

## Novedades en materia de mediación en asuntos civiles y mercantiles

María del Pilar GALEOTE

*Subdirectora Centro de Negociación y Mediación IE. IE Business School*

Diario La Ley, Nº 7456, Sección Tribuna, 29 Jul. 2010, Año XXXI, Editorial LA LEY

LA LEY 8223/2010

El Anteproyecto de Ley de mediación en asuntos civiles y mercantiles introduce la regulación en materia de mediación en estos asuntos, por primera vez, en el ordenamiento jurídico español. El origen de esta futura ley se encuentra en la Directiva 2008/52/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de mayo de 2008. Sin embargo, la futura ley va más allá; dota de una regulación jurídica a toda mediación que tenga lugar en España con un régimen jurídico vinculante, en el ámbito de los asuntos civiles y mercantiles. Además, la proyectada ley «engarza» la mediación con el Derecho civil, el Derecho mercantil y el Derecho procesal, para dotarla de coherencia y, si las partes lo desean, conferir al resultado fuerza jurídica vinculante.

### I. INTRODUCCIÓN

La mediación encaja dentro de los llamados sistemas de alternativos de resolución de conflictos, entre los que se encuentra junto con la negociación y el arbitraje. No obstante es con la negociación con la que mantiene vínculos más estrechos. Suele decirse que la mediación es un paso más allá de la negociación.

Entre los motivos más importantes que llevan a los diferentes ordenamientos jurídicos a introducir estos mecanismos, como la mediación, se encuentran: la necesidad de descongestionar los Juzgados y Tribunales de asuntos, la confidencialidad tan necesaria en muchos temas, la presencia de las nuevas tecnologías en la relaciones contractuales, así como la ausencia de un órgano supranacional que pueda dirimir controversias entre elementos de diferentes ordenamientos (1) . Éstas son algunas de las razones fundamentales (2) que están produciendo el auge de la mediación y que la configuran como un nuevo sistema voluntario y autocompositivo, si bien, como ya se ha puesto de manifiesto en muchas ocasiones, podemos decir que la mediación ha existido siempre (3) .

El ordenamiento jurídico español no ha sido ajeno a esta realidad. Existen ámbitos del Derecho, como el laboral o el de familia, en el que la mediación tiene ya una cierta presencia. Sin embargo, no ha existido ninguna norma que incorpore el ejercicio de la mediación en el ámbito del la jurisdicción, sin perjuicio de las leyes autonómicas en materia de Derecho de familia. Todo este mapa promete cambiar con la futura Ley de Mediación en asuntos civiles y mercantiles, hoy Anteproyecto, aún, de la referida ley. Éste es el principal objeto de este trabajo, dado el reconocimiento legal que se le hace a esta figura, hasta el momento sólo posible en el ámbito de la autonomía de la voluntad de las partes y sin ninguna conexión con el ámbito de la jurisdicción.

El germen claro de esta ley proyectada se encuentra Directiva 2008/52/CE (LA LEY 6958/2008) del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de mayo de 2008, sobre determinados aspectos de la mediación en los ámbitos civil y mercantil. En este sentido, hemos de dar la enhorabuena al legislador español al apostar fuertemente por la mediación y dar un paso más allá respecto de lo establecido en la Directiva. La Directiva lo único que establece

son normas y directrices generales que deben implementar los Estados para fomentar el uso de la mediación en asuntos civiles y mercantiles en pleitos transfronterizos (4) . Sin embargo, la futura ley lo que hace es dotar de una regulación jurídica a toda mediación que tenga lugar en España con un régimen jurídico vinculante, en el ámbito de los asuntos civiles y mercantiles.

Además, como dice la propia Exposición de Motivos, la ley proyectada «engarza» la mediación con el Derecho civil, el Derecho mercantil y el Derecho procesal, para dotarla de coherencia y dar al resultado, siempre que las partes lo deseen, fuerza jurídica vinculante. Además, esta nueva regulación adquiere todavía más importancia cuando establece que la mediación, por primera vez, en nuestro ordenamiento jurídico, es requisito previo y necesario para acudir a los tribunales o a otro procedimiento extrajudicial de resolución de conflictos (5) .

Como veremos más adelante, la futura ley apuesta por la mediación y su relación con las nuevas tecnologías. Sin duda es un avance, sin perjuicio de que hubiera sido deseable que se tratara ya no sólo de utilizar la red para mediar, sino utilizar la red para mediar y resolver disputas que también se hayan producido en la red. Es decir, como veremos, si la reclamación de cantidad no pasa de determinada cifra, se permite que la mediación se haga online, nada más. Hubiera sido deseable que también se utilizara la mediación online para resolver los tan frecuentes conflictos producidos hoy en el ciberespacio. No podemos olvidarnos que, cada vez más, se habla ya de las *ODR* —no sólo de los *ADR*—, es decir de las *Online Dispute Resolution* (6) .

## II. PRINCIPALES NOVEDADES EN MATERIA DE MEDIACIÓN EN ASUNTOS CIVILES Y MERCANTILES

El Anteproyecto de Ley de Mediación en asuntos civiles y mercantiles propone una ley que se estructura en cinco capítulos: el capítulo I recoge todo lo que son disposiciones generales; el capítulo II recoge los principios que deben informar la mediación; el capítulo III, todo lo referente a la figura y estatuto del mediador; el capítulo IV al procedimiento de mediación propiamente dicho; y, finalmente el capítulo V se ocupa de lo relativo a la ejecución de los acuerdos. La futura ley termina con una serie de modificaciones o adiciones a la Ley de Enjuiciamiento Civil y al propio Código Civil, lo que es necesario para que se produzca el perfecto encaje de la mediación con las leyes civiles y procesales. Pasamos a analizar cada uno de los aspectos señalados.

### 1. Concepto de mediación

La ley proyectada define la mediación como «aquella negociación estructurada de acuerdo con los principios de esta ley, en que dos o más partes en conflicto intentan voluntariamente alcanzar por sí mismas un acuerdo para su resolución con la intervención de un mediador» (7) . Como decíamos antes, efectivamente la mediación necesita partir de la negociación entre las partes, si bien en aquélla interviene un tercero que ayudará a la consecución del acuerdo. Esto es fundamental para entender la diferencia de la mediación con otros mecanismos de resolución de conflictos, así como su relación con ellos.

Con la conciliación la diferencia es muy sutil, ya que el conciliador sí que recomienda o aconseja a las partes sobre la propuesta de acuerdo que cree que mejor satisface sus respectivos intereses. Sin embargo, el mediador no, su intervención es totalmente neutral: propone acuerdos pero no se decanta por ninguno de ellos.

Con el arbitraje la diferencia resulta más notoria. El árbitro impone su decisión a las partes quienes la deben acatar, mientras que el mediador propone un acuerdo que las partes aceptan como suyo o no.

No obstante lo anterior, coincidimos con el Consejo General del Poder Judicial que, en su informe sobre el referido Anteproyecto, recomienda la no utilización en la propia definición del término «negociación» que alude a otro medio alternativo de resolución de conflictos y que puede inducir a confusión. Igualmente, en la propia definición

recomendamos calificar a la mediación como tal, es decir, como «medio alternativo de solución de conflictos».

La futura ley además determina también su aplicación a los conflictos transfronterizos en materia civil o mercantil, sin perjuicio de que lo sea a otros ámbitos. Excluye de su aplicación a la mediación penal, la mediación laboral y la mediación en materia de consumo. Es en la reforma que introduce la proyectada ley en el art. 437.3 LEC cuando se establece que la mediación será obligatoria en los casos de juicio verbal, sobre reclamaciones de cantidad, por importe no superior a los seis mil euros. En estos casos se impone el intento de mediación como obligatorio en los seis meses anteriores a la interposición de la demanda.

Se determina que el inicio de la mediación suspenderá la prescripción o la caducidad de acciones, con lo que el engarce con las leyes procesales es posible y, así mismo, se fija que serán instituciones de mediación las entidades que, ya sean de carácter público o privado, tengan como fin la mediación, se ocupen del acceso a ella así como de su organización y faciliten la designación de los mediadores. Estas instituciones estarán inscritas, en todo caso, en el Registro de mediadores y de instituciones de mediación, cuya gestión se encomienda al Ministerio de Justicia de forma integrada con los que puedan crear las Comunidades Autónomas.

## 2. Principios fundamentales del procedimiento de mediación

La futura ley diferencia entre los principios informadores del procedimiento de mediación y los principios informadores de la mediación. En relación a los primeros destaca el de *imparcialidad* y el de *neutralidad* del mediador. En este punto, hacemos una serie de matizaciones: se establece que las partes van a intervenir en igualdad de oportunidades y que se garantizará «*el equilibrio entre sus posiciones y el respeto hacia los puntos de vista por ellas expresados, sin que el mediador pueda actuar en perjuicio o interés de cualquiera de ellas*» (art. 9).

La ratio del principio de imparcialidad está meridianamente clara, pero sería deseable que la redacción final de la ley cambiara alguno de los términos. Como hemos visto, la base de la mediación es la negociación. En la actualidad, en la mayoría de los casos, no tiene ningún sentido la defensa de actitudes u orientaciones posicionales, por lo que no es recomendable que la futura ley utilice, en este contexto, el término «posición». La idea es clara, pero la redacción que utilizada en este sentido, en nuestra opinión, no es correcta. El mediador debe tratar de mantenerse imparcial y garantizar el equilibrio entre las partes, en cuanto al respeto de sus intereses respectivos —que no posiciones— y de las reglas por las que se va a regir el proceso y que él va a manejar. No tiene sentido que se hable de «equilibrio entre sus posiciones», lo que no va a ser posible nunca equilibrar, ya que muchas veces serán diametralmente opuestas (8) .

En cuanto al principio de *neutralidad*, se encuentra perfectamente formulado, otorgando a las partes la potestad necesaria para alcanzar por sí mismas un acuerdo de mediación, no pudiendo el mediador imponer ninguna solución al respecto.

La ley proyectada trata otros dos principios informadores del proceso de mediación por separado, con gran acierto: el de *voluntariedad* y el *principio dispositivo*. El de *voluntariedad* hace referencia a la potestad que tienen las partes tanto de iniciar como de continuar en el proceso de mediación, sin perjuicio de los supuestos de obligatoriedad establecidos en la ley. El *principio dispositivo* hace que las partes puedan someter todos los conflictos que puedan surgir de una relación civil o mercantil a mediación, si pueden disponer libremente de su objeto. Si entre las partes existe ya una cláusula por escrito de sometimiento a mediación se iniciará el procedimiento sin necesidad de acudir a la jurisdicción o a otra solución extrajudicial; todo ello aunque la disputa verse sobre la validez o existencia del contrato en el que esté inserta, si bien si lo que se discute es la validez de la propia cláusula, las partes pueden alegar esta circunstancia para retirarse de la mediación.

Finalmente, uno de los principios clave es el de *confidencialidad*. Se garantiza la confidencialidad tanto de la mediación como de su contenido. Ni los mediadores ni los participantes estarán obligados a declarar en un procedimiento judicial civil o mercantil o en un arbitraje sobre información derivada de un procedimiento de mediación o que estuviera relacionada con él, salvo que las partes lo acuerden en el acta inicial de mediación, o existan razones de orden público, de interés superior del menor o la prevención de daños a la integridad física o psicológica de una persona, o cuando exista autorización judicial motivada o la legislación procesal lo establezca. En caso de incumplimiento de este principio la sanción es la responsabilidad personal del mediador con la inhabilitación para el ejercicio de la mediación.

Los anteriores principios se enriquecen con los de mediación, propiamente dichos. Éstos son: los de igualdad y contradicción, buena fe y respeto mutuo, colaboración y apoyo permanente.

### 3. La figura del mediador en la nueva regulación

Como hemos puesto de manifiesto anteriormente, para ser mediador se necesitan una serie de requisitos entre los que se encuentran: estar en pleno disfrute de los derechos civiles, tener, como mínimo, el título de grado universitario de carácter oficial o extranjero convalidado y estar inscrito en el registro de mediadores y de instituciones de mediación.

Especial consideración merece la regulación que hace la futura ley de los derechos y obligaciones del mediador. Obviamente, y estando en sede de lo que será ley, habrá que esperar para ver cómo queda finalmente este punto tan importante. No obstante, se establece que el mediador facilitará la comunicación entre las partes, fomentará el acercamiento entre ellas, así como que deberá revelar cualquier circunstancia que afecte o pueda afectar a su imparcialidad o bien generar un conflicto de intereses. Posiblemente sea éste el punto que merezca más atención en la redacción definitiva. La labor del mediador es fundamental para conseguir que el acuerdo propuesto por él sea aceptado por las partes. Para ello, el mediador deberá trabajar con las partes, tanto en reuniones privadas con cada una de ellas —*caucus*— como en sesiones plenarias donde facilite la comunicación entre todos los implicados.

Fundamental va a resultar la formación dada a los mediadores en la materia y la propia ley proyectada establece que las Administraciones públicas fomentarán la formación continuada de los mediadores, la elaboración de códigos de conducta voluntarios y la adhesión de aquéllos y de las instituciones dedicadas a mediación a tales códigos. Es aquí donde esperamos el mayor esfuerzo de detalle del legislador. Sólo en la medida en que existan mediadores bien formados el procedimiento podrá llegar a buen fin. En este sentido será adecuado que el mediador conozca las diferentes metodologías de negociación, en concreto las tres fundamentales: metodología lineal, metodología circular-narrativa y metodología transformativa (9) .

Independientemente de esa formación teórica, el mediador deberá ser experto en adoptar cada uno de los métodos apropiados en función de la situación que se le presente y crear un procedimiento *ad hoc* de las partes en conflicto así como de la situación concreta (10) . No podemos olvidar que el mediador deberá conocer y manejar en toda su extensión la comunicación y, obviamente, toda la metodología de negociación. Deberá aproximarse en un primer momento a las partes a obtener información, estudiarla, reunirse con cada una de ellas en privado —*caucus*— o en sesiones plenarias y finalmente proponer la posible solución que él considera óptima, en cuanto a la satisfacción que la misma proporciona a los intereses de las partes.

### 4. El procedimiento de mediación recogido en la ley

La futura ley establece un procedimiento de mediación, con líneas muy generales, que deberá ser cumplido. El procedimiento de mediación se inicia con una acta inicial que firman las partes y el mediador y no durará más de dos meses desde la fecha de firma del referido acta, si bien se puede prorrogar por un mes de más, con carácter

excepcional y estando de acuerdo las partes. A partir de ahí, el mediador convocará a las partes, dirigirá las sesiones y facilitará la exposición de sus posiciones (11) —según dice la ley— y su comunicación de modo igual y equilibrado. Con acierto, permite la ley proyectada que el mediador pueda reunirse en *caucus* o en sesiones plenarios con todas las partes implicadas.

El procedimiento de mediación termina cuando se producen alguna de estas circunstancias: 1.- Las partes aceptan el acuerdo; 2.- No hay acuerdo y esto puede ser porque todas o algunas de las partes no quieran continuar adelante, haya transcurrido el plazo máximo o porque el mediador «aprecie de manera justificada que las posiciones de las partes son irreconciliables o concurra otra causa que determine su conclusión». De nuevo es de esperar que esta redacción mejore o cambie en su versión definitiva. Volvemos a recordar la diferencia en teoría de negociación entre el concepto de «posición» y el concepto de «interés». Por supuesto que la ratio del legislador es clara, pero el lenguaje, como casi siempre, es aquí muy importante y normalmente las posiciones van a ser irreconciliables. De lo que se trata es que las partes descubran los intereses o motivaciones que se esconden detrás de ellas y generen opciones o soluciones, antes no ocurridas o que estaban ocultas precisamente por ese enrocamiento en las ciegas posiciones. Por eso reiteramos la necesidad de que los mediadores tengan una perfecta formación en metodología de negociación y de mediación; de no ser así nada podrán aportar y la mediación puede llegar a convertirse en un puro «formalismo» exigido por la ley en determinados casos.

*Si las partes aceptan una solución como acuerdo de mediación entre ellas, la misma tiene efectos de cosa juzgada para las partes y sólo cabe frente a ella el recurso de anulación o revisión conforme a lo establecido en la Ley de Enjuiciamiento Civil para las sentencias firmes.* El acuerdo tendrá eficacia ejecutiva y será título suficiente para poder instar la ejecución forzosa, conforme a la Ley de Enjuiciamiento Civil y siempre que a la demanda ejecutiva se acompañe copia de las actas inicial y final del procedimiento. Igualmente el acuerdo de mediación es ejecutable, siendo competente para ello el tribunal que homologó el acuerdo, cuando se trate de mediaciones iniciadas estando en curso ya un proceso. Para los casos de acuerdos formalizados tras un procedimiento de mediación, será competente el Juzgado de Primera Instancia del lugar en que se hubiera firmado el acuerdo de mediación.

En materia del procedimiento de mediación, hay que aplaudir que el legislador haya previsto que todas o algunas de las actuaciones se puedan llevar a cabo por medios electrónicos, siempre que quede garantizada la identidad de los intervinientes y el respeto a los principios de mediación previstos en la ley proyectada. Se establece que cuando la mediación verse sobre reclamaciones de cantidad que no excedan de trescientos euros, ésta se desarrollará por medios electrónicos, salvo que alguna de las partes no pueda emplear estos medios. También la futura ley, en su disposición final tercera, establece que el Gobierno promoverá la resolución de conflictos que versen sobre meras reclamaciones de cantidad a través de un procedimiento de mediación simplificado que se hará exclusivamente por medios electrónicos. Para ello se establecerán unos formularios de solicitud del procedimiento y su contestación y todo el procedimiento tendrá una duración máxima de un mes, a contar desde el día siguiente a la recepción de la solicitud por la institución de mediación al efecto.

Como hemos señalado anteriormente, es una buena iniciativa la de tratar de introducir las nuevas tecnologías en materia de mediación. Ahora bien, la futura ley de mediación lo hace en sentido formal, es decir, utiliza las tecnologías como medio o posible herramienta del proceso de mediación. En la actualidad, el auge de las *Online Dispute Resolution* —ODR— hace que animemos al legislador a que introduzca la mediación como procedimiento para resolver las disputas que puedan producirse en conflictos en la red. Nada impide que se haga, tal y como está la redacción actual, pero una referencia en la nueva ley a ello propiciaría la aplicación de este procedimiento en este tipo de situaciones.

#### IV. CONCLUSIÓN

El legislador nos da una buena noticia: por fin la mediación en asuntos civiles y mercantiles irrumpe en el ordenamiento jurídico con fuerza, con todas las ventajas que ello puede traer.

Estamos ante un Anteproyecto que todavía puede cambiar hasta llegar a su redacción definitiva. Confiamos en que se potencien en el texto final cuestiones fundamentales como: la necesaria formación de los mediadores y una utilización más correcta del lenguaje. Si queremos que la mediación despliegue todos sus beneficios es necesario que los mediadores reciban una formación adecuada en metodología de negociación y mediación. Por otra parte, en textos como el que manejamos, es necesario dar una definición clara, precisa y contundente de lo que es la «mediación»; igualmente, no se pueden confundir o utilizar de manera indiscriminada conceptos clave en este contexto como son «posiciones» e «intereses». Si bien en un lenguaje cotidiano puede no ser relevante, sí lo es en una materia como ésta, donde la principal metodología pivota sobre la diferencia entre ambos conceptos y donde el hecho de ser la primera vez que se regula sobre mediación exige, más que nunca, que el texto sea, en la medida de lo posible, todo lo «perfecto» y exacto que se pueda.

- (1) Vide GALEOTE, P., «La Mediación», Sistemas de solución extrajudicial de conflictos, HINOJOSA, R., (Coord.), CERASA, Madrid, 2006, págs. 61-63.  
Ver Texto

---
- (2) Son razones que justifican la mediación por sus ventajas a la comunidad. No podemos desconocer que existen también ventajas para las partes implicadas: la generación mayor de opciones o soluciones al problema planteado; la disminución de la emocionalidad presente en todo conflicto; el que las partes puedan conocer mejor sus alternativas a un acuerdo y; entre otras, el fortalecimiento de la relación entre las partes.  
Ver Texto

---
- (3) FEMENIA, N., «Los medios alternativos en el espacio cibernético», Resolución de disputas en y por internet, <http://www.inter-mediacion.com>  
Ver Texto

---
- (4) El origen de esta Directiva se encuentra en el Tratado de Amsterdam, de 2 de octubre de 1997 y en el Consejo Europeo de Tampere de 1999, reforzado posteriormente por el Libro Verde de la Comisión de 2002. Dentro de las disposiciones que contiene podemos distinguir: 1.- Aquellas que fomentan una relación más estrecha entre la mediación y el proceso judicial; y 2.- Las que tienden a fomentar la utilización de la mediación por los Estados miembros. Vide, en este sentido, GALEOTE, P., «La Mediación», op. cit., págs. 63-64.  
Ver Texto

---
- (5) En este sentido, parece que la Ley española bebe de la experiencia existente en otros ordenamientos como el argentino. El art. 1 de la Ley 24.573 de Mediación argentina establece: «Institúyase con carácter obligatorio la mediación previa a todo juicio, la que se regirá por la presente Ley. Este procedimiento promoverá la comunicación directa entre las partes para la solución extrajudicial de la controversia. Las partes quedarán exentas del cumplimiento de este trámite si acreditasen que antes del inicio de la causa, existió mediación entre mediadores registrados por el Ministerio de Justicia».  
Ver Texto

---

(6) Vide, en este sentido, GALEOTE, P., «La Mediación», op. cit., pág. 64.

[Ver Texto](#)

---

(7) Son muchas las definiciones que se han dado de la mediación. Entre ellas, destaca la de MOORE que la define como «(...) la intervención en una disputa o negociación, de un tercero aceptable, imparcial y neutral que carece de un poder autorizado de decisión para ayudar a las partes en disputa a alcanzar voluntariamente su propio arreglo mutuamente aceptable. (...) Para que haya mediación las partes deben empezar a negociar», MOORE, C., El proceso de mediación, Granica, Buenos Aires, 1997.

[Ver Texto](#)

---

(8) Para un estudio en profundidad de las diferentes actitudes u orientaciones en materia de negociación, vide, entre otros, COSTA, GALEOTE, SEGURA, Negociar para CON-vencer, McGraw Hill, 2004.

[Ver Texto](#)

---

(9) A grandes rasgos podemos decir que la metodología lineal es el origen del llamado «procedimiento de texto único», en el que el mediador trabaja con las partes para que éstas descubran las causas del problema y puedan construir una solución sostenible a largo plazo; la metodología circular-narrativa trata, mediante la comunicación, de crear un contexto favorable para que las partes puedan mejorar su relación; la metodología transformativa trata de utilizar la capacidad de las partes para transformar los conflictos que se producen.

[Ver Texto](#)

---

(10) Llamamos la atención sobre uno de los puntos que ha destacado el Consejo General del Poder Judicial en su informe sobre el Anteproyecto de ley aquí estudiado: el Consejo destaca que los cursos específicos de formación, que deberían requerirse obligatoriamente a los futuros mediadores, han de incorporar en sus programas un número importante de temas relativos a materias jurídicas. Desde luego que la formación del mediador no va a ser un punto baladí ni sin escasa repercusión en las consecuencias que esta institución producirá.

[Ver Texto](#)

---

(11) De nuevo, en nuestra opinión, el texto legal deberá en este punto mejorar su redacción en cuanto a que lo deseable es que las partes expongan sus motivaciones, sus intereses y no sus posiciones que ya son conocidas. De nuevo la confusión entre «posición» e «interés», distinción clave para poder llevar a cabo una buena función como mediador, si no nada se aporta al enrocamiento del que parten las partes. Vide, en este sentido, FISHER, R., y URY, W., Getting to yes, Penguin Books, Nueva York, 1991.

[Ver Texto](#)

---