



Beatriz Gil Vallejo (Barcelona, 1969) Licenciada en Derecho por la U.B. (1994-95). Obtuvo el “Certificado de Capacitación Jurídica” (1995) en la Escuela de Práctica Jurídica del Ilustre Colegio de Abogados de Barcelona (I.C.A.B) obteniendo el 1er. Premio en el X Concurso “Memorial Amadeu Maristany”. Obtención de la suficiencia investigadora (D.E.A.) EN LA U.B. Colaboradora en los servicios jurídicos de la Secretaría Técnica del I.C.A.B. los años 1997 y 1998. Primer Premio investigación 2012 Asociación catalana de Peritos. Ha combinado el ejercicio de la Abogacía con el ejercicio de funciones jurisdiccionales como Juez sustituta. Actualmente es socia directora de la firma GIL-TEIXIDO especialistas en la Resolución de conflictos en el ámbito jurídico procesal (civil y penal) y extraprocesal (mediación).

I. INTRODUCCION

La Ley de mediación en asuntos civiles y mercantiles aprobada el pasado 6 de julio de 2012 (en adelante, LMCYM) tiene por objeto la incorporación al Derecho español de la Directiva 2008/52/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de mayo de 2008, sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles, que conforma un régimen general aplicable a toda mediación que tenga lugar en España y pretenda tener un efecto jurídico vinculante, si bien circunscrita al ámbito de los asuntos civiles y mercantiles y dentro de un modelo que ha tenido en cuenta las previsiones de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Conciliación Comercial Internacional de 24 de junio de 2002. El plazo de trasposición de la directiva europea finalizaba el 21 de mayo de 2011 , lo que dio lugar al Real decreto Ley 5/2012 de 5 de marzo evitando las consecuencias negativas de ser sancionado por las instituciones de la Unión Europea. Sin embargo la disposición final tercera de la Ley 15/2005 de 8 de julio, por la que se modifica el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de separación y divorcio, se encomendaba al Gobierno la remisión a las Cortes Generales de un proyecto de ley sobre mediación, lo que justifica la aprobación definitiva por el Congreso de la LMCYM del pasado 6 de julio de 2012 dotando al ordenamiento jurídico español de una norma destinada a la ordenación general en materia de mediación aplicable a los diversos asuntos civiles y mercantiles, materia sobre la que hasta la aprobación del Real Decreto Ley 5/2012 se carecía de una ordenación general estatal y había dado lugar en los últimos años a la aprobación de diversas normas en el ámbito de las CCAA en el ejercicio de sus competencias.¹

¹ Competencias en materia de derecho civil propio con las exclusiones atribuidas al Estado en virtud del art 149.1.8 de la CE en aquellas CCAA que exista legislación específica. Las primeras leyes en autonómicas en materia de mediación familiar se aprobaron en Cataluña, Galicia y Valencia. En Cataluña: Llei 15/2009 de 22 de julio

El apartado III del Preámbulo de la LMCYM establece que: “la presente Ley se circunscribe estrictamente al ámbito de competencias del Estado en materia de legislación mercantil, procesal y civil, que permitan articular un marco para el ejercicio de la mediación, sin perjuicio de las disposiciones que dicten las CCAA en el ejercicio de sus competencias”

Pese a los esfuerzos realizados, todo apunta a que el nuevo marco jurídico no conllevará la deseada *desjudicialización* de conflictos en España, al menos, en materia civil, debiendo preguntarnos el porqué. Y dicha afirmación no se hace como crítica a la mediación sino todo lo contrario, pues ningún bien se le hace a la misma si nos quedamos en meras alabanzas sobre las ventajas de la mediación, y sin embargo no somos capaces de abordar sin miedo las causas por las que la mediación corre el riesgo de seguir fracasando en España.

Con carácter previo a profundizar en el objeto de la materia de la LMCYM, hemos de hacer referencia a su Disposición final tercera, que incluye una serie de modificaciones de la Ley 1/2000 de 7 de enero de Enjuiciamiento Civil. El apartado V del preámbulo establece que “las disposiciones finales cohesionan la regulación con el encaje de la mediación con los procedimientos judiciales”. Y añade que “se operan también una serie de modificaciones de carácter procesal que facilitan la aplicación de la mediación dentro del proceso civil”. Nada en el texto hace por tanto presagiar una modificación de gran calado procesal como la que introduce en la Disposición Final tercera (Doce) que añade un apartado 4º ² al apartado 3 del artículo 438 , en virtud de la cual en los procedimientos de separación, divorcio o nulidad y en los que tengan por objeto obtener la eficacia civil de las resoluciones o decisiones eclesiásticas, cualquiera de los cónyuges podrá ejercer simultáneamente la acción de división de la cosa común respecto de los bienes que tengan en comunidad ordinaria indivisa³

II . LA MEDIACIÓN CIVIL Y MERCANTIL EN ESPAÑA

Dice la Ley de mediación en asuntos civiles y mercantiles ⁴ (II Preámbulo) que “la mediación, como fórmula de autocomposición, es un instrumento eficaz para la resolución de controversias cuando el conflicto jurídico afecta a derechos de carácter disponible”. Por lo tanto, para que haya mediación, debe existir un conflicto “jurídico”.

Como juristas hemos de preguntarnos qué es un “conflicto jurídico” en caso de que tal concepto exista. En mi opinión, el conflicto es sólo eso: conflicto. Y en todo caso, lo jurídico será la herramienta para solucionar el conflicto. O no. Los conflictos pueden solucionarse sin necesidad de acudir al ordenamiento jurídico. Los conflictos son intrínsecos al propio sistema en comunidad. Están en todas partes. Y siempre lo estarán. Si nos sentamos en un parque infantil podremos observar continuos conflictos entre los niños que juegan en el. Se pelean por el columpio, discuten por la pala de su

² En realidad dice la disposición que se añade una “excepción” sin que encontremos sentido aquí al término utilizado

³ Es lo que en la jerga legislativa se conoce como una “percha” , aunque responde más bien como técnica legislativa, a un “parche”. Por otra parte, esta modificación procesal ha de ponerse en relación con la reciente declaración de nulidad del art. 43 del CF de Cataluña por el TC

⁴ Procedente del Real Decreto-Ley 5/2012 de 5 de marzo

cubito,..En definitiva sólo están defendiendo sus intereses. Crecemos y con nosotros crecen los conflictos a los que nos enfrentamos. En la base del conflicto siempre encontramos la convicción de las partes que intervienen en el mismo de que están en posesión de la verdad y les asiste la razón. Los conflictos en el parque los suelen solucionar los propios niños que al poco rato vuelven a ser amigos, o bien, en ocasiones, a través de las madres ⁵que los acompañan. Las madres no intervienen directamente, pues si lo hacen imponiendo su solución a sus hijos, al final acabarán enfrentados además de los hijos las propias madres y el conflicto crecerá. Las madres simplemente les explicaran a sus hijos que para subirse al columpio hay que hacer la cola primero, o que es más divertido compartir la pala del cubito que jugar solo. Cuantos más mayores nos hacemos curiosamente, menos capacidad tenemos para volver a ser amigos de aquéllos con los que nos hemos enfrentado. Y además ya no tenemos a nuestras madres o ya no les hacemos caso. Entonces el conflicto se agudiza y requiere de una solución. Y la solución será jurídica si acudimos al ordenamiento legal para bucear en el mismo y encontrar regulado el conflicto existente previsto de forma genérica en una norma y la solución al mismo, y la aplicamos al supuesto concreto. Pero también puede solucionarse el conflicto sin acudir al sistema legal y recuperando la capacidad perdida en la infancia para volver a ser “amigos” de aquellos con los que hemos entrado en conflicto. Al haberse perdido esta capacidad natural, esta segunda solución requiere de un esfuerzo y una predisposición. Es decir, de un esfuerzo personal por las partes implicadas en el conflicto. Cuando dicha predisposición no surge de forma espontánea, puede existir una “madre” que reoriente la situación. En mi opinión la figura del “mediador” es la figura que sustituye a esa madre del parque, que sin intervenir directamente, es capaz de que los propios interesados reorienten la situación.

Es precisamente por lo dicho hasta ahora por lo que, en mi opinión el mediador, en el sentido al que me he referido, no responderá al perfil de un jurista o por lo menos, si lo es, no habría de actuar como tal, ya que su intervención ha de ser una “intervención activa orientada a la solución de la controversia por las propias partes” y así lo dice el apartado III del Preámbulo de la Ley. En el mismo apartado III del Preámbulo se dice que el “segundo eje de la mediación es la deslegalización o pérdida del papel central de la ley en beneficio de un principio dispositivo que rige también en las relaciones que son objeto del conflicto”.

Cabe preguntarse entonces si no estamos ante una contradicción: el conflicto del que parte la mediación se califica de jurídico pero se “deslegaliza” la solución del mismo. Y la contradicción intuida parece confirmarse cuando comprobamos que al acuerdo “de mediación” –que no deja de ser un acuerdo, como diremos más abajo- se le dota de la capacidad de constituir título ejecutivo, lo que llanamente podemos traducir en revestirle de la forma requerida para que judicialmente se obligue al incumplidor a su cumplimiento. Y entonces volvemos al marco jurídico ya que para que el acuerdo alcanzado sea ejecutivo, la ley de enjuiciamiento civil ⁶ exige que el acuerdo haya sido

⁵ Entiéndase madres, padres, abuelos u otra figura de compañía del menor

⁶ Disposición final primera Ley 5/2012: Modificación LEC: el número 2 del apartado 2 del artículo 517 pasa a tener la siguiente redacción: 2ª: “Los laudos o resoluciones arbitrales y los acuerdos de mediación, debiendo estos últimos haber sido elevados a escritura pública de acuerdo con la ley de mediación en asuntos civiles y mercantiles”

elevado a escritura pública, lo que obviamente obliga a acudir al Notario y éste no otorgaría la correspondiente escritura notarial si el contenido del acuerdo vulnerara alguna norma del ordenamiento legal lo que implica un juicio de validación jurídica de la solución alcanzada por las partes. Hemos de tener en cuenta que si se ha acudido al Notario es porque el conflicto no habrá llegado todavía a judicializarse, es decir, que ninguna de las partes habrá acudido aún a la vía judicial. Nos movemos entonces en un campo que aparentemente estaba fuera del marco de la Directiva ⁷ que regulaba algunos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles. La Directiva se dirigía a los conflictos civiles y mercantiles transfronterizos, y expresamente decía que “la presente directiva debe aplicarse a los procedimientos en los que dos o más partes en un conflicto transfronterizo intenten voluntariamente alcanzar por sí mismas un **acuerdo amistoso sobre la resolución de su litigio** con la ayuda de un mediador” y que “no debe aplicarse 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 vinculante o no, sobre la solución del conflicto”. En definitiva el marco en que la directiva sitúa la intervención del mediador es en un conflicto judicializado en el que las partes deciden intentar desjudicializar y no considera mediación otro tipo de negociaciones. En cambio la norma estatal además de ir más allá y regular no sólo los conflictos civiles y mercantiles transfronterizos sino también los nacionales, se refiere a la mediación como solución de conflictos que califica de jurídicos pero que en cambio no están judicializados y para mayor confusión, acaba por dotarles de otorgarles categoría de título ejecutivo a los acuerdos alcanzados, aunque para ello, y como no podía ser de otra forma, obliga a las partes a someter a su acuerdo al filtro notarial.⁸ Para no confundirnos hemos también de tener en cuenta que la norma ya prevé la escritura notarial como una opción de las partes, por lo tanto no obligatoria, y a la que sólo deberán acudir en caso de querer tener una garantía de que en caso de incumplimiento del acuerdo se podrá instar la ejecución judicial. En caso de no otorgarse escritura pública el acuerdo goza de la misma fuerza vinculante que todos los acuerdos entre partes por lo tanto también en caso de incumplimiento podrán acudir a la vía judicial pero entonces antes de llegar a la vía ejecutiva del acuerdo habrán de acudir al previo proceso declarativo correspondiente.

Seguramente es por todo lo expuesto hasta ahora, la mayoría de los mediadores actúan de forma conjunta con un jurista, (comediación)- o remiten directamente a las partes a sus respectivos asesores legales en determinados puntos de la mediación- invocando una “diferencia de roles”.

A tenor de lo previsto en el art. 13 del Proyecto de Ley (apartado segundo) “**el mediador desarrollará una conducta activa tendente a lograr el acercamiento entre las partes**”. Y en realidad esa escueta frase es la única que define la actuación que ha de realizar el mediador. Tan escueta definición nos abre otro interrogante, en

⁷ Directiva 2008/52/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 21 de mayo de 2008

⁸ Art. 25 Proyecto de Ley: “el acuerdo de mediación”: 3. 2: “el mediador informará a las partes del carácter vinculante del acuerdo alcanzado y de que puedan instar su elevación a escritura pública al objeto de configurar su acuerdo como un título ejecutivo”

relación a cuál ha de ser el perfil del mediador. A primera vista podríamos pensar en un psicólogo. Sin embargo la norma abre la puerta a todo aquél que esté en posesión de título oficial universitario o de formación profesional superior y “contar con formación específica para ejercer la mediación que se adquirirá mediante la realización de uno o varios cursos específicos impartidos por instituciones debidamente acreditadas”. En primer lugar podemos preguntarnos por qué una persona con un título de formación profesional superior puede realizar la formación de mediador y una con el título de bachillerato no. O simplemente si era necesario exigir una titulación reglada . Y ello recordando que estamos ante una persona cuyo perfil ha de ser tener la capacidad para lograr el acercamiento de dos partes en conflicto. En segundo lugar, aceptando la premisa básica de exigir una determinada formación, y sin entrar a valorar en concreto cual ha de ser esta, habrá que plantearse –en el desarrollo reglamentario- el contenido de la formación específica del mediador, evitando que la misma se convierta en una mera fuente de ingresos para las instituciones acreditadas que la realicen y sin cerrar la puerta a profesionales que puedan acreditar experiencia en la resolución de conflictos. En cuanto al procedimiento a seguir, la propia norma es muy clara y establece claramente todos los pasos a seguir⁹ por lo tanto una persona con la formación previamente exigida –titulación universitaria o formación profesional – habría de ser capaz de aplicar la ley sin ninguna dificultad. Ahora bien, entendemos que existe en realidad un trasfondo mayor, que es en el que deberá incidir la formación específica –o convalidarse, previa experiencia acreditada- relativo al desarrollo de la *habilidad, de las técnicas de mediación*, que califica al mediador; a su capacidad para lograr el objetivo: el acercamiento de las partes.

No podemos olvidar que el objetivo que marca la ley a la figura del mediador, es el intento de alcanzar un acuerdo en un conflicto no judicializado. Y ello es importante, porque a partir de la entrada en vigor de la ley – que recupera la técnica legislativa de la *vacatio legis* de veinte días- y a la luz de la legislación vigente, para que los acuerdos alcanzados por las partes con intervención de un tercero, sean calificados de “acuerdos de mediación” será necesario que ese tercero ajeno al conflicto que ha participado acercando a las partes y haciendo posible que estas alcancen un acuerdo, tenga la titulación “oficial” de mediador. En caso contrario, estaremos simplemente ante un “acuerdo”.

La pregunta es si realmente es relevante la diferencia entre un “acuerdo” y un “acuerdo de mediación” , y si realmente existen diferencias entre ambos conceptos jurídicamente.

El “acuerdo” tendrá fuerza vinculante entre las partes porque así lo establece el art. 1255 del CC. El “acuerdo de mediación” también. El “acuerdo” podrá ser elevado a Escritura Pública y ser título ejecutivo. El “acuerdo de mediación” también.

¿No nos recuerda un poco a aquel chiste de las ovejas del famoso humorista catalán, Eugenio, cuando se refería a las ovejas blancas y seguidamente... a las negras “también”? ¿Para este viaje hacían falta estas alforjas?

⁹ Art.16: solicitud de inicio; Art 17: información y sesiones informativas; Art. 18: Pluralidad de mediadores; Art. 19: sesión constitutiva; art. 20: duración del procedimiento; art. 21: desarrollo de las actuaciones de mediación. Art. 22: terminación del procedimiento; art. 23: acuerdo de mediación

Desde un punto de vista puramente técnico, la única aportación de la LMCYM es dar carta de naturaleza estatal a una profesión ya existente en la mayoría de las CCAA : la de mediador.¹⁰ Pero lo cierto es que si al mediador le despojamos de la formación específica que ha realizado (previo pago) nos encontramos con una figura que ya existe, desde las madres que hemos dejado hace un rato, en el parque con sus hijos, al abogado que por sentido común, intentará alcanzar un acuerdo.

Y todo ello, y perdón por la insistencia, porque la mediación se ha basado en la resolución del conflicto no judicializado. Y es que, la directiva, recordemos, se dirige a la solución del conflicto judicializado: (13)“ la presente Directiva debe ser aplicable a **los casos en que un órgano jurisdiccional remite a las parte a la mediación** o en que la legislación nacional prescribe la mediación” y como ya se dijo antes ha de aplicarse (10) “a los procedimientos en el que dos o más partes en un conflicto (transfronterizo) **intenten voluntariamente alcanzar por sí mismas un acuerdo amistoso sobre la resolución su litigio** con la ayuda de un mediador”. Y seguramente por ello, se refiere al juez como mediador, “siempre que no sea al responsable de ningún proceso judicial relacionado con la cuestión o cuestiones objeto **del litigio**” mientras que en la norma estatal en ningún caso se hace la más mínima referencia a la intervención del juez como mediador.

El único papel que se le da al juez vinculado a la mediación es en realidad el mismo que tiene ante cualquier acuerdo que se somete a su homologación y la previsión de poder suspender la suspensión del proceso para someterse a mediación o arbitraje¹¹. En este punto nos encontramos ante la derivación desde el proceso judicial a la mediación. Y este es también un punto no resuelto. En realidad el juzgado no dispone de un servicio de mediación propio por lo que habrá de acudir a los distintos servicios de mediación que existan en el mercado y que pueden entrar en competencia, salvo que se articule desde el desarrollo parlamentario un registro único de mediadores.

No se comprende por qué no se ha tenido en cuenta la posible intervención de la mediación desde el propio proceso judicial. Ello se habría de haber configurado como una remisión obligatoria a las partes desde el proceso, en concreto desde el órgano jurisdiccional. En ese caso la convocatoria prevista en la audiencia previa no debería haberse quedado en una “información a las partes de la posibilidad de recurrir a una negociación para intentar solucionar un conflicto, incluido en recurso a una mediación” –tal y como queda redactado el apartado 1 del art. 414 LEC- sin que debiera haber remitido obligatoriamente a las partes a asistir a una sesión informativa sobre mediación lo que no convierte a la mediación en obligatoria porque por supuesto las partes tras conocer las características de la mediación, su coste, la organización del procedimiento, y las consecuencias jurídicas del acuerdo que pueden alcanzar –y ese es el contenido previsto en la sesión informativa según el art. 17 de la ley- podrán decidir libremente si se someten o no a la mediación. En caso negativo habría bastado

¹⁰ Aunque ahora amplíe su contenido a la mediación mercantil, excluida de las regulaciones de las CCAA

¹¹ Nueva redacción ap.1 art. 415 LEC: “las partes de común acuerdo podrán también solicitar la suspensión del proceso de conformidad con lo previsto en el art. 19.4 para someterse a mediación o arbitraje”. Nueva redacción ap. 1 art. 440: el ap. Segundo prevé que en la citación “se informará a las partes de la posibilidad de recurrir a una negociación para intentar solucionar el conflicto, incluido el recurso a una mediación en cuyo caso estas indicarán en la audiencia su decisión al respecto y las razones de las mismas”

levantar acta y remitirla al juzgado. En caso positivo daría lugar a la sesión constitutiva de mediación y continuaría el proceso previsto para la misma. Para todo ello sería preciso contar con un servicio de información de mediación en cada sede judicial. Como costear ese servicio es otro tema. Se podría optar por el sistema privado, como el diseñado en la ley, que no olvidemos es un sistema de mediación privada y de pago, o bien, un sistema público y gratuito para el ciudadano pudiendo acudir a profesionales dependientes directamente de la administración pública¹²

También podría haberse optado por un sistema análogo al previsto en la jurisdicción laboral, mediante la preceptiva conciliación laboral, aunque en ese caso, estaríamos nuevamente ante el conflicto en una fase anterior a la judicial.

III. CONCLUSIONES

En definitiva, la Ley de Mediación de 6 de julio de 2012 es un *totum revolutum* que difícilmente conseguirá el objetivo previsto en su preámbulo “concebir a los tribunales de justicia en este sector del ordenamiento jurídico como un último remedio” y que su mayor aportación probablemente consistirá en regular una nueva profesión en el mercado laboral, la de mediador, incrementando la oferta formativa actual sin que ello sea positivo ni negativo simplemente se aparta del verdadero objetivo de la directiva comunitaria encaminada a descargar a los tribunales de justicia .

Habrá que esperar al informe que ha previsto la Ley en su disposición final novena, sobre la aplicación, efectividad y efectos del conjunto de medidas adoptadas que deberá el Gobierno remitir a las Cortes Generales en el plazo de dos años para comprobar si la mediación ha llegado al ciudadano medio se acerca a ella de forma voluntaria y previa al litigio para evitarlo tal y como está diseñada actualmente, o si conviene afrontar la revisión del proceso judicial para que desde este exista una verdadera puerta de entrada a la mediación y alternativa real al litigio.

En cuanto a la reforma procesal operada con la adición de un apartado cuarto al número tercero del artículo 438 de la LEC en realidad se trata de una norma de economía procesal que ya existía en ordenamientos jurídicos como el Derecho Civil Catalán ¹³, por lo que su valoración, independientemente de la técnica legislativa utilizada, resulta positiva.

¹² A modo de ejemplo, se puede contar con los profesionales que forman parte de las bolsas de Magistrados Suplentes o Jueces sustitutos que podrían llevar a cabo dicha labor en los períodos en que estando nombrados para el cargo no ejercen funciones jurisdiccionales.

¹³ Recientemente declarado inconstitucional el derogado art. 43 del Código de Familia de Cataluña