo acuerdo”*, se establece que *“a falta de acuerdo entre ellas, efectuará su designación una institución de mediación”*, solución que por otro lado parece avenirse mal con los principios dispositivo y de voluntariedad.



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

Por lo demás, la propia definición de las instituciones de mediación suscita algún interrogante. Con carácter destacado, el de si estas instituciones pueden dedicarse a fines distintos de la mediación, o si deben consagrarse a ésta de manera exclusiva. Sabemos, porque lo admite el artículo 5.1 *in fine*, que sí pueden dedicarse al arbitraje conjuntamente con la mediación, caso en el que deberán garantizar la independencia entre ambas actividades, pero no se especifica –no se prohíbe, aunque tampoco se permite explícitamente– si pueden tener otros fines, distintos de los dos citados; o si existen determinados fines que, estando presentes en determinada institución, hacen a esta inhábil para dedicarse a la mediación. De este modo, conforme a la redacción actual del artículo 5.1, es dudoso que determinadas entidades dotadas de sus propios fines (colegios profesionales, cámaras de comercio, sindicatos, organismos públicos, instituciones docentes), puedan también dedicarse a la mediación, y sin embargo cabría enumerar no pocas razones que avalarían permitirlo. En cualquier caso, ya fuese para admitir como para excluir esa posibilidad, sería deseable que el Anteproyecto lograra una mayor precisión en este punto.

En cuanto al Registro de mediadores y de instituciones de mediación, es importante retener que el Anteproyecto no excluye que las Comunidades Autónomas puedan crear sus propios Registros autonómicos, si bien su gestión deberá estar integrada con el que se prevé crear en el Ministerio de Justicia. **El Anteproyecto debería perfilar mejor todo lo relativo a la coexistencia entre el Registro estatal y los Registros autonómicos, y en particular debería aclarar bajo qué condiciones la inscripción en un Registro autonómico implicará la automática inscripción en el Registro estatal.** Por otro lado, partiendo de que la inscripción en el Registro estatal “*permitirá el*



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

ejercicio de la mediación en todo el territorio nacional” (artículo 6.3.III), y puesto que dicha inscripción no se condiciona más que a la contratación de un seguro de responsabilidad civil y a la acreditación de un título universitario de grado, es evidente que los mediadores inscritos en el Registro estatal podrán ejercer como tales en el territorio de cualquier Comunidad Autónoma, aunque no reúnan los requisitos para serlo conforme a la Ley autonómica que eventualmente regule la materia, ni estén inscritos en el Registro autonómico correspondiente.

Que el Registro de mediadores y de instituciones de mediación tenga carácter público, y que en él se incluya *“información precisa y relevante sobre las instituciones de mediación existentes en España”*, como dispone el artículo 6.2, no parece problemático. En cambio, cabe hacer alguna objeción a que se establezca que en dicho Registro se haga *“especial mención a las recusaciones e impugnaciones de los acuerdos de mediación gestionados por ellas [por las instituciones de mediación]”*. En primer lugar, porque el texto del Anteproyecto sometido a informe no se refiere ni a recusaciones (que en todo caso lo serían de los mediadores y no de los acuerdos de mediación), ni a impugnaciones (sino en todo caso a la posibilidad de anulación del acuerdo de mediación), lo que obliga a corregir la terminología. Segundo, porque no parece que lo relevante sean las recusaciones o impugnaciones formuladas, sino sólo aquéllas que hubieran prosperado. En tercer lugar, la recusación por ejemplo, no denota una ineptitud o inidoneidad técnica por parte del mediador o de la organización que lo acoge, sino un conflicto de intereses susceptible de incidir en la imparcialidad del mediador. En fin, puestos a mantener una previsión de esta naturaleza, no hay razón para circunscribirla a las instituciones de mediación, sino que debería extenderse a los mediadores independientes.



Debe notarse que, ubicada en el artículo 19.3, el Anteproyecto se ha hecho eco de la disposición contenida en el artículo 9 de la Directiva, relativa a la necesidad de que el público en general tenga acceso, preferentemente vía Internet, a la información sobre la forma de ponerse en contacto con los mediadores y con las instituciones de mediación. Ocurre sin embargo que lo previsto por la Directiva no coincide con lo ordenado en el Anteproyecto, pues lo que en aquélla se configura como un mandato dirigido a los Estados miembros, a quienes se pide que por los medios que consideren oportunos fomenten el acceso por parte del público a la susodicha información, en el segundo se presenta como un deber que recae sobre las instituciones de mediación, a las cuales se exige que faciliten *“información al público sobre los mediadores disponibles registrados en ellas y la forma de ponerse en contacto con los mismos y con las propias instituciones”*. Obviamente, si son las instituciones de mediación las que han de facilitar la información, es claro que ésta no se proporcionará de manera homogénea ni centralizada, lo cual constituye una primera objeción a la fórmula por la que se ha decantado el prelegislador. Pero aún más importante es que, al erigirse las instituciones de mediación en destinatarias del mandato, es claro que el espectro de la información que podrán proporcionar se reducirá a aquellos mediadores que trabajen para ellas o que estén registrados en ellas, como el propio precepto no duda en señalar; y **esto es evidente que cuadra mal con lo dispuesto por la Directiva, ya que no queda garantizado que el público tenga acceso a información sobre todos los mediadores disponibles y el modo de ponerse en contacto con ellos, sino sólo respecto de aquellos mediadores que estén integrados en alguna institución de mediación. Lo idóneo sería prever que, a través del Registro de mediadores y de instituciones de mediación, el público podrá tener acceso telemático a información sobre todos los mediadores e instituciones de**



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

mediación inscritos en el Registro, incluida la forma de ponerse en contacto con cada uno de ellos.

5. PROCEDIMIENTO DE MEDIACIÓN.-

a) Inicio del procedimiento.

La solicitud de inicio del procedimiento de mediación tiene como objeto obtener la intervención de un mediador o de una institución de mediación de cara a la resolución de un conflicto. No presupone que las partes se hayan puesto de acuerdo con carácter previo en aspectos como la designación del mediador (vid. artículo 20.2 *in fine*, que se refiere a que la solicitud podrá dirigirse al mediador propuesto por una parte a las demás o ya designado por ellas), o incluso el hecho mismo de someter la controversia a mediación, pudiendo deberse la solicitud a la iniciativa unilateral de una de ellas: el artículo 20.1, tras sentar la regla de que el inicio del procedimiento de mediación se solicitará de común acuerdo por las partes, admite también que la solicitud la haga una de las partes “*con posterior aceptación de las demás*”. En tal caso, el precepto exige que esa aceptación se exprese en el acta inicial, la cual no podrá demorarse más de quince días naturales desde que se hubiera depositado la solicitud de mediación. Esta última condición puede parecer inocua puesto que, si las partes están de acuerdo en iniciar una mediación, aunque hayan transcurrido más de quince días desde el depósito de la solicitud de inicio formulada por una de ellas, es claro que podrán dar comienzo al procedimiento de mediación en cualquier caso. Sin embargo, lo que se quiere subrayar es que en tal hipótesis no podrá entenderse formulada la solicitud ante el mediador o la institución de mediación a menos que la suscriban todas las partes, incluida –de nuevo– aquélla que hubiera formulado unilateralmente la solicitud



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

primigenia. Más que la voluntad de someter el conflicto a mediación, lo que se revalida es la petición misma de inicio del procedimiento dirigida a un concreto mediador o institución de mediación. Y es que, si se observa, a quien se dirige la solicitud de inicio del procedimiento de mediación es al mediador o a la institución de mediación (artículo 20.2), y no a la otra parte, ni siquiera en los casos de solicitud unilateral, en los que a lo sumo deberán consignarse en la solicitud los datos “*del requerido o requeridos de mediación*”. Por cierto, debe insistirse en que no parece adecuado configurar el caso de solicitud hecha ante un mediador designado por las partes, o ante el propuesto por una de ellas a las demás, como si fuese el subsidiario (“*en su defecto*”) con respecto al caso de solicitud ante una institución de mediación. Parece claro que la mutua designación o la unilateral proposición de un mediador, convierte por definición en subsidiaria la posibilidad de acudir a una institución de mediación. Esta subsidiariedad de las instituciones de mediación está en cambio mejor captada en el artículo 21, pues en él sí se proclama como regla que el mediador será el designado por las partes de mutuo acuerdo, y que sólo a falta de acuerdo, efectuará su designación una institución de mediación.

Por lo que hace al lugar y lengua de la mediación (artículo 22), se establece la total libertad de las partes para acordar el lugar en el que se desarrollarán las sesiones, si bien debe tenerse presente que –conforme al artículo 3.3– la Ley en proyecto sólo será de aplicación cuando la mediación se realice en territorio español, por consiguiente la libre elección de lugar debe entenderse limitada al ámbito territorial de aplicación que dibuja el artículo 3.3. En cuanto a la lengua, el precepto habla de la libre elección por las partes de “*la lengua o idioma de las actuaciones*”, lo que convierte en redundante al segundo de esos términos. Frente a ello, **convendría que el precepto admitiese la libre**



elección de la “lengua o lenguas” del procedimiento (v. análogamente, artículo 28 LArb), pues es claro que las partes podrían manejar lenguas diferentes y por tanto acordar la utilización de más de una, máxime si se tiene en cuenta que la Ley se aplicará tanto a los litigios internos como a los transfronterizos.

El procedimiento de mediación comenzará en sentido propio cuando las partes y el mediador hayan firmado el acta inicial, cuyas menciones mínimas enumera el artículo 23.2 del Anteproyecto. Sorprende que una de ellas no sea la constancia de que el mediador ha suministrado a las partes la información que, de acuerdo con el artículo 19.1, debe facilitarles preceptivamente con anterioridad al comienzo del procedimiento, por lo que cabe recomendar su inclusión. Asimismo, debería preverse que en el acta inicial se identifique, junto a las partes y el mediador, a la institución de mediación a través de la cual las partes hubiesen puesto en marcha en su caso el procedimiento de mediación y designado al mediador. En cuanto a la mención del *“programa de actuaciones y duración máxima prevista para el desarrollo del procedimiento”*, causa cierta extrañeza esta última referencia, si se tiene en cuenta que la duración *máxima* del procedimiento ya la fija imperativamente el artículo 24 del Anteproyecto. Lo que las partes podrán fijar –y tendrán que mencionar– es la duración de su programa de actuaciones, que deberá ajustarse al máximo marcado por la Ley. En cualquier caso, más adelante volveremos sobre esa fijación legal de un plazo máximo para la duración del procedimiento. Por último, la referencia a la existencia de *“otras posibles tarifas”* como partida que deberá desglosarse, junto a la de los honorarios del mediador, dentro del coste total de la mediación, resulta un tanto imprecisa. Probablemente se refiera a las tarifas que podrán cobrar las instituciones de mediación en el supuesto de que la mediación se haya canalizado a través de una de



ellas, pero sería preferible que este extremo quedara perfectamente claro, en lugar de tener que inferirse de esa alusión indirecta a *otras posibles tarifas*; al tiempo que sería bueno descartar que, aparte de los honorarios del mediador y de las tarifas de la institución de mediación, puede haber otra clase de tarifas a las que las partes tengan que hacer frente.

b) Duración y desarrollo del procedimiento.

Parece coherente que, si se quiere configurar la mediación como un método alternativo de resolución de controversias, se ponga el acento en la duración del procedimiento, procurando que éste sea breve y que las actuaciones se concentren en el menor número posible de sesiones. Esto es lo que establece el artículo 24 del Anteproyecto, que fija una duración máxima del procedimiento de dos meses a contar desde la fecha de la firma del acta inicial, prorrogable por un mes más por común acuerdo de las partes. No obstante, con ser plausible la finalidad perseguida por esta norma, **cabe dudar si no sería más acorde con los principios de voluntariedad y autoorganización el no señalamiento legal de un tope máximo de duración del procedimiento, dejando que sean las partes en función de la complejidad del conflicto las que fijen en el acta inicial el plazo de duración del procedimiento, haciendo bueno por tanto lo previsto en el artículo 23.2.c) del Anteproyecto y suprimiendo la referencia que en el artículo 24 se hace a la duración máxima del procedimiento.** Sucede además que nada impedirá a las partes volver a iniciar una nueva mediación una vez frustrado el anterior intento por expiración del plazo legal fijado para la duración del procedimiento, si acaso consideran que aún hay posibilidades para la solución amigable del conflicto y que simplemente necesitan algo más de tiempo para



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

alcanzar un acuerdo. Por lo demás, partiendo de la premisa de que los plazos procesales para la interposición de acciones judiciales quedarán en suspenso durante el proceso de mediación (artículo 4 del Anteproyecto), ninguna de las partes se verá perjudicada por una dilatación en el tiempo del procedimiento de mediación.

En otro orden de cosas, el artículo 26.3 del Anteproyecto establece la necesidad de formar un expediente con las actas de todas las sesiones y los documentos aportados que no hayan de devolverse a las partes, imponiendo al mediador o a la institución de mediación el deber de conservar y custodiar dicho expediente. Sin embargo, de forma sorprendente, el precepto no señala un lapso temporal durante el cual se extenderá ese deber de conservación y custodia. Lo lógico es que dicho deber esté limitado en el tiempo, y que esa limitación temporal mantenga cierta correspondencia con el plazo que se pretenda conceder para la anulación del acuerdo de mediación, plazo que a tenor del artículo 28.6 será de un año contado desde la firma del acuerdo de mediación. En sede de arbitraje por ejemplo, el artículo 38.3 LArb, aunque admite que las partes fijen un plazo distinto, señala que a falta de pacto la obligación de los árbitros de conservar la documentación del procedimiento cesará transcurridos dos meses desde la terminación de las actuaciones, siendo así que la acción de anulación del laudo habrá de ejercitarse dentro de los dos meses siguientes a su notificación (artículo 41.4 LArb). Algo similar debería prever el Anteproyecto respecto del deber de conservación de la documentación, incluida la posibilidad de que cualquiera de las partes solicite al mediador o a la institución de mediación la remisión de esa documentación, de manera análoga a lo prevenido en el artículo 38.3 LArb. En fin, **la previsión del artículo 26.2 de que en el expediente de la mediación deberán incluirse “los documentos aportados que no hayan de devolverse a las partes”,**



resulta contradictoria con que según el artículo 27.1.II, “con la terminación del procedimiento se devolverán a cada parte los documentos que hubiere aportado”. Ello parece dar a entender que no existirá la clase de documentos a los que se refiere el primero de los dos preceptos mencionados, desde el momento en que todos los documentos aportados por cada parte habrán de serle devueltos a la terminación del procedimiento. La falta de correspondencia entre ambos preceptos debería ser corregida.

d) Terminación del procedimiento y acuerdo de mediación.

Terminación del procedimiento y acuerdo de mediación no siempre van de la mano, pues es claro que el procedimiento de mediación puede terminar sin haberse alcanzado dicho acuerdo, tal y como subraya el artículo 27.1 del Anteproyecto. Las razones por las que se constate la falta de acuerdo, según este precepto, serán el ejercicio por cualquiera de las partes de su derecho a dar por terminadas las actuaciones, el transcurso del plazo máximo previsto para la duración del procedimiento, o la comprobación por el mediador de que las posiciones de las partes son irreconciliables. El precepto también admite que pueda concurrir alguna otra causa que determine la conclusión del procedimiento, quizás pensando en los casos en que se produzca el cese del mediador sin que se proceda a la designación de otro nuevo, pues como dice el artículo 27.2 la renuncia del mediador a continuar el procedimiento o el rechazo de las partes al mediador no es causa de terminación del procedimiento, a menos que “no se llegue a nombrar un nuevo mediador”. Es obvio que la renuncia del mediador o el rechazo de las partes no son los únicos casos de cese que pueden producirse, por lo que la enumeración del artículo 27.2 debería enriquecerse con otros supuestos, como la muerte o enfermedad del mediador.



Desde el punto de vista formal plantea alguna duda que, a diferencia del resto de actas, que deben ir firmadas por el mediador (artículo 26.2), se prevea que el acta final sea firmada por todas las partes (artículo 27.3.II), en particular cuando en dicha acta se vaya a reflejar la terminación del procedimiento por el ejercicio de alguna de las partes de su derecho a darlo por concluido. Nos inclinamos a pensar que sería más correcto establecer que el acta final, por contraste con el acuerdo de mediación, debe ser firmada únicamente por el mediador.

Desde un punto de vista más sustantivo, **el precepto parece otorgar al mediador discrecionalidad para apreciar que, a la vista de las posiciones de las partes, no es posible alcanzar un acuerdo de mediación. Esta previsión no resulta coherente con otras disposiciones del Anteproyecto, pues a lo largo del articulado ha quedado claro que el mediador carece de capacidad decisoria y que son las partes las únicas con capacidad para decidir si alcanzan o no un acuerdo.** En particular, debe recordarse que el mediador no puede imponer solución o medida concreta alguna, debiendo actuar de forma que permita a las partes alcanzar por sí mismas un acuerdo (artículo 10), o que entre los deberes del mediador está el de desarrollar una conducta activa tendente a lograr el acercamiento entre las partes, facilitando la comunicación entre ellas (artículo 16.1). No parece que dar por terminado el procedimiento tras apreciar lo irreconciliable de las posiciones de las partes, sea una actuación en línea con esas premisas, pues si bien dicha actuación no servirá para imponer a las partes una solución a la controversia, desde luego sí tendría la virtualidad de cerrarles la vía para encontrar una fórmula amigable de composición de sus diferencias. Es más, parece ir contra la esencia misma de la mediación que sea el mediador, y no las partes, quien decida poner fin a



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

la misma en lugar de perseverar en el intento de buscar cauces de solución, siendo posible incluso que semejante comportamiento quiebre la imparcialidad a la que todo mediador se debe (artículo 9), ya que a la vista de las posiciones relativas de ambas partes dentro de la controversia, podría suceder que dar por concluida la mediación fuese más beneficioso para una que para otra. En suma, lo máximo que se podría concebir es que el mediador que comprobase la –a su juicio– imposibilidad de conciliar las posiciones de las partes, ejerciese su derecho a renunciar a seguir desarrollando la mediación, derecho del que se le inviste en el artículo 16.2 del Anteproyecto. Ello propiciaría, como dispone el artículo 27.2, que el mediador fuese sustituido por otro si las partes lo estiman adecuado, poniendo así en manos de los interesados la decisión última de si la mediación debe o no continuar. En conclusión, **se sugiere suprimir del artículo 27.1 la frase que se refiere a la posibilidad de que el mediador dé por terminado el procedimiento tras apreciar que las posiciones de las partes son irreconciliables.**

El elemento clave de toda la fase de terminación del procedimiento es el acuerdo de mediación, cuya formalización o protocolización resulta esencial de cara a otorgarle fuerza ejecutiva, tal y como se subraya en el artículo 30.1. Esa formalización deberá ajustarse a las previsiones del artículo 28, a saber: deberá ser redactado por las partes o sus representantes, ser firmado por todas ellas, y presentado al mediador en el plazo máximo de diez días desde la firma del acta final. Por su parte, el mediador deberá comprobar la adecuación del acuerdo con lo pactado por las partes en el acta final así como con el ordenamiento jurídico, procediendo a firmar el acuerdo en presencia de las partes o de sus representantes. La firma debe estamparla el mediador personalmente, no contemplándose que para esta actuación



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

pueda ser suplido por la institución de mediación a la que pertenezca, por ejemplo a través del representante legal de la misma. No parece en cambio necesario que, de haber intervenido varios mediadores a lo largo del procedimiento, todos ellos deban comparecer para la firma del acuerdo.

Alternativamente, si el acuerdo no se presenta al mediador en el plazo de diez días, o si por cualquier otra causa no se procediera a la firma por el mediador, el artículo 28.3.II prevé que las partes puedan solicitar su elevación a escritura pública. En este caso cabe dudar si el acuerdo tendría la fuerza ejecutiva propia de un acuerdo de mediación, pues en rigor no lo sería, aunque siempre tendría la propia de las escrituras públicas. Si se observa, sólo del acuerdo formalizado conforme a lo previsto por el artículo 28.3.I del Anteproyecto, dice ese mismo párrafo que “tendrá el valor de título ejecutivo”.

La posibilidad de solicitar la elevación a escritura pública del acuerdo no presentado a la firma del mediador, o por cualquier otra causa no firmado por éste, indica dos cosas. Primera, que el acuerdo de mediación no protocolizado conforme a las exigencias de la Ley en proyecto constituirá uno de esos contratos en los que, a fin de hacer efectivas las obligaciones derivadas del mismo, cualquiera de las partes puede compeler a la otra a cumplir una determinada forma prevista por la ley (artículo 1279 CC). Esto significa que aunque el acuerdo no se haya presentado a la firma del mediador o éste no lo haya firmado por entender que no concuerda con lo establecido en el acta final, cualquiera de las partes podrá pedir su elevación a escritura pública, siempre sobre la premisa de que ambas han redactado y firmado dicho acuerdo. Segunda, que puede haber mediación más allá de la formalización de un acuerdo de mediación *stricto sensu*, pues siempre está al alcance de las



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

partes de un conflicto alcanzar una solución pactada para su controversia y someterla a protocolización notarial. Lo que ocurre es que esta posibilidad no necesitaría ser proclamada por la futura Ley de mediación en asuntos civiles y mercantiles, pues se derivaría de las normas generales sobre autonomía de la voluntad (artículo 1255 CC), y en su caso de las normas sobre transacción (artículos 1809 a 1819 CC).

Por otro lado, en estos casos en los que, no obstante haberse servido del mediador para el desarrollo del procedimiento las partes prescinden en cambio de él para la formalización final del acuerdo, no es sólo que el acuerdo en cuestión carecerá de ejecutividad directa sino que tampoco será de aplicación lo dispuesto sobre la acción de anulación del acuerdo de mediación. Y es que, en definitiva, este tipo de acuerdo no homologado por el mediador parece que no producirá los efectos de cosa juzgada (excepto que los merezca a título de transacción, conforme al artículo 1816 CC), al no constituir un “*acuerdo de mediación*” en los términos en los que se refiere a él el artículo 28.4 del Anteproyecto.

Una última advertencia en relación con la formalización del acuerdo de mediación y su protocolización notarial, es que tratándose de acuerdos de mediación transfronterizos que hayan sido celebrados fuera del territorio español y que carezcan de fuerza ejecutiva, su ejecución requerirá en todo caso la previa elevación a escritura pública (artículo 32.2 del Anteproyecto). Hay por tanto un tratamiento diferente de los acuerdos de mediación desde el punto de vista de su protocolización notarial, ya que si bien ésta no determina la ejecutividad del acuerdo con carácter general, sí lo hace excepcionalmente para ese tipo de acuerdos transfronterizos. Esta diferencia de tratamiento probablemente suscitará el interrogante de por qué no se ha considerado oportuno exigir en todo caso la protocolización notarial, lo cual de paso permitiría articular un



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

control de la conformidad a Derecho de todos los acuerdos de mediación, como quiere el artículo 33 del Anteproyecto, eliminándose de esa manera algunas de las objeciones que –como luego expondremos– pueden formularse a esa exigencia.

Por lo que se refiere a la acción de anulación, el artículo 28.4 del Anteproyecto proclama que, como sucede con los laudos arbitrales, el acuerdo de mediación produce efectos de cosa juzgada entre las partes y frente a él sólo cabrá solicitar la anulación, o la revisión conforme a lo establecido en la LEC para las sentencias firmes (vid. artículos 40 y 43 LArb). Sin embargo, las similitudes con la acción de anulación prevista en sede de arbitraje terminan ahí, pues no coinciden ni el órgano competente para resolver la acción de anulación, ni el procedimiento por el que dicha acción se sustanciará, ni el plazo de caducidad para interponerla, ni las causas en que podrá fundarse. En cuanto a lo primero, dicho órgano será en el caso de la mediación el Juzgado de Primera Instancia del domicilio del demandado, mientras que para el arbitraje el actual artículo 8.5 LArb atribuye esa competencia a la Audiencia Provincial del lugar donde el laudo arbitral se hubiese dictado, disposición cuya modificación prevé el Anteproyecto de Ley de reforma de la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje y de Regulación del Arbitraje Institucional en la Administración General del Estado, a fin de conferir la señalada competencia a la Sala de lo Civil y lo Penal del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Autónoma donde el laudo se hubiese dictado. En cuanto al procedimiento, en el caso de la mediación se dispone que se sustancie por los cauces del juicio verbal, sin ulteriores matizaciones, mientras que para el arbitraje se establece la aplicación de las normas del juicio verbal con algunas especialidades (artículo 42 LArb). El Anteproyecto de Ley de reforma de la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje y de Regulación del Arbitraje



Institucional en la Administración General del Estado, también prevé modificar el artículo 42 LArb, señalando que la acción de anulación se sustanciará por los cauces del juicio verbal salvo en lo relativo a la celebración de vista, aspecto en el que el precepto contempla un régimen especial. Ambas diferencias de tratamiento parecen justificadas. El arbitraje constituye en sí un procedimiento decisorio en el que un tercero –el o los árbitros– habrá emitido ya una resolución dirigida a poner fin al conflicto. Adicionalmente, durante el procedimiento de arbitraje está prevista la práctica de pruebas, gozando los árbitros de inmediación respecto de ellas. Por contraste, el acuerdo de mediación es fruto de lo decidido por ambas partes, sin que ningún tercero neutral realice una valoración directa de las pruebas ni dicte la solución del conflicto. Así pues, **es adecuado que en el arbitraje el conocimiento de la acción de anulación del laudo se confiera a un órgano judicial colegiado y que se restrinjan las posibilidades de celebración de vista, mientras que por el contrario, tratándose de la anulación de un acuerdo de mediación, el órgano judicial competente y el cauce procedimental aplicable sirvan a asegurar ciertas posibilidades de inmediación, aunque sea en el limitado marco de una acción de anulación.**

En cambio, **parece menos acertado disponer un plazo de un año para el ejercicio de la acción de anulación (artículo 28.6)**, sobre todo a la vista de los plazos tan breves que el Anteproyecto fija para el desarrollo del procedimiento de mediación. El plazo resulta tanto más extenso si se considera que la acción de anulación de un laudo arbitral está sujeta a un plazo de caducidad de dos meses contados desde la notificación del mismo (artículo 41.4 LArb). Por otro lado, teniendo en cuenta las causas en que podrá fundarse la acción de anulación de un acuerdo de mediación, tampoco se justifica semejante plazo de



caducidad. Por lo que hace a la infracción de los requisitos previstos en los apartados 1, 2 y 3 del propio artículo 28, se trata de requisitos puramente formales (v. gr. plasmación de firmas, presentación en plazo del acuerdo, constancia de determinados datos), cuya verificación no parece que requiera el otorgamiento de un plazo demasiado amplio. Y en cuanto a la aceptación del acuerdo bajo violencia o intimidación, no se entiende que se establezca en esta Ley la posibilidad de anulación basada en esos dos vicios del consentimiento, siendo así que la violencia y la intimidación están ya previstas como causas generales de anulación de los contratos en el Código Civil (vid. sus artículos 1265, 1267, 1268, 1300 y 1301), por cierto junto a otros vicios del consentimiento, como el dolo o el error, a los que en cambio no alude la Norma en proyecto. **La cuestión a dilucidar es, en definitiva, si el acuerdo de mediación es asimilable a cualquier otro contrato suscrito entre particulares, y está sujeto por tanto a las reglas generales sobre eficacia e ineficacia de los contratos, o si dada la intervención del mediador y su función como garante del ordenamiento jurídico y del respeto a los principios informadores de la mediación, debe descartarse la aplicación de los remedios generales sobre anulación de los contratos en el entendimiento de que el acuerdo de mediación no sería un contrato, o no sería *solamente* un contrato. Tanto si se opta por una como por otra opción, la admisión en el artículo 28.6 de la anulación del acuerdo de mediación por haber sido aceptado bajo violencia o intimidación, resulta inconsistente:** si el prelegislador considera el acuerdo de mediación como un contrato más, debería no ya contemplar esa concreta causa de anulación, sino hacer una referencia a todas las causas de anulación –e ineficacia en general– de los contratos, mediante una remisión a los correspondientes preceptos del Código Civil; si por el contrario entiende que se trata de una figura que excede de los



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

contornos de un contrato ordinario al tener la nota distintiva de la intervención del tercero en el desarrollo del procedimiento de mediación, debería eliminar toda referencia a la posibilidad de anular el acuerdo por violencia o intimidación. En las restantes fases de tramitación del Anteproyecto debería pues producirse una decantación por una u otra alternativa, manteniéndose la solución que resulte coherente con ella.

6. RELACIONES ENTRE MEDIACIÓN Y PROCESO JUDICIAL.-

a) Imposibilidad de interponer una acción judicial durante el procedimiento de mediación. Paralización de los plazos de prescripción y caducidad.

Como ya se ha señalado, el Anteproyecto prevé –a modo de principio informador de la mediación– que durante el tiempo que se desarrolle la mediación, y en relación con el objeto de la misma, las partes no puedan interponer entre sí ninguna acción judicial o extrajudicial (artículo 12.2.II). Proceso judicial y mediación se presentan pues como alternativas excluyentes, al menos desde el momento en que haya dado comienzo el procedimiento de mediación. **Para dotar de efectividad a esa prohibición de entablar acciones judiciales constante un procedimiento de mediación, se aconseja establecer la correspondiente excepción procesal, de manera que una parte pueda hacer valer la pendencia del proceso de mediación en el caso de que, sin haberse puesto fin a éste, la otra parte interponga una acción judicial o una demanda arbitral.** Una excepción de este tipo se prevé incluir en el artículo 13.1 LArb, de acuerdo con el Anteproyecto de Ley de reforma de la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje y de Regulación del Arbitraje Institucional en la Administración General del



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

Estado. Se trata de una excepción incluso más amplia, pues no sólo contempla los casos en que el litigio del que conozca determinado tribunal “*se encuentre sometido a arbitraje*”, sino también aquéllos en que “*exista convenio arbitral*”. Probablemente sería bueno coordinar ambos Anteproyectos en este punto, si bien no puede dejar de señalarse que la prohibición a la que venimos refiriéndonos tiene una trascendencia relativa, ya que, como sabemos, las partes de la mediación retienen en todo momento la facultad de poner fin al procedimiento sin sujeción a condiciones (vid. artículos 7 y 27), lo que significa que les bastaría darlo por terminado para pasar a desenvolver otra estrategia –judicial o extrajudicial– de cara a la resolución del conflicto.

La incompatibilidad de desarrollo simultáneo de mediación y proceso judicial puede manifestarse en la hipótesis opuesta, es decir, cuando habiéndose suscitado primero la controversia en sede contenciosa, las partes estén de acuerdo sobrevenidamente en trasladar la contienda a un escenario extrajudicial. En tal caso el proyectado artículo 415.1.III LEC, en relación con el artículo 19.4 LEC, conforme a la redacción que se pretende dar a ambos preceptos en virtud de la disposición final segunda del Anteproyecto, prevé que las partes soliciten de común acuerdo la suspensión del proceso para someterse a mediación. Si tal suspensión se hubiera producido, “*transcurrido el plazo sin lograr un acuerdo, cualquiera de las partes podrá solicitar que se alce la suspensión y se señale fecha para la continuación de la audiencia*”, de acuerdo con la redacción que se prevé dar al artículo 415.3.II LEC. En otras palabras, se trata de asegurar la intercomunicación entre mediación y proceso judicial, tanto para impedir que las partes puedan verse privadas del ejercicio de su derecho de acceso a la justicia por el hecho de haber dado comienzo a un procedimiento de mediación, como



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

para garantizar que, a pesar de haber iniciado un proceso judicial, tengan todavía a su alcance acudir a la mediación para solucionar de forma amistosa la controversia.

Una de las principales preocupaciones ligadas a esa interrelación entre mediación y proceso judicial tiene que ver con el modo en que el recurso a un procedimiento de mediación puede afectar a los plazos de prescripción o de caducidad para interponer determinada acción judicial. Es importante asegurar a las partes que el hecho de acudir a la mediación no las colocará en peor posición con relación a la posibilidad de interponer una ulterior acción judicial, lo que acaso podría ocurrir si esos plazos no quedaran en suspenso en tanto se tramita el intento de mediación. La Directiva se refiere a esta cuestión en el artículo 8, exigiendo a los Estados miembros que garanticen que el hecho de acudir a la mediación para tratar de solucionar un litigio no impedirá a las partes iniciar un proceso judicial o un arbitraje en relación con el mismo litigio, como consecuencia de haber vencido los plazos de caducidad o prescripción durante el procedimiento de mediación. La forma de asegurar que dicho vencimiento no se producirá es, naturalmente, estableciendo la paralización de esos plazos en tanto se haya instado y esté pendiente de concluirse un procedimiento de mediación. A ello tiende el artículo 4 del Anteproyecto, cuando señala que el comienzo de la mediación suspenderá la prescripción o la caducidad de acciones. Indica este artículo cuándo se entiende iniciada la mediación a efectos de esta suspensión, durante qué plazo se extenderá la misma, y cómo puede también producirse la reanudación de los plazos si el procedimiento se inicia pero no se le da curso efectivo en el plazo de quince días naturales desde la firma del acta inicial.



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

Llama la atención que se hable de *suspensión* tanto para la caducidad como para la prescripción, puesto que –como se sabe– la prescripción puede ser en principio sometida a interrupción, mas no a suspensión, siendo así que ambas figuras comportan efectos muy diferentes. Esa diferencia la enuncia de forma meridiana la STS, Sala 1ª, de 16 de marzo de 2006, en cuyo F. J. 2º, tras señalar que el motivo de recurso “*confunde la interrupción de la prescripción con la suspensión de la misma*”, se explica cómo “*la primera está recogida en el artículo 1973 del Código civil y es el acto –uno de los cuales es el ejercicio de la acción ante los Tribunales– que evita la consumación de la prescripción y su efecto es que el derecho vuelve a tener plena eficacia y, por ello, el tiempo tiene que volver a comenzar a contarse para dar lugar, en su caso, a una nueva prescripción; (...). La interrupción, pues, es acto obstativo de la prescripción, que revigoriza el derecho subjetivo y que no sólo impide el curso de la prescripción, sino que inutiliza el tiempo transcurrido para el cómputo de ésta. Por el contrario, la suspensión de la prescripción paraliza ésta, no corre el tiempo para la misma, pero no inutiliza el ya transcurrido; así, cuando desaparece la causa de suspensión, sigue –no comienza de nuevo, como en la interrupción– el cómputo del tiempo para la prescripción*”. No obstante lo anterior, la Sentencia matiza que “*la suspensión no está recogida, con carácter general, en Derecho español*”, lo que parece significar que podría estarlo en algún caso especial. Así lo afirma, de manera aún más explícita, la STS, Sala 1ª, de 12 de junio de 1997, de la cual hace mención la Memoria del Análisis de Impacto Normativo que acompaña al Anteproyecto. Esto significa que, si bien en materia de prescripción de acciones el criterio general del Código Civil es que la prescripción puede ser objeto de interrupción, con inutilización en tal hipótesis del tiempo transcurrido hasta ese momento (vid. art. 1973 CC, que la jurisprudencia ha considerado extensivo también al ámbito mercantil), **no habría**



obstáculo para que una ley específica –como sería el caso de la ahora proyectada– disponga dentro de su ámbito de aplicación la suspensión, y no la interrupción, de los plazos de prescripción. La medida, más allá de su viabilidad dogmática, debe considerarse acertada, porque si el inicio de un procedimiento de mediación tuviese por efecto la interrupción de los plazos de prescripción ello podría incentivar el recurso a la mediación aun sin ánimo de alcanzar ninguna solución, sólo con el espurio propósito de purgar la prescripción ya iniciada y lograr que el plazo prescriptivo vuelva a contarse en su integridad. Así lo recalca la Memoria del Análisis de Impacto Normativo, en la que se justifica el cambio de la interrupción de la prescripción por la suspensión de la misma, *“con el fin de evitar posibles fraudes o medidas dilatorias”*. Pese a todo, es significativo que nuestro legislador mantenga la dualidad entre suspensión de los plazos de caducidad e interrupción de los plazos de prescripción en la regulación de la conciliación previa preceptiva en el proceso laboral (artículo 65 LPL).

b) Coste de la mediación y costas procesales.

El Anteproyecto regula el coste de la mediación en el artículo 18, aunque también alude a él en el artículo 23.2.e), al referirse a la necesidad de que se haga constancia del coste total de la mediación, o al menos de las bases para su determinación, en el acta inicial del procedimiento. En ningún momento se llegan a describir las posibles partidas que integrarán el coste de la mediación, aunque de lo dispuesto en el artículo 23.2.e) se deduce que una de ellas, que además debe estar convenientemente desglosada, serán los honorarios del mediador. Esa constancia separada deberá extenderse a *“otras posibles tarifas”*, giro que –conforme lo que hemos señalado *supra*– parece referirse a las



tarifas que pueden percibir las instituciones de mediación, aunque sería bueno precisarlo. Cabe imaginar que otros posibles costes de la mediación serían los de comunicaciones, realización de copias de documentos, alquiler de espacios para reuniones o elaboración de informes a cargo de expertos. **El prelegislador debería hacer un esfuerzo por concretar las principales partidas de gastos en las que puede descomponerse el coste de la mediación.**

En todos los casos creemos que los costes de la mediación deberán ir asociados a conceptos que se conecten con la intervención del mediador y con el desempeño por parte de éste de su labor de mediación, incluidas las comunicaciones y reuniones entre el mediador y las partes, aunque podrían incluirse otros gastos que las partes hayan aceptado calificar como costes de la mediación, pues también en esta materia deben regir los principios de voluntariedad y de autoorganización del procedimiento. De alguna manera el artículo 18.1 parece venir a admitirlo, pues tras proporcionar un criterio de distribución de los costes de la mediación entre las partes deja a salvo lo pactado en contrario por las mismas. Quiere decirse que las partes podrán acordar, antes que nada, que determinados conceptos sean incluidos como costes de la mediación y por ende sean distribuidos entre ellas. Estamos pensando sobre todo en los costes derivados del asesoramiento individual, o en otro tipo de costes relacionados exclusivamente con el interés o la situación particular de cada parte (v. gr. el artículo 21.2 prevé la posible intervención de varios mediadores, entre otras cosas *“por la conveniencia de las partes”*, sin que ello suponga aumento del coste de la mediación, a salvo de lo pactado entre las partes). Por el contrario, la no categorización de determinados gastos como costes de la mediación impedirá la distribución de los mismos entre las partes, ni con arreglo al criterio proporcional ni con arreglo a ningún otro.



Por lo que se refiere a la regla subsidiaria que ofrece el precepto para la distribución de los costes entre las partes, a saber, la del reparto proporcional entre ellas, presenta el inconveniente de que no facilita el parámetro conforme al cual deberá medirse esa proporcionalidad. Todo apunta a que se trata de una omisión, y que por tanto es necesario precisar el término de referencia conforme al cual calcular la proporción; considerándose plausible que ese término de referencia venga dado por el interés material que cada parte posea en el proceso de mediación, y en su caso por el interés material que cada una haya visto satisfecho como consecuencia del acuerdo de mediación. De otra forma, el criterio de distribución a prorrata no puede sino derivar en un mero criterio igualitario, en virtud del cual los costes de la mediación se dividan linealmente por el número de partes que hayan tomado parte en el procedimiento; efecto para el cual el Anteproyecto no necesitaba referirse a una distribución proporcional, bastando con que dijera que el coste de la mediación “recaerá por partes iguales sobre las partes”.

Es obvio, como subraya el artículo 18.1, que los costes de la mediación deben ser atendidos por las partes tanto si se alcanza un acuerdo como si no. De no haberse alcanzado un acuerdo, esto es, *“cuando la mediación no impida el planteamiento de un ulterior proceso con idéntico objeto”*, el artículo 18.3 prevé que en caso de condena en costas de alguna de las partes se incluya el coste de la mediación, con sujeción a los límites del artículo 394.3 LEC. Se trata de una solución no exenta de dudas. El coste de la mediación es un coste de naturaleza extraprocesal, que ambas partes asumen voluntariamente en la confianza de lograr una solución amigable al conflicto. El hecho de que no se alcance un acuerdo no tiene por qué suponer que el ulterior



litigante vencido deba soportar el coste de la mediación, entre otras cosas porque no hay que olvidar que el litigante vencedor ha aceptado primeramente someterse a la mediación, a lo que nadie le obligaba. Así pues **no parece posible considerar el coste de la mediación ni como “costas” ni como “gastos” del proceso, en el sentido en ambos casos del artículo 241 LEC, pues ni cabe reconducirlo a ninguno de los conceptos en que ese precepto desglosa la noción de costas (todos los cuales tienen que ver con el desarrollo del proceso judicial), ni puede decirse que se trate de “desembolsos que tengan su origen directo e inmediato en la existencia de dicho proceso”,** que es como el citado artículo define los gastos del proceso. Tampoco resulta ortodoxo que un precepto externo a la LEC venga a ampliar o modular la noción de gastos y costas del proceso. **Por consiguiente, el prelegislador debería reconsiderar la previsión establecida en el artículo 18.3,** quizás con la salvedad de los supuestos de mediación obligatoria que el propio Anteproyecto prevé introducir, pues en esos casos sí cabe entender que estamos ante un desembolso directa e inmediatamente relacionado con la existencia del propio proceso judicial. Por lo mismo, es dudoso que el coste de la mediación deba ser computado como “costes de cobro” a los efectos del artículo 8.1 de la Ley 3/2004, de 29 de diciembre, por la que se establecen medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales, tal y como dispone el artículo 18.4 del Anteproyecto: la mediación habrá tenido que ser libremente asumida por el acreedor, lo que no la hace asimilable a una simple reclamación o requerimiento de pago dirigido al deudor y viene a purgar –a estos efectos– la condición de deudor moroso de la otra parte, a quien no debería perjudicar de manera lineal el que la mediación resulte infructuosa. En último extremo, la regla sentada en este último apartado del artículo 18 viene a contradecir el criterio básico de reparto proporcional del coste de la mediación entre las partes,



proclamado en el apartado primero del artículo.

La relación entre mediación y proceso judicial en materia de costes de la mediación aflora también en la proyectada reforma del artículo 394.1 LEC, al que se prevé agregar un tercer párrafo de acuerdo con el apartado 5 de la disposición final segunda. A tenor de ese nuevo párrafo, “[c]uando se hubiera iniciado un proceso declarativo, monitorio o de ejecución por incumplimiento de un acuerdo de mediación, en el supuesto de condena en costas a la parte que no se avino a su cumplimiento éstas incluirán el coste de aquel procedimiento”. **Esta previsión, a diferencia de la anterior, parece más justificada, pues no se trata de cargar el coste de la mediación infructuosa a aquella de las partes que en un ulterior proceso judicial sobre el mismo objeto hubiese visto rechazadas todas sus pretensiones, sino de hacer que el coste de una mediación exitosa, y por tanto culminada en un acuerdo entre las partes, recaiga sobrevenidamente sobre aquélla de las partes que, no habiéndose atendido al acuerdo, hubiese sido condenada en costas en un ulterior proceso iniciado precisamente como consecuencia del incumplimiento por dicha parte del acuerdo de mediación.** Con todo, cabe la duda de si resulta apropiado que en un artículo sobre la condena en costas, como es el 394 LEC, en el que a lo sumo se ofrecen criterios cuantitativos sobre la extensión de las mismas, se haga una precisión en clave cualitativa acerca de los conceptos que las costas podrán o no incluir, que es materia regulada en el artículo 241 LEC.

Existe todavía una tercera previsión en el Anteproyecto a propósito de las relaciones entre mediación y proceso judicial en materia de costes de la mediación. Se trata del apartado 6 de la disposición final segunda, en el que se prevé modificar el segundo párrafo del artículo



395.1 LEC para darle la siguiente redacción: “[s]e entenderá que, en todo caso, existe mala fe, si antes de presentada la demanda se hubiese formulado al demandado requerimiento fehaciente y justificado de pago, o si se hubiera iniciado procedimiento de mediación o dirigido contra él demanda de conciliación”. Se trata de la imposición de costas en caso de allanamiento y el precepto lo que hace es imponer las costas al demandado que de mala fe se allanase a la demanda antes de contestarla, pasando a presumir determinados supuestos de mala fe. Entre ellos se prevé ahora incluir, como se ha visto, el del caso en el que el demandado, luego allanado, hubiese tomado parte en un previo procedimiento de mediación. La finalidad de la norma es obvia y el propósito de esta adición enteramente plausible. Tan sólo cabe proponer una mejora técnica, para evitar que pueda entenderse que un procedimiento de mediación puede iniciarse *contra* la otra parte, o que bastaría –para extraer las consecuencias que el precepto señala– con haberse iniciado cualquier procedimiento de mediación. En este sentido, sería preferible una redacción que dijera: “...o si se hubiera iniciado con él procedimiento de mediación sobre el mismo objeto...”, pudiendo incluso situarse el giro “sobre el mismo objeto” al final de la frase, después de “o dirigido contra él demanda de conciliación”.

c) Declaración de las partes o del mediador en un proceso judicial posterior.

Como tuvimos ocasión de señalar *supra*, uno de los principios clave en materia de mediación es el de confidencialidad, del que emana primariamente el deber de las partes de no revelar la información que hubieran podido obtener en el seno del procedimiento de mediación (artículo 11.2). Un segundo deber que emana del principio de confidencialidad, esta vez aplicado al mediador y no a las partes, es la



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

exención de la obligación de declarar en un procedimiento judicial o arbitral posterior en relación con la información derivada de, o relacionada con, un procedimiento de mediación (artículo 11.1). Estaríamos ante una formulación en negativo (permiso legal para no declarar) del deber de guardar secreto por razón de estado o profesión a que se refiere el artículo 371 LEC para admitir la no prestación de declaración por un testigo. Dicha exención del deber legal de declarar la hace extensiva el Anteproyecto “*a las personas que participen en la administración del procedimiento de mediación*”, sujetos a los que no se vuelve a hacer ninguna referencia en el resto del articulado, siendo recomendable que se les describiera en algún lugar y se señalaran qué funciones pueden desempeñar en el proceso de mediación. El Anteproyecto es aquí tributario de la literalidad de la Directiva –que alude efectivamente a esos sujetos en el artículo 7.1–, habida cuenta de que, al no diferenciar el régimen de la mediación en los conflictos nacionales y en los conflictos transfronterizos, se ve abocado a reflejar todos aquellos aspectos en los que la Directiva tiene vocación de fraguar una armonización de carácter mínimo.

La exención de la obligación de declarar resulta a su vez exceptuada en cuatro supuestos. Dos de ellos vienen a coincidir con los previstos, a su vez, en la Directiva (que razones de orden público lo aconsejen y que resulte preciso el conocimiento del acuerdo de mediación para su ulterior ejecución o aplicación), aunque el Anteproyecto añade en ambos casos “*previa autorización judicial motivada*”, giro de acierto dudoso si se piensa que no es una autorización lo que el órgano judicial tendrá que emitir, sino antes bien una denegación del permiso para no declarar toda vez que éste haya sido invocado por el sujeto a quien inicialmente favorezca, denegación que de conformidad con el artículo 371 LEC debería adoptar la forma de



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

providencia, que es una modalidad de resolución que no debe necesariamente revestir una motivación (vid. artículo 208.1 LEC). Convendría pues tratar de lograr en este punto una mayor coherencia de la norma proyectada con nuestra legislación procesal civil.

En cuando a las otras dos excepciones (cuando las partes así lo hayan acordado en el acta inicial y cuando así lo establezca la legislación procesal), se trata de sendas adiciones propias de nuestro prelegislador cuyo encaje con la norma comunitaria suscita algunas dudas. Y es que **el artículo 7.2 de la Directiva admite que los Estados miembros apliquen “medidas más estrictas para proteger la confidencialidad de la mediación”**, pero las que pretende incorporar nuestro legislador responden al criterio opuesto, esto es, el de **desproteger la confidencialidad de la mediación, ampliando el abanico de supuestos en que el mediador, o esos otros sujetos que hayan participado en la administración del procedimiento, no podrán acogerse a la exención del deber de declarar en un proceso judicial o arbitral**; máxime si se tiene en cuenta que esas dos excepciones no provenientes de la Directiva permiten ampliar, casi sin limitaciones, el espectro de casos en los que no sería de aplicación la exención de la obligación de declarar establecida en el precepto, ya que una deja la exención en manos de la autonomía de la voluntad de las partes y la otra traza una remisión abierta a lo que pueda llegar a disponer la legislación procesal. No parece que esto vaya en la línea de conseguir, como desea el legislador comunitario a tenor del Considerando (23) de la Directiva, *“un grado mínimo de compatibilidad de las normas procesales civiles en lo que se refiere al modo en que se protege la confidencialidad de la mediación en todo proceso judicial o de arbitraje ulterior”*, por lo que debe sugerirse la reconsideración de ambas excepciones.



Como consecuencia asimismo del principio de confidencialidad, el Anteproyecto prevé –pero no lo hace en el artículo 11 sino en la disposición final segunda, por vía de modificación de los artículos 335 y 347 LEC– que quien haya intervenido en una mediación (también en un arbitraje) no pueda ser requerido para emitir dictamen pericial ni para deponer en juicio como perito en un asunto en el que hubiera tomado parte como mediador (o como árbitro). **Ésta sí debe considerarse una medida más estricta encaminada a proteger la confidencialidad de la mediación, en la línea de lo admitido en el artículo 7.2 de la Directiva**, pues para las partes sería disuasorio que el mediador pudiera intervenir en un litigio posterior como perito, dado el acceso a información sensible que habrá tenido como consecuencia de su papel como mediador.

7. EL ACUERDO DE MEDIACIÓN Y SU EJECUCIÓN.-

a) Ejecución y homologación de los acuerdos de mediación.

Aspecto esencial del Anteproyecto informado es el relativo a la fuerza ejecutiva del acuerdo de mediación alcanzado entre las partes. Hemos tenido ya ocasión de subrayarlo a lo largo de este Informe, y lo enfatiza también la propia Memoria del Análisis de Impacto Normativo, en la que se califica de “*núcleo principal del anteproyecto de ley*” aquella parte en la que se atribuyen efectos ejecutivos al acuerdo de mediación sin necesidad de más trámites, lo que se supone que redundará en una disminución de los costes y del tiempo de resolución de los conflictos. En efecto, como se ha visto, la formalización del acuerdo de mediación de cara a dotarlo de fuerza ejecutiva es mínima, y pasa fundamentalmente por la firma del acuerdo por las partes y por el mediador (artículo 28.2 y



3). Una vez formalizado, el acuerdo de mediación “*será título suficiente para poder instar la ejecución forzosa en los términos previstos en la Ley de Enjuiciamiento Civil*” (artículo 30.1). El apartado 12 de la disposición final segunda del Anteproyecto prevé modificar el artículo 517.2.2º LEC a fin de hacer una mención específica de los acuerdos de mediación, a continuación de los laudos o resoluciones arbitrales.

Un pequeño apunte preliminar sobre lo dispuesto en el artículo 30.1 debe ir dirigido a objetar la exigencia que se contiene en su inciso final a propósito de que a la demanda ejecutiva se acompañe copia de las actas inicial y final del procedimiento. Si el acuerdo de mediación ya debe contener mención de que el procedimiento se ha ajustado a las previsiones de esta ley (artículo 28.1.II), y si el mediador, con su firma, estará avalando entre otras cosas que el acuerdo se adecua a lo pactado por las partes en el acta final (artículo 28.3), no se ve qué necesidad hay de que además del propio acuerdo la demanda ejecutiva se acompañe de las actas inicial y final.

Pero una reflexión de mayor alcance debe realizarse a propósito de si el sistema diseñado por nuestro prelegislador responde con la suficiente fidelidad a las previsiones de la Directiva. El Anteproyecto –ya ha quedado dicho– no prevé la necesaria intervención de un órgano judicial o administrativo para la homologación del acuerdo de mediación. Incluso en los supuestos en que el acuerdo se hubiera alcanzado en una mediación desarrollada después de iniciado un proceso judicial, el artículo 30.2 lo más que prevé es que “*las partes podrán solicitar del tribunal su homologación mediante auto*”. Quiere decirse que la protocolización necesaria para el logro de la ejecutividad le viene dada al acuerdo de mediación merced a la intervención del mediador. Sucede sin embargo que la Directiva, tras proclamar en el artículo 6.1 que “*los*



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

*Estados miembros garantizarán que las partes, o una de ellas con el consentimiento explícito de las demás, puedan solicitar que se dé carácter ejecutivo al contenido de un acuerdo escrito resultante de una mediación”, puntualiza en el artículo 6.2 que “el contenido del acuerdo podrá adquirir carácter ejecutivo en virtud de sentencia, resolución o acto auténtico emanado de un órgano jurisdiccional u otra autoridad competente, de conformidad con la legislación del Estado miembro en el que se formule la solicitud”, disponiendo en el tercer apartado del artículo 6 que “los Estados miembros comunicarán a la Comisión los órganos jurisdiccionales u otras autoridades competentes para recibir una solicitud de conformidad con los apartados 1 y 2”. Parece claro que la Directiva está pensando en un –más sofisticado– mecanismo de protocolización basado en la emisión por parte de un órgano jurisdiccional u otra autoridad competente (en todo caso una instancia o un sujeto distintos del propio mediador), de una sentencia, una resolución o un acto auténtico, condicionando la ejecutividad del acuerdo a que éste no sea contrario al Derecho del Estado miembro donde se formule la solicitud y a que la legislación de dicho Estado admita su carácter ejecutivo (artículo 6.1). Frente a ello, el modelo del Anteproyecto se apoya en una formalización llevada a cabo ante el propio mediador que ha obrado como muñidor del acuerdo entre las partes, siendo así que conforme al estatuto del que se le dota en la Ley proyectada es claro que el mediador no responde al concepto de “autoridad competente”, ni desde luego al de “órgano jurisdiccional”, y que a juzgar por su intervención en orden a dotar al acuerdo de fuerza ejecutiva, no es posible calificar el resultado de su actuación como una sentencia, una resolución o un acto auténtico. Cabe pues concluir que **sería necesario idear otro mecanismo de formalización del acuerdo de mediación de cara a dotarlo de fuerza ejecutiva, en línea con lo previsto en la Directiva**, la cual ha de servir de guía en todo caso por la*



sencilla razón de que el prelegislador no ha diferenciado entre mediación en conflictos internos y mediación en conflictos transfronterizos: el artículo 32 se refiere sólo a la ejecución de acuerdos de mediación transfronterizos *celebrados fuera del territorio español*, o que *ya hubieran adquirido fuerza ejecutiva* con arreglo a las formalidades exigidas por su país de origen, casos ambos en que con arreglo a lo dispuesto en el artículo 3.3 del Anteproyecto ni siquiera será aplicable esta Ley. **Esa protocolización pasaría por la intervención de un órgano jurisdiccional o de otra autoridad que, previa constatación de su adecuación a Derecho, confiriese al acuerdo fuerza ejecutiva. Sacrificar este control en aras de la mayor rapidez en la solución del conflicto podría ser contraproducente, por cuanto aumentaría el riesgo de que los acuerdos de mediación dotados de fuerza ejecutiva contraviniesen el ordenamiento jurídico.**

Toda esta materia guarda relación con un factor que ya se ha señalado en otro lugar de este Informe, a saber, el de la no exigencia de que el mediador cuente con una titulación –de grado o de posgrado– que garantice un determinado nivel de conocimientos técnico-jurídicos (artículo 14). Dada esa premisa, podría resultar ilusorio pretender que el mediador lleve a cabo los diferentes controles jurídicos que se disponen en el Anteproyecto (v. gr. artículos 27.2.II ó 28.3). En esta misma línea hay que situar la norma del artículo 33, que proclama que no podrán homologarse judicialmente ni tampoco ejecutarse los acuerdos de mediación *“cuyo contenido sea contrario a Derecho”*. Sin duda, esta proclamación pretende ser un reflejo de lo previsto en el artículo 6.1 de la Directiva, pero lo cierto es que carece de virtualidad desde el momento en que **el prelegislador no ha establecido ningún cauce a través del cual pueda verificarse esa adecuación a Derecho del acuerdo**. Si éste, pese a haberse alcanzado en una mediación desarrollada después



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

de iniciado un proceso judicial, no se somete a homologación judicial (dado que las partes son libres de pedir o no esta homologación), ¿quién controlará la conformidad a Derecho a la que se refiere el artículo 33? En general, si el acuerdo ha sido formalizado “*conforme a lo dispuesto en el artículo 28*” sabemos que gozará de fuerza ejecutiva, sin que esté previsto ningún trámite de comprobación o verificación de su conformidad a Derecho, lo que hace que el artículo 33 resulte en franca contradicción con el artículo 30, o bien esté llamado a ser una norma vacía o ineficaz, por no tener en rigor ningún destinatario (a salvo la parte que se refiere a la homologación de los acuerdos, para aquellos casos en que las partes hubiesen decidido solicitarla).

Con todo, la cuestión que surge de inmediato es la de para qué lograr la homologación del acuerdo de mediación. La homologación, como se ocupa de dejar bien claro el artículo 30.1, no es la que dota al acuerdo de mediación de fuerza ejecutiva. El único efecto real de la homologación puede tener que ver con el órgano judicial competente para la ejecución del acuerdo de mediación, con arreglo a los criterios que maneja el artículo 31, como en seguida veremos. Pero semejante aspecto es un efecto concomitante de la homologación, y no la finalidad o propósito de la misma, que en rigor no aporta nada al acuerdo de mediación, como lo mostraría el hecho de que la homologación se configure como puramente potestativa para las partes. Dicho sea sin ánimo alguno de cuestionar esta naturaleza potestativa, pues lo discutible sería establecer un mecanismo obligatorio de homologación judicial para los acuerdos alcanzados en una mediación llevada a cabo tras haberse iniciado un proceso judicial, y en cambio no hacerlo para los demás acuerdos de mediación. De ahí la inocuidad de la norma del artículo 30.2, que por lo mismo podría contemplar la posibilidad de que las partes sometiesen a homologación judicial el acuerdo de mediación,



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

aunque éste no se hubiese logrado en el marco de una mediación desarrollada una vez iniciado un proceso judicial.

Recapitulando, o se establece un mecanismo de homologación no potestativo, en el seno del cual poder verificar la conformidad a Derecho que exige el artículo 33, o abocamos a que sea el juez de la ejecución el que efectúe esa clase de verificación, que por lo demás resulta ajena a la naturaleza de un procedimiento ejecutivo, ya que tal y como se establece en el artículo 551 LEC el despacho de la ejecución una vez presentada la demanda ejecutiva deberá ser automático, “siempre que concurren los presupuestos y requisitos procesales, el título ejecutivo no adolezca de ninguna irregularidad formal y los actos de ejecución que se solicitan sean conformes con la naturaleza y contenido del título”. En coherencia con ello, tampoco las causas de oposición a la ejecución de los artículos 556 y siguientes LEC permiten efectuar un control sobre la conformidad a Derecho del contenido del título ejecutivo, sino que sirven para alegar hechos o circunstancias que pueden enervar o contrarrestar lo que se desprende de dicho título, o bien defectos procesales que invalidan su fuerza ejecutiva.

Por lo tanto, **cabe propugnar la configuración de un procedimiento de homologación preceptivo y uniforme para todos los casos de mediación, sobrevenga ésta o no tras haberse iniciado un proceso judicial, lo que, además de lograr una adecuación con los mandatos de la Directiva, permitiría dotar de sentido a la previsión del artículo 33 de la Norma proyectada, al implementar un mecanismo merced al cual sería posible verificar la conformidad a Derecho del acuerdo de mediación. En línea con esa medida, procedería modificar el artículo 517.2.3º LEC, para incluir en él no sólo las resoluciones judiciales que homologuen transacciones**



judiciales o acuerdos logrados en el proceso (artículo 415.2 LEC), sino también aquellas que homologuen acuerdos de mediación alcanzados fuera del proceso, conforme a los principios y requisitos previstos en la Ley ahora proyectada. A tal fin, podría exigirse que se acompañara copia del acuerdo de mediación, firmado por las partes y por el mediador en los términos a que se refiere el artículo 28 del Anteproyecto. De esta forma el sistema en su conjunto resultaría más coherente, pues no parece que permitir la directa ejecutividad de los acuerdos de mediación extrajudicial, convirtiéndolos en títulos ejecutivos por sí mismos sin ulterior control jurídico de su contenido, se corresponda con disponer que las transacciones judiciales y los acuerdos intraprocesales necesitan del dictado de una resolución judicial, la cual –y no el acuerdo o la transacción en sí– será la que lleve aparejada la ejecución. **Creemos por tanto que el prelegislador no ha acertado al asimilar en sede de ejecución los acuerdos de mediación a los laudos arbitrales**, pues es claro que éstos sí gozan del control de fondo que viene dado por la intervención de los árbitros, los cuales son en cualquier caso una instancia decisoria de la controversia. Por el contrario los acuerdos de mediación, que son decididos únicamente por las partes, guardan más similitud a efectos de ejecución con los acuerdos y transacciones alcanzados en el seno del propio proceso.

b) Órgano competente.

La determinación del órgano competente para la ejecución de los acuerdos de mediación se realiza tomando como criterio diferenciador si se trata de un acuerdo homologado o no judicialmente. Puesto que los únicos acuerdos de mediación susceptibles de homologación judicial son aquéllos que se hubieran alcanzado en el curso de una mediación



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

desarrollada después de haberse iniciado un proceso judicial, será la unión de ambas condiciones la que hará que nos encontremos en el primer grupo de casos que contempla el artículo 31 del Anteproyecto. Para tales casos, lo que se establece es que el órgano competente para conocer de la ejecución será el tribunal que hubiese homologado el acuerdo, y por ende aquél ante el que se hubiera planteado la contienda en un primer momento, hasta que el proceso quedó en suspenso como consecuencia de la apertura del procedimiento de mediación. La norma del primer párrafo del artículo 31 es incompleta, puesto que da por sentado que todos los acuerdos alcanzados en una mediación iniciada estando en curso un proceso serán objeto de homologación judicial. Sin embargo, como ya hemos visto, la homologación podrá ser en tales casos solicitada por las partes, sin que sea preceptivo que lo hagan. Sea como fuere, es claro que, dependiendo del ámbito material, el proceso en curso podría estar sustanciándose ante un Juzgado de lo Mercantil, que sería el competente para proceder a la homologación del acuerdo de mediación y, consecuentemente, para la ulterior ejecución del mismo. Esta puntualización viene a propósito de que en el artículo único.2 del Anteproyecto de Ley Orgánica complementaria a la Ley para la reforma de la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje y de Regulación del Arbitraje Institucional en la Administración General del Estado, por la que se modifica la LOPJ, que ha sido sometido a dictamen de este Consejo en paralelo con el Anteproyecto al que se refiere el presente Informe, se prevé la agregación de un nuevo apartado 6 al artículo 85 de la LOPJ, en virtud del cual se atribuye a los Juzgados de Primera Instancia el conocimiento “de las solicitudes de homologación y ejecución de acuerdos de mediación, incluidos los extranjeros, cuando reúnan la condición de título ejecutivo”. Semejante previsión entra en colisión, por lo que se acaba de explicar, con lo dispuesto en el párrafo primero del artículo 31 del Anteproyecto ahora informado.



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

El segundo párrafo del artículo 31 se refiere a la ejecución de los “*acuerdos formalizados tras un procedimiento de mediación*”. Esta formulación no es expresiva de la clase de acuerdos a los que la norma se refiere, que son en realidad todos los demás a los que no se aplica la norma del párrafo primero del artículo. Y no lo es porque también los acuerdos del párrafo primero habrán sido “formalizados tras un procedimiento de mediación”, ya que se trata de una condición común a todos los acuerdos de mediación para poder gozar de ejecutividad. La diferencia entre unos y otros es que los acuerdos a los que se refiere el párrafo primero han sido homologados judicialmente y los del párrafo segundo no. Nótese que no vale decir que los del párrafo primero son resultado de una mediación iniciada estando en curso un proceso judicial y los del párrafo segundo son todos los restantes, porque –como se ha señalado– si el acuerdo en cuestión no ha sido objeto de homologación judicial no se aplicará el párrafo primero, a pesar de tratarse de un acuerdo alcanzado en una mediación iniciada estando en curso un proceso judicial. Así pues, para los acuerdos de mediación no homologados judicialmente será competente el órgano al que se refiere el párrafo segundo del artículo 31, que no es otro que el Juzgado de Primera Instancia del lugar en que se hubiera firmado el acuerdo de mediación, de acuerdo con el artículo 545.2 LEC, que se prevé modificar a fin de reflejar esa nueva competencia (vid. apartado 14 de la disposición final segunda).

En principio no cabe objetar la designación de este órgano competente, la cual parece estar completamente en línea con lo previsto en sede de arbitraje (vid. artículo 8.4 LArb). Sin embargo esa correlación es sólo parcial, por cuanto el artículo 86 ter.2.g) LOPJ dispone que los Juzgados de lo Mercantil conocerán, entre otros, “*de los asuntos*



atribuidos a los Juzgados de Primera Instancia en el artículo 8 de la Ley de Arbitraje cuando vengan referidos a materias contempladas en este apartado". Dicho de otro modo, actualmente corresponde a los Juzgados de lo Mercantil en las materias propias de su competencia objetiva, el conocimiento de la ejecución forzosa de los laudos dictados dentro de su respectiva circunscripción. **El Anteproyecto debería haber incluido una disposición en sintonía con lo dispuesto en el artículo 86 ter.2.g) LOPJ, de forma que la competencia para la ejecución de los acuerdos de mediación a los que se refiere el segundo párrafo del artículo 31 se atribuyese, en función de la materia, ora al Juzgado de Primera Instancia, ora al Juzgado de lo Mercantil, del lugar en que se hubiera firmado el acuerdo de mediación.** Téngase en cuenta que esto implicaría, además de retocar el artículo 31.II y el apartado 14 de la disposición final segunda (por el que se da nueva redacción al artículo 545.2 LEC), agregar una mención explícita de esta nueva competencia de los Juzgados de lo Mercantil en el susodicho artículo de la LOPJ. Ahora bien, no puede pasarse por alto que la disposición derogatoria del Anteproyecto de Ley Orgánica complementaria a la Ley para la reforma de la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje y de Regulación del Arbitraje Institucional en la Administración General del Estado, por la que se modifica la LOPJ, prevé derogar precisamente esa letra g) del apartado 2 del artículo 86 ter LOPJ, con lo que parece claro que el prelegislador pretende apartarse del modelo vigente.

c) Ejecución de acuerdos en conflictos transfronterizos.

El artículo 32 contiene un par de disposiciones relativas a la ejecución de los acuerdos de mediación transfronterizos, esto es, alcanzados en el seno de un conflicto transfronterizo. alguna de las soluciones dadas para la ejecución de estos acuerdos de mediación en



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

conflictos transfronterizos arroja una interesante luz sobre la regulación que el Anteproyecto contiene en general para la ejecución de los acuerdos de mediación, y permite apuntalar algunas de las observaciones que hemos realizado *supra*. Como observación preliminar debe notarse que el precepto no abarca todo el espectro de posibles conflictos transfronterizos, pues no están incluidos en él los que, teniendo esa naturaleza (de acuerdo con la definición que de ellos da el artículo 3.1 del Anteproyecto), se hayan celebrado en territorio español y se hayan protocolizado con arreglo a nuestra ley, por ser ésta susceptible de aplicarse al caso (sobre el ámbito de aplicación de la Ley en proyecto, véase el artículo 3.3). A estos conflictos de índole transfronteriza les es enteramente aplicable, por tanto, lo dispuesto con carácter general en los artículos 28 y 30 sobre formalización y fuerza ejecutiva del acuerdo de mediación.

El artículo 32 se circunscribe pues a los acuerdos de mediación que, logrados en el marco de un conflicto transfronterizo, se hayan celebrado fuera del territorio español, distinguiendo a su vez entre los acuerdos de ese tipo que hubieran ya adquirido fuerza ejecutiva con arreglo a las formalidades exigidas en su país de origen, y aquellos otros que no hayan adquirido todavía fuerza ejecutiva. Para los primeros, el artículo establece que serán considerados como títulos ejecutivos a los efectos del artículo 517 LEC. La decisión de conferir automáticamente fuerza ejecutiva en España a los acuerdos de mediación transfronterizos que la hubieran ya adquirido conforme a las formalidades exigidas en otro país, puede estar en consonancia con el Reglamento CE 44/2001, del Consejo, de 22 de diciembre de 2000, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, aunque ello naturalmente sólo cuando la fuerza ejecutiva la hubiese adquirido el acuerdo de mediación en su país de



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

origen como consecuencia de una resolución judicial, y a condición de que se trate de un país comunitario al que sea de aplicación dicho Reglamento. Asimismo, la ejecutividad podría venirle dada al acuerdo de conformidad con lo dispuesto en el Reglamento CE 805/2004, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de abril de 2004, por el que se establece un título ejecutivo europeo para créditos no impugnados. Dicho Reglamento, que se aplica igualmente en materias civiles y mercantiles, prevé que las resoluciones y transacciones judiciales, así como los documentos públicos dotados de fuerza ejecutiva, que se refieran a los denominados «créditos no impugnados», gocen de fuerza ejecutiva directamente invocable en otro Estado miembro. Más allá de esos casos, aceptar siempre y sin ninguna condición la fuerza ejecutiva del acuerdo de mediación adquirida con arreglo a las formalidades de otro país, al margen de cuáles sean dichas formalidades y cuál sea ese país, parece algo arriesgado. En fin, se recomienda insertar en el apartado primero del artículo 32 alguna cautela en la línea de la que se ha introducido en el apartado segundo de este artículo (*“en defecto de norma de la Unión Europea o de Convenio internacional aplicable”*), dejando claro que el efecto que se prevé será en todo caso subsidiario de lo que pueda establecer al respecto una norma internacional.

En cuanto a los acuerdos de mediación transfronterizos celebrados fuera de España pero carentes aún de fuerza ejecutiva, el prelegislador ha dispuesto un cauce específico de protocolización que se asemeja al que ya establece el artículo 28.3.II para los casos en que el acuerdo de mediación, pese a haberse suscrito por los interesados, no se ha presentado a la firma del mediador en el plazo fijado para ello o por cualquier otra causa no ha sido firmado por el mediador, a saber, la posibilidad de que las partes soliciten su elevación a escritura pública. En el artículo 32.2 se emplea una redacción más precisa, cuando dice que



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

esa formalización se efectuará *“a solicitud de las partes o una de ellas con el consentimiento expreso de las demás”*, dando claramente a entender que la protocolización no puede instarse a iniciativa de una sola de las partes. Este matiz se pierde en cambio en la redacción del artículo 28.3.II, por lo que sería conveniente armonizar ambos preceptos, y hacerlo sobre la base de la redacción del artículo 32.2, que resulta más respetuosa con las disposiciones de la Directiva (vid. el artículo 6.1 de ésta). El artículo 32.2 añade aún otro requisito que en el artículo 28.3.II no consta. Se trata de la exigencia de que la escritura pública se otorgue ante un notario español, la cual creemos que no halla justificación en nuestra legislación procesal, pues ya en el artículo 523 LEC se establece cuál será la fuerza ejecutiva en España de los títulos ejecutivos extranjeros, judiciales o no, debiéndose estar a lo dispuesto en los Tratados internacionales sobre la materia y a las disposiciones legales sobre cooperación jurídica internacional, y siendo en todo caso factible la ejecución en España de sentencias y de otros títulos ejecutivos extranjeros conforme a las disposiciones de la LEC.

8. MODIFICACIÓN DE LA LEY DE ENJUICIAMIENTO CIVIL.-

La extensa disposición final segunda del Anteproyecto (en adelante DF2^a), que consta de dieciocho apartados, contempla la modificación de diversos artículos de la LEC. Los principales cambios tienen que ver, de un lado, con la inclusión del acuerdo de mediación entre los títulos que llevan aparejada ejecución, y de otro con la configuración de la mediación como trámite preceptivo previo en determinados procesos judiciales. En un segundo nivel se introducen reformas en aspectos tales como las costas, a fin de incorporar en ellas el coste de la mediación en determinados supuestos, o la información a las partes, por parte del órgano judicial al comienzo del proceso, de la



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

posibilidad de realizar una mediación como alternativa a la solución judicial del litigio. Asimismo se prevé retocar la LEC para mencionar la mediación o el acuerdo de mediación en diversos listados o enumeraciones en los que hasta ahora se aludía sólo al arbitraje, en tanto éste era el único medio alternativo de resolución de disputas que se venía admitiendo en nuestro ordenamiento para los asuntos civiles y mercantiles.

a) Reformas conectadas con la configuración del acuerdo de mediación como un nuevo título ejecutivo.

Hemos dedicado ya –en el apartado 7 de este Informe– una serie de reflexiones al modo en que el prelegislador pretende articular la ejecutividad de los acuerdos de mediación, materia a la que se refieren diversos artículos del Anteproyecto, y señaladamente el artículo 30 del mismo. En conexión con lo dispuesto en este precepto se hallaría la proyectada reforma del artículo 517.2.2º LEC (apartado 12 de la DF2ª) para agregar en él la referencia a los acuerdos de mediación, junto a la que actualmente se hace a los laudos o resoluciones arbitrales. No es preciso por tanto insistir en la postura expuesta, que se resume en la propuesta de canalizar la ejecutividad de los acuerdos de mediación a través del cauce del artículo 517.2.3º LEC, previo el dictado de una resolución judicial que los homologue y que sería la que llevase aparejada la ejecución, al modo en que se dispone para las transacciones judiciales y los acuerdos logrados en el seno del proceso.

El prelegislador, en coherencia con la opción por la que se ha decantado, prevé introducir otras modificaciones en la LEC concomitantes con la del artículo 517.2.2º. Así, en virtud del apartado 13 de la DF2ª se da nueva redacción al artículo 518 LEC, relativo al plazo



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

de caducidad de cinco años para interponer la demanda ejecutiva, a fin de incluir entre sus menciones la del acuerdo de mediación; y en el apartado 14 de la DF2ª se hace lo propio con el artículo 545.2 LEC, a propósito del órgano competente para conocer de la ejecución de los acuerdos de mediación, aspecto sobre el que ya hemos hecho algunas observaciones *supra* al analizar el artículo 31 del Anteproyecto. Más objeciones cabe poner a lo previsto en el apartado 17 de la DF2ª, por el que se introducen algunos cambios en los números 3º y 4º del artículo 559.1 LEC. Y es que, conforme al texto proyectado, se señala la posibilidad de oponerse a la ejecución de un acuerdo de mediación por motivos procesales, con base en su nulidad radical *“por no contener... pronunciamientos de condena”*. Esta previsión, que tiene sentido tratándose de sentencias o laudos arbitrales, no lo tiene en el caso de los acuerdos de mediación, que por definición nunca pueden contener *pronunciamientos de condena*. En su caso, por tanto, bastaría con contemplar la posible oposición a la ejecución por nulidad radical al *“no cumplir el documento presentado los requisitos legales exigidos para llevar aparejada ejecución”*, y a tal fin debería corregirse la redacción que se pretende dar al futuro artículo 559.1.3º LEC.

Desajustes similares se pueden apreciar en otros de los preceptos de la LEC cuya adaptación se prevé a fin de dar cabida en ellos al acuerdo de mediación. Así, cuando en el proyectado artículo 556.1 LEC (apartado 16 de la DF2ª), se da a entender que el acuerdo de mediación puede haber *ordenado el pago o cumplimiento* de determinada obligación, al modo en que lo hacen una sentencia o un laudo arbitral; o cuando en el proyectado artículo 576.3 LEC (apartado 18 de la DF2ª) se viene a decir que el acuerdo de mediación puede contener *“condena al pago de cantidad líquida”*. La redacción de estos pasajes debería revisarse para tratar de adaptarla al caso particular de los acuerdos de



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

mediación, cuyas características son esencialmente diferentes a las de una resolución judicial o un laudo arbitral.

Mención especial merece la modificación que se pretende introducir en el ordinal 1º del apartado 1 del artículo 550 LEC porque, si el prelegislador ha sido certero, dicha modificación implicaría la supresión del segundo párrafo de ese ordinal, que fue añadido en su día por la disposición final 1.2 de la LArb, sin que se explique demasiado bien que sea este Anteproyecto y no el de la Ley de reforma de la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje y de Regulación del Arbitraje Institucional en la Administración General del Estado, el que prevea semejante modificación, que es más bien una derogación o supresión de parte de esa norma. De no ser ésa la intención del prelegislador, ciñéndonos por tanto al texto del primer párrafo del ordinal 1º del artículo 550.1 LEC, que es el único que se transcribe en el apartado 15 de la DF2ª, su dicción resulta ser idéntica a la que ya estableció para ese precepto el apartado doscientos veintiuno del artículo decimoquinto de la Ley 13/2009, de 3 de noviembre, de reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva Oficina judicial, por lo que resulta innecesario volverlo a reiterar en el Anteproyecto que nos ocupa.

b) Reformas conectadas con la configuración de un intento de mediación obligatorio previo a la interposición de determinadas demandas.

Como ya se indicó *supra*, al tratar del principio de voluntariedad de la mediación, el Anteproyecto prevé configurar como obligatorio el intento de mediación de las partes como requisito para la interposición de determinadas demandas, en concreto para las demandas de juicio verbal por razón de la cuantía que consistan en una reclamación de cantidad y no se refieran a ninguna de las materias enumeradas en el artículo 250.1



LEC, ni tampoco a materia de consumo. A tal fin se prevé la modificación tanto del artículo 437.3 como del artículo 439.2 LEC (vid. apartados 10 y 11 de la DF2ª), así como la del artículo 403.3 LEC (vid. apartado 7 de la DF2ª).

La introducción de un mecanismo de mediación obligatoria, aunque sea para reclamaciones de cantidad inferiores a 6.000 euros que deban ventilarse por los cauces del juicio verbal [esa cifra era de 3.000 euros con anterioridad a la Ley 13/2009, de 3 de noviembre, de reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva Oficina judicial], **supone la restauración de un sistema muy similar al que ya fue abandonado por nuestro legislador al eliminar el trámite preceptivo del acto de conciliación previo a la demanda de juicio declarativo que se establecía en el artículo 460 LEC/1881, lo que acaeció en virtud del artículo 8 de la Ley 34/1984, de 6 de agosto.** Los términos empleados en la Exposición de Motivos de dicha Ley para enunciar esa modificación son bastante elocuentes respecto del rendimiento que en la práctica había dado la figura (*“conferir al acto de conciliación, que, como demuestra la experiencia, ha dado resultados poco satisfactorios, un carácter meramente facultativo”*). En efecto, **es dudoso que el recurso obligatorio a la mediación o a la conciliación redunde por sí solo en una auténtica reducción de la litigiosidad, antes bien corre el riesgo de acabar convirtiéndose en una suerte de formalidad cumplimentada de forma rutinaria, y en definitiva en una traba para el acceso al sistema judicial.**

Sin ir más lejos, el propio Anteproyecto parece descontar que ése será el escenario más probable, cuando en el artículo 19.1, al referirse a las sesiones informativas previas a la mediación, dispone que *“[e]n los supuestos de mediación obligatoria las sesiones informativas serán*



gratuitas”, y añadiendo que “[e]n tal caso, se podrá tener por intentada la mediación y cumplida la obligación legal justificando la asistencia [a dichas sesiones]”. Dicho precepto se ve continuado por el artículo 24.III, conforme al cual “la mediación exigida por ley se tendrá por intentada mediante la aportación del acta en la que conste la inasistencia de cualquiera de las partes”. Es más, la Memoria del Análisis de Impacto Normativo que acompaña al Anteproyecto hace una valoración de este intento obligatorio de mediación en unos términos muy ilustrativos, cuando dice que no será un obstáculo que afecte al derecho a la tutela judicial efectiva, sino “un mero trámite de carácter previo que permite dar por cumplida la obligación legal en la sesión informativa si no se llegara a iniciar la mediación”. **No parece que tenga mucho sentido instaurar supuestos de mediación obligatoria cuando el propio legislador presume que se van a convertir en meros trámites previos sin una verdadera efectividad, pues lo único que ello supondrá es la agregación de nuevas cargas llamadas a lastrar el ejercicio del derecho de acceso a la justicia.**

A juicio de este Órgano, para que la mediación pueda convertirse en una auténtica alternativa a la resolución jurisdiccional de los conflictos, debe dotarse de eficacia merced a la provisión de los oportunos medios humanos y materiales, de tal forma que las partes acudan a ella por sus ventajas reales y no por un imperativo legal. De otro modo se podrá garantizar acaso que las partes cumplimenten el trámite de intentar una mediación, pero será poco probable que esos intentos lleguen a fraguar en forma de acuerdos de solución del conflicto.

Sea como fuere, si el prelegislador persiste en su propósito de instaurar este mecanismo de intento obligatorio de mediación, procede expresar alguna duda sobre el modo en que el futuro artículo 439.2 LEC



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

prevé articular la comprobación de que el demandante ha intentado la mediación en los seis meses anteriores a la interposición de la demanda. El precepto en proyecto dispone la necesidad de que a tal fin el demandante acompañe a su escrito de demanda “*acta final acreditativa del intento de mediación*”. Sin embargo, como hemos visto al examinar la parte correspondiente del Anteproyecto, se podrá tener por intentada la mediación y cumplida la obligación legal justificando la asistencia a las sesiones informativas, que en estos casos serán preceptivas (artículo 19.1), siendo posible asimismo que la mediación exigida por ley se tenga por intentada mediante la aportación del acta en la que conste la inasistencia de cualquiera de las partes (artículo 24.III), lo que parece indicar que se trata del acta inicial y no del acta final, dado que ésta es la que pone fin al procedimiento (artículo 27), mientras que lo contemplado en el artículo 24.III parece ser un supuesto de intento de mediación que ni siquiera ha dado pie a la apertura del procedimiento. En definitiva, se sugiere enmendar la redacción del proyectado artículo 439.2 LEC, suprimiendo el adjetivo “final” que sigue al sustantivo “acta”, e incluso agregando la posibilidad de acreditar el intento de mediación por medio de otro documento, con lo que el pasaje quedaría así: “**...si no se acompañase acta u otro documento acreditativo del intento de mediación...**”.

c) Otras reformas de la LEC.

Las restantes modificaciones de la LEC que prevé el Anteproyecto se refieren a materias que ya han sido objeto de análisis. Así, la agregación de un apartado 3 al artículo 335 LEC y la nueva redacción del artículo 347.1.II LEC, a fin de impedir que quien hubiese actuado como mediador pueda emitir dictamen y deponer como perito en un proceso judicial posterior sobre el mismo asunto (apartados 3 y 4 de la



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

DF2ª), cuestión que se halla conectada con el principio de confidencialidad; o los cambios que se pretenden introducir en los artículos 394.1 y 395.1 LEC sobre distintos aspectos de la condena en costas y la posibilidad de que dicha condena abarque, en su caso, los costes de la mediación intentada con carácter previo a la iniciación de un proceso judicial sobre el mismo objeto (apartados 5 y 6 de la DF2ª). También hemos aludido ya a la previsión del futuro artículo 19.4 LEC sobre la facultad de las partes de un proceso para someter el conflicto a mediación, y la consiguiente posibilidad de solicitar de común acuerdo la suspensión del proceso para someterse a mediación, que se contempla en el proyectado artículo 415.1 y 3 LEC (apartados 1 y 9 DF2ª respectivamente). En cuanto a la modificación de la regla 2ª del artículo 206.2 LEC (apartado 2 de la DF2ª), se trata únicamente de agregar el caso de la aprobación judicial de acuerdos de mediación a la lista de supuestos que deberán resolverse mediante resolución judicial en forma de auto.

Restaría únicamente por mencionar la modificación del artículo 414.1 LEC (apartado 8 de la DF2ª), dirigida a añadir un nuevo inciso en su segundo párrafo conforme al cual, en la convocatoria de la audiencia previa al juicio, se informará a las partes de la posibilidad de recurrir a la mediación para intentar solucionar el conflicto, debiendo éstas indicar en la audiencia previa posterior *“su decisión al respecto y las razones de la misma”*. Probablemente este tipo de mecanismos basados en la información y la persuasión estén llamados a ser más eficaces que los consistentes en la imposición legal de un intento obligatorio de mediación, por lo que deben considerarse plausibles. Sorprende sin embargo la exigencia de que las partes expongan ante el juez las razones por las que hayan decidido someterse o no a la mediación, lo que no parece estar en sintonía con el principio de voluntariedad, que



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

constituye uno de los principios informadores básicos de todo procedimiento de mediación. Sea como fuere, debe recordarse que la LEC ya viene recogiendo diversos

9. MODIFICACIÓN DEL CÓDIGO CIVIL.-

Las modificaciones del Código Civil que se establecen en la disposición final primera se dirigen, mediante sendos cambios que operarían sobre los artículos 1809 y 1816 CC, a equiparar el acuerdo de mediación civil y mercantil con la transacción, por un lado, y a admitir la ejecutividad de la transacción no sólo cuando sea judicial sino también cuando se haya formalizado como acuerdo de mediación conforme a lo dispuesto en la Ley proyectada, por otro.

Por lo que se refiere a la equiparación de efectos entre acuerdo de mediación y transacción, que se plasmaría en un nuevo segundo párrafo del artículo 1809 CC, lo cierto es que dicha equiparación no termina de entenderse muy bien, al menos en los términos en que aparece formulada en la disposición final primera. La ley en proyecto dibuja una figura de nuevo cuño inspirada en sus propios principios, dotada de un procedimiento específico y llamada a desatar efectos singulares, muy especialmente la ejecutividad del acuerdo de mediación. El Anteproyecto contempla incluso una vía especial y unos motivos tasados para la anulación del acuerdo de mediación. Así las cosas, no tiene mucho sentido establecer que el acuerdo de mediación alcanzado conforme a los requisitos de esta ley *“tendrá efectos de transacción”*, siendo previsible que esta disposición provoque algunos desajustes. A título de ejemplo, si los acuerdos de mediación tienen los mismos efectos que una transacción, es dable plantear la aplicación a aquéllos de las causas de nulidad que para la transacción se contemplan en el artículo 1817 CC,



entre las cuales está el error, el dolo o la falsedad documental, factores a los que sin embargo el Anteproyecto no ha dado trascendencia anulatoria (vid. artículo 28.6). Tanto mejor sería, puesto que se desea establecer alguna clase de relación entre la transacción a la que se refiere el artículo 1809 CC y los acuerdos de mediación de la Norma proyectada, agregar un párrafo o un inciso a continuación del actual texto del artículo 1809 CC, en el que simplemente se especificara que **“la transacción puede ser el fruto de un acuerdo de mediación alcanzado conforme a lo previsto en la Ley de mediación en asuntos civiles y mercantiles”**. Y es que no se trata de equiparar linealmente los efectos del acuerdo de mediación a los de la transacción –como si se tratase de la misma figura, a salvo la intervención de un tercero en papel de mediador–, sino de admitir que uno de los posibles resultados de la mediación puede ser la celebración de una transacción entre las partes.

En cuanto a la proyectada reforma del artículo 1816 CC, tiene por objeto puntualizar que la transacción puede gozar de ejecutividad no sólo cuando se trate de una transacción alcanzada en sede judicial, sino también cuando se hubiese formalizado de acuerdo con lo dispuesto en la Ley ahora en proyecto. En cierto modo esta disposición viene a ser complementaria de la anterior, pues si aquélla equipara los efectos de un acuerdo de mediación a los de una transacción, en ésta se trata de subrayar que sólo la transacción extrajudicial que se haya formalizado a la manera de un acuerdo de mediación de los que se regulan en esta Ley gozará de fuerza ejecutiva. Valga lo dicho al comentar la modificación del artículo 1809 CC: transacción y acuerdo de mediación son figuras distintas que deben ser separadas en cuanto a sus efectos. Puede haber transacciones que no se alcancen en el seno de un procedimiento de mediación, y mediaciones que no finalicen con la firma



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

de una transacción entre las partes. Si el acuerdo de mediación se formaliza conforme a lo previsto en la Ley en proyecto gozará de fuerza ejecutiva, con independencia de que contenga o no en su seno una transacción, por lo que agregar ese último inciso en el artículo 1816 CC no resulta necesario, y puede además redundar en una incorrecta identificación entre transacción y mediación.

V.

OBSERVACIONES FORMALES Y TERMINOLÓGICAS.

Desde la perspectiva del principio de colaboración institucional, con el fin de contribuir a mejorar la corrección de los textos normativos y, por consiguiente, a su efectiva aplicabilidad en los procesos judiciales, parece adecuado llamar la atención sobre posibles erratas, así como cuestiones terminológicas o de pura técnica legislativa:

- En el artículo 2.1, donde dice “*medicación*”, debe decir **“mediación”**.
- En el artículo 5.4, se sugiere sustituir la expresión “*que les resulte de aplicación*”, por la de **“que pueda resultarles de aplicación”**.
- En el artículo 6.1 se formulan varias propuestas:
 - Sustituir la sigla “CCAA” por la expresión **“Comunidades Autónomas”**.



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

- Agregar el inciso “en su caso” tras el sintagma “con los que puedan crear” y justo antes de “las Comunidades Autónomas”, de forma que la frase resultaría: **“con los que puedan crear, en su caso, las Comunidades Autónomas”**.
- Añadir una preposición en el giro final, de modo que pase a decir **“en los términos en que se desarrolle reglamentariamente”**.
- El título que recibe el artículo 12 (“*[P]rincipios informadores de la mediación*”) sería más oportuno aplicarlo, dada su generalidad, para designar el Capítulo II en su conjunto, mientras que el atribuido a éste (“*[P]rincipios informadores del procedimiento de mediación*”), dada su especificidad, se perfila como más apropiado para el artículo 12. Se sugiere por tanto permutar estos dos títulos, de modo que ambos se ajusten mejor al contenido respectivo del Capítulo II y del artículo 12.
- En el artículo 15, donde dice “*formación continuada*”, debería decir **“formación continua”**.
- En el artículo 16.3 *in fine*, se propone sustituir la frase que sirve de pie a la enumeración (“*[T]ales circunstancias incluirán*”), por la de **“[S]e considerarán relevantes, entre otras, las circunstancias siguientes”**.
- En el artículo 18.3, donde dice “*Ley 3/2004, de 29 de diciembre, por la que se establecen de medidas de lucha contra la morosidad en operaciones comerciales*”, debe decir **“Ley 3/2004, de 29 de**



diciembre, por la que se establecen medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales”, por ser éste el título correcto de la misma.

- En el artículo 22, como ya se ha señalado en el cuerpo del informe, en lugar de *“lengua o idioma de las actuaciones”* debería decirse **“lengua o lenguas de las actuaciones”**.
- En el artículo 23.2.e), donde dice *“y otras posibles tarifas”*, sería más correcto decir **“y de otras posibles tarifas”**.
- La redacción del artículo 27.2.II debe revisarse, pues sobra o está omitida alguna palabra. Los términos empleados son: *“[S]in perjuicio de ello, el mediador podrá denunciar por escrito en el acta final que entregue a las partes las causas que los términos de la mediación son incompatibles con la ley”*. Se propone, o bien añadir “por las” entre el sustantivo “causas” y la frase subordinada que le sigue (**“...las causas por las que los términos de la mediación...”**), o bien suprimir la alusión a “las causas”, quedando entonces **“...el mediador podrá denunciar por escrito en el acta final que entregue a las partes que los términos de la mediación son incompatibles con la ley”**.
- En la última frase del artículo 28.5, en lugar de *“juicio verbal de la Ley de Enjuiciamiento Civil”*, se considera más correcto **“juicio verbal regulado en la Ley de Enjuiciamiento Civil”**.
- Para el caso de que se decida su no supresión, en el artículo 33 se propone que el giro *“[N]o podrán homologarse judicialmente ni*



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

ejecutarse...”, se sustituya por “[N]o podrán homologarse ni ejecutarse judicialmente...”.

- En la disposición final primera, apartado 1, donde se prevé modificar el artículo 1809 del CC, el pasaje “...*de un conflicto entre particulares, se lleve a cabo con intervención...*”, debería sustituirse por “...**de un conflicto entre particulares, y se lleve a cabo con intervención...**”.
- En la DF2ª, apartado 2, donde se prevé modificar el artículo 206.2, regla 2ª, de la LEC, el pasaje “...*aprobación judicial de transacciones acuerdos de mediación y convenios, medidas cautelares...*”, debería sustituirse por “...**aprobación judicial de transacciones, acuerdos de mediación y convenios, medidas cautelares...**”, con una coma entre “transacciones” y “acuerdos”.
- En la DF2ª, apartado 7, donde se prevé modificar el artículo 403.3 de la LEC, en lugar de “*cuando no se acompañen a ella*”, debería decir “**cuando no se acompañen a ellas**”, y el pasaje “...*intentado mediaciones, conciliaciones o efectuado requerimientos...*”, debería sustituirse por “...**intentado mediaciones o conciliaciones, o efectuado requerimientos...**”.
- En la DF2ª, apartado 8, donde se prevé modificar el artículo 414.1 de la LEC, en lugar de “*en cuyo caso éstas*”, debería decir “**en cuyo caso aquéllas**”.
- En la DF2ª, apartado 13, donde se prevé modificar el artículo 518 de la LEC, debería suprimirse la primera de las veces en que aparece la conjunción “o” en el título del artículo, de tal forma que



dicho título pasara a ser: **“Caducidad de la acción ejecutiva fundada en sentencia judicial, resolución arbitral o acuerdo de mediación”**.

- En la DF2ª, apartado 16, donde se prevé modificar el artículo 556 de la LEC, debería suprimirse la primera de las veces en que aparece la conjunción “o”, así como el artículo “los”, ambos dentro del título del artículo, de tal forma que dicho título pasara a ser: **“Oposición a la ejecución de resoluciones procesales, arbitrales o acuerdos de mediación”**. Asimismo, en el cuerpo del artículo cuya reforma se prevé, el pronombre “ella”, que venía haciendo referencia a “una resolución judicial o arbitral de condena”, debería sustituirse por **“ellos”**, al haberse convertido el antecedente en “una resolución judicial o arbitral de condena o un acuerdo de mediación”.
- En la DF2ª, apartado 17, donde se prevé modificar el artículo 559.1.4º de la LEC, el giro *“la falta de autenticidad de éste”* debería sustituirse por **“su falta de autenticidad”**.
- En la DF2ª, apartado 18, donde se prevé modificar el artículo 576.3 de la LEC, el pasaje *“...resoluciones de cualquier orden jurisdiccional, los laudos arbitrales y acuerdos que lleven aparejada la ejecución...”* debería sustituirse por **“...resoluciones de cualquier orden jurisdiccional, laudos arbitrales y acuerdos de mediación que lleven aparejada la ejecución...”**.
- En la disposición final sexta, en lugar de decir *“La presente ley entrará en vigor a los veinte días de su publicación en el «Boletín Oficial del Estado»”*, bastaría con decir **“La presente ley entrará**



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

en vigor conforme a lo dispuesto en el artículo 2.1 del Código Civil”, por ser la regla general establecida.

VI.

CONCLUSIONES.

Sin perjuicio de que a lo largo de este Informe se han destacado ya, en el contexto de cada argumento, las observaciones o sugerencias más relevantes al texto del Anteproyecto, procede compendiar ahora en un sucinto catálogo aquellas conclusiones que cabe considerar fundamentales:

PRIMERA.- A diferencia de otros métodos alternativos para la solución de conflictos, como el arbitraje, la mediación en asuntos civiles y mercantiles no ha sido objeto hasta el momento de un tratamiento legal sistemático, si bien ello no significa que la mediación sea una figura completamente ajena a nuestro ordenamiento. No es ya que la legislación procesal civil contemple mecanismos tendentes a promover una solución no contenciosa del conflicto, confiriendo al juez un papel activo encaminado a que las partes logren un acuerdo o transacción que ponga fin al proceso, sino que existen sectores, como el laboral, en los que el intento previo de mediación o conciliación se configura como un requisito de acceso al proceso judicial. En el ámbito del Derecho de familia se ha querido dar impulso a la mediación con la reforma de algunos preceptos de la LEC por la Ley 15/2005, de 8 de julio, por la que se modifican el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de separación y divorcio. A ello se añade la existencia de un notable número de leyes autonómicas sobre mediación familiar que, aunque limitadas en su ámbito material de aplicación y circunscritas cada una a



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

su respectivo territorio, constituyen sin duda un referente a tener en cuenta. Por otro lado, la mediación se ha venido practicando informalmente, a pesar de la falta de regulación, con base en el principio general de autonomía de la voluntad y en las posibilidades que brinda una figura contractual como la transacción. Sumado todo, y aunque algunas voces sostienen la falta de necesidad de dotar a esta figura de un régimen legal, debe considerarse plausible la gestación de una ley específica sobre la mediación en asuntos civiles y mercantiles, pues es de suponer que ello traerá consigo un mayor índice de seguridad jurídica en el empleo de este mecanismo alternativo de resolución de controversias. Esa regulación legal se revela de singular importancia en todo lo que tiene que ver con las conexiones entre mediación y proceso judicial. Se da la circunstancia, además, de que el Gobierno estaba constreñido por la disposición final 3ª de la Ley 15/2005, de 8 de julio, la cual le ordenaba remitir a las Cortes un proyecto de ley sobre mediación, y de que asimismo resulta necesario incorporar a nuestro ordenamiento 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. El fomento de la mediación, como medio de solución de conflictos alternativo a la vía judicial, que puede redundar en una reducción del número de asuntos que llegan a los Juzgados y Tribunales, constituye un objetivo tanto del Plan Estratégico de Modernización de la Justicia 2009.2012, del Ministerio de Justicia, como del Plan de Modernización de la Justicia aprobado por el Pleno del CGPJ en su sesión de 12 de noviembre de 2008. En este segundo caso, además, son ya muchos los proyectos de mediación intrajudicial puestos en marcha en los últimos años, que cuentan con protocolos pautados de actuación y con resultados tangibles, tanto en el ámbito de familia como en el ámbito penal.



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

SEGUNDA.- Sería aconsejable que la definición legal de mediación calificara a ésta, explícitamente, como “medio alternativo de solución de conflictos” (u otra fórmula semejante), a la par que remarcase su naturaleza extrajudicial, subrayase que el mediador no tendrá funciones decisorias, y en general incorporase cuantos elementos sean necesarios para perfilar la figura con mayor nitidez y distinguirla de otros medios alternativos de solución de conflictos, en concreto del arbitraje. Asimismo, en la delimitación del ámbito material de aplicación, se recomienda un reflejo más fiel de las exclusiones que contiene la Directiva (v. gr. los asuntos fiscales, aduaneros y administrativos), y una expresa manifestación acerca de si la mediación en asuntos de familia cae o no dentro del ámbito de aplicación de la Norma proyectada, máxime teniendo en cuenta la existencia de un buen número de leyes autonómicas sobre esa materia.

TERCERA.- En materia de principios informadores de la mediación, sería deseable revisar la sistemática seguida en el Anteproyecto, a fin de evitar algunas reiteraciones que pueden determinar el solapamiento parcial entre distintos principios (v. gr. así sucede en los artículos 7 y 8 con los principios dispositivo y de voluntariedad). Igualmente, debería conectarse lo dispuesto en el artículo 9 sobre el principio de imparcialidad con lo previsto en el artículo 16.3 respecto de la advertencia a las partes de su posible parcialidad por parte del mediador, ya que en este segundo precepto se pone de relieve una clara prevalencia del principio de voluntariedad sobre el de imparcialidad. Se echa en falta, al hilo del principio dispositivo, un tratamiento pormenorizado del convenio de mediación, por contraposición con la regulación más detallada que del convenio arbitral se hace en la Ley de Arbitraje. En cuanto al principio de neutralidad,



también se ve modulado por lo que se dispone en otros pasajes del Anteproyecto, sin que estos matices hallen reflejo –como deberían– en el artículo 10. Así, que el mediador debe desarrollar una conducta activa tendente a lograr el acuerdo entre las partes (artículo 16.1.II), o que el mediador puede dar por terminado el procedimiento de mediación si considera que las posiciones de las partes son irreconciliables (artículo 27.1).

CUARTA.- Cabe dudar de lo acertado de no exigir al mediador estar en posesión de una titulación, o haber recibido una formación, que acredite la adquisición de un cierto nivel de conocimientos técnico-jurídicos (artículo 14), en la medida en que diversos preceptos del Anteproyecto (artículos 27.2.II, 28.3) exigen del mediador que haga advertencias o realice verificaciones encaminadas a asegurar la conformidad del acuerdo de mediación con el ordenamiento jurídico (vid. asimismo artículo 33, que niega la posibilidad de que sea ejecutado u homologado judicialmente un acuerdo de mediación cuyo contenido sea contrario a Derecho). Esta cuestión se conecta con que, a diferencia de la Directiva, el Anteproyecto no prevé ningún cauce a través del cual chequear esa adecuación a Derecho del acuerdo de mediación, dado que la protocolización o formalización de éste se reduce básicamente a la firma del acuerdo por las partes y por el mediador, tras la comprobación de que el procedimiento se ha ajustado a lo dispuesto por la Ley. La Directiva, por el contrario, concibe un mecanismo de protocolización basado en la emisión, por un órgano jurisdiccional u otra autoridad competente, de una sentencia, una resolución o un acto auténtico. El Anteproyecto debería pues ajustarse a ese modelo, incluyendo un trámite preceptivo de homologación de los acuerdos de mediación a cargo de un órgano jurisdiccional u otro tipo de autoridad que, previa constatación de su adecuación a Derecho, confiriese al



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

acuerdo fuerza ejecutiva. A tal fin, se propugna la modificación del artículo 517.2.3º LEC para incluir en él a las resoluciones judiciales que homologuen no sólo transacciones judiciales o acuerdos logrados en el proceso, sino también acuerdos de mediación alcanzados fuera del proceso, conforme a los principios y requisitos previstos en la Ley ahora proyectada. De esta forma se establecería un procedimiento de homologación uniforme para todos los casos de mediación, sobrevenga ésta o no tras haberse iniciado un proceso judicial, y se dotaría de sentido a la previsión del artículo 33 al implementar un mecanismo merced al cual sería posible verificar la conformidad a Derecho del acuerdo de mediación, además de obtenerse por añadidura una adecuación a los mandatos de la Directiva. Sacrificar este control en aras de la mayor rapidez en la solución del conflicto podría ser contraproducente, por cuanto aumentaría el riesgo de que los acuerdos de mediación dotados de fuerza ejecutiva contraviniesen el ordenamiento jurídico. En otro orden de cosas, también debería precisarse que el mediador debe disponer de una formación que le capacite específicamente en materia de mediación, a fin de garantizar la calidad de la mediación, aspecto por el que muestran su preocupación tanto el Anteproyecto como la Directiva.

QUINTA.- Se sugiere clarificar la clase de vínculo que puede haber entre mediador e institución de mediación, disipando así la ambigüedad que el Anteproyecto maneja al respecto. Asimismo, sería bueno explicitar que las partes poseen plena libertad para encomendar la mediación a una institución de mediación o a un mediador independiente, sin que en modo alguno la Ley deba decantarse por favorecer una opción en detrimento de la otra, como podría deducirse de ciertos pasajes del Anteproyecto en los que parece darse preferencia a la mediación a través de instituciones de mediación, o se reserva a



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

dichas instituciones un papel decisivo en determinadas situaciones (v. gr. artículos 20.3 y 21.1). Debería despejarse el interrogante de si las instituciones de mediación pueden dedicarse a fines distintos de la mediación o, desde otro punto de vista, si la persecución de determinados fines por una institución inhabilita a ésta para dedicarse a la mediación. En cuanto al Registro de mediadores y de instituciones de mediación, se recomienda perfilar mejor todo lo relativo a la coexistencia entre el Registro estatal y los Registros autonómicos, pues cabe pronosticar la existencia de conflictos entre la legislación estatal y la autonómica a propósito de esta cuestión. Por último, sobre el acceso público a información sobre mediadores e instituciones de mediación, preferentemente por Internet, el artículo 19.3 del Anteproyecto cuadra mal con las previsiones de la Directiva, pues tal y como está formulado no garantiza que el público vaya a tener acceso a información sobre todos los mediadores disponibles y el modo de ponerse en contacto con ellos, sino sólo respecto de aquellos mediadores que estén integrados en alguna institución de mediación. Lo idóneo sería prever que, a través del Registro de mediadores y de instituciones de mediación, el público podrá tener acceso telemático a información sobre todos los mediadores e instituciones de mediación inscritos en el Registro, incluida la forma de ponerse en contacto con cada uno de ellos.

SEXTA.- En cuanto al procedimiento de mediación, cabe dudar si no sería más acorde con los principios de voluntariedad y autoorganización el no señalamiento legal de un tope máximo de duración del procedimiento, dejando que sean las partes en función de la complejidad del litigio las que fijen en el acta inicial el plazo de duración del procedimiento, haciendo bueno por tanto lo previsto en el artículo 23.2.c) del Anteproyecto y suprimiendo la referencia que en el artículo 24 se hace a la duración máxima del procedimiento. Por otro lado, el



artículo 27.1 parece otorgar al mediador discrecionalidad para apreciar que a la vista de las posiciones de las partes no es posible alcanzar un acuerdo de mediación, dando paso de ese modo a la terminación del procedimiento. Esta previsión no resulta coherente con otras disposiciones del Anteproyecto, pues a lo largo del articulado ha quedado claro que el mediador debe mantenerse neutral, careciendo de capacidad decisoria y siendo las partes las únicas con capacidad para decidir si alcanzan o no un acuerdo. Por todo ello, se sugiere suprimir del artículo 27.1 la frase que se refiere a la posibilidad de que el mediador dé por terminado el procedimiento tras apreciar que las posiciones de las partes son irreconciliables, pudiendo preverse a cambio que el mediador que comprobase la –a su juicio– imposibilidad de conciliar las posiciones de las partes, ejerciese su derecho a renunciar a seguir desarrollando la mediación, lo que a su vez propiciaría, como dispone el artículo 27.2, que el mediador fuese sustituido por otro si las partes lo estiman adecuado, poniendo así en manos de los interesados la decisión última de si la mediación debe o no continuar.

SÉPTIMA.- Sobre la acción de anulación del acuerdo de mediación, no parece muy adecuado fijar para su ejercicio el plazo de un año, pues resulta excesivo no sólo a la vista de los motivos en que dicha acción podrá fundarse y de los breves plazos que se fijan para el desarrollo del procedimiento, sino también por comparación con la regulación de esta materia en sede de arbitraje. Llama la atención asimismo la posibilidad de ejercitar la acción de anulación del acuerdo por dos vicios del consentimiento, como son la violencia y la intimidación, ya que ambos –junto a otros vicios del consentimiento, como el dolo o el error, a los que en cambio no alude la Norma en proyecto– están ya contemplados como causas generales de anulación de los contratos en el Código Civil (vid. sus artículos 1265, 1267, 1268, 1300 y 1301). De



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

aquí se sigue la necesidad de dilucidar si el acuerdo de mediación es asimilable a cualquier otro contrato suscrito entre particulares, estando sujeto por tanto a las reglas generales sobre eficacia e ineficacia de los contratos, o si dada la intervención del mediador y su función como garante del ordenamiento jurídico y del respeto a los principios informadores de la mediación, debe descartarse la aplicación de los remedios generales sobre anulación de los contratos en el entendimiento de que el acuerdo de mediación no sería un contrato, o no sería *solamente* un contrato. Tanto si se opta por una como por otra opción, la admisión en el artículo 28.6 de la anulación del acuerdo de mediación por haber sido aceptado bajo violencia o intimidación, resulta probablemente inconsistente.

OCTAVA.- En el capítulo de las relaciones entre mediación y proceso judicial, para dotar de efectividad a la prohibición de entablar acciones judiciales constante un procedimiento de mediación se aconseja establecer la correspondiente excepción procesal, de manera que una parte pueda hacer valer la pendencia del proceso de mediación en el caso de que, sin haberse puesto fin a éste, la otra parte interponga una acción judicial o una demanda arbitral. Por lo que hace a la paralización de los plazos de prescripción y caducidad de las acciones judiciales en tanto se haya instado y esté pendiente de concluirse un procedimiento de mediación, no hay obstáculo, conforme a la jurisprudencia del Tribunal Supremo, para que una ley específica –como sería el caso de la ahora proyectada– disponga dentro de su ámbito de aplicación la suspensión, y no la interrupción, de los plazos de prescripción, por más que en materia de prescripción de acciones el criterio general del Código Civil sea que la prescripción puede ser objeto de interrupción, con inutilización en tal hipótesis del tiempo transcurrido hasta ese momento. La suspensión de los plazos de prescripción, más



allá de su viabilidad dogmática, debe considerarse acertada, porque si el inicio de un procedimiento de mediación tuviese por efecto la interrupción de tales plazos ello podría incentivar el recurso a la mediación aun sin ánimo de alcanzar ninguna solución, sólo con el espurio propósito de purgar la prescripción ya iniciada y lograr que el plazo prescriptivo vuelva a contarse en su integridad.

NOVENA.- En lo referente a los costes de la mediación, el prelegislador debería hacer un esfuerzo por concretar las principales partidas en las que aquéllos pueden descomponerse, debiendo suprimirse la ambigua referencia que el artículo 23.2.e) hace a “otras posibles tarifas”. Por lo que se refiere a la regla subsidiaria que ofrece el artículo 18.1 para la distribución de los costes entre las partes, a saber, la del reparto proporcional entre ellas, presenta el inconveniente de que no facilita el parámetro conforme al cual deberá medirse esa proporcionalidad. Todo apunta a que se trata de una omisión, y que por tanto es necesario precisar el término de referencia conforme al cual calcular la proporción; considerándose plausible que ese término de referencia venga dado por el interés material que cada parte posea en el proceso de mediación, y en su caso por el interés material que cada una haya visto satisfecho como consecuencia del acuerdo de mediación. En otro orden de cosas, no parece viable considerar el coste de la mediación ni como “costas” ni como “gastos” del proceso, en el sentido en ambos casos del artículo 241 LEC, pues ni cabe reconducirlo a ninguno de los conceptos en que ese precepto desglosa la noción de costas (todos los cuales tienen que ver con el desarrollo del proceso judicial), ni puede decirse que se trate de *“desembolsos que tengan su origen directo e inmediato en la existencia de dicho proceso”*, por lo que debería revisarse la previsión que a este respecto se contiene en el artículo 18.3, que admite que cuando la mediación no impida el



planteamiento de un ulterior proceso con idéntico objeto, en caso de condena en costas de alguna de las partes, se incluya en ellas el coste de la mediación. En cambio, debe considerarse plausible la previsión del apartado 5 de la disposición final 2ª, por la que se prevé reformar el artículo 394.1 LEC, ya que a diferencia del caso anterior no se trata de cargar el coste de la mediación infructuosa a aquella de las partes que en un ulterior proceso judicial sobre el mismo objeto hubiese visto rechazadas todas sus pretensiones, sino de hacer que el coste de una mediación exitosa, y por tanto culminada en un acuerdo entre las partes, recaiga sobrevenidamente sobre aquélla de las partes que, no habiéndose atendido al acuerdo, hubiese sido condenada en costas en un ulterior proceso iniciado precisamente como consecuencia del incumplimiento por dicha parte del acuerdo de mediación. Igualmente, es correcto prever que, a los efectos de imponer las costas en supuestos de allanamiento (artículo 395.1 LEC, cuya reforma prevé el apartado 6 de la disposición final 2ª), se entenderá que hay mala fe por parte del demandado, entre otras causas, si antes de presentada la demanda se hubiese iniciado con él un procedimiento de mediación.

DÉCIMA.- A propósito del órgano competente para la ejecución de los acuerdos de mediación, lo previsto en el artículo 31.II, por el que se otorga la competencia al Juzgado de Primera Instancia del lugar en que se hubiera firmado el acuerdo de mediación, a cuyos efectos se prevé reformar el artículo 545.2 LEC, debería acompañarse con lo establecido en el artículo 86 ter 2.g) LOPJ en materia de arbitraje. De conformidad con este último precepto, los Juzgados de lo Mercantil conocerán, entre otros, *“de los asuntos atribuidos a los Juzgados de Primera Instancia en el artículo 8 de la Ley de Arbitraje cuando vengán referidos a materias contempladas en este apartado”*. Dicho de otro modo, corresponde a los Juzgados de lo Mercantil en las materias propias de su competencia



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

objetiva, el conocimiento de la ejecución forzosa de los laudos dictados dentro de su respectiva circunscripción. El Anteproyecto debería haber incluido una disposición en sintonía con dicho precepto, de forma que la competencia para la ejecución de los acuerdos de mediación a los que se refiere el segundo párrafo del artículo 31 se atribuyese, en función de la materia, ora al Juzgado de Primera Instancia, ora al Juzgado de lo Mercantil, en ambos casos del lugar en que se hubiera firmado el acuerdo de mediación. Por otro lado, tratándose de la ejecución de acuerdos de mediación homologados judicialmente, el artículo 31.I del Anteproyecto atribuye la competencia al órgano judicial que haya homologado el acuerdo. En la medida en que ese órgano judicial puede ser un Juzgado de lo Mercantil, es claro que esa previsión colisiona con lo dispuesto en el artículo único.2 del Anteproyecto de Ley Orgánica complementaria a la Ley para la reforma de la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje y de Regulación del Arbitraje Institucional en la Administración General del Estado, por la que se modifica la LOPJ, en el que se prevé agregar un nuevo apartado 6 al artículo 85 de la LOPJ, conforme al cual el conocimiento “de las solicitudes de homologación y ejecución de acuerdos de mediación, incluidos los extranjeros, cuando reúnan la condición de título ejecutivo” se atribuye a los Juzgados de Primera Instancia.

UNDÉCIMA.- La introducción de un mecanismo de mediación obligatoria para la interposición de demandas de juicio verbal por razón de la cuantía, que consistan en una reclamación de cantidad y no se refieran a ninguna de las materias enumeradas en el artículo 250.1 LEC, ni tampoco a materia de consumo, supone la restauración de un sistema similar al que fue abandonado por nuestro legislador al eliminar el trámite preceptivo del acto de conciliación previo a la demanda de juicio declarativo que se establecía en el artículo 460 LEC/1881, lo que



acaeció en virtud del artículo 8 de la Ley 34/1984, de 6 de agosto. Es dudoso que el recurso obligatorio a la mediación o a la conciliación redunde por sí solo en una auténtica reducción de la litigiosidad, antes bien corre el riesgo de acabar convirtiéndose en una suerte de formalidad cumplimentada de forma rutinaria, y en definitiva en una traba para el acceso al sistema judicial, como el propio Anteproyecto parece descontar que sucederá. Así, cuando en el artículo 19.1, al referirse a las sesiones informativas previas a la mediación, dispone que “[e]n los supuestos de mediación obligatoria las sesiones informativas serán gratuitas”, y añade que “[e]n tal caso, se podrá tener por intentada la mediación y cumplida la obligación legal justificando la asistencia [a dichas sesiones]”. O cuando en el artículo 24.III prevé que “la mediación exigida por ley se tendrá por intentada mediante la aportación del acta en la que conste la inasistencia de cualquiera de las partes”. A este respecto, resulta significativo que la Memoria del Análisis de Impacto Normativo que acompaña al Anteproyecto, para rechazar que ese intento obligatorio de mediación pueda convertirse en un obstáculo que afecte al derecho a la tutela judicial efectiva, se refiera a él como “un mero trámite de carácter previo que permite dar por cumplida la obligación legal en la sesión informativa si no se llegara a iniciar la mediación”. No parece que tenga mucho sentido instaurar supuestos de mediación obligatoria cuando el propio legislador presume que se van a convertir en meros trámites previos sin una verdadera efectividad, pues lo único que ello supondrá es la agregación de nuevas cargas llamadas a lastrar el ejercicio del derecho de acceso a la justicia.



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

Es todo cuanto tiene que informar el Consejo General del Poder Judicial.

Y para que conste y surta efectos, extendiendo y firmando la presente en Madrid, a diecinueve de mayo de dos mil diez.