



Universidad
del País Vasco

Euskal Herriko
Unibertsitatea



Zuzenbide Fakultatea
Facultad de Derecho

Trabajo Fin de Grado

GRADO EN DERECHO

CURSO 2020/21

El impulso de la mediación como alternativa a la vía judicial

Sociología jurídica: la crisis de las profesiones jurídicas

Trabajo realizado por MARTA ALDASORO IZQUIERDO

Dirigido por JOXERRAMON BENGOETXEA CABALLERO

ÍNDICE

1. INTRODUCCIÓN.....	2
2. ORIGEN Y EVOLUCIÓN DE LA MEDIACIÓN	4
2.1 Qué es la mediación	6
2.2 Mediación intrajudicial y extrajudicial.....	11
2.3 Diferencias con la conciliación, el arbitraje y la negociación	12
3. NORMATIVA DE LA MEDIACIÓN	14
3.1 Normativa europea.....	14
3.1.1. Países de la UE donde está más arraigada.....	21
3.2 Normativa estatal.....	27
3.3 Normativa autonómica.....	32
4. EL ANTEPROYECTO DE LEY DE MEDIDAS DE EFICIENCIA PROCESAL DEL SERVICIO PÚBLICO DE JUSTICIA.....	35
4.1 Críticas del Anteproyecto.....	38
5. MEDIACIÓN OBLIGATORIA SÍ O NO.....	40
6. CONCLUSIONES.....	43
7. FUENTES UTILIZADAS.....	45

1. INTRODUCCIÓN

Hoy en día, a pesar de la existencia de los medios adecuados de solución de controversias (MASC), nuestra sociedad sigue optando por la vía judicial. Estos medios tienen como fin el logro de un acuerdo entre las partes para solventar el conflicto de una manera menos conflictiva, y de esta manera evitar acudir a los tribunales. El hecho de que su uso actualmente siga siendo bastante escaso viene relacionado con la falta de información que tiene la población acerca de estos métodos y sus respectivos beneficios.

La mediación es uno de los MASC y es el medio que voy a desarrollar a lo largo del trabajo, debido a que considero que es un método que tiene las facultades necesarias para poder incidir en la conversión de las relaciones entre las partes hacia un ambiente pacífico y humano del que no gozan los procesos judiciales. La mediación proporciona la relevancia necesaria a la figura de las partes, centrándose además de en la resolución del conflicto, en el fortalecimiento de sus relaciones. Otra de las razones por las que he escogido este medio es por la cercanía que transmite, ya que son las partes las que tratan de acercar posturas bajo la supervisión de un tercero imparcial denominado mediador.

Para tratar de comprender en profundidad la mediación, me puse en contacto con el Servicio de Mediación Familiar de Guipúzcoa, el cual me remitió con la responsable del mismo, Cristina Merino Ortiz, y tuve la suerte de poder realizar una entrevista con la misma. Días previos a la entrevista le envié una serie de cuestiones para establecer un patrón y así abarcar todos los puntos importantes que comprenden la mediación.

Cristina comenzó por comentarme que la mediación además de ser una figura interdisciplinar, es decir, que se lleva a cabo con la colaboración de varias disciplinas, también es una figura jurídica, psicológica y social. Enfocó este mecanismo como un espacio neutral para dialogar, donde gracias a la flexibilidad de la que goza el proceso, facilita tanto la mediación como la gestión de emociones de las partes favoreciendo que se llegue a acuerdos de manera consensuada y evitando así que se judicialicen las relaciones familiares.

Me comentó también alguna de las ventajas de la mediación, poniendo de relieve el protagonismo de las personas en este medio y el beneficio de que son decisiones que se adaptan al momento.

Otro de los aspectos relevantes que tratamos durante la entrevista es cómo ha afectado la pandemia que estamos viviendo a causa del COVID-19 a la mediación. Los servicios de mediación se cerraron desde el mes de marzo hasta el mes de junio del pasado año, y a partir de ahí comenzaron a funcionar de manera telemática. El hecho de que a día de hoy siga funcionando de la misma manera, lejos de ser un obstáculo para el proceso, resulta beneficioso. Es beneficioso ya que, tal y como me explicó Cristina, el realizar las sesiones telemáticamente conlleva una mayor obtención de información de las partes por no llevar mascarilla y poder vislumbrar sus gestos y expresiones, esto es, la comunicación no verbal, de la cual se recaban muchos matices relevantes para el proceso. El único punto negativo sería que requiere más atención y concentración que de costumbre.

Siguiendo con el asunto de la pandemia, ha provocado un aumento en la demanda de este método que podría haberse dado por el ahorro de costes que supone acudir a la mediación en comparación con la vía judicial, teniendo en consideración la crisis económica que ha originado el COVID-19. Otra opción viable podría ser que a raíz del confinamiento muchas parejas debido al deterioro que ha podido ocasionar a sus relaciones hayan optado por acudir a este medio con el fin ya no solo de solucionar sus diferencias llegando a un acuerdo, sino de mejorar la comunicación y resolver el conflicto de manera amistosa.

Por último, también comentamos el factor de si la mediación debería ser obligatoria o no. Según Cristina, la mediación es una institución que por su naturaleza voluntaria no sería recomendable su obligatoriedad. La voluntariedad es uno de los principios en los que se basa la mediación, que las partes tengan la libertad de acudir a este medio cuando estimen conveniente. Si la mediación fuera obligatoria, nos adentraríamos en un formalismo del que carece este método y por lo que resulta tan ventajoso. No obstante, Cristina señaló que sería aconsejable el realizar más sesiones informativas acerca de esta institución, que lograra atraer a la gente hacia el uso de este mecanismo, y para ello sería indispensable que se llevara a cabo por personas debidamente cualificadas e informadas para que el mensaje se transmita adecuadamente.

Con todo lo expuesto, mi trabajo se basa en primer lugar en una breve explicación del origen de este medio y cómo ha ido evolucionando a lo largo de la historia. Seguidamente explico en qué consiste, señalando tanto sus objetivos y principios como sus ventajas y desventajas, además de las diferencias entre la mediación

extrajudicial e intrajudicial y sus disimilitudes también con otros MASC como el arbitraje, la conciliación y la negociación.

Posterior a ello, paso a analizar la normativa de esta institución, abarcando no solo la normativa estatal sino también la europea y la autonómica centrada en el País Vasco. Para ir culminando, hago un breve estudio sobre el Anteproyecto de Ley de Medidas de Eficiencia Procesal del Servicio Público de Justicia que tiene como fin, entre otros, impulsar figuras como la de la mediación para lograr la descongestión de la justicia ocasionada por la pandemia, y señalo algunos informes con varias críticas al respecto. Por último, voy a plantear si verdaderamente esta institución debería tener carácter obligatorio o no.

2. ORIGEN Y EVOLUCIÓN DE LA MEDIACIÓN

Para comenzar, debemos remontarnos al origen de la mediación cuyo nacimiento viene de la mano del denominado “movimiento ADR” (Alternative Dispute Resolution). Sin embargo, en Estados Unidos la mediación ya había comenzado a utilizarse como método alternativo de resolución de conflictos. Inicialmente, en los años treinta, enfocado en el ámbito laboral. Posteriormente, en la década de los sesenta, también en el ámbito comunitario y familiar. Gracias a la práctica de la mediación en Estados Unidos, surgió el “movimiento ADR”, manifestado en diversas leyes estadounidenses.¹

En abril de 1976, fecha en la que nace el “movimiento ADR”, se celebró la Conferencia Pound por Frank E.A. Sander, profesor de la Facultad de Derecho de Harvard. Esta Conferencia tuvo lugar con ánimo de lidiar con las deficiencias del sistema judicial estadounidense. Para ello, se establecieron los llamados “*court-connected* ADR”, como es la mediación intrajudicial, mediante la cual el juez, cuando le planteaban una demanda, remitía el asunto con la finalidad de que se tramitara por la vía de los mecanismos de resolución de conflictos.

La inquietud derivada del indebido funcionamiento de la justicia llegó a Europa, y para hacer frente al problema en cuestión, se creó el programa “The Florence Access to Justice Project”, integrados en el mismo tanto académicos norteamericanos como europeos. Este proyecto delineó una corriente de pensamiento, nombrada

¹ Macho, C. (2014). Origen y evolución de la mediación: el nacimiento del <movimiento ADR> en Estados Unidos y su expansión a Europa. En *Anuario de Derecho Civil* (Vol. 67, pp. 931–996). Boletín Oficial del Estado. <https://dialnet.unirioja.es/ejemplar/376523>.

“movimiento de acceso a la justicia”, que tiene su origen tanto en los países occidentales cuyo sistema es el *common law*, como en los del *civil law*.

No obstante, es de gran relevancia la disimilitud entre el *common law* y el *civil law*. La divulgación del movimiento ADR resultó más sencillo en los países del *common law*, debido a que a diferencia de los que tienen como sistema el *civil law*, son más prácticos y no se encuentran tan sujetos a lo estipulado en la ley. Al ser Reino Unido, Irlanda y en parte Chipre los únicos países europeos cuyo sistema es el *common law*, la llegada del movimiento ADR a Europa fue mediante los mismos.

Comenzó a vislumbrarse el éxito de los métodos de resolución de conflictos en los países del *common law*, y ello suscitó un gran interés por los mismos en los demás Estados, concretamente por la mediación. La mediación en los países del *common law* vino desarrollada por una extensa etapa de práctica, al contrario que los del *civil law*, cuya ordenación fue precoz debido a su ímpetu codificador y atendiendo al hecho de que su principal fuente de Derecho es la Ley.

Otro de los factores que influyó en los países del *civil law* fueron las Recomendaciones del Consejo de Europa, destacando, entre otras, la *Recomendación n.º 7/1981 del Comité de Ministros a los Estados miembros, relativa a medidas tendentes a facilitar el derecho de acceso a la justicia*. Esta Recomendación fue pionera y su propósito era incentivar el uso de los métodos de resolución de conflictos como alternativa al proceso judicial, bien antes de iniciarse el mismo, bien durante el proceso.

La práctica de la mediación en diversos países de Europa comenzó en el ámbito familiar a mediados de los ochenta. En el año 1988 se fundó en España, concretamente en San Sebastián, el llamado *Servicio de Mediación a la familia en conflicto*, calificado como el primero del país.

La Unión Europea en los años noventa fue cautivada por los métodos de resolución de conflictos, especialmente por la mediación. El 19 de abril de 2002 se aprobó el *Libro Verde*² acerca de los métodos alternativos de solución de conflictos en materia civil y mercantil, publicado por la Comisión. La Comisión expuso que deben considerarse los métodos alternativos de resolución de conflictos desde una perspectiva de

² Libro Verde: Se incorpora en la actividad de la Unión Europea con el fin de lograr un espacio de seguridad, justicia y libertad además de asegurar un mejorado acceso a la justicia.

apaciguamiento social y no como una vía para superar los obstáculos del funcionamiento de los tribunales. El Libro Verde tiene como finalidad “*encontrar respuestas al equilibrio delicado entre la necesidad de guardar la flexibilidad de estos procesos garantizando al mismo tiempo su calidad, y la articulación armoniosa con los procedimientos judiciales.*”³

A raíz del Libro Verde, y tras la propuesta de Directiva sobre mediación de la Comisión, de 22 de octubre de 2004, se aprobó *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*. Esta Directiva fue crucial, ya que su adopción supuso que la mediación civil y mercantil estuviera recogida en los ordenamientos jurídicos de todos los Estados miembros de la Unión Europea.

2.1 Qué es la mediación

La mediación consta de múltiples definiciones, entre otras, la recogida en el artículo 1 de la Ley 5/2012 de Mediación: “*Se entiende por mediación aquel medio de solución de controversias, cualquiera que sea su denominación, en que dos o más partes intentan voluntariamente alcanzar por sí mismas un acuerdo con la intervención de un mediador.*”⁴

La mediación es un método de resolución de conflictos que consta de una serie de principios indispensables reiterados en todas y cada una de sus definiciones: voluntariedad, imparcialidad, neutralidad y confidencialidad.⁵ Estos principios se hallan en la anteriormente mencionada Ley 5/2012, de 6 de julio, de Mediación en Asuntos Civiles y Mercantiles.

Analizando los principios en cuestión, la voluntariedad consiste en que las partes tienen el poder de decisión, es decir, es voluntad de las partes tanto someterse al proceso de la mediación como cesar el mismo en cualquier momento. En cuanto a la imparcialidad y neutralidad, van de la mano. Son dos principios cuyo significado es

³ Barona, S. (2012). La Unión Europea y el fomento de la mediación. En *Estudios sobre el Significado e Impacto de la Mediación: ¿una Respuesta Innovadora en los Diferentes Ámbitos Jurídicos?* (1.ª ed., pp. 32–33). Aranzadi.

⁴ Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles (BOE 7 de julio de 2012).

⁵ Lorenzo, J., & González, M.ª. (2018). Principios de mediación. En *¿Qué es la mediación?* (pp. 13–14). Tébar Flores. <https://elibro-net.ehu.idm.oclc.org/es/ereader/eHu/106014?page=5>.

similar, la imparcialidad trata de no posicionarse a favor o en contra de ninguna de las partes, impulsando la objetividad del mediador a lo largo del proceso, mientras que la neutralidad tiene su base en los valores, es decir, el mediador no debe tratar de guiar a las partes para que alcancen un acuerdo que tenga mayor semejanza con sus propios valores.⁶ Por último, en lo que a la confidencialidad se refiere, tanto las partes como el mediador tienen la obligación de mantener en privado todo el proceso en cuestión, salvo en dos excepciones previstas por la Ley 5/2012: “a) *Cuando las partes de manera expresa y por escrito les dispensen del deber de confidencialidad.* b) *Cuando, mediante resolución judicial motivada, sea solicitada por los jueces del orden jurisdiccional penal.*”⁷

Hay abundantes modelos de mediación, sin embargo, son tres los que se encuentran afianzados: el modelo Tradicional-Lineal de Harvard, el modelo Circular-Narrativo de Sara Cobb y el modelo Transformativo de Bush y Folger.⁸

El modelo Tradicional-Lineal está representado principalmente por Roger Fisher y William Ury, dos académicos de la Universidad de Harvard que además de fundar el *Harvard Negotiation Project*, escribieron el bestseller “Obtenga el sí”, Fisher en concepto de autor y Ury en concepto de co-autor, “*que parte de la consideración de cuáles deberían ser los elementos esenciales a considerar en toda negociación para obtener un acuerdo sin ceder frente a la otra parte*”⁹. El objetivo de este modelo es alcanzar el acuerdo entre las partes.¹⁰ Tiene su base en una comunicación lineal, esto es, el mediador facilita la comunicación mediante preguntas abiertas para no restringir la flexibilidad de las respuestas de las partes. Es destacable en este método la aireación del conflicto por las partes, entendiendo como tal que “*se considera muy importante que puedan expresarse en el comienzo del proceso, dejando salir todas*

⁶ Barona, S. (2012). Principios de la mediación y sus ventajas. En *Estudios sobre el Significado e Impacto de la Mediación: ¿una Respuesta Innovadora en los Diferentes Ámbitos Jurídicos?* (1.ª ed., pp. 47–52). *op. cit.*

⁷ Ley 5/2012.

⁸ Lorenzo, J., & González, M.ª. (2018). Modelos de mediación. En *¿Qué es la mediación?* (p. 15). *op. cit.*

⁹ Hernández, C. (2014, 1 julio). Modelos aplicables en mediación intercultural. *Barataria. Revista Castellano-Manchega de Ciencias sociales*, 17, 68. <https://doi.org/10.20932/barataria.v0i17.56>.

¹⁰ Mijangos, R. (2012, 7 diciembre). ESCUELAS DE MEDIACIÓN (II) MODELO TRADICIONAL-LINEAL O HARVARD. Bufete Mijangos. <https://bufete-mijangos.es/escuelas-de-mediacion-ii-modelo-tradicional-lineal-o-harvard/>.

*sus emociones, como si fuera un efecto de catarsis, y se cree que de esta forma se evitará que las emociones entorpezcan más adelante el proceso.*¹¹

La representante del modelo Circular-Narrativo es Sara Cobb, profesora y mediadora de la Universidad de California en el campus de Santa Cruz.¹² Así como en el modelo Tradicional-Lineal el objetivo es lograr el acuerdo, el Circular-Narrativo se centra más en transformar la historia que traen las partes y de esa manera construir una historia alternativa.¹³ La comunicación es analógica y digital, es decir, este modelo se focaliza en los aspectos verbales y no verbales de la comunicación.¹⁴ En cuanto a su denominación, es debido a que tiene su base en la causalidad circular, entendiéndose por tal la inexistencia de una única causa que origine un resultado concreto, sino más bien una causalidad que se retroalimenta continuamente.¹⁵

Por último, tenemos el modelo Transformativo de Bush y Foger. En 1994 publicaron una obra denominada *“La promesa de la mediación. Cómo afrontar el conflicto a través del fortalecimiento propio y el reconocimiento de los otros.”*¹⁶ El objetivo de este modelo es la modificación de las relaciones entre las partes, dejando en un segundo plano, aunque siga siendo su finalidad, la obtención de un acuerdo.¹⁷ Otra de las características fundamentales de este modelo es el *“empowerment”* (empoderamiento). El empoderamiento es revestirse de poder, y se efectúa tanto mediante la revalorización de la persona como mediante el reconocimiento de la capacidad de relacionarse con otros. La revalorización consiste en ser consciente del control que tienes sobre tus propias decisiones y en darse cuenta de cuáles son tus

¹¹ Idachkin, P. M. (2006). *Los Conflictos en Mediación Escolar*. Monografías. <https://www.monografias.com/trabajos47/mediacion-escolar/mediacion-escolar2.shtml>.

¹² Munuera, P. (2007). El modelo circular narrativo de Sara Cobb y sus técnicas. *Portularia. Revista de Trabajo Social*, 7. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2541476>.

¹³ Viana, M. I. (2011). La mediación: características, modelos, proceso, técnicas y herramientas de la persona mediadora y límites a la mediación. En *La mediación en el ámbito educativo en España. Estudio comparado entre Comunidades Autónomas* (1ª ed., pp. 71–89). <https://roderic.uv.es/handle/10550/24577>.

¹⁴ Lorenzo, J., & González, M.ª. (2018). Modelos de mediación. En *¿Qué es la mediación?* (p. 17). *op. cit.*

¹⁵ Viana, M. I. (2011). La mediación: características, modelos, proceso, técnicas y herramientas de la persona mediadora y límites a la mediación. En *La mediación en el ámbito educativo en España. Estudio comparado entre Comunidades Autónomas* (1ª ed., pp. 71–89). *op. cit.*

¹⁶ Giménez, C. (2001, diciembre). Modelos de mediación y su aplicación en mediación intercultural. *Revista Migraciones*, 10. https://mediacionesjusticia.files.wordpress.com/2013/04/gimenez_modelos-demediacion.pdf.

¹⁷ Hernández, C. (2014, 1 julio). Modelos aplicables en mediación intercultural. *Barataria. Revista Castellano-Manchega de Ciencias sociales*, 17, 68. *op. cit.*

objetivos y ambiciones. Por otro lado, el reconocimiento reside en sentir y mostrar empatía por la otra parte, admitir que eres capaz de ver el conflicto desde otro punto de vista y tener el valor de disculparse.¹⁸

Una vez examinados los tres modelos más extendidos de mediación, entramos al análisis de sus objetivos, que son tres principalmente: la generación de confianza, la legitimación y el reencuadre.¹⁹ La generación de confianza debe ser lo principal para un mediador, entendiendo la confianza basada en cuatro vertientes: “*confiar en el mediador, confiar en el proceso de mediación, confiar en uno mismo y confiar en la otra parte.*”²⁰

En cuanto a la legitimación, es primordial en sus cuatro aspectos para avanzar en el proceso de mediación: “*legitimación del mediador, legitimación de cada persona frente a sí misma, legitimación de ambas partes y legitimación del contenido.*”²¹ Es de tal importancia debido a que permite que las partes accedan a la participación y tengan la capacidad para modificar su postura en el suceso. Además, tiene una estrecha relación con la generación de confianza, ya que sin legitimación no podría darse la misma.²²

Para finalizar, tenemos el reencuadre. El reencuadre tiene que ver con la perspectiva. Dependiendo de la perspectiva desde la que observes el conflicto, una historia que puede parecer perjudicial, puede convertirse incluso en algo ventajoso. Con lo cual, la clave está en vislumbrar el suceso desde diversas perspectivas y enfocarse en la que resulte más positiva.²³

¹⁸ Percaz, M. (2020, 13 diciembre). *Modelo transformativo de Mediación*. Mediación Escolar. <https://mediacionescolar.org/modelo-transformativo-mediacion/>.

¹⁹ Lorenzo, J., & González, M. ^a. (2018). Objetivos de la mediación. En *¿Qué es la mediación?* (pp. 18-20). *op. cit.*

²⁰ *Ibíd.*, p. 18.

²¹ Murciano, G. (2016, 1 abril). *¿Por qué se usa la legitimación en los procesos de mediación?* El Blog Jurídico de Sepín. <https://blog.sepin.es/2014/12/por-que-se-usa-la-legitimacion-en-los-procesos-de-mediacion/>.

²² Lorenzo, J., & González, M. ^a. (2018). Objetivos de la mediación. En *¿Qué es la mediación?* (p. 19). *op. cit.*

²³ Roca, E. (2015). *Cómo mejorar tus habilidades sociales* (4.^a ed.). ACDE. https://www.cop.es/colegiados/PV00520/Reencuadre_extracto%20libro.pdf.

Para ir culminando con este subapartado, cabe señalar tanto las ventajas como las desventajas del proceso de mediación. Para empezar, uno de los puntos más reseñables de este proceso es el ahorro de tiempo y coste que supone a los particulares. Optar por la mediación es mucho más rápido, puesto que los acuerdos con este método de resolución de conflictos se obtienen en sesiones durante unas semanas e incluso en un par de horas, a diferencia del proceso judicial, en el que has de esperar meses o años hasta dictarse sentencia firme.²⁴ Otra de sus ventajas es que gracias a la mediación se produce una descarga en los tribunales que supone una mayor agilidad y conlleva que gran parte de los conflictos se resuelvan de manera mucho más apacible contribuyendo a la construcción de una sociedad más armónica.²⁵ Además de ser rápida también es económica, con lo cual, al ser un método asequible, abarca una mayor accesibilidad de los ciudadanos al mismo.²⁶

Siguiendo con las ventajas, es significativa la flexibilidad en la mediación. Al ser más flexible posibilita que se obtengan acuerdos que se ajusten a las necesidades de las personas, y también se logran acuerdos mucho más creativos, ya que dota a las partes de una libertad a la hora de opinar en el proceso de la que no gozan los tribunales por la inflexibilidad de sus sentencias.²⁷ No hay posiciones de ganador-perdedor como es habitual en los procesos judiciales, en la mediación ambas partes salen ganando y además los acuerdos que se alcanzan suelen ser más persistentes.²⁸

Una vez señaladas algunas de las ventajas más considerables de este método de resolución de conflictos, pasamos a analizar algunas de sus desventajas. Por ejemplo, que la información no se haga pública se considera un aspecto favorable en el ámbito familiar, pero puede ser un problema en otras materias atendiendo a que en ocasiones una de las partes lo podría requerir, como podría ser ante un tribunal, y no conseguirlo. Otra de sus desventajas sería la realización de un acuerdo de manera indebida a

²⁴ Asociación de Mediadores para la Resolución de Conflictos. (2019, 21 mayo). *Ventajas de la Mediación*. Mediamos. <http://www.mediamos.org/ventajas>.

²⁵ Lorenzo, J., & González, M. ^a. (2018). ¿Por qué aparece la mediación?. En *¿Qué es la mediación?* (p. 10). *op. cit.*

²⁶ Asociación de Mediadores para la Resolución de Conflictos. (2019, 21 mayo). *Ventajas de la Mediación*. Mediamos. *op. cit.*

²⁷ Asociación de Mediación y Pacificación de Conflictos de Castilla-La Mancha. (2015, 17 enero). *Ventajas de la mediación*. Mediacon. <https://www.mediacon.es/ventajas-de-la-mediacion/>.

²⁸ Lorenzo, J., & González, M. ^a. (2018). ¿Por qué aparece la mediación?. En *¿Qué es la mediación?* (p. 10). *op. cit.*

consecuencia de la incompetencia de la persona mediadora. Las personas mediadoras gozan de profesionalidad. No obstante, cabe la posibilidad de contratar a alguien que por el hecho de haber sobrellevado una situación similar al conflicto en el que debe mediar, tienda a favorecer a una de las partes.²⁹

Como podemos observar con lo anteriormente mencionado, la mediación goza de más ventajas que desventajas, y es por esto que las personas optan mayoritariamente por este proceso antes que acudir a los tribunales.

2.2. Mediación intrajudicial y extrajudicial

La mediación intrajudicial se da cuando las partes han iniciado un proceso judicial pero el juez les invita a solucionar sus controversias mediante un procedimiento de mediación.³⁰ Dicho procedimiento se lleva a cabo “*en los servicios que los juzgados prestan por medio de convenios con diversas instituciones*”.³¹

La mediación extrajudicial, por su parte, se da sin tener que iniciar un proceso judicial. Las partes, de manera voluntaria, se someten a un procedimiento de mediación con el fin de resolver su conflicto de la mano de un mediador cualificado.³² Por tanto, la mediación intrajudicial y extrajudicial solamente se diferencian en la manera de acceder al procedimiento de mediación.³³

Hoy en día, la mediación intrajudicial plantea un problema. Los tribunales, una vez analizado el conflicto y determinado que la gestión del mismo se puede realizar de manera más satisfactoria mediante un procedimiento de mediación, deberían tener servicios de mediación dotados de mediadores formados y experimentados a su

²⁹ Herrera, B.(2010). *La mediación: una solución igualitaria para la resolución de conflictos. Análisis de la mediación educativa*. (Trabajo de Fin de Máster). Universidad de Salamanca, España. https://gredos.usal.es/bitstream/handle/10366/80254/TFM_EstudiosInterdisciplinariosGenero_HerreraSánchez_B.pdf?sequence=1.

³⁰ Centro de Conciliación Mediación y Arbitraje S.L. (2018). *¿Mediación intrajudicial o mediación extrajudicial?* <http://www.centrodeconciliacionmediacionyarbitraje.es/mediacion.html>.

³¹ Ortiz, A. (2014, 25 agosto). Mediación intrajudicial y extrajudicial, dos caras de una realidad. *Lawyerpress News*. http://www.lawyerpress.com/news/2014_08/2508_14_004.html.

³² Centro de Conciliación Mediación y Arbitraje S.L. (2018). *¿Mediación intrajudicial o mediación extrajudicial?*. *op. cit.*

³³ Ortiz, A. (2014, 25 agosto). Mediación intrajudicial y extrajudicial, dos caras de una realidad. *Lawyerpress News*. *op. cit.*

alcance. No obstante, no se ha logrado esa unión entre servicios de mediación que estén comprendidos por mediadores debidamente cualificados y los tribunales.³⁴

Se plantean dos opciones para que esa conexión pueda llegar a lograrse. La primera consiste en “una unidad judicial” dirigida por un Letrado de la Administración de Justicia o Gestor con formación propia en mediación, gestionada bien por los servicios comunes de los tribunales, bien desde el Decanato o Presidencia del Tribunal. La unidad en cuestión se ocuparía de conformar la conexión entre los tribunales y los Centros de mediación, así como de realizar el listado de mediadores y efectuar una comprobación de la cualificación de los mismos. Asimismo, tendrían que “desarrollar los programas de información y de formación específica dirigida al personal de la Administración de Justicia.”³⁵

De no ser posible la “unidad judicial”, se contaría con una lista de mediadores en la Secretaría del Decanato o en la Secretaría de la Presidencia del Tribunal provincial o autonómico, mediadores formados y experimentados entre los que se dividirán las mediaciones derivadas desde los Juzgados y Salas. Una vez asignado el caso a un mediador en concreto, el Decanato o Secretaría de Presidencia debe informar al Juzgado solicitante de dicha asignación.

2.3. Diferencias con la conciliación, el arbitraje y la negociación

La conciliación, el arbitraje y la negociación, al igual que la mediación, son métodos de resolución alternativa de conflictos. Antes de entrar a comentar las diferencias como tal, conviene discernir entre los métodos cuya base es la heterocomposición y los que tienen como base la autocomposición.³⁶

El arbitraje tiene como soporte la heterocomposición, esto es, un tercero ajeno a las partes va a tratar de resolver el conflicto desde fuera. El arbitraje consiste en un procedimiento en el cual un juez privado, el árbitro, es contratado para decidir sobre el

³⁴ Montserrat, A., Lastra, A., Uría, M., Camp, R., Collado, M., & De Benito, J. L. (2013). Guía para la práctica de la mediación intrajudicial. *Revista del Poder Judicial*. <http://asociacionpactum.org/doctrina/MEDIACION%20INTRAJUDICIAL%20CGPJ.pdf>.

³⁵ *Ibidem*.

³⁶ Vázquez, E. (2013). Clasificación de los sistemas de ADR. En *Practicum mediación* (1.ª ed., p. 54). Aranzadi.

conflicto fundándose en derecho dando la razón a una de las partes mediante la emisión de un laudo.

Por otra parte, la conciliación, la negociación y la mediación son sistemas autocompositivos, por lo que encontraremos más semejanzas entre estos métodos. En los sistemas autocompositivos, las partes toman el control del conflicto y son ellos quienes proporcionarán una solución al mismo.

Con la conciliación lo que se pretende es o bien no comenzar el litigio o bien finalizar el pleito comenzado. Para ello, las partes deben llegar a un acuerdo ante un tercero, juez de paz o secretario judicial, para resolver el conflicto.³⁷ En cuanto a la negociación, es el sistema más desarrollado en nuestra sociedad por el cual las partes con el fin de alcanzar un acuerdo rehúsan a parte de sus intereses. La negociación es bilateral, no hay terceros, las partes constan con un representante oficial y son ellos los que negociarán para lograr un acuerdo favorable para todos.³⁸

Las diferencias entre la mediación y el arbitraje parten desde su base, debido a que el arbitraje es un sistema heterocompositivo, la controversia la resuelve un tercero, y la mediación es un sistema autocompositivo, las partes son los que resuelven su propio conflicto con la ayuda de un tercero.³⁹

Partiendo de esa base, otra de sus diferencias es respecto a la aplicación de la ley a la hora de resolver el conflicto. Así como en el arbitraje la resolución del mismo es mediante la aplicación por un árbitro de la normativa y las leyes existentes, en la mediación se trata de resolverlo con la utilización de mecanismos menos formales pero igual de válidos.⁴⁰ En el arbitraje es el árbitro quien pone fin a la controversia mediante la emisión de un laudo que es de obligado cumplimiento para las partes. En la mediación, sin embargo, son las partes quienes ponen fin a la controversia de

³⁷ San Cristóbal, S. (2012, diciembre). Sistemas alternativos de resolución de conflictos: negociación, conciliación, mediación, arbitraje, en el ámbito civil y mercantil. *Anuario Jurídico y Económico Escurialense*, 46. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=4182033>.

³⁸ Vázquez, E. (2013). Clasificación de los sistemas de ADR. En *Practicum mediación* (1.ª ed., p. 54). *op. cit.*

³⁹ Juspedia. (2020, 15 marzo). *Diferencias entre arbitraje, conciliación, negociación y mediación*. <https://juspedia.es/diferencias-entre-arbitraje-conciliacion-negociacion-y-mediacion>.

⁴⁰ Q Abogados despacho jurídico. (2018, 14 septiembre). *Diferencia entre Mediación y Arbitraje*. Q Abogados. <https://qabogados.es/diferencia-entre-mediacion-y-arbitraje/>.

manera voluntaria cuando logren el acuerdo, sin necesidad de que sea vinculante para las partes.⁴¹

En cuanto a la conciliación y la mediación, son menores las disimilitudes debido a que ambos son sistemas autocompositivos. Son distintos en cuanto a la participación, en la conciliación el conciliador tiene un papel más participativo en el proceso puesto que tiene la posibilidad de plantear soluciones a las partes. No obstante, en la mediación el mediador solamente trata de acercar a las partes sin plantearles soluciones, son ellos los que deben hallarlas. Además, el hecho de que el conciliador pueda ofrecer soluciones a las partes hace que éstas adquieran menor relevancia, a diferencia de la mediación, donde las partes son más protagonistas al ser ellas las que busquen soluciones sin la directriz de un tercero.⁴²

Por último, en lo que a la negociación y mediación se refiere, también son escasas las diferencias por ser sistemas autocompositivos. La principal diferencia radica en que en la negociación son las partes quienes dialogan en busca de un acuerdo que sea satisfactorio para ambos, en la mediación, en cambio, hay un tercero imparcial que favorece el acercamiento entre las partes.⁴³

3. NORMATIVA DE LA MEDIACIÓN

3.1 Normativa europea

Se ve notoriamente reflejado el apoyo de la Unión Europea a las instituciones de ADR con la publicación de la Directiva 2008/52/CE del Parlamento Europeo y del Consejo⁴⁴, cuya transposición en los Estados miembros no podía alargarse más del 21 de mayo

⁴¹ Rienzo, E. (2013, 21 febrero). *La Mediación y el Arbitraje no es lo mismo*. Despacho de Abogados en Madrid y Barcelona | Ceca Magán Abogados. <https://www.cecamaagan.com/la-mediacion-y-el-arbitraje-no-es-lo-mismo/>.

⁴² San Cristóbal, S. (2012, diciembre). Sistemas alternativos de resolución de conflictos: negociación, conciliación, mediación, arbitraje, en el ámbito civil y mercantil. *Anuario Jurídico y Económico Escurialense*, 46. *op. cit.*

⁴³ Abogados Debod. (2015, 27 marzo). *Diferencias entre negociación, mediación y arbitraje*. Debod Abogados. <https://www.abogadosdebod.com/diferencias-entre-negociacion-mediacion-y-arbitraje/>.

⁴⁴ 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.

de 2011. Sin embargo, a día de hoy aún hay varios países que no han realizado la respectiva transposición.⁴⁵

España transpuso la Directiva en cuestión mediante la aprobación del Real Decreto Ley 5/2012. Para entonces, el plazo de transposición que concedía la Directiva ya había sido incumplido por nuestro país, y es por esto que la Comisión, en julio de 2011, remitió “cartas de emplazamiento”⁴⁶ a diversos países: República Checa, España, Francia, Chipre, Luxemburgo, los Países Bajos, Finlandia, Eslovaquia y Reino Unido. España, así como los demás Estados, salvo Finlandia, Eslovaquia y Reino Unido, tuvieron que prestar atención al contenido del dictamen motivado que recibieron por la Comisión en el plazo señalado. El dictamen motivado es “*el segundo y último eslabón de la fase pre-contenciosa del procedimiento de infracción*”⁴⁷, si los Estados no cumplen con su objeto, la Comisión tiene la posibilidad de presentar ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea una demanda por incumplimiento, que fue el fundamento de la premura que acreditó la aprobación de la ley estatal de mediación mediante el Real Decreto Ley.

La Directiva 2008/52/CE consta de treinta Considerandos y catorce artículos, y tiene un doble objetivo: por un lado, aspira a que en la Unión Europea se precise un régimen jurídico común acerca de la mediación, y por otro, quiere ayudar a impulsar la mediación en los diversos países de la Unión. Son dos objetivos dispares pero adicionales.⁴⁸

Al efecto de los objetivos mencionados, el ámbito de aplicación de la Directiva, atendiendo a su Considerando 8, a pesar de haber sido concebida para los litigios transfronterizos, se extiende a cualquier tipo de discusión sin que tenga que ser de carácter transfronterizo⁴⁹: “*Las disposiciones de la presente Directiva solo se refieren a*

⁴⁵ Esplugues, C. (2012). Bases sobre las que descansa la Directiva 2008/52/CE. En *Estudios sobre el Significado e Impacto de la Mediación: ¿una Respuesta Innovadora en los Diferentes Ámbitos Jurídicos?* (1.ª ed., pp. 75–76). *op. cit.*

⁴⁶ Cartas de emplazamiento: Requerimiento que presenta la Comisión a un Estado miembro por incumplimiento de una obligación establecida por los tratados o el derecho derivado, dándole un plazo para que presente sus observaciones.

⁴⁷ Vázquez, E. (2013). 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 *Practicum mediación* (1.ª ed., p. 34). *op. cit.*

⁴⁸ Esplugues, C. (2012). Bases sobre las que descansa la Directiva 2008/52/CE. En *Estudios sobre el Significado e Impacto de la Mediación: ¿una Respuesta Innovadora en los Diferentes Ámbitos Jurídicos?* (1.ª ed., pp. 76–77). *op. cit.*

⁴⁹ *Ibidem.*

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."⁵⁰

Su entrada en vigor fue veinte días después de que se publicara en el <<Diario Oficial de la Unión Europea>>, de acuerdo con el artículo 14: "*La presente Directiva entrará en vigor a los veinte días de su publicación en el Diario Oficial de la Unión Europea.*"⁵¹ En cuanto a los destinatarios, son los Estados miembros⁵², a excepción de Dinamarca, tal y como se establece en el Considerando 30: "*De conformidad con los artículos 1 y 2 del Protocolo sobre la posición de Dinamarca, anejo al Tratado de la Unión Europea y al Tratado constitutivo de la Comunidad Europea, Dinamarca no participa en la adopción de la presente Directiva y, por tanto, no está vinculada por la misma ni sujeta a su aplicación.*"⁵³

Para el logro de un espacio europeo de libertad, seguridad y justicia, así como de la salvaguardia del principio de acceso a la justicia, son tan necesarios los métodos judiciales como los extrajudiciales, en virtud del Considerando 5: "*El objetivo de asegurar un mejor acceso a la justicia, como parte de la política de la Unión Europea encaminada a establecer un espacio de libertad, seguridad y justicia, debe abarcar el acceso a métodos tanto judiciales como extrajudiciales de resolución de litigios. La presente Directiva debe contribuir al correcto funcionamiento del mercado interior, en particular en lo referente a la disponibilidad de servicios de mediación.*"⁵⁴

Las diversas ventajas de la mediación quedan plasmadas a lo largo de la presente Directiva. El Considerando 6 versa sobre lo ágil y ahorrativo que supone este método de resolución de conflictos, además de la manera en que se acopla el procedimiento a las necesidades de las partes, conservando una buena relación entre las mismas. Además, es más factible que los acuerdos provenientes de este método se cumplan de manera voluntaria. Los puntos positivos comentados son aún más apreciables al tratarse de conflictos transfronterizos.⁵⁵

⁵⁰ Directiva 2008/52/CE, Considerando 8.

⁵¹ *Ibíd.*, Artículo 13. Entrada en vigor.

⁵² *Ibíd.*, Artículo 14. Destinatarios.

⁵³ *Ibíd.*, Considerando 30.

⁵⁴ *Ibíd.*, Considerando 5.

⁵⁵ *Ibíd.*, Considerando 6.

Aun observando los beneficios de este mecanismo de resolución de conflictos no es tanto su empleo en la Unión Europea, es por esto que es de vital envergadura el hecho de promocionar un uso más reiterado del mismo. Para lograrlo, “*es necesario establecer una legislación marco que aborde, en particular, los aspectos fundamentales del procedimiento civil.*”⁵⁶ Dicha promoción es realizada por esta Directiva “*mediante un llamamiento expreso a la publicidad por parte de las autoridades públicas y de los operadores jurídicos sobre la existencia, disponibilidad y bondades de la institución*”⁵⁷, reflejado en el Considerando 25 y en los artículos 5, 9 y 10.

Como hemos mencionado anteriormente, uno de los objetivos de la Directiva es ayudar a impulsar la mediación en el territorio de la Unión Europea, y es por esto que se necesita una noción uniforme de lo que quiere decir esta institución⁵⁸, que viene establecida en el artículo 3.a): “*«mediación»: un procedimiento estructurado, sea cual sea su nombre o denominación, en el que dos o más partes en un litigio intentan voluntariamente alcanzar por sí mismas un acuerdo sobre la resolución de su litigio con la ayuda de un mediador. Este procedimiento puede ser iniciado por las partes, sugerido u ordenado por un órgano jurisdiccional o prescrito por el Derecho de un Estado miembro.*”⁵⁹ La noción descrita en el artículo se refiere no solo a la mediación llevada a cabo fuera del proceso judicial, sino también a la mediación desarrollada en el mismo. Atendiendo tanto al Considerando 12 como al artículo 3.a).II⁶⁰, a su vez, “*la Directiva se aplica a aquellas mediaciones desarrolladas por un juez que no sea responsable de ningún procedimiento judicial vinculado a dicho litigio. No incluye 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 este litigio.*”⁶¹

⁵⁶ *Ibíd.*, Considerando 7.

⁵⁷ Esplugues, C. (2012). La noción de <<mediación>> en la Directiva 2008/52/CE. En *Estudios sobre el Significado e Impacto de la Mediación: ¿una Respuesta Innovadora en los Diferentes Ámbitos Jurídicos?* (1.ª ed., p. 78). *op. cit.*

⁵⁸ *Ibíd.*, p. 79.

⁵⁹ Directiva 2008/52/CE, Artículo 3.a).

⁶⁰ *Ibíd.*, Considerando 12 y artículo 3.a).II.

⁶¹ Esplugues, C. (2012). Ámbito material de la Directiva 2008/52/CE. En *Estudios sobre el Significado e Impacto de la Mediación: ¿una Respuesta Innovadora en los Diferentes Ámbitos Jurídicos?* (1.ª ed., p. 80). *op. cit.*

Este concepto definido en la Directiva ha servido de sustento a la regulada en la normativa estatal, específicamente en el artículo 1 de la Ley 5/2012: “*Se entiende por mediación aquel medio de solución de controversias, cualquiera que sea su denominación, en que dos o más partes intentan voluntariamente alcanzar por sí mismas un acuerdo con la intervención de un mediador.*”⁶²

Cabe destacar la voluntariedad del proceso, tanto en la Directiva como en la Ley 5/2012. No obstante, en virtud del artículo 5.2 de la Directiva, a pesar del carácter voluntario de esta institución en cuestión, “*la presente Directiva no afectará a la legislación nacional que estipule la obligatoriedad de la mediación o que la someta a incentivos o sanciones, ya sea antes o después de la incoación del proceso judicial, siempre que tal legislación no impida a las partes el ejercicio de su derecho de acceso al sistema judicial.*”⁶³

Adentrándonos en el ámbito material, debemos concretar dos conceptos que extraemos del artículo 1.2: el carácter transfronterizo y la materia civil y mercantil de los litigios. En cuanto al concepto de litigio transfronterizo, el artículo 2.1 de la Directiva expone lo siguiente: “*aquel en que al menos una de las partes está domiciliada o reside habitualmente en un Estado miembro distinto del Estado miembro de cualquiera de las otras partes en la fecha en que: a) las partes acuerden hacer uso de la mediación una vez surgido el litigio, o b) un tribunal dicte la mediación, c) sea obligatorio recurrir a la mediación a tenor de la legislación nacional, o d) a efectos del artículo 5, se remita una invitación a las partes.*”⁶⁴ Por tanto, lo fundamental es que las partes del litigio estén en distintos Estados miembros, hecho que desemboca en los conceptos de “residencia habitual” y “domicilio”. La figura del “domicilio” al ser jurídica, su acepción puede ser alterada dependiendo del país de la Unión del que se trate, es por esto que el artículo 2.3 de la Directiva establece que en atención a los artículos 59 y 60 del Reglamento Bruselas I se concretará el domicilio de las partes.⁶⁵

En lo que a la noción de asuntos civiles y mercantiles respecta, debe comprenderse prestando atención “*al significado que ambos términos han obtenido en la amplia práctica del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en relación con el ámbito de*

⁶² Ley 5/2012.

⁶³ Directiva 2008/52/CE, Artículo 5.2.

⁶⁴ *Ibid.*, Artículo 2.1.

⁶⁵ *Ibid.*, Artículo 2.3.

*aplicación del mencionado Reglamento Bruselas I.*⁶⁶ Con lo cual, son nociones que precisan de una extensa interpretación. Sin embargo, lo que es evidente es que no es de aplicación a *“los asuntos fiscales, aduaneros o administrativos, ni a la responsabilidad del Estado por actos u omisiones en el ejercicio de su autoridad soberana”*, artículo 1.2.⁶⁷

Además, hay ciertos aspectos que no entran dentro del concepto “materia civil y mercantil”, como son *“los derechos y obligaciones que no estén a disposición de las partes en virtud de la legislación pertinente”*⁶⁸, artículo 1.2 y Considerando 10. Tampoco es aplicable *“a las negociaciones precontractuales ni a los procedimientos de carácter cuasi jurisdiccional como determinados mecanismos de conciliación judicial, los sistemas aplicables a las reclamaciones de consumo, el arbitraje, y la determinación por experto, y tampoco a los procesos administrados por personas u órganos que formulan recomendaciones formales, ya sean jurídicamente vinculantes o no, sobre la solución del conflicto”*⁶⁹, Considerando 11. Por último, el Considerando 14 establece que *“nada de lo dispuesto en la presente Directiva debe afectar a la legislación nacional que haga obligatorio el uso de la mediación o que la someta a incentivos o sanciones, siempre que tal legislación no impida a las partes el ejercicio de su derecho de acceso al sistema judicial. Tampoco afectará nada de lo dispuesto en la presente Directiva a los sistemas de mediación autorreguladores vigentes, en la medida en que se ocupen de aspectos que no estén cubiertos por la presente Directiva.”*⁷⁰

Para culminar con el análisis de la presente Directiva, cabe mencionar ciertos puntos considerables de la mediación que se desarrollan a lo largo de la misma: *“la voluntariedad, la ejecutabilidad del acuerdo alcanzado por las partes, la confidencialidad de la mediación y la paralización de los períodos de prescripción, caducidad respecto de las acciones susceptibles de iniciarse por las partes*

⁶⁶ Esplugues, C. (2012). Ámbito material de la Directiva 2008/52/CE. En *Estudios sobre el Significado e Impacto de la Mediación: ¿una Respuesta Innovadora en los Diferentes Ámbitos Jurídicos?* (1.ª ed., p. 85). *op. cit.*

⁶⁷ Directiva 2008/52/CE, Artículo 1.2.

⁶⁸ *Ibid.*, Artículo 1.2 y Considerando 10.

⁶⁹ *Ibid.*, Considerando 11.

⁷⁰ *Ibid.*, Considerando 14.

*intervinientes en el proceso de mediación y la publicidad y la formación de los mediadores*⁷¹

La voluntariedad como bien ya sabemos, es uno de los principios elementales de la mediación, y se ve reflejada a lo largo de este texto comprendida como concepto por el cual las partes se hacen cargo del proceso, estructurándolo a su manera y finalizándolo cuando crean conveniente. Aun así, la voluntariedad no obstaculiza “a los órganos jurisdiccionales la posibilidad de establecer límites temporales al procedimiento de mediación”; ni a “poder señalar a las partes la posibilidad de la mediación, cuando resulte oportuno.”⁷²

Para la plena eficacia de la mediación en este tipo de conflictos, el acuerdo que hayan logrado las partes al finalizar el procedimiento de mediación ha de tener fuerza ejecutiva, tarea que se les encomienda a los Estados miembros, excepto “cuando el contenido del acuerdo sea contrario a la legislación del Estado miembro, o cuando la misma no contemple la fuerza ejecutiva del acuerdo alcanzado”⁷³, en virtud de los Considerandos 19, 20 y 21, además del artículo 6.⁷⁴

La confidencialidad se recoge en el artículo 7, entendiéndose por tal que “ni los mediadores ni las personas que participan en la administración del procedimiento de mediación estén obligados a declarar, en un proceso judicial civil o mercantil o en un arbitraje, sobre la información derivada de un procedimiento de mediación o relacionada con dicho proceso.”⁷⁵ En el mismo artículo se establecen las excepciones a dicho principio: “a) cuando sea necesario por razones imperiosas de orden público en el Estado miembro de que se trate, en particular cuando así lo requiera la protección del interés superior del menor o la prevención de daños a la integridad física o psicológica de una persona, o b) cuando el conocimiento del contenido del

⁷¹ Esplugues, C. (2012). Concretas soluciones presentes en la Directiva 2008/52/CE. En *Estudios sobre el Significado e Impacto de la Mediación: ¿una Respuesta Innovadora en los Diferentes Ámbitos Jurídicos?* (1.ª ed., p. 87). *op. cit.*

⁷² Directiva 2008/52/CE, Considerando 13.

⁷³ Vázquez, E. (2013). 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 *Practicum mediación* (1.ª ed., p. 35). *op. cit.*

⁷⁴ Directiva 2008/52/CE, Considerando 19, 20 y 21, y artículo 6.

⁷⁵ *Ibid.*, Artículo 7.

acuerdo resultante de la mediación sea necesaria para aplicar o ejecutar dicho acuerdo.”

En lo que a la paralización de los períodos de prescripción y caducidad se refiere, la Directiva constriñe a los Estados mediante su artículo 8 a garantizar a las partes a que aun sometiendo a un proceso de mediación la resolución de su conflicto, pueden seguir acudiendo a la vía judicial tanto si ya habían iniciado el proceso como si la mediación fracasa y quieren iniciar un pleito desde cero. Este hecho también se ve reflejado en el Considerando 24: *“Con el fin de alentar a las partes a hacer uso de la mediación, los Estados miembros deben garantizar que sus normas sobre plazos de caducidad y prescripción no impidan a las partes recurrir a los tribunales o al arbitraje en caso de que fracase su intento de mediación. Los Estados miembros deben asegurarse de que se obtenga este resultado, aun cuando la presente Directiva no armonice las normas nacionales sobre prescripción y caducidad. Las disposiciones sobre los plazos de caducidad y prescripción de los acuerdos internacionales, tal como se aplican en los Estados miembros, por ejemplo en el ámbito de la legislación sobre transportes, no deben verse afectadas por la presente Directiva.”*

Para finalizar, la publicidad y formación de mediadores viene regulada en la Directiva en dos esferas distintas: por un lado, *“la publicidad sobre la existencia y enorme potencialidad de la institución”*⁷⁶, artículos 9 y 10; y por otro, *“la calidad de la mediación, directamente vinculada a la formación de los mediadores y al establecimiento de patrones de conducta”*⁷⁷, artículo 4. La publicidad es indispensable para la prosperidad de la mediación en Europa, también lo es la formación de los mediadores, ya que para que los ciudadanos puedan desarrollar una relación de confianza con esta figura es imprescindible que estén debidamente formados.⁷⁸ *“El futuro de la mediación, se dice, aparece directamente ligado a la existencia de mediadores competentes y altamente preparados.”*⁷⁹

3.1.1. Países de la UE donde está más arraigada

⁷⁶ *Ibíd.*, Artículos 9 y 10.

⁷⁷ *Ibíd.*, Artículo 4.

⁷⁸ *Ibíd.*, Considerando 16.

⁷⁹ Vázquez, E. (2013). 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 *Practicum mediación* (1.ª ed., p. 35). *op. cit.*

Hay algunos países de la Unión Europea donde este método de resolución de conflictos está más afincado que en otros. *“La mediación no se ha desarrollado por igual en todos los Estados miembros. Algunos se han dotado de un sistema completo de legislación y normas procesales sobre la mediación, mientras que, en otros, los órganos legislativos han mostrado escaso interés en reglamentar estos procedimientos. Existen, por otra parte, ciertos Estados miembros que tienen una arraigada tradición de mediación, basada esencialmente en la autorregulación.”*⁸⁰

La Directiva 2008/52/CE, como todas, *“es un acto legislativo en el que se establece un objetivo”*.⁸¹ Los países de la Unión Europea tienen el deber de cumplir con el mismo, y para ello recogen e incorporan esas normas en su legislación. Ahora bien, al gozar cada país del poder de decisión en cuanto a cómo realizar el respectivo cumplimiento, los resultados son distintos.

A raíz de lo mencionado, el Parlamento Europeo tras deliberar con más de 816 expertos de toda Europa, publicó un estudio habida cuenta de lo desalentadores que habían sido los resultados logrados tras la directiva. Tal estudio incorporaba un gráfico que mostraba que en la Unión Europea se llevaban a cabo menos de 500 mediaciones al año. Concretamente, el gráfico indicaba los siguientes porcentajes: en el 14% de los países se llevaban a cabo más de 10.000 mediaciones al año, en el 7% entre 5.000 y 10.000, en el 11% entre 2.000 y 5.000, en el 21% entre 500 y 2.000, y por último, en el 47% 500 al año, siendo el porcentaje más alto con diferencia.⁸²

El 14% correspondía a Alemania, Italia, Holanda y Reino Unido, siendo, por ende, los cuatro países de la Unión Europea donde la mediación se encuentra más arraigada. Teniendo en cuenta que Reino Unido ya no forma parte de la Unión, pasamos a analizar los tres países restantes.

⁸⁰ Departamento de Comunicación de la Comisión Europea. (2017, 8 septiembre). *Portal Europeo de e-Justicia - Mediación en los Estados miembros*. Web oficial de la Unión Europea. https://e-justice.europa.eu/content_mediation_in_member_states-64-es.do.

⁸¹ Zato, M. (2018, 24 agosto). Una aproximación al mapa de la mediación en la Unión Europea. *Revista de Mediación*, 8. https://revistademediacion.com/articulos/15_08/.

⁸² Parlamento Europeo. (2014). *«Rebooting» the mediation directive: assessing the limited impact of its implementation and proposing measures to increase the number of mediations in the EU*. [https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/etudes/JOIN/2014/493042/IPOL-JURI_ET\(2014\)493042_EN.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/etudes/JOIN/2014/493042/IPOL-JURI_ET(2014)493042_EN.pdf).

En Alemania se ofrecen servicios de mediación a través de diversas organizaciones como la BAFM (Asociación Federal de Mediación Familiar) o la BM (Asociación Federal de Mediación). Las áreas más comunes de mediación son el Derecho de familia, el Derecho de sucesiones y el Derecho Mercantil, teniendo en cuenta que se acepta en cualquier campo a no ser que la legislación prescriba formalmente una resolución judicial.⁸³

La Ley sobre mediación, pionera en cuanto a normativa de esta institución en este país, entró en vigor el 26 de julio de 2012 y mediante la misma se incorporó la Directiva 2008/52/CE al ordenamiento jurídico alemán. Sin embargo, esta Ley sobrepasa a la Directiva en cuanto a su alcance, ya que comprende todos los tipos de mediación sin importar donde residan las partes o el tipo de litigio del que se trate. Además, esta Ley introduce incentivos en los códigos procesales como es el hecho de que cuando las partes inicien un proceso civil deben señalar si han tratado de resolver la controversia mediante algún método de resolución de conflictos, como puede ser la mediación, y si es así, deben indicar las razones por las que desaconsejarían acudir a dichas instituciones. El Tribunal, por su parte, puede proponer que acudan a la mediación u otro mecanismo de resolución de conflictos y en caso de recibir la negativa por las partes, tiene la posibilidad de suspender el procedimiento.⁸⁴

No hay requisitos específicos respecto a la formación de mediadores, solamente deben acreditar ellos mismos que están debidamente formados para llevar a cabo un proceso de mediación. Respecto al coste, se acuerda entre las partes y el mediador. No existe regulación acerca de los honorarios de esta institución, no obstante, se calculan entre unos 80 y 250 euros la hora.⁸⁵

Siguiendo con Italia, la situación es distinta ya que la mediación es obligatoria en relación a algunas disputas en materia civil y mercantil. Dicha obligatoriedad se estableció con ánimo de minimizar el número de expedientes judiciales, y conlleva el riesgo de que la demanda se inadmita si no se ha realizado previamente un intento de lograr un acuerdo con la intervención de un mediador.

⁸³ Zato, M. (2018, 24 agosto). Una aproximación al mapa de la mediación en la Unión Europea. *Revista de Mediación*, 8. op. cit.

⁸⁴ Departamento de Comunicación de la Comisión Europea. (2021, 21 mayo). *Portal Europeo de e-Justicia - Mediación en los Estados miembros - Alemania*. Web oficial de la Unión Europea. https://e-justice.europa.eu/content_mediation_in_member_states-64-de-es.do?member=1.

⁸⁵ Zato, M. (2018, 24 agosto). Una aproximación al mapa de la mediación en la Unión Europea. *Revista de Mediación*, 8. op. cit.

La mediación civil y mercantil se regula por el Decreto legislativo 28/2010 y el Decreto ministerial 180/2010. El Decreto legislativo 28/2010 en su artículo 5.1-bis establece las controversias que tienen que someterse a un procedimiento de mediación como requisito de admisibilidad de la demanda: *“1-bis. Quien pretenda interponer una acción judicial relacionada con una disputa sobre condominio, derechos reales, escisión, herencia, pactos familiares, arrendamiento, préstamo, arrendamiento comercial, indemnización por daños derivados de responsabilidad médica y sanitaria y difamación a la prensa u otros medios de publicidad, contratos de seguros, bancarios y financieros, se requiere, asistido por el abogado, para llevar a cabo el procedimiento de mediación de conformidad con este decreto...”*⁸⁶

El mismo precepto establece también que *“la experimentación del procedimiento de mediación es condición de admisibilidad de la solicitud judicial”*⁸⁷, además de que *“a partir de 2018, el Ministro de Justicia informa anualmente a las Cámaras sobre los efectos producidos y los resultados alcanzados por la aplicación de lo dispuesto en este párrafo.”*⁸⁸

En cuanto a la inadmisibilidad, *“debe ser planteada por el imputado, bajo pena de decomiso, o detectada de oficio por el juez, a más tardar en la primera audiencia. Si el juez determina que la mediación ya ha comenzado pero no ha terminado, fija la próxima audiencia una vez transcurrido el plazo a que se refiere el artículo 6 (tres meses). De igual forma prevé cuando no se haya realizado la mediación, asignando simultáneamente a las partes el plazo de quince días para la presentación de la solicitud de mediación.”*⁸⁹

A pesar de tener que iniciar un procedimiento de mediación, no es necesario tener que alcanzar un acuerdo, tal y como se establece en el artículo 5.2-bis: *“2-bis. Cuando la experiencia del procedimiento de mediación es condición de admisibilidad de la solicitud judicial, se da por cumplida la condición si la primera reunión ante el mediador finaliza sin acuerdo.”*⁹⁰

⁸⁶ Decreto Legislativo, 4 de marzo de 2010, n. 28, Implementación del artículo 60 de la ley núm. 69, sobre mediación destinada a la conciliación de conflictos civiles y comerciales.

⁸⁷ Decreto legislativo 28/2010, Artículo 5.1-bis.

⁸⁸ *Ibidem*.

⁸⁹ *Ibidem*.

⁹⁰ Decreto legislativo 28/2010, Artículo 5.2-bis.

En lo que a la formación se refiere, se deben cumplir las condiciones determinadas en el artículo 4, apartado 3, letra b), del Decreto ministerial 180/2010, que son: *“poseer un título de estudios equivalente al diploma universitario trienal, o bien, alternativamente, estar inscrito en un colegio profesional; poseer una formación especializada y reciclada cada dos años como mínimo, adquirida en organismos de formación acreditados por el Ministerio de Justicia; participar durante el reciclaje bianual en al menos veinte casos de mediación en régimen de prácticas asistidas.”*⁹¹

La cuantía también viene fijada en el Decreto ministerial 180/2010. El artículo 16 regula los criterios para determinar la indemnización, incluyéndose en la misma los gastos de iniciar el procedimiento y los honorarios de corretaje, es decir, los de la mediación propiamente dicha. El detalle de los importes se muestra en el cuadro A que se halla adjunto al Decreto, y varía dependiendo de la cuantía del conflicto.

La ejecutividad del acuerdo que se alcanza tras la mediación viene establecido en el artículo 12 del Decreto legislativo 28/2010. En virtud del mencionado precepto, *“1. El acta del acuerdo, cuyo contenido no sea contrario al orden público ni a las normas imperativas, se aprueba, previa solicitud de una de las partes y también previa verificación de la regularidad formal, por decreto del presidente del tribunal en cuyo distrito tiene su sede el organismo.”*⁹² En los litigios transfronterizos a los que la Directiva 2008/52/CE hace referencia en su artículo 2, *“el presidente aprueba el acta del tribunal en cuyo distrito se debe hacer cumplir el acuerdo.”*⁹³ Este mismo artículo, dispone que *“el acta del acuerdo homologado constituye un título ejecutivo a efectos de expropiación forzosa, ejecución específica e inscripción de hipoteca judicial.”*⁹⁴

Por último, en los Países Bajos cuentan con un órgano independiente, el Instituto Neerlandés de Mediación, cuya finalidad es informar acerca de la mediación en el país y perfeccionar la calidad de los servicios de los que disponen. Además, tramita un

⁹¹ Departamento de Comunicación de la Comisión Europea. (2020, 13 octubre). *Portal Europeo de e-Justicia - Mediación en los Estados miembros - Italia*. Web oficial de la Unión Europea. https://e-justice.europa.eu/content_mediation_in_member_states-64-it-es.do?member=1.

⁹² Decreto legislativo 28/2010, Artículo 12.

⁹³ *Ibidem*.

⁹⁴ Departamento de Comunicación de la Comisión Europea. (2020, 13 octubre). *Portal Europeo de e-Justicia - Mediación en los Estados miembros - Italia*. Web oficial de la Unión Europea. *op.cit*.

registro nacional de mediadores en el que forman parte los mediadores cualificados, siendo aquellos los que hayan llevado a cabo una formación básica en la materia reconocida por el organismo en cuestión y hayan superado tanto un examen teórico como una evaluación.

La inscripción en el registro conlleva la actualización de conocimientos y cualificaciones, verificada por el Instituto Neerlandés de Mediación. La inscripción no es obligatoria, pero si la realizan tienen el deber de cumplir un código deontológico. Es necesaria en caso de que aspiren a trabajar en el sistema neerlandés de asistencia jurídica subvencionada o quieran ser designados por los tribunales.

En lo que a la mediación judicial respecta, tenemos la *Mediation naast rechtspraak*⁹⁵, consistente en que bien el juzgado del distrito, bien el tribunal de apelación que entienda del asunto, anunciará por escrito a las partes, recibiendo éstas tanto una carta con un folleto informativo como la autoevaluación para la mediación y un formulario de respuesta, la posibilidad de acudir a un proceso de mediación. Cabe la posibilidad también de que se les proponga dicha opción por el juez en la vista.

Aparte de lo mencionado, cabe señalar que todos los juzgados de distrito y tribunales de apelación constan con un funcionario de mediación que se encarga de contestar a las preguntas de las partes, exponer a la otra parte la proposición de acudir a mediación, cooperar con las partes para que hallen el mediador indicado y acordar la primera reunión.

La mediación se permite siempre en este país, pero su uso es más frecuente en Derecho público y Derecho civil. En cuanto al coste, varía atendiendo al asunto del que se trate, ya que los que implican complejidad y más tiempo de lo usual, tienden a suponer un coste mayor.

Para acceder a un abogado o mediador financiado por el estado se establecen unos umbrales de ingresos. Por un lado, para las parejas casadas, parejas de hecho o convivientes son 35.200 euros al año, mientras que para las personas solteras, el umbral está en 24.900 euros. Sin embargo, por mucho que las partes no logren los

⁹⁵ Departamento de Comunicación de la Comisión Europea. (2013, 11 abril). *Portal Europeo de e-Justicia - Mediación en los Estados miembros - Países Bajos*. Web oficial de la Unión Europea. https://e-justice.europa.eu/64/ES/mediation_in_eu_countries?NETHERLANDS&member=1.

umbrales establecidos, el Estado no se hace cargo de la totalidad de la cuantía, por tanto, cada parte tiene el deber de contribuir económicamente.

Para finalizar, el acuerdo alcanzado tras el proceso de mediación puede ser dotado de carácter ejecutivo mediante solicitud de las partes, ya que así lo permite la Directiva 2008/52/CE.

3.2 Normativa estatal

Actualmente en España está vigente la Ley 5/2012, de 6 de julio, de Mediación en Asuntos Civiles y Mercantiles. No obstante, esta Ley consta de dos antecedentes destacables⁹⁶: la Disposición Final Tercera de la Ley 15/2005, de 8 de julio, que modificó el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de separación y divorcio⁹⁷ y el Anteproyecto de Ley de Mediación en Asuntos Civiles y Mercantiles de 19 de febrero de 2010 que desembocó en el Proyecto de Ley de Mediación en Asuntos Civiles y Mercantiles, de 8 de abril de 2011.⁹⁸

Mediante la Disposición Final Tercera de la Ley 15/2005, de 8 de julio, que modificó el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de separación y divorcio: “*El Gobierno remitirá 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.*”⁹⁹ Con el ánimo de incorporar la mediación en nuestro sistema procesal civil, esta Disposición enmendó

⁹⁶ Vázquez, E. (2013). La Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles; sus antecedentes. En *Practicum mediación* (1.ª ed., p. 39). *op. cit.*

⁹⁷ 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 (BOE de 9 de julio de 2005).

⁹⁸ Proyecto de Ley de Mediación en Asuntos Civiles y Mercantiles (Boletín Oficial de las Cortes Generales de 29 de abril de 2011).

⁹⁹ Ley 15/2005.

tanto el apartado segundo del artículo 777¹⁰⁰, como el artículo 770¹⁰¹, mediante la introducción de un séptimo apartado, de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

En cuanto al Proyecto de Ley de Mediación en Asuntos Civiles y Mercantiles, de 8 de abril de 2011, no llegó a convertirse en Ley debido a la disolución de las cámaras y su correlativa convocatoria de elecciones por el Real Decreto 1329/2011.¹⁰²

Gracias a que el gobierno de España fue persistente con la idea de integrar la figura de la mediación en nuestro ordenamiento jurídico, se aprobó el Real Decreto Ley de mediación en materia civil y mercantil en el Consejo de Ministros en marzo de 2012.¹⁰³ Con este Real Decreto Ley lo que buscaban era suplir la ausencia de reglamentación jurídica en esas materias, su entrada en vigor fue un día después de su publicación en el Boletín Oficial del Estado y su convalidación vino de la mano de la Resolución de 29 de marzo de 2012.¹⁰⁴ Mediante el Real Decreto Ley en cuestión, se integró la Directiva 2008/52/CE¹⁰⁵ del Parlamento Europeo y del Consejo al Derecho español. Posteriormente se aprobó la Ley 5/2012, de 6 de julio¹⁰⁶, de mediación en asuntos civiles y mercantiles, por tanto, fue breve la duración del Real Decreto Ley.¹⁰⁷

¹⁰⁰ Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (BOE de 8 de enero del 2000). Artículo 777.2º LEC: “2. Al escrito por el que se promueva el procedimiento deberá acompañarse la certificación de la inscripción del matrimonio y, en su caso, las de inscripción de nacimiento de los hijos en el Registro Civil, así como la propuesta de convenio regulador conforme a lo establecido en la legislación civil y el documento o documentos en que el cónyuge o cónyuges funden su derecho, incluyendo, en su caso, el acuerdo final alcanzado en el procedimiento de mediación familiar. Si algún hecho relevante no pudiera ser probado mediante documentos, en el mismo escrito se propondrá la prueba de que los cónyuges quieran valerse para acreditarlo.”

¹⁰¹ *Ibid.*, Artículo 770.7ª LEC: “7.ª Las partes de común acuerdo podrán solicitar la suspensión del proceso de conformidad con lo previsto en el artículo 19.4 de esta Ley, para someterse a mediación.”

¹⁰² Real Decreto 1329/2011, de 26 de septiembre, de disolución del Congreso de los Diputados y del Senado y de convocatoria de elecciones (BOE de 27 de septiembre de 2011).

¹⁰³ Real Decreto-ley 5/2012, de 5 de marzo, de mediación en asuntos civiles y mercantiles (BOE de 6 de marzo de 2012).

¹⁰⁴ Resolución de 29 de marzo de 2012, del Congreso de los Diputados, por la que se ordena la publicación del Acuerdo de convalidación del Real Decreto-ley 5/2012, de 5 de marzo, de mediación en asuntos civiles y mercantiles (BOE de 11 de abril de 2012).

¹⁰⁵ Directiva 2008/52/CE.

¹⁰⁶ Ley 5/2012.

¹⁰⁷ Barona, S. (2012). Aprobación del Real Decreto-ley 5/2012, de 5 de marzo, de mediación en asuntos civiles y mercantiles y posterior aprobación de la Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles. La conformación de la mediación desde sus principios. Ventajas e inconvenientes. En *Estudios sobre el Significado e Impacto de la Mediación: ¿una Respuesta Innovadora en los Diferentes Ámbitos Jurídicos?* (1.ª ed., p. 41). *op. cit.*

La Ley 5/2012 comienza con un preámbulo y consta de veintisiete artículos divididos en cinco títulos. Las Disposiciones generales se recogen en el Título I, el Título II versa de los Principios inspiradores de la mediación, el Título III engloba el Estatuto del mediador, el Título IV regula el Procedimiento de mediación y el Título V abarca la Ejecución de los acuerdos. Por último, contiene cuatro Disposiciones Adicionales, una Disposición Derogatoria y diez Disposiciones Finales.¹⁰⁸

Se publicó en el Boletín Oficial del Estado el 7 de julio de 2012 pero su entrada en vigor fue veinte días después, en virtud de la Disposición final décima.¹⁰⁹ Como hemos reiterado a lo largo de este trabajo, el concepto de mediación viene regulado en su artículo 1: “*Se entiende por mediación aquel medio de solución de controversias, cualquiera que sea su denominación, en que dos o más partes intentan voluntariamente alcanzar por sí mismas un acuerdo con la intervención de un mediador.*”¹¹⁰

En cuanto a su ámbito de aplicación, en virtud del artículo 2, se aplica “*a las mediaciones en asuntos civiles o mercantiles, incluidos los conflictos transfronterizos*”. La idea de libre disposición que comentábamos en la Directiva al hablar de los límites incardinados en el concepto de materia civil y mercantil, se recoge explícitamente en este artículo cuando menciona “*siempre que no afecten a derechos y obligaciones que no estén a disposición de las partes en virtud de la legislación aplicable.*” El punto segundo del presente artículo establece las materias que se excluyen de su ámbito de aplicación: “*a) La mediación penal. b) La mediación con las Administraciones públicas. c) La mediación laboral.*”¹¹¹

Siguiendo con el concepto de litigio transfronterizo, no encaja íntegramente con lo dispuesto en la Directiva. El artículo 3.1 de la Ley lo define de la siguiente manera: 1. *Un conflicto es transfronterizo cuando al menos una de las partes está domiciliada o reside habitualmente en un Estado distinto a aquél en que cualquiera de las otras partes a las que afecta estén domiciliadas cuando acuerden hacer uso de la mediación o sea obligatorio acudir a la misma de acuerdo con la ley que resulte*

¹⁰⁸ Vázquez, E. (2013). La Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles; sus antecedentes. En *Practicum mediación* (1.ª ed., p. 40). *op. cit.*

¹⁰⁹ Ley 5/2012, Disposición final décima. Entrada en vigor. “*La presente Ley entrará en vigor a los veinte días de su publicación en el «Boletín Oficial del Estado».*”

¹¹⁰ *Ibíd.*, Artículo 1.

¹¹¹ *Ibíd.*, Artículo 2.

aplicable. También tendrán esta consideración los conflictos previstos o resueltos por acuerdo de mediación, cualquiera que sea el lugar en el que se haya realizado, cuando, como consecuencia del traslado del domicilio de alguna de las partes, el pacto o algunas de sus consecuencias se pretendan ejecutar en el territorio de un Estado distinto.

Para empezar, se suprime la idea de “Estado miembro”, debido a que la Ley no se ciñe a los conflictos entre países de la Unión, sino que regula además de la mediación interna, la mediación transfronteriza indistintamente de si se trata de un Estado miembro de la Unión.¹¹² Además, así como la Directiva en su artículo 2.1 señala explícitamente la fecha “*que ha de tenerse en cuenta para determinar si un litigio que las partes intentan resolver por mediación reviste o no carácter transfronterizo*”¹¹³, la Ley en su artículo 3 incorpora la expresión “*acuerden hacer uso de la mediación*” suscitando ciertas dudas acerca de si se cumple o no la precisión temporal que se establece en la Directiva. Dependiendo de cómo se interprete la expresión en cuestión, se entenderá satisfecho el patrón recogido en la Directiva. Si se entiende referida al momento en que finaliza el “*acuerdo por escrito que exprese el compromiso de someter a mediación las controversias surgidas o que puedan surgir*”¹¹⁴, tal y como se establece en el artículo 6.2, no se satisfecería el patrón debido a que el mismo necesita saber la fecha precisa a la que debe atender para conocer si un litigio es interno o transnacional.¹¹⁵ Por otra parte, si se entiende referida al momento en que se inicia la mediación, en el seno de lo que determina la normativa sobre mediación española, sí se hallaría satisfecha la precisión temporal.

Siguiendo con las diferencias del concepto de litigio transfronterizo en ambas normativas, hay otro punto que también puede desembocar en problemas de interpretación. La Ley estima la precisión de si se trata de una mediación interna o transnacional “*cuando sea obligatorio acudir a la misma de acuerdo con la ley que resulte aplicable*”¹¹⁶, sin detallar a qué resulta aplicable la ley ni si se trata de una ley

¹¹² Esplugues, C. (2012). Ámbito material de la Directiva 2008/52/CE. En *Estudios sobre el Significado e Impacto de la Mediación: ¿una Respuesta Innovadora en los Diferentes Ámbitos Jurídicos?* (1.ª ed., p. 82). *op. cit.*

¹¹³ Directiva 2008/52/CE, Considerando 15.

¹¹⁴ Ley 5/2012, Artículo 6.2.

¹¹⁵ Esplugues, C. (2012). Ámbito material de la Directiva 2008/52/CE. En *Estudios sobre el Significado e Impacto de la Mediación: ¿una Respuesta Innovadora en los Diferentes Ámbitos Jurídicos?* (1.ª ed., p. 83). *op. cit.*

¹¹⁶ Ley 5/2012, Artículo 3.1.

extranjera o de la ley española. No obstante, la Directiva reputa la obligatoriedad a lo previsto en la ley nacional.

Para ir concluyendo, en la Ley también se desarrollan ciertos aspectos reseñables de la mediación que hemos comentado al analizar la Directiva: *“la voluntariedad, la ejecutabilidad del acuerdo alcanzado por las partes, la confidencialidad de la mediación y la paralización de los períodos de prescripción, caducidad respecto de las acciones susceptibles de iniciarse por las partes intervinientes en el proceso de mediación y la publicidad y la formación de los mediadores”*¹¹⁷

La voluntariedad es uno de los *“principios informadores de la mediación”*¹¹⁸, junto con la imparcialidad, la neutralidad y la confidencialidad; se recoge de manera explícita en el artículo 6.1 de la Ley, que establece que *“la mediación es voluntaria.”*¹¹⁹ También se hace referencia a la voluntariedad de esta institución en la Exposición de Motivos de la Ley, número III al señalar que *“el modelo de mediación se basa en la voluntariedad y libre decisión de las partes.”*¹²⁰ La confidencialidad, por su parte, se regula en el artículo 9. Esta obligación se despliega al mediador, que se encuentra amparado por el secreto profesional, a las partes del proceso y a las instituciones de mediación, e imposibilita a todo el que participe en el procedimiento a declarar judicialmente, salvo en dos excepciones: *“a) Cuando las partes de manera expresa y por escrito les dispensen del deber de confidencialidad. b) Cuando, mediante resolución judicial motivada, sea solicitada por los jueces del orden jurisdiccional penal.”*¹²¹

En cuanto a la ejecutabilidad del acuerdo alcanzado por las partes, se recoge en el artículo 25 de la Ley, que se halla incardinado en el Título V referente a la ejecución de los acuerdos. Dicho precepto, al igual que la ya mencionada Exposición de Motivos de la Ley, número III, disponen la conversión del acuerdo de mediación en título ejecutivo

¹¹⁷ Esplugues, C. (2012). Ámbito material de la Directiva 2008/52/CE. En *Estudios sobre el Significado e Impacto de la Mediación: ¿una Respuesta Innovadora en los Diferentes Ámbitos Jurídicos?* (1.ª ed., p. 84). *op. cit.*

¹¹⁸ Ley 5/2012.

¹¹⁹ *Ibid.*, Artículo 6.1.

¹²⁰ *Ibid.*, Exposición de Motivos.

¹²¹ *Ibid.*, Artículo 9.

mediante su respectiva elevación a escritura pública y los pasos que han de seguirse para realizarlo adecuadamente.¹²²

La paralización de los períodos de prescripción y caducidad respecto de las acciones susceptibles de iniciarse por las partes intervinientes en el proceso de mediación, se recoge en el artículo 4. En virtud del mencionado precepto, la suspensión de la prescripción o caducidad de las acciones se producirá en el momento en que bien el mediador, bien la institución de mediación en cuestión, reciban la solicitud de inicio de la mediación. La suspensión se extiende hasta que se firme el acuerdo de mediación, el acta final, o cuando finalice la misma por alguno de los motivos que prevé la Ley. Si pasados quince días desde que se recibe la solicitud de inicio de mediación no se firma el acta de la sesión constitutiva, el cómputo de los plazos se reanudará.¹²³

Por último, la publicidad y formación de los mediadores se ve reflejada tanto en el artículo 12 de la Ley “*calidad y autorregulación de la mediación*”, como en la Disposición Adicional Segunda “*impulso a la mediación*”. Ambas disposiciones lo que determinan es la importancia de informar tanto al público como a los órganos jurisdiccionales de esta alternativa que es la mediación, tarea que se les encomienda a las Administraciones públicas. Además, también recalcan el valor de que los mediadores tengan una adecuada formación para el desarrollo de sus funciones.

3.3 Normativa autonómica

Las Comunidades Autónomas comenzaron a promulgar leyes acerca de la mediación en el año 2001. De las diecisiete CCAA con las que consta nuestro país, trece tienen su ley autonómica sobre mediación, que son, ordenadas cronológicamente: Cataluña, Galicia, Valencia, Canarias, Castilla la Mancha, Castilla y León, Islas Baleares, Madrid, Asturias, País Vasco, Andalucía, Aragón y Cantabria. Además, tanto Cataluña como Baleares gozan de una segunda ley en materia de esta institución por motivos dispares.¹²⁴

En este apartado, vamos a centrarnos en el análisis de la Ley 1/2008, de 8 de febrero, de la CA del País Vasco, de Mediación Familiar. Esta Ley se dictó con el ánimo de

¹²² *Ibid.*, Exposición de motivos número III.

¹²³ *Ibid.*, Artículo 4.

¹²⁴ Vázquez, E. (2013). Las leyes autonómicas sobre mediación. En *Practicum mediación* (1.ª ed., p. 54). *op. cit.*

“regular la mediación familiar como procedimiento extrajudicial de resolución de los conflictos que se plantean en el seno de la familia.”¹²⁵

En el País Vasco venían prosperando *experiencias pioneras* en mediación familiar desde la década de los noventa. Cuando esta Ley entró en vigor, al día siguiente de su publicación en el BOE¹²⁶, es decir, el 9 de febrero de 2008, aún no existía una normativa estatal acerca de la mediación. Aún así, las CCAA ya comenzaron a regular la materia, entre otras, el País Vasco. Nuestra CA escudó su actuación normativa en el artículo 30 de la Constitución española, que recoge que *“los poderes públicos aseguran la protección social, económica y jurídica de la familia, así como la protección integral de los hijos y las hijas”¹²⁷*, y en *“las competencias de asistencia social recogidas en el Estatuto de Autonomía.”*

La presente Ley consta de 38 artículos divididos en seis capítulos más una disposición transitoria única y dos disposiciones finales. La distribución por capítulos es la siguiente: *“el capítulo I recoge las disposiciones generales referidas al objeto de la norma, su ámbito de aplicación, la distribución competencial entre las diversas administraciones concurrentes, los servicios y programas públicos de mediación familiar, los conflictos objeto de la mediación familiar, la naturaleza de los acuerdos adoptados en un proceso de mediación familiar y los principios rectores de la misma. El capítulo II regula las características necesarias para ser persona mediadora, señalando los requisitos que deben cumplir las personas que trabajen en mediación. Crea el Consejo Asesor de la Mediación Familiar y refiere la participación de los colegios profesionales. El capítulo III regula los derechos, obligaciones e incompatibilidades de las personas mediadoras, así como los derechos y obligaciones de las partes sometidas a la mediación. El capítulo IV regula el Registro de Personas Mediadoras. El capítulo V recoge los aspectos procedimentales propios de la mediación: su inicio, el desarrollo de las reuniones iniciales, la cumplimentación de actas y la duración de la mediación y el capítulo VI describe el régimen de infracciones y sanciones en que puede incurrir la persona mediadora.”¹²⁸*

Conviene recalcar la fundación en la ley tanto del Consejo Asesor de la Mediación Familiar, como del Registro de Personas Mediadoras. El Consejo Asesor de Mediación

¹²⁵ Ley 1/2008, de 8 de febrero, de Mediación Familiar (BOE de 3 de septiembre de 2011).

¹²⁶ *Ibid.*, Disposición final segunda.

¹²⁷ Constitución Española (BOE de 29 de diciembre de 1978), Artículo 30.

¹²⁸ Ley 1/2008, Exposición de Motivos.

se regula en el artículo 10, se creó como órgano colegiado con la finalidad de ayudar en el asesoramiento de la Mediación familiar y se halla anexo al departamento del Gobierno Vasco que es competente en esta materia. Sus funciones son las siguientes: “a) Emitirá informe preceptivo previo, en el plazo de quince días hábiles desde que se le requiera, en relación con las normas reglamentarias que se dicten en desarrollo de esta ley. b) Planteará los criterios a seguir para que los cursos de formación en mediación cumplan con los requisitos adecuados para formar personas mediadoras con garantías de calidad. c) Realizará las actuaciones de asesoramiento y apoyo que el departamento del Gobierno Vasco competente en materia de mediación familiar considere necesarias para el desarrollo de sus actividades en esta área. d) Elaborará una memoria anual de sus actividades, así como de la situación de la mediación familiar en la Comunidad Autónoma del País Vasco”¹²⁹, y para la debida realización de las mismas, se compone por “representantes de las administraciones públicas, colegios profesionales, universidades, organizaciones representativas del ámbito de la mediación familiar y la atención profesional en conflictos entre miembros de una familia, y por cuantas personas profesionales vinculadas a esta área se consideren necesarias.”¹³⁰ Por tanto, con ánimo de precisar su composición y establecer sus reglas de organización y funcionamiento para el debido cumplimiento de las funciones que se prevén en la Ley, se publicó el Decreto 84/2009 de 21 de abril, del Consejo Asesor de la Mediación Familiar.

El Registro de Personas Mediadoras, por su parte, se regula en el artículo 17. Este registro se creó con el fin de asegurar la calidad de los mediadores y que se ajustan a los requisitos que se establecen en la Ley. Además, también se fundó para que los particulares tengan la posibilidad de conocer a las personas mediadoras que ofrecen sus servicios así como los servicios públicos de mediación. Su regulación se lleva a cabo mediante el Decreto 246/2012, de 21 de noviembre, del Registro de Personas mediadoras y de la preparación en mediación familiar requerida para la inscripción.¹³¹

A pesar de que la mediación en nuestra CA ya estaba bastante implantada a consecuencia de determinadas experiencias que promovió el Gobierno vasco, como el Servicio de Mediación Familiar, la presente Ley ha sido un instrumento vital para la

¹²⁹ *Ibid.*, Artículo 10.

¹³⁰ *Ibidem.*

¹³¹ Gobierno Vasco. (2013, 17 enero). *Registro de personas mediadoras*. Servicio Web del Gobierno Vasco. <https://www.euskadi.eus/registro/mediacion-familiar/web01-tramite/es/>.

consolidación de esta institución y gracias a la misma se ha logrado una protección para los particulares que deciden acudir a este método de resolución de conflictos así como para los que se dedican a ello de manera profesional.¹³²

Un dato a tener en consideración es que en 2015 el Consejo General del Poder Judicial y el Gobierno vasco colaboraron en un Convenio, del cual el Consejo de Gobierno autorizó la firma, con el ánimo de “*establecer las condiciones de colaboración en materia de mediación y de otras formas pacíficas de resolución de conflictos*”.¹³³

El Gobierno vasco fue precursor en implantar los servicios de mediación en tribunales, tal y como expuso Josu Erkoreka, consejero y portavoz de Administración Pública y Justicia, en la rueda de prensa posterior al Consejo. El Gobierno vasco destinó 635.800€ para la financiación de los servicios de mediación que pone a disposición de los operadores jurídicos, para así poder continuar por el mismo camino.

Erkoreka explicó también que en Euskadi cerca del 80% de las mediaciones concluyen en menos de dos meses, es por esto que la mediación está consolidada como fórmula rápida de resolución de conflictos en tribunales. En el año 2014 en materia penal se resolvieron exactamente el 78% de las mediaciones sin tener que acudir a juicio, el 52,87% en el ámbito familiar y el 84% en cuanto a menores.

4. EL ANTEPROYECTO DE LEY DE MEDIDAS DE EFICIENCIA PROCESAL DEL SERVICIO PÚBLICO DE JUSTICIA

El 15 de diciembre de 2020 el Consejo de Ministros aprobó el Anteproyecto de Ley de Medidas de Eficiencia Procesal del Servicio Público de Justicia, y el Ministerio de Justicia lo publicó el 21 de enero de 2021 aprovechando la celebración del Día Europeo de la Mediación.¹³⁴

¹³² Ley 1/2008, Exposición de motivos.

¹³³ Irekia. (2015, 25 marzo). *Euskadi, líder en mediación intrajudicial del Estado como fórmula rápida y alternativa para resolver conflictos y evitar los procesos judiciales*. Administración de Justicia en Euskadi. <https://www.justizia.eus/noticias/euskadi-lider-en-mediacion-intrajudicial-del-estado-como-formula-rapida-y-alternativa-para-resolver-conflictos-y-2-4>.

¹³⁴ Abogacía Española. (2021, 21 enero). *El Anteproyecto de Ley de Medidas de Eficiencia Procesal del Servicio Público de Justicia inicia el trámite de audiencia e información pública*. <https://www.abogacia.es/actualidad/noticias/el-anteproyecto-de-ley-de-medidas-de-eficiencia-procesal-del-servicio-publico-de-justicia-inicia-el-tramite-de-audiencia-e-informacion-publica/>.

Este Anteproyecto es una nueva herramienta que se incorpora en la Estrategia Justicia 2030 y a raíz de ello también se conecta con el Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia y el Plan de la Unión Europea Next Generation.¹³⁵ La Estrategia Justicia 2030 “es una estrategia para hacer el Servicio Público de Justicia más accesible y eficiente, y para contribuir al esfuerzo común de cohesión y sostenibilidad”¹³⁶, tal y como explicó el ministro de Justicia Juan Carlos Campo el pasado diciembre. A consecuencia del estado en el que nos hallamos debido a la pandemia mundial que estamos atravesando por el COVID-19, el sector justicia debe ser un instrumento indispensable para el resarcimiento económico y el refuerzo del Estado de Derecho. El plan en cuestión consta de tres objetivos que expuso Campo: “hacer accesible la Justicia, conectándola con la sociedad y la ciudadanía; mejorar la eficiencia del Servicio Público de Justicia, aprovechando el contexto social y el cambio digital; y contribuir al proyecto global de país, es decir, a la transición económica, social y ambiental.”¹³⁷ Para su respectivo logro, el plan tiene una perspectiva a diez años.

En relación con la Estrategia Justicia 2030, tenemos el Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia, proyecto de país que se elabora con el fin de “modernizar la economía española, recuperar el crecimiento económico y la creación de empleo, reconstruir una economía sólida, inclusiva y resiliente tras la crisis del COVID-19, y responder a los retos de la próxima década.”¹³⁸ Este proyecto tiene diversos objetivos poniendo de relieve una imagen de la España del futuro.

La Comisión Europea, el Parlamento Europeo y los dirigentes de la Unión Europea, por su parte, han pactado un plan de recuperación para cooperar en la reparación del daño económico y social derivado de la pandemia que estamos atravesando por el COVID-19 y así conseguir además de vencer la crisis en la que nos hallamos, una

¹³⁵ Consejo de Ministros. (2020, 15 diciembre). *Anteproyecto de Ley de Medidas de Eficiencia Procesal del Servicio Público de Justicia*. La Moncloa. Gobierno de España. <https://www.lamoncloa.gob.es/consejodeministros/Paginas/enlaces/151220-justicia.aspx>.

¹³⁶ Comisión de Justicia del Congreso de los Diputados. (2020, 21 diciembre). *Campo invita a los grupos parlamentarios a sumarse a la estrategia Justicia 2030, «un proyecto que debe hacerse entre todos»*. La Moncloa. Gobierno de España. <https://www.lamoncloa.gob.es/serviciosdeprensa/notasprensa/justicia/Paginas/2020/211220-justicia.aspx>.

¹³⁷ *Ibidem*.

¹³⁸ Gobierno de España. (2020, 7 octubre). *España Puede. Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia de la Economía*. La Moncloa. Gobierno de España. https://portal.mineco.gob.es/RecursosArticulo/mineco/ministerio/ficheros/plan_de_recuperacion.pdf.

Europa más sostenible y moderna. Next Generation EU es una herramienta temporal creada para impulsar la recuperación que acabamos de mencionar, este instrumento está dotado de 750.000 millones de euros para la reparación de los daños causados por la pandemia y lograr que la Europa posterior al COVID-19 “sea más ecológica, más digital, más resiliente y mejor adaptada a los retos actuales y futuros.”¹³⁹

El Anteproyecto aspira a dar respuesta a los retos que han ido aflorando como resultado de la pandemia, y consta de tres objetivos fundamentales en el orden civil: empujar a los ciudadanos al empleo de los medios adecuados de solución de controversias (MASC), descongestionar la Administración de Justicia y moderar las consecuencias que pueda generar la crisis sanitaria en el aumento de la litigiosidad.¹⁴⁰ Para ello, se incorporan mediante este Anteproyecto ciertos cambios legislativos mediante sus tres Títulos: “*Introducción de los MASC, Modificación de leyes procesales y transformación digital.*”¹⁴¹

El que nos interesa y vamos a comentar es el Título I referente a la “*Introducción de los MASC*”. La introducción de los MASC es indispensable para el afianzamiento de un servicio público de Justicia eficaz y sostenible. La finalidad de la incorporación de estos medios consiste en rescatar las habilidades de negociar de las partes mediante el uso de medios que no supongan un enfrentamiento entre ellos, como es lo habitual en nuestra sociedad.

El ámbito de aplicación del Anteproyecto se extiende a la materia civil y mercantil, quedando excluidos los asuntos concursales, laborales y penales, además de en los que participe una Administración Pública. No obstante, cabe la posibilidad de que se expanda a otras áreas en un futuro. A parte de la mediación, también se hace referencia a otros MASC como *la conciliación privada, la oferta vinculante confidencial, la opinión de experto independiente y otros procedimientos regulados en la legislación especial (particularmente en materia de consumo).*¹⁴²

¹³⁹ Comisión Europea. (2020, 11 noviembre). *Plan de recuperación para Europa*. Web oficial de la Unión Europea. https://ec.europa.eu/info/strategy/recovery-plan-europe_es.

¹⁴⁰ Lopez, V. R. (2021, 25 enero). *Anteproyecto de Ley de Medidas de Eficiencia Procesal del Servicio Público de Justicia*. Periscopio Fiscal y Legal. <https://periscopiofiscalylegal.pwc.es/anteproyecto-de-ley-de-medidas-de-eficiencia-procesal-del-servicio-publico-de-justicia/>.

¹⁴¹ Anteproyecto de Ley de Medidas de Eficiencia Procesal del Servicio Público de Justicia de 20 de diciembre de 2020.

¹⁴² Consejo de Ministros. (2020, 15 diciembre). *Anteproyecto de Ley de Medidas de Eficiencia Procesal del Servicio Público de Justicia*. La Moncloa. Gobierno de España. *op. cit.*

El Anteproyecto incorpora dos novedades destacables. Por un lado, un requisito de procedibilidad que consiste en que las partes deben acreditar que han intentado solventar el conflicto mediante mecanismos negociadores antes de acudir a la vía judicial. Para que esté debidamente probado, tienen que incluir en la demanda el respectivo documento en el que se establezca, y en caso de que la actividad negociadora llegue a su fin sin el correspondiente acuerdo, han de transcurrir tres meses para que el requisito en cuestión se entienda cumplido.

Por otro lado, otro aspecto a destacar es la validez del acuerdo obtenido mediante los MASC, ya que tendrá justamente la misma que si se resuelve por vía judicial, de esta manera, las partes no tendrán la facultad para presentar una demanda cuyo objeto sea idéntico. El acuerdo podrá gozar de valor de título ejecutivo si las partes lo elevan a escritura pública o se homologa judicialmente cuando resulte.

La implantación de las mencionadas medidas traería consigo una liberación de aproximadamente más de medio millón de procedimientos judiciales si uno de cada cuatro procedimientos civiles finalizaran con la consecución de un acuerdo entre las partes.

4.1 Críticas del Anteproyecto

A pesar de lo beneficioso que puede parecer el Anteproyecto a primera vista, en el fondo no lo es tanto. Como hemos mencionado en el apartado anterior, es el Título I del Anteproyecto el que recoge la *“Introducción de los MASC”*, dividido en quince artículos. A lo largo de los mismos, hay varios aspectos a comentar que dejan entrever las carencias que aún tenemos y seguiremos teniendo entorno al impulso de los mecanismos extrajudiciales, especialmente en cuanto a la mediación.

Para comenzar, un punto reseñable es la exclusión de las materias penal, laboral, concursal y contencioso-administrativa. Si se hubieran incluido en el ámbito del Anteproyecto, se habría aprovechado la ocasión, por ejemplo, de regular en la esfera penal mecanismos de justicia restaurativa, como puede ser perfectamente la mediación, con el ánimo de colaborar a promover *“la efectiva reparación de la víctima, la responsabilización del infractor y la pacificación de la comunidad.”*¹⁴³

¹⁴³ Asociación Judicial Francisco de Vitoria. (2021, febrero). *Informe sobre el Anteproyecto de Ley de Medidas de Eficiencia Procesal del Servicio Público de Justicia (Medios Adecuados de Solución de Controversias)*. <http://www.aifv.es/wp-content/uploads/2021/03/INFORME-SOBRE-EL-ANTEPROYECTO-DE-LEY-DE-MEDIDAS-DE-EFICIENCIA-PROCESAL-DEL-SERVICIO-PUBLICO-DE-JUSTICIA.pdf>.

En lo que respecta al requisito de procedibilidad, es decir, al factor de que en la jurisdicción civil para que la demanda sea admitida debe acreditarse que se ha intentado resolver el conflicto previamente mediante algún MASC, puede generar cierta desconfianza sobre estos métodos. Es cierto que es una buena idea para que de este modo conflictos que por su materia pueden ser solventados por mecanismos extrajudiciales como son los MASC, y que son por los que a día de hoy nuestro sistema judicial se halla saturado, se eluda que accedan a la jurisdicción. Empero, consta de alguna que otra desventaja. En primer lugar, ha de ser regulado de manera cautelosa debido a que puede suponer un impedimento a la hora de acceder al ejercicio de un derecho fundamental que es la tutela judicial efectiva.

Por otra parte, el hecho de que el proceso de negociación previo se pueda llevar a cabo con el abogado, supone que las partes así lo decidan atendiendo al hecho de que les va a salir más rentable abonar los honorarios del mismo antes de incurrir en los costes económicos y procesales de otro mecanismo de negociación. También es significativo y reseñable que así como la regulación de los MASC a lo largo del Anteproyecto es considerable, la carga acreditativa de haber intentado resolver el conflicto por un método de negociación para la respectiva admisión de la demanda no lo es tanto. Por tanto, es lógico que acabe convirtiéndose en un mero trámite burocrático para acceder a la jurisdicción por las partes. Resultaría conveniente desarrollar una serie de estímulos que consigan que las partes quieran acudir a los MASC no con el fin de acceder a la vía judicial, sino por voluntad propia depositando confianza en estos mecanismos siendo conscientes de su indispensabilidad para nuestra sociedad.

Otro asunto a tener en cuenta gira entorno a los beneficios de estos mecanismos. El Anteproyecto pone de relieve de manera insuficiente los puntos positivos que podrían obtener las partes mediante el uso de los MASC, a pesar de detallar minuciosamente el proceso de negociación que se lleva a cabo a través de los mismos. Por ende, es necesario que se destaquen ciertos aspectos de los MASC que impactan a día de hoy a abundantes controversias ya sean civiles o mercantiles y que son característicos de estos métodos extrajudiciales como son el restablecimiento de relaciones, la reconciliación y la pacificación, entre otros.

Por último, el deber de confidencialidad establecido en el artículo 6 también tiene su aquel. El mencionado artículo, en su apartado segundo, regula tres situaciones en las que se exceptúa el cumplimiento de este deber: *“a) Cuando todas las partes de*

manera expresa y por escrito se hayan dispensado recíprocamente o al tercero neutral del deber de confidencialidad. b) Cuando se esté tramitando la impugnación de la tasación de costas y solicitud de exoneración o moderación de las mismas según lo previsto en el artículo 245 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil. c) Cuando, mediante resolución judicial motivada, sea solicitada por los jueces del orden jurisdiccional penal.”¹⁴⁴ El problema se plantea en cuanto a la exención relacionada con la tramitación de la impugnación de la tasación de costas y solicitud de exoneración o moderación de las mismas, teniendo en cuenta que si se dan negociaciones directas entre abogados podría suponer un contratiempo con respecto a las normas deontológicas de estos profesionales en cuestión.

5. MEDIACIÓN OBLIGATORIA SÍ O NO

La base de la que debemos partir para abordar este tema es que lo importante “*no es el carácter obligatorio o facultativo del sistema de mediación, sino que se preserve el derecho de las partes de acceder al sistema judicial.*”¹⁴⁵

La mediación en España ya fue obligatoria en su día a través de la Constitución española de 1812, y así se establecía en su artículo 282: “*El alcalde de cada pueblo ejercerá en él el oficio de conciliador, y el que tenga que demandar por negocios civiles o por injurias, deberá presentarse a él con este objeto.*”¹⁴⁶ Como podemos observar, de manera previa a la presentación de una demanda ya fuera por asuntos civiles o penales, era obligatorio acudir a la mediación o conciliación, que era como se denominaba.

A pesar de que escasos países lo hayan llevado a cabo, la Directiva 2008/52/CE, ya mencionada a lo largo del trabajo, se pronunció acerca del carácter obligatorio de la mediación abriendo la puerta a tal posibilidad. Así como Eslovenia y Holanda introdujeron la mediación cuasi obligatoria, entendiéndose por tal que los órganos jurisdiccionales son los que tienen la potestad de exigir a las partes que efectúen una mediación, Italia y Francia, por su parte, han introducido la mediación obligatoria.

¹⁴⁴ Anteproyecto de Ley de Medidas de Eficiencia Procesal del Servicio Público de Justicia, Artículo 6.

¹⁴⁵ TJUE STC 14/06/17 (Asunto Menini C-75/16).

¹⁴⁶ Constitución española del 19 de marzo de 1812.

Haciendo mención a los datos del Informe del Parlamento Europeo sobre la implantación de la mediación civil y mercantil, en España, país donde la mediación no se ha implantado con carácter obligatorio, no se alcanzan 2.000 mediaciones anuales. Sin embargo, en Italia, país donde la mediación tiene carácter obligatorio, se llega hasta a 200.000 mediaciones al año.

En virtud del informe del Instituto Español para la Mediación, de abril de 2010, la obligatoriedad es necesaria, ya que si no *“el proceso de mediación quedaría como marginal y no llegará a conseguir los objetivos de aligerar la carga judicial.”*¹⁴⁷

El establecimiento de una mediación obligatoria sería beneficiosa no solo para las partes sino para la propia administración de justicia, debido a que además de mejorar la calidad de la justicia, ahorraría tanto dinero como tiempo a los civiles. Basta con atender al Informe del Parlamento Europeo al que hemos aludido anteriormente para ser conscientes de lo que acabamos de mencionar. El informe pone de manifiesto que en España se tarda 510 días en resolver un litigio y el coste medio del procedimiento judicial para la administración es de 8.015€. No obstante, a través de la mediación se tarda 50 días y el coste medio es de 1.833€.

Siguiendo con el informe, se establecen dos tipos de mediación obligatoria. Por una parte, tendríamos una obligatoriedad relativa debido a que se refiere a la asistencia obligatoria a sesiones informativas que ofrezcan en los órganos jurisdiccionales, con lo cual, no sería una obligación en sí misma. Por otra parte, está la mediación obligatoria como tal, consistente en realizar el intento por las partes de alcanzar un acuerdo pero con la oportunidad de renunciar a la mediación cuando así lo deseen.

Resultaría idóneo la introducción de la mediación obligatoria tanto para el comienzo de varios procedimientos civiles y mercantiles como para el transcurso de los mismos. El propósito con la obligatoriedad no es que tengan que lograr un acuerdo durante el procedimiento de mediación, ya que vulneraría el principio de autonomía de la voluntad, sino que se imponga por ley que sea imprescindible procurar llegar a un acuerdo con la mediación ya sea intrajudicial o extrajudicialmente. De manera que si finalmente no se obtiene, el pleito podría o bien iniciarse o bien continuar su curso.

¹⁴⁷ Herrera de las Heras, R. (2017). La mediación obligatoria para determinados asuntos civiles y mercantiles. *InDret. Revista para el análisis del derecho.* <https://indret.com/wp-content/themes/indret/pdf/1282>.

Tras lo expuesto, diversos autores apuntan que la cuestión radica en la terminología de obligatoriedad. Así pues, Vargas Pávez, entre otros, señala que “*si uno de los principios fundantes de la mediación es la participación voluntaria de los involucrados en el conflicto, entonces la expresión mediación obligatoria no parece del todo feliz.*”¹⁴⁸ Otros autores, como Vázquez de Castro estiman más oportuno otro término como “*mediación voluntaria mitigada.*”¹⁴⁹

A consecuencia de lo desarrollado a lo largo de este apartado, y teniendo en cuenta que los países en los que se ha implantado la obligatoriedad de asistir a sesiones informativas no ha supuesto un revelador aumento de mediaciones a diferencia de los países en los que la mediación es obligatoria (sin el deber de que las partes lleguen a un acuerdo, evidentemente) donde el número de mediaciones se ha elevado abundantemente, creo firmemente en la necesidad de implantar la mediación con carácter obligatorio optando por un término que no atente contra el principio de voluntariedad.

¹⁴⁸ *Ibidem.*

¹⁴⁹ *Ibidem.*

6. CONCLUSIONES

Mi objetivo con la realización del trabajo es poner de relieve una figura de tal envergadura para nuestra sociedad como es la mediación. A mi parecer, resulta escasa la información que tiene la gente acerca del tema, lo que desemboca en una incultura de esta institución que trae a colación el fracaso de la misma en la actualidad.

A lo largo del trabajo he intentado analizar este mecanismo de manera objetiva tratando de ensalzar los aspectos positivos del mismo. A raíz de ese estudio, me he percatado de diversos puntos que podrían ser mejorados con el fin de contribuir a un aumento de la utilización de este método.

El reciente Anteproyecto que hemos comentado, en lugar de impulsar el uso de la mediación de manera efectiva, se enfoca en la descarga del ámbito judicial, que es realmente su fin primordial. Para su consecución, hace referencia a los métodos de solución de controversias, como es la mediación, planteándolos como un paso a dar para llegar a la vía judicial. Esto es, una vez más se les resta importancia dejándolos en un segundo plano. Una solución que planteo y que estimo conveniente, sería el establecer sesiones informativas que expliquen realmente qué es la mediación y lo que conlleva someterse a un procedimiento como tal, detallando los beneficios que obtienes del mismo para que de esta manera la población estuviera debidamente informada y pudieran tomar una decisión en condiciones a la hora de resolver sus controversias.

Un mecanismo como la mediación aparte de ser de gran utilidad para la solución de controversias, lleva consigo de manera implícita la gestión de emociones. Hoy en día tendemos a subestimar la esfera emocional en el ámbito de la resolución de conflictos, convirtiéndose en un procedimiento puramente racional e impasible. Esta es otra de las razones por la que creo firmemente en el impulso de esta institución, así como la vía judicial se focaliza en solucionar el litigio, la mediación va más allá, concentrándose también en el área afectiva. El mundo de las emociones es un aspecto que debe ser tratado especialmente en el ámbito familiar y penal, donde psicológicamente las partes del conflicto pueden llegar a sentirse más perjudicadas.

Siguiendo con lo mencionado, otra conclusión a la que he llegado con el desarrollo de mi trabajo es acerca de la mediación penal. La mediación penal se regula por primera

vez en la última reforma del Código Penal en julio de 2015 con la modificación del artículo 84.1, después se reguló asimismo en la Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la víctima del delito. Resulta una regulación bastante tardía atendiendo a la trascendencia, a mi parecer, de la mediación en esta materia. La mediación penal es imprescindible para la justicia restaurativa, como he comentado ya anteriormente en el trabajo, debido a que la finalidad de este modelo alternativo de Justicia consiste en enmendar el perjuicio que se le haya causado a la víctima, y qué mejor opción que con la ayuda de un tercero imparcial que medie entre la víctima y la persona que ha sido denunciada.

Con la ayuda de la mediación, en el ámbito penal se podrían resolver los conflictos enfocándose en la humanización de la persona denunciada mediante el diálogo con la víctima logrando así no solo resolver el conflicto en cuestión sino también la reparación emocional de ambas partes. La vía judicial es efectiva y necesaria, pero no goza de la calidez y cercanía de la mediación, que tiene la potestad de restablecer las relaciones de los implicados ayudando a gestionar el bloqueo emocional en el que puedan hallarse tras la controversia, y más en materia penal donde los delitos son de otro calibre y la víctima puede desarrollar un sentimiento de repudio hacia la persona denunciada. Gracias a este mecanismo, ambas partes tienen la oportunidad de sanarse y poder incluso pacificar la situación.

Para finalizar, he de señalar que en Euskadi el Gobierno Vasco apostó firmemente por este método en junio de 2016 con la celebración del primer Congreso Europeo "Justicia Restaurativa y Terapéutica: hacia innovadores modelos de Justicia" en Donosti, teniendo en cuenta siempre la gravedad del delito, evidentemente, y sin ánimo de sustituir a la Justicia retributiva.

7. FUENTES UTILIZADAS

BIBLIOGRAFÍA

Monografía

-Roca, E. (2015). *Cómo mejorar tus habilidades sociales* (4.^a ed.). ACDE.
https://www.cop.es/colegiados/PV00520/Reencuadre_extracto%20libro.pdf.

-Vázquez, E. (2013). *Practicum mediación* (1.^a ed.). Aranzadi.

-Viana, M. I. (2011). *La mediación en el ámbito educativo en España. Estudio comparado entre Comunidades Autónomas* (1.^a ed.).
<https://roderic.uv.es/handle/10550/24577>.

Obra colectiva

-Etxeberria, J. F., Barona, S., Esplugues, C., Montesinos, A., Ordeñana, I., Marcos, D., González, M. I., Varona, G., & Martínez, E. (2012). *Estudios sobre el Significado e Impacto de la Mediación: ¿una Respuesta Innovadora en los Diferentes Ámbitos Jurídicos?* (1.^a ed.). Aranzadi.

-Lorenzo, J., & González, M. ^a. (2018). *¿Qué es la mediación?*. Tébar Flores.
<https://elibro-net.ehu.idm.oclc.org/es/ereader/eHu/106014?page=5>.

-Macho, C., Gete-Alonso, M. C., Solé, J., Mesa, C., & De la Iglesia, E. (2014). *Anuario de Derecho Civil* (Vol. 67). Boletín Oficial del Estado.

Artículo de revista

-Giménez, C. (2001, diciembre). Modelos de mediación y su aplicación en mediación intercultural. *Revista Migraciones*, 10.
https://mediacionesjusticia.files.wordpress.com/2013/04/gimenez_modelos-demediacion.pdf.

-Hernández, C. (2014, 1 julio). Modelos aplicables en mediación intercultural. *Barataria. Revista Castellano-Manchega de Ciencias sociales*, 17, 68. <https://doi.org/10.20932/barataria.v0i17.56>.

-Herrera de las Heras, R. (2017). La mediación obligatoria para determinados asuntos civiles y mercantiles. *InDret. Revista para el análisis del derecho*. <https://indret.com/wp-content/themes/indret/pdf/1282>.

-Montserrat, A., Lastra, A., Uría, M., Camp, R., Collado, M., & De Benito, J. L. (2013). Guía para la práctica de la mediación intrajudicial. *Revista del Poder Judicial*. <http://asociacionpactum.org/doctrina/MEDIACION%20INTRAJUDICIAL%20CGPJ.pdf>.

Munuera, P. (2007). El modelo circular narrativo de Sara Cobb y sus técnicas. *Portularia. Revista de Trabajo Social*, 7. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2541476>.

-San Cristóbal, S. (2012, diciembre). Sistemas alternativos de resolución de conflictos: negociación, conciliación, mediación, arbitraje, en el ámbito civil y mercantil. *Anuario Jurídico y Económico Escurialense*, 46. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=4182033>.

-Zato, M. (2018, 24 agosto). Una aproximación al mapa de la mediación en la Unión Europea. *Revista de Mediación*, 8. https://revistademediacion.com/articulos/15_08/.

NORMATIVA

Europea

-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.

Estatal

-Constitución Española (BOE de 29 de diciembre de 1978).

-Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (BOE de 8 de enero del 2000).

-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 (BOE de 9 de julio de 2005).

-Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles (BOE 7 de julio de 2012).

-Proyecto de Ley de Mediación en Asuntos Civiles y Mercantiles (Boletín Oficial de las Cortes Generales de 29 de abril de 2011).

-Real Decreto 1329/2011, de 26 de septiembre, de disolución del Congreso de los Diputados y del Senado y de convocatoria de elecciones (BOE de 27 de septiembre de 2011).

-Real Decreto-ley 5/2012, de 5 de marzo, de mediación en asuntos civiles y mercantiles (BOE de 6 de marzo de 2012).

-Anteproyecto de Ley de Medidas de Eficiencia Procesal del Servicio Público de Justicia de 20 de diciembre de 2020.

Autonómica

-Ley 1/2008, de 8 de febrero, de Mediación Familiar (BOE de 3 de septiembre de 2011).

JURISPRUDENCIA

- TJUE STC 14/06/17 (Asunto Menini C-75/16).

DOCUMENTACIÓN

-Asociación Judicial Francisco de Vitoria. (2021, febrero). *Informe sobre el Anteproyecto de Ley de Medidas de Eficiencia Procesal del Servicio Público de Justicia (Medios Adecuados de Solución de Controversias)*. <http://www.ajfv.es/wp-content/uploads/2021/03/INFORME-SOBRE-EL-ANTEPROYECTO-DE-LEY-DE-MEDIDAS-DE-EFICIENCIA-PROCESAL-DEL-SERVICIO-PUBLICO-DE-JUSTICIA.pdf>.

-Parlamento Europeo. (2014). «Rebooting» the mediation directive: assessing the limited impact of its implementation and proposing measures to increase the number of mediations in the EU. [https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/etudes/JOIN/2014/493042/IPOL-JURI_ET\(2014\)493042_EN.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/etudes/JOIN/2014/493042/IPOL-JURI_ET(2014)493042_EN.pdf).

- Herrera, B. (2010). *La mediación: una solución igualitaria para la resolución de conflictos. Análisis de la mediación educativa*. (Trabajo de Fin de Máster). Universidad de Salamanca, España. https://gredos.usal.es/bitstream/handle/10366/80254/TFM_EstudiosInterdisciplinariosG enero_HerreraSanchez_B.pdf?sequence=1.

ARTÍCULOS DE PRENSA

-Ortiz, A. (2014, 25 agosto). Mediación intrajudicial y extrajudicial, dos caras de una realidad. *Lawyerpress News*. http://www.lawyerpress.com/news/2014_08/2508_14_004.html.

PÁGINAS WEB

-Abogacía Española. (2021, 21 enero). *El Anteproyecto de Ley de Medidas de Eficiencia Procesal del Servicio Público de Justicia inicia el trámite de audiencia e información pública*. <https://www.abogacia.es/actualidad/noticias/el-anteproyecto-de-ley-de-medidas-de-eficiencia-procesal-del-servicio-publico-de-justicia-inicia-el-tramite-de-audiencia-e-informacion-publica/>.

-Abogados Debod. (2015, 27 marzo). *Diferencias entre negociación, mediación y arbitraje*. Debod Abogados. <https://www.abogadosdebod.com/diferencias-entre-negociacion-mediacion-y-arbitraje/>.

-Asociación de Mediación y Pacificación de Conflictos de Castilla-La Mancha. (2015, 17 enero). *Ventajas de la mediación*. Mediacon. <https://www.mediacon.es/ventajas-de-la-mediacion/>.

-Asociación de Mediadores para la Resolución de Conflictos. (2019, 21 mayo). *Ventajas de la Mediación*. Mediamos. <http://www.mediamos.org/ventajas>.

-Centro de Conciliación Mediación y Arbitraje S.L. (2018). *¿Mediación intrajudicial o mediación extrajudicial?*

<http://www.centrodeconciliacionmediacionyarbitraje.es/mediacion.html>.

-Comisión de Justicia del Congreso de los Diputados. (2020, 21 diciembre). *Campo invita a los grupos parlamentarios a sumarse a la estrategia Justicia 2030, «un proyecto que debe hacerse entre todos»*. La Moncloa. Gobierno de España.

<https://www.lamoncloa.gob.es/serviciosdeprensa/notasprensa/justicia/Paginas/2020/211220-justicia.aspx>.

-Comisión Europea. (2020, 11 noviembre). *Plan de recuperación para Europa*. Web oficial de la Unión Europea. https://ec.europa.eu/info/strategy/recovery-plan-europe_es.

-Consejo de Ministros. (2020, 15 diciembre). *Anteproyecto de Ley de Medidas de Eficiencia Procesal del Servicio Público de Justicia*. La Moncloa. Gobierno de España.

<https://www.lamoncloa.gob.es/consejodeministros/Paginas/enlaces/151220-justicia.aspx>.

-Departamento de Comunicación de la Comisión Europea. (2017, 8 septiembre). *Portal Europeo de e-Justicia - Mediación en los Estados miembros*. Web oficial de la Unión Europea. https://e-justice.europa.eu/content_mediation_in_member_states-64-es.do.

-Departamento de Comunicación de la Comisión Europea. (2020, 13 octubre). *Portal Europeo de e-Justicia - Mediación en los Estados miembros - Italia*. Web oficial de la Unión Europea.

https://e-justice.europa.eu/content_mediation_in_member_states-64-it-es.do?member=1.

-Departamento de Comunicación de la Comisión Europea. (2021, 21 mayo). *Portal Europeo de e-Justicia - Mediación en los Estados miembros - Alemania*. Web oficial de la Unión Europea.

https://e-justice.europa.eu/content_mediation_in_member_states-64-de-es.do?member=1.

-Gobierno de España. (2020, 7 octubre). *España Puede. Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia de la Economía*. La Moncloa. Gobierno de España.

https://portal.mineco.gob.es/RecursosArticulo/mineco/ministerio/ficheros/plan_de_recuperacion.pdf.

-Gobierno Vasco. (2013, 17 enero). *Registro de personas mediadoras*. Servicio Web del Gobierno Vasco. <https://www.euskadi.eus/registro/mediacion-familiar/web01-tramite/es/>.

-Idachkin, P. M. (2006). *Los Conflictos en Mediación Escolar*. Monografías. <https://www.monografias.com/trabajos47/mediacion-escolar/mediacion-escolar2.shtml>.

-Irekia. (2015, 25 marzo). *Euskadi, líder en mediación intrajudicial del Estado como fórmula rápida y alternativa para resolver conflictos y evitar los procesos judiciales*. Administración de Justicia en Euskadi. <https://www.justizia.eus/noticias/euskadi-lider-en-mediacion-intrajudicial-del-estado-como-formula-rapida-y-alternativa-para-resolver-conflictos-y-2-4>.

-Juspedia. (2020, 15 marzo). *Diferencias entre arbitraje, conciliación, negociación y mediación*. <https://juspedia.es/diferencias-entre-arbitraje-conciliacion-negociacion-y-mediacion>.

-Lopez, V. R. (2021, 25 enero). *Anteproyecto de Ley de Medidas de Eficiencia Procesal del Servicio Público de Justicia*. Periscopio Fiscal y Legal. <https://periscopiofiscalylegal.pwc.es/anteproyecto-de-ley-de-medidas-de-eficiencia-procesal-del-servicio-publico-de-justicia/>.

-Mijangos, R. (2012, 7 diciembre). *ESCUELAS DE MEDIACIÓN (II) MODELO TRADICIONAL-LINEAL O HARVARD*. Bufete Mijangos. <https://bufete-mijangos.es/escuelas-de-mediacion-ii-modelo-tradicional-lineal-o-harvard>

-Murciano, G. (2016, 1 abril). *¿Por qué se usa la legitimación en los procesos de mediación?* El Blog Jurídico de Sepín. <https://blog.sepin.es/2014/12/por-que-se-usa-la-legitimacion-en-los-procesos-de-mediacion/>.

-Percas, M. (2020, 13 diciembre). *Modelo transformativo de Mediación*. Mediación Escolar. <https://mediacionescolar.org/modelo-transformativo-mediacion/>.

-Q Abogados despacho jurídico. (2018, 14 septiembre). *Diferencia entre Mediación y Arbitraje*. Q Abogados. <https://qabogados.es/diferencia-entre-mediacion-y-arbitraje/>.

-Rienzo, E. (2013, 21 febrero). *La Mediación y el Arbitraje no es lo mismo*. Despacho de Abogados en Madrid y Barcelona | Ceca Magán Abogados. <https://www.cecamagan.com/la-mediacion-y-el-arbitraje-no-es-lo-mismo/>.

Todas las páginas web han sido consultadas por última vez el 17 de junio de 2021.