

LA MEDIACIÓN CIVIL Y MERCANTIL: UNA ASIGNATURA PENDIENTE EN ESPAÑA. (A PROPÓSITO DE LA PROPUESTA DE DIRECTIVA SOBRE CIERTOS ASPECTOS DE LA MEDIACIÓN EN ASUNTOS CIVILES Y MERCANTILES)

BALDOMERO ANDRÉS CIURANA
Abogado (*)

1 · INTRODUCCIÓN

Como es sabido, uno de los objetivos básicos de la política de la Unión Europea es mejorar el acceso de los ciudadanos a la justicia. Desde hace años, los órganos comunitarios vienen manifestando su empeño en establecer un espacio de libertad, seguridad y justicia en el que particulares y empresas no se vean impedidos ni disuadidos de ejercitar sus derechos por la incompatibilidad o complejidad de los sistemas legislativos y administrativos en los Estados miembros. Cada paso dado por las instituciones europeas en el cumplimiento de ese objetivo se ha traducido en una transformación, de mayor o menor entidad, de los ordenamientos procesales de los Estados miembros.

La Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre ciertos aspectos de la mediación

en asuntos civiles y mercantiles, presentada por la Comisión Europea el 22 de octubre de 2004 (COM (2004) 718 final) anuncia un nuevo paso en el sentido indicado. Aunque se trata de una simple Propuesta de Directiva, nos ha parecido oportuno emprender su examen con el propósito último de motivar la reflexión sobre las vías no jurisdiccionales de solución de conflictos jurídicos. No se pretende analizar al detalle las cuestiones más relevantes que presenta la mediación, a lo sumo describir sus perfiles y —al hilo del estudio de la Propuesta— plantear dudas y hacer sugerencias de futuro, pero ante todo queremos retomar la reflexión sobre un tema que cada vez está más presente en los «papeles» de las instituciones comunitarias.

2 · LA PROPUESTA DE DIRECTIVA SOBRE MEDIACIÓN EN ASUNTOS CIVILES Y MERCANTILES: UNA INVITACIÓN A REFLEXIONAR SOBRE EL PAPEL DE LAS ADR

La *Propuesta de Directiva sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles*, anuncia un nuevo impulso que invita no sólo a que los Estados miembros se planteen las necesarias reformas legislativas para la transposición de la futura Directiva, sino a que reflexionen sobre el papel que las denominadas ADR (*Alternative Dispute Resolution*) han de desempeñar en los sistemas de justicia de los distintos Estados. La invitación ha de ser tomada en serio en aquellos países, como España, en que la solución de los conflictos jurídicos por cauces extrajudiciales carece de tradición.

Constituye un tópico vincular el desarrollo de las ADR con la descarga de asuntos que pesan sobre los órganos jurisdiccionales y, consecuentemente, con

* Abogado del Departamento de Derecho Público y Procesal de Uría Menéndez (Valencia).

la reducción de los plazos de resolución de los litigios y con el consiguiente ahorro de fondos públicos. En el tópic de la «descongestión de los tribunales» hay una parte de verdad, pero a nuestro juicio es erróneo iniciar la reflexión sobre el necesario fomento de las ADR desde este planteamiento. La Exposición de Motivos de la Propuesta de Directiva parece entenderlo así cuando se refiere a la ya citada «descongestión de los tribunales» (apdo. 1.1.4): «Como la Directiva propuesta intenta promover el uso de la mediación, podría efectivamente tener un impacto positivo en este sentido. Sin embargo, esto no se persigue como objetivo independiente, por varias razones [...] En segundo lugar, y lo que es más importante, la mediación tiene un valor propio como método de resolución de litigios al que los ciudadanos y empresas debieran poder acceder fácilmente y merece promoverse independientemente de su efecto de descarga de la presión sobre el sistema judicial. La Comisión no considera la mediación como una alternativa a los procesos judiciales, sino como uno de los diversos métodos de resolución de litigios disponibles en una sociedad moderna que puede ser el más adecuado para algunos litigios, pero ciertamente no para todos».

El enfoque es acertado. La mediación y los demás métodos de solución de conflictos no deben entenderse como alternativas a la jurisdicción, ni siquiera como complemento de ésta. Se trata de mecanismos autónomos de pacificación social y, por tanto, deben considerarse medios independientes de acceso a la justicia, cuyo fundamento se encuentra en la libertad de los ciudadanos. Una sociedad moderna, en la que prime el bienestar de los ciudadanos y la libertad como valor social básico, debe poner a disposición de sus ciudadanos diversos medios de resolución de conflictos y permitir que opten por aquél que mejor se ajuste a sus intereses¹. Constituye un error colocar la jurisdicción —la potestad estatal— en el centro del sistema de justicia civil y mercantil de un país y relegar los demás mecanismos de solución de conflictos al lugar de los medios alternativos, cuya única razón de ser se encuentra en que son medios idóneos para «descongestionar los tribunales». La relación entre sistema judicial y sistema no jurisdiccional

no debe ser de «dependencia sino de autonomía funcional»².

La base para la reflexión se encuentra, pues, en la idea de libre acceso de los ciudadanos a la justicia y el desarrollo de las ADR debe verse desde esta perspectiva, y con plena conciencia de que, en el fondo, ese desarrollo no depende de las leyes, sino del fomento de la «cultura de la mediación». En esta materia, las leyes han de limitarse a garantizar la calidad y eficacia de los procesos mediadores que por impulsos de los propios interesados se promueven en la sociedad. Es tarea de las instituciones públicas, y también de las privadas, el fomento de esa cultura³.

El modelo —como ocurre en otros ámbitos— está en los EE.UU., que cuenta con una arraigada tradición mediadora, revitalizada constantemente por las universidades y por la propia judicatura⁴. La mayoría de los Estados han aprobado leyes sobre mediación en los distintos ámbitos. La proliferación de estas leyes ha motivado que la *National Conference of Commissioners on Uniform State Laws* aprobara el 16 de agosto de 2001 la *Uniform Mediation Act*, revisada en agosto 2003, con el fin de unificar la

2 Con referencia al ámbito laboral, Valdés Dal-Re sostiene que la experiencia europea —en cierta medida trasladable al ámbito civil y mercantil— evidencia que las relaciones entre sistema judicial y modos no jurisdiccionales de composición de los conflictos colectivos jurídicos pueden agruparse en dos grandes modelos teóricos. En el primer modelo, las soluciones no jurisdiccionales y procedimientos jurisdiccionales se ordenan conforme a un principio de dependencia funcional. La mediación o la conciliación están diseñadas al estilo de técnicas auxiliares o integrativas de la actividad jurisdiccional, y son, como dice Grandi, «simples apéndices de la tutela judicial», destinados, normalmente, a aligerar la sobrecarga de trabajo de los tribunales. En el segundo modelo, la relación no es de dependencia sino de autonomía funcional. La relaciones entre proceso laboral y procedimientos no jurisdiccionales dibujan, en suma, un escenario abierto, que permite a las partes en conflicto la posibilidad de elegir entre varios itinerarios en lugar de transitar por uno solo («Conciliación, mediación y arbitraje en los países de la Unión Europea», *Relaciones Laborales*, núm. 2, 2002, pág. 328).

3 En España, de la mano de las Comunidades Autónomas, se está desarrollando una política de fomento de la mediación familiar que puede dar resultados positivos. La pionera fue Cataluña con la Ley 1/2001, de 15 de marzo, y su posterior desarrollo reglamentario. Más tarde, se han aprobado la Ley gallega 4/2001, de 31 de mayo, también desarrollada por los correspondientes reglamentos; la Ley 7/2001, de 26 de noviembre, de las Cortes Valencianas; y, por último, la Ley canaria 15/2003, de 8 de abril, reformada recientemente.

4 Sobre el fomento de los sistemas no jurisdiccionales desde las universidades y, en particular, desde la Universidad de Harvard y su vinculación a la corriente de pensamiento denominada *Critical Legal Studies*, S. Barona Vilar: *Solución extrajudicial de conflictos...*, cit., págs.47 y ss.

1 Sobre la cuestión, A. «Tunc: The Quest for Justice», en *Access to Justice and the Welfare State* (Coord. Cappelletti, M.), European University Institute, 1981, págs. 333 y ss.; S. Barona Vilar: *Solución extrajudicial de conflictos*, Valencia, 1999, y E. Martínez García: *El arbitraje como solución de conflictos de propiedad intelectual*, Valencia, 2002, págs. 25 y ss.

legislación de los Estados. Por otra parte, la contribución de la judicatura, tanto en los tribunales de distrito como en los circuitos de apelación, está resultando decisiva para el desarrollo de las ADR⁵. Ejemplos pueden encontrarse también en Dinamarca, Italia, Austria o Portugal, si bien los Estados miembros no disponen de una normativa-marco detallada sobre las ADR.

Por lo pronto, el impulso procede de los órganos comunitarios que vienen desplegando una política de fomento de las ADR que conviene tener presente, en cuanto que constituye antecedente de la Propuesta de Directiva que comentamos.

3 · LA POLÍTICA COMUNITARIA DE FOMENTO DE LAS ADR Y LA PROPUESTA DE DIRECTIVA

Los Jefes de Estado y Gobierno de los Estados miembros han reiterado su compromiso con las ADR en distintas cumbres europeas. Entre los hitos más recientes conviene recordar que en Viena, en diciembre de 1998, el Consejo Europeo aprobó en sus conclusiones el plan de acción elaborado por el Consejo y la Comisión para la creación de un espacio de libertad, seguridad y justicia⁶. Asimismo, en Tampere, los días 15 y 16 de octubre de 1999, el Consejo Europeo definió nuevas perspectivas en el ámbito de la Justicia y los Asuntos de Interior y se manifestó a favor del desarrollo de los procedimientos extrajudiciales⁷. En la cumbre europea de Lisboa de marzo de 2000, el Consejo Europeo invitó «a la Comisión y al Consejo a reflexionar sobre los medios de promover la confianza de los consumidores en el correo electrónico, en particular, mediante nuevos sistemas de resolución de litigios»⁸. Por último, en Santa María da Feira, en junio de 2000, este objetivo se reafirmó con ocasión de la aprobación del Plan de acción Europe 2002⁹.

En el campo de las acciones sectoriales en materia de ADR, las iniciativas más numerosas se dan en el

derecho relacionado con el consumo, de las que cabe citar las Recomendaciones de la Comisión de 30 de marzo de 1998¹⁰ y de 4 de abril de 2001¹¹, en las que se establecen determinados principios aplicables a los procedimientos extrajudiciales para la solución de litigios en materia de consumo. Asimismo, la Directiva de 8 de junio de 2000 incluía expresamente disposiciones (artículo 17) para que los Estados miembros animen a los órganos extrajudiciales a actuar en el marco de los conflictos relacionados con el consumo¹².

En este contexto, tiene especial importancia el «Libro Verde sobre las modalidades alternativas de solución de conflictos en el ámbito del derecho civil y mercantil», presentado por la Comisión el 19 de abril de 2002¹³, que constituye la prolongación de todas las acciones mencionadas y el precedente inmediato de la *Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles*, presentada por la Comisión Europea el 22 de octubre de 2004.

4 · LA MEDIACIÓN: UNA CANTERA SIN EXPLOTAR

Cabe preguntarse por qué la Comisión ha centrado su interés en la mediación como cauce de solución extrajudicial de conflictos. La propia Exposición de Motivos de la Propuesta de Directiva da respuesta expresiva a esta cuestión: «La Comisión cree —según puede leerse en dicha Exposición— que la mediación es una cantera sin explotar como método de resolu-

5 Sobre la colaboración de los tribunales en los programas de mediación, M. E. Zamora: «Mediación, una alternativa en crecimiento», La Ley, núm. 6170, 2005, pág. 16.

6 Apdo. 83 de las conclusiones de la Presidencia (disponible en <http://ue.eu.int/fr/Info/euroconcil/index.htm>).

7 Apdo. 30 de las conclusiones de la Presidencia (las conclusiones de las reuniones del Consejo están disponibles en la dirección citada en nota anterior).

8 Apdo. 11 de las conclusiones de la Presidencia.

9 Apdo. 22 de las conclusiones de la Presidencia y Plan de acción eEurope 2002 (en http://europa.eu.int/information_society/europe/action_plan/index_fr.htm).

10 Relativa a los principios aplicables a los órganos responsables de la solución extrajudicial de litigios en materia de consumo, DO L 115 de 17 de abril de 1998, pág. 31.

11 Relativa a los principios aplicables a los órganos extrajudiciales de resolución consensual de litigios en materia de consumo, DO L 109 de 19 de abril de 2001, pág. 56.

12 Con el fin de facilitar el acceso de los consumidores a la resolución de mutuo acuerdo de litigios transfronterizos, la Comisión Europea ha creado dos redes europeas de instancias nacionales: la Red FIN-NET, para la resolución extrajudicial de litigios en el sector de los servicios financieros, y la Red EEJ-NET, que es una estructura de asistencia y de información al consumidor formada por puntos de contacto nacionales («cámaras de compensación» o «clearing houses»).

En el marco de los programas comunitarios, deben destacarse los Programas Grotius y Marc 2000 que tienen por objetivo el conocimiento mutuo de los sistemas judiciales y jurídicos de los Estados miembros y la cooperación europea para el desarrollo de métodos de resolución de conflictos civiles y mercantiles de las empresas.

13 COM (2002) 196 final. Véase también el Dictamen del Comité Económico y Social Europeo, de 11 de diciembre de 2002, sobre el citado Libro Verde (DO C 85/8).

ción de litigios y de dar acceso a la justicia a particulares y empresas» (apartado 1.1.3 de la E. M.).

La confianza de la Comisión en la mediación está fundada en los indudables beneficios que presenta como mecanismo de solución de conflictos jurídicos. La Exposición de Motivos alude a ellos: «*La utilidad de ampliar el recurso a la mediación la constituyen esencialmente las ventajas del propio mecanismo de solución de litigios: una manera más rápida, simple y rentable de solucionar conflictos que permite tener en cuenta más aspectos de los intereses de las partes. Ello aumenta las posibilidades de alcanzar un acuerdo que respetarán voluntariamente y preserva una relación amistosa y sostenible entre ellos*» (apartado 1.1.3 de la E. M.).

En efecto, la mediación ofrece en sí misma grandes ventajas. Las partes pueden limitar el tiempo que va a durar el procedimiento mediador, lo que trae como consecuencia que la mediación se convierta en un (i) mecanismo más *rápido y rentable* de solucionar conflictos que la jurisdicción. Además, la mediación no está en principio sujeta a formalidades. Se trata por lo general de «*un proceso formalmente flexible, que guía y organiza al mediador, a través de una serie de etapas que tienden a construir el marco dentro del cual se produce la comunicación y la cooperación entre las partes*»¹⁴. La mediación es, pues, un (ii) expediente *sencillo o simple* de resolución de conflictos. Y finalmente, al ser un sistema cooperativo —no adversarial— de solución de conflictos, en el que son las propias partes las que componen la controversia, cabe esperar que (iii) cumplan voluntariamente con las obligaciones que derivan del acuerdo alcanzado por las propias partes y, asimismo, que se preserve «*una relación amistosa y sostenible entre ellas*», que no quedó marcada por el «estigma del proceso».

A las ventajas señaladas por la Comisión se añade la privacidad o discreción de la mediación, que presenta especial importancia cuando el conflicto tiene o puede tener repercusión social¹⁵. En esos casos, las partes serán las primeras interesadas en evitar la publicidad consustancial al proceso jurisdiccional y, en esa medida, la mediación se presenta como un medio idóneo para pacificar el conflicto. La discreción es fruto de la confidencialidad que se impone al mediador y a las propias partes y que resulta esencial en todo proceso de mediación.

Otra de las ventajas de la mediación que con frecuencia se trae a colación tiene que ver, como ya hemos adelantado, con la descarga de asuntos que pesan sobre los órganos jurisdiccionales. Sin embargo, dicho beneficio no es a juicio de la Comisión un objetivo que se persiga de forma independiente, sino una consecuencia positiva de la política de las instituciones comunitarias y de los Estados miembros.

5 · LA MEDIACIÓN Y SUS PERFILES

5.1 · La definición de mediación en la Propuesta de Directiva

No debe extrañar que el primer precepto de la Propuesta se dedique a definir la mediación. El término mediación no tiene el mismo significado en los distintos Estados miembros e incluso, dentro de cada ordenamiento, no tiene perfiles claros. Así ocurre en España, donde la mediación aparece en el difuso espacio que se mueve entre la conciliación, la transacción y, en el extremo más alejado, el arbitraje.

A los efectos de la Directiva propuesta, se entenderá por mediación «*todo proceso, sea cual sea su nombre o denominación, en que dos o más partes en un litigio son asistidas por un tercero para alcanzar un acuerdo sobre la resolución del litigio, independientemente de si el proceso es iniciado por las partes, sugerido u ordenado por un órgano jurisdiccional, o prescrito por el Derecho nacional de un Estado miembro*».

La definición es correcta y se corresponde con la definición más común de mediación. Además, es un concepto amplio que integra todo tipo de mediación: ya tenga su origen en la iniciativa de las partes, en la sugerencia u orden del órgano jurisdiccional o en disposición preceptiva de la ley de un Estado miembro. No obstante la amplitud de la definición, la propuesta de Directiva no considera mediación «*los intentos del juez por solucionar el litigio en el curso del proceso judicial referente a ese litigio*» (artículo 2 (b)), exclusión que consideramos acertada y que tiene especial importancia en nuestro Derecho positivo, como después se verá.

5.2 · Características de la mediación

La mediación se encuentra claramente incluida entre los medios autocompositivos de solución de controversias jurídicas¹⁶, si bien se caracteriza,

14 M.^ª T. Álvarez Moreno: «La mediación empresarial», Revista de Derecho Privado, 2000, págs. 957-986 (en pág. 959).

15 M.^ª T. Álvarez Moreno: Op. cit., págs. 958-9.

16 En la autocomposición son las propias partes las que ponen fin al conflicto intersubjetivo de intereses a través del acuerdo de

como inmediatamente veremos, por la intervención de un tercero que la dota de singularidad frente a la conciliación. El rasgo esencial de la mediación es la intervención del tercero mediador, cuyas funciones han de quedar perfectamente definidas, si se quiere evitar la confusión con otras instituciones afines y obtener el éxito de la mediación misma.

En la mediación, las partes son las protagonistas del acuerdo que pone fin a la disputa jurídica. Este es el primer rasgo definitorio de la mediación, que se presenta como un medio para alcanzar, como objetivo, un acuerdo de intereses por el que las partes ponen fin a una situación de enfrentamiento jurídico.

Esta primera característica es común a la mediación y a la conciliación. Ambas comparten el mismo objetivo: el acuerdo pacificador del conflicto. La diferencia entre ambas radica en que es consustancial a la mediación la intervención de un tercero al que corresponde la labor de propiciar el acuerdo, mientras que, por lo general, en la conciliación no participa un tercero o, cuando interviene, su función queda limitada a garantizar las formalidades de la conciliación y los derechos de las partes. Su objetivo no es hacer posible el acuerdo, sino velar por que éste se adopte válidamente con todas las garantías.

Así, pues, la segunda característica de la mediación atiende a su aspecto subjetivo. Es consustancial a ella la existencia de un tercero al que corresponde mediar en el conflicto para crear un ámbito propicio al acuerdo, proponiendo incluso hipotéticas soluciones. Tan importante es la labor del mediador que la institución que estamos estudiando toma su denominación de la tarea o función que se confía al tercero: mediación. No puede haber propiamente mediación si no hay intervención de un tercero que desarrolle esa función. Si se alcanza un acuerdo *inter partes*, sin intervención del tercero, podrá hablarse de conciliación, o emplearse otro término, pero en ningún caso habrá mediación¹⁷.

Así, pues, el resultado (acuerdo entre las partes) viene caracterizado por la actividad desplegada por el

tercero para alcanzarlo (mediación). De esta manera, en torno a la figura y funciones del mediador ha de gravitar la mayor parte del régimen jurídico de la mediación.

En definitiva, las características esenciales de la mediación se refieren a su objetivo y al modo en que éste se alcanza. El objetivo de la mediación es el acuerdo *inter partes* que evita o pone fin a un litigio entre ellas. Lo que singulariza ese acuerdo es que, en su consecución, participa un tercero imparcial que actúa como mediador, tratando de acercar las posturas de las partes. La labor del mediador queda limitada a esa tarea sin que en ninguna caso pueda imponer su criterio, ni siquiera forzar la voluntad de las partes para alcanzar el acuerdo. Tal como se ha dicho: «*el mediador no dispone, sino que propone*»¹⁸.

Junto a las características indicadas, se suelen señalar otras como la confidencialidad y la imparcialidad del mediador, la confianza de las partes en el mediador o la flexibilidad del procedimiento de mediación¹⁹. Ninguna de ellas son características definitorias de la mediación, por ello preferimos aludir a estas características en otros apartados de este trabajo, en relación con la figura del mediador y el modo en que se desarrolla la mediación.

5.3 · Mediación, conciliación y transacción

Conviene no confundir la mediación con los procedimientos de conciliación existentes en la mayoría de los procedimientos judiciales nacionales previos al comienzo de éstos, ya que son las partes y sus abogados, con la tutela del juez, los que llegan o no a un acuerdo que sirve para desistir del procedimiento.

Las diferencias con la conciliación aparecen en algunos ordenamientos de manera difusa. Ambos son métodos autocompositivos de solución de conflictos y persiguen el mismo fin: la solución pactada de la controversia. La diferencia más aparente entre ellas es la intervención de un tercero en la mediación al que se atribuye una específica función: tratar de que las partes resuelvan su controversia de forma consensuada, creando el ambiente necesario para ello, pudiendo llegar incluso a proponer soluciones alternativas.

voluntades o del voluntario sacrificio o resignación de una de ellas. A la categoría de la autocomposición pertenecen también la renuncia del actor o el desistimiento del proceso, el allanamiento del demandado, la transacción entre las partes y la conciliación. Ampliamente, véase V. Gimeno Sendra: Introducción al Derecho Procesal (con Cortés Domínguez y Moreno Catena), Madrid, 2003, pág. 19.

¹⁷ Con criterios distintos, L. R. Rivera Rivera: El contrato de transacción. Sus efectos en situaciones de solidaridad, San Juan de Puerto Rico, 1998, págs. 19-20.

¹⁸ J. Landete Casas, J: «Aspectos generales sobre la mediación y el mediador», Revista Internauta de Práctica Jurídica, núm. 2, mayo-agosto, 1999 (disponible en www.uv.es/ripj/2mer.htm).

¹⁹ M.ª T. Álvarez Moreno: «La mediación empresarial...», cit., págs. 958-9.

Con todo, esta diferencia aparece muchas veces diluida en la práctica de los ordenamientos de los distintos países y, en tales casos, la diferencia entre las dos figuras puede llegar a ser puramente terminológica. Nuestras normas de enjuiciamiento civil son un buen ejemplo de ello. Los artículos 460 y siguientes de la LEC de 1881 —vigente en lo que concierne a la regulación de la conciliación— atribuyen al juez ante el que se desarrolla el acto de conciliación funciones que van más allá de las puramente formales. En particular, el artículo 471 LEC de 1881 dispone que, si después de expuestas las pretensiones de los interesados, no hubiera avenencia entre ellos, «*el Juez procurará averirlos*». Con esta indicación, la Ley confía al Juez una función activa en la conciliación dirigida a alcanzar un acuerdo. En esta misma línea, el artículo 428.2 LEC señala, en sede de audiencia previa, que, «*a la vista del objeto de la controversia, el tribunal podrá exhortar a las partes o a sus representantes y a sus abogados para que lleguen a un acuerdo que ponga fin al litigio*».

Partiendo de esos preceptos, parece claro que depende de la conducta del Juez que el acto se desarrolle como una pura conciliación, quedando el Juez como mero espectador, garante de la validez y eficacia del acuerdo, o que se aproxime remotamente a una mediación, en caso de que el Juez se tome en serio su función de «*procurar la avenencia entre las partes*» o de «*exhortarlas para que lleguen a un acuerdo*». Con todo la «*función mediadora*» del Juez tiene un claro límite: «*la exhortación no puede ser una coacción, ni debería suponer que se adelantara a las partes —cuando aún falta buena parte de la prueba— el contenido de la sentencia*²⁰».

Sin embargo, la práctica cotidiana demuestra que el Juez se limita, tanto en el acto de conciliación (artículo 471 LEC de 1881) como en sede de audiencia previa (artículo 428.2 LEC), a cumplir las formalidades que le imponen los preceptos citados, sin que en su actuación pueda verse atisbo alguno de labor mediadora. Con todo, los preceptos citados sirven para ejemplificar que en la práctica los perfiles entre mediación y conciliación, *strictu sensu*, pueden resultar borrosos, y que entre una y otra existe una zona difusa en que, en la conciliación, la labor del tercero puede aproximarse a la de un mediador.

Más clara parece la distinción entre mediación y transacción. Legal y doctrinalmente la transacción tiene unos perfiles bien definidos. Se define en el artículo 1.809 del C.C.: «*La transacción es un contrato por el cual las partes, dando, prometiendo o reteniendo cada una alguna cosa, evitan la provocación de un pleito o ponen término al que había comenzado*».

Dejando al margen algunas precisiones que podrían hacerse sobre el concepto legal expuesto²¹, lo que resulta claro e interesa destacar es que la transacción se resuelve en un negocio jurídico, dimanante del acuerdo de las partes, por el que éstas evitan un proceso futuro o ponen fin al que ya se hubiera iniciado. En definitiva, que la transacción se traduce en un acuerdo de voluntades por el que se compone la controversia entre partes. En este sentido, la transacción vendría a ser el resultado positivo de la mediación. Puede decirse que la mediación tiene como finalidad que las partes resuelvan el litigio por medio de una transacción o acuerdo de intereses. Como se ha dicho, «*la culminación natural de toda mediación es el contrato de transacción*»²².

En consecuencia, la relación entre mediación y transacción es puramente instrumental. La primera se presenta como un medio idóneo para alcanzar la segunda²³.

6 · ÁMBITO DE LA DIRECTIVA PROPUESTA

El ámbito de la Directiva propuesta aparece claro en su propia Exposición de Motivos [párrafo (8)]. La Directiva deberá abarcar «*los procedimientos donde dos o más partes en un conflicto son asistidas por un mediador para alcanzar un acuerdo amistoso sobre la resolución del conflicto y excluye los procedimientos que tienen una cierta naturaleza jurisdiccional como el arbitraje, el recurso al Defensor del Pueblo, las denuncias de consumidores, la determinación por experto o procesos administrados por órganos que formulan una recomendación formal, ya sea jurídicamente vinculante o no, para resolver el conflicto*».

21 M.^a T. Álvarez Moreno: «La mediación empresarial...», cit., pág. 963.

22 J. Landete Casas, J: «Aspectos generales sobre la mediación...», cit., pág. 3.

23 También puede existir relación instrumental, aunque más remota, entre renuncia, desistimiento o allanamiento y mediación. Estos modos unilaterales de concluir el proceso pueden ser fruto de un acuerdo o transacción entre partes obtenida como consecuencia de la mediación. En tales casos, el acto que motivará la terminación del proceso será la renuncia, el desistimiento o el allanamiento, pero traerán causa de una transacción alcanzada gracias a la mediación de un tercero.

20 J. Banacloche Palao: Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil (con De la Oliva y Díez-Picazo), Madrid, 2000, pág. 723.

El contenido normativo de la Directiva es deliberadamente reducido. En esencia contiene dos tipos de disposiciones: en primer lugar, las destinadas a regular y asegurar una relación dinámica entre la mediación y el proceso judicial, estableciendo unas normas mínimas comunes sobre varios aspectos claves del procedimiento civil, y, en segundo lugar, las destinadas a garantizar la calidad y la eficacia de la mediación a fin de que los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros promuevan activamente el uso de la mediación.

Se excluyen de su ámbito la regulación de dos aspectos claves de la mediación: el proceso de mediación y del estatuto jurídico de los mediadores (designación, acreditación, régimen de responsabilidad, etc.), exclusión criticable en cuanto que, al menos, deberían establecerse los principios básicos de ese estatuto. En su lugar, se opta por la autorregulación a través, por ejemplo, del desarrollo de un código de conducta europeo que aborde cuestiones claves del procedimiento de mediación.

Veamos cómo se regulan los aspectos de la mediación contemplados en el ámbito de la Directiva propuesta.

7 · RELACIÓN DINÁMICA ENTRE MEDIACIÓN Y PROCESO JUDICIAL

Una de las cuestiones centrales del régimen jurídico de la mediación, que se regula en la Directiva propuesta, es la regulación de las relaciones entre la mediación y el proceso judicial. Tres son las cuestiones que deben abordarse: (i) el carácter facultativo u obligatorio de la mediación previa al proceso, (ii) la admisibilidad en el proceso de las pruebas que tengan su origen en la mediación y (iii) la incidencia que el recurso a la mediación ha de tener respecto de los plazos de caducidad y de prescripción.

7.1 · El carácter facultativo u obligatorio de la mediación previa al proceso

Generalmente se presenta la mediación como un mecanismo voluntario de resolución de conflicto. La voluntariedad, como característica de la mediación, se traduce en que son las partes las que deciden tanto: (i) acudir a la mediación y mantenerse en ella una vez iniciada como; el (ii) modo en que va a concluir²⁴. Sin embargo, para ser rigurosos hay que

precisar que la voluntariedad de la mediación es una característica que está referida sólo al segundo aspecto, es decir, a su resultado. En cuanto al inicio de la mediación, el que las partes sean libres o no de acudir a ella depende, en último término, del modo en que se regula esta institución en cada ordenamiento.

Nada impide —dejando al margen razones de política legislativa— que la mediación sea preceptiva y que se regule como un presupuesto o requisito previo a la vía jurisdiccional²⁵. En este sentido, la voluntariedad no aparece como una característica consustancial a la mediación, por cuanto puede haber mediación obligatoria o preceptiva. Lo que es consustancial a la mediación —y además obvio— es que el resultado positivo del esfuerzo del mediador depende exclusivamente de la voluntad de las partes. No cabe, a riesgo de desnaturalizar la figura de la mediación, que el tercero imponga a las partes la solución del conflicto. Por tanto, cuando se habla, con carácter general, de la voluntariedad como característica de la mediación se está haciendo referencia al hecho de que la solución del conflicto depende siempre de la voluntad concurrente de las partes, y no puede venir impuesta por el mediador.

Así pues, la mediación puede ser facultativa u obligatoria para las partes. La Directiva propuesta contempla ambas modalidades, sin afectar a la legislación nacional que prevea el uso obligatorio de la mediación, ya sea antes o después de la incoación del proceso judicial, siempre que tal legislación no impida el derecho de acceso al sistema judicial (artículo 3.2).

La Propuesta parte del respeto a los Derechos nacionales, que pueden optar por una mediación obligatoria o facultativa, pero en este último caso se pronuncia a favor de lo que podríamos denominar una «mediación recomendada o sugerida». Así, el artículo 3.1 dispone: «El órgano jurisdiccional que conozca de un asunto, cuando proceda y teniendo en cuenta todas las circunstancias del caso, podrá proponer a las partes

²⁴ En este sentido, M.^ª T. Álvarez Moreno: «La mediación empresarial...», cit., pág 60.

²⁵ Desde luego no existen obstáculos, desde la perspectiva del derecho a la tutela judicial efectiva, que impidan regular la mediación con carácter obligatorio, siempre que no se excluya la vía jurisdiccional si fracasa el intento de mediación. Sobre esta cuestión, ampliamente, M.^ª J. Rodríguez Crespo: «Los procedimientos autónomos de solución de conflictos y el derecho de tutela judicial efectiva. En especial, la conciliación como trámite previo al proceso», Revista Internauta de Práctica Jurídica, núm. 15, enero-junio 2005 (disponible en <http://www.ripij.com>), y la bibliografía y jurisprudencia que cita la autora.

el uso de la mediación para solucionar el litigio. En todo caso, el órgano jurisdiccional podrá requerir que las partes asistan a una sesión sobre el uso de la mediación».

En países como el nuestro, en que la cultura mediadora es nula, parece muy oportuna la prescripción contenida en el artículo 3.1 de la propuesta, que deja al buen criterio del órgano jurisdiccional —atendidas las circunstancias del caso y la naturaleza de la materia sobre la que versa el litigio— si es conveniente o no aconsejar a las partes que usen la mediación como instrumento de resolución del conflicto.

En los países europeos en que se regula, con relación al proceso civil, la mediación u otra figura afín —como la conciliación—, ésta tiene carácter voluntario por lo general, si bien en alguno de esos países se deja al criterio del juez —en línea con la Propuesta— remitir a las partes a un proceso mediador. Así ocurre en el derecho francés, en el que la mediación viene regulada en los artículos 131-1 y siguientes del *Nouveau Code de Procédure Civile*. De acuerdo con esos preceptos, el juez que conoce del asunto puede, con el acuerdo de las partes, recurrir a la mediación. El juez designará a este fin un mediador, tercero cualificado, imparcial e independiente.

En nuestro Derecho existen precedentes que aconsejan abogar por la mediación voluntaria. Como se recordará, la LEC de 1881 confería a la conciliación pre-procesal carácter preceptivo²⁶; sin embargo, la conciliación obligatoria dio resultados poco satisfactorios según vino a demostrar la experiencia. La conciliación se convirtió en un impedimento procesal que debía sortearse cuanto antes para acceder al proceso²⁷.

²⁶ El artículo 460 decía que, antes de promover un juicio declarativo, deberá intentarse la conciliación ante el Juez municipal competente, con las excepciones que en el mismo precepto se señalaban. A modo de sanción por el incumplimiento del requisito, el artículo 462 LEC ordenaba que no se admitiera demanda alguna a la que no acompañara certificación del acto de conciliación, o de haberse intentado sin efecto.

²⁷ La experiencia en el Derecho laboral es más alentadora. La conciliación administrativa previa al proceso, que se regula en los artículos 63 y ss. de la LPL, está dando resultados aceptables. En el año 2004, sobre un total de 355.802 conciliaciones individuales se logró la avenencia en 87.132. Y en el año anterior los resultados fueron mejores, pues se alcanzó el acuerdo en 116.805 de un total de 397.069 conciliaciones intentadas. En lo que a la mediación se refiere, en los años citados se realizaron 72, en el año 2003, y 96, en el 2004. Las estadísticas pueden consultarse en la web del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social: <http://www.mtas.es>. Por lo demás, debe tenerse en cuenta que los conflictos laborales, tanto individuales como colectivos, tienen características propias que hacen más fácil la nego-

Atendida esa experiencia, la Ley 34/1984, de 6 de agosto, de Reforma Urgente de la LEC, confirió al acto de conciliación carácter meramente facultativo. Ciertos es que el carácter voluntario de la conciliación no le ha hecho ganar en relevancia práctica, pero al menos evita que las partes tengan que cumplir con un trámite de acceso al proceso sin utilidad. Al mismo tiempo, el cambio operado por la citada Ley viene a demostrar que la aplicación práctica de instituciones como la conciliación no depende de que se las regule con carácter preceptivo o facultativo, sino del fomento de la cultura mediadora. En este sentido, otorgar facultades al órgano jurisdiccional —como hace la Directiva propuesta— para que pueda remitir a las partes a la mediación, haciéndoles ver la conveniencia de este sistema de resolución en un litigio como el que las enfrenta, parece una propuesta más que razonable para dar a la mediación un impulso inicial que el legislador español deberá secundar. En la misma línea, debe fomentarse la práctica consistente en incluir en los contratos cláusulas compromisorias que remitan las controversias a la mediación, en cuanto que ello ha de contribuir al desarrollo de la mediación en mayor medida que las disposiciones legales que la imponen de manera obligatoria.

7.2 · La admisibilidad en el proceso de las pruebas que tengan su origen en la mediación

La cuestión que se anuncia en la rúbrica de este apartado constituye uno de los puntos más importantes de la relación entre mediación y proceso judicial. La cuestión se plantea cuando las partes han intentado la mediación sin éxito y se inicia posteriormente el procedimiento judicial o continúa el que quedó en suspenso por haber acudido las partes a la mediación. En estas circunstancias, debe evitarse que puedan utilizarse en el proceso, como armas defensivas, las conversaciones que tuvieron lugar en el proceso mediador. Debe preservarse la imparcialidad del juez, que ha de formar su juicio sobre la base de lo alegado y probado en el proceso sin referencia alguna a lo que extraprocesalmente cada parte pudo admitir o no en el seno de un procedimiento negociador.

ciación y que, por otra parte, existe toda una estructura institucional dedicada a la solución extrajudicial de controversias y a su fomento, lo que se traduce en resultados concretos como el III «Acuerdo sobre Solución Extrajudicial de Conflictos Laborales» (ASEC III) (BOE de 29 de enero de 2005).

La clave de las relaciones entre mediación y proceso en este punto se encuentra en el deber de confidencialidad del mediador y de las partes. A fin de garantizar la confidencialidad en todo proceso judicial posterior, la Directiva propuesta dedica un largo artículo a regular la admisibilidad en los procesos judiciales de las pruebas que tengan su origen en la mediación. De conformidad con el precepto (artículo 6):

«los mediadores, así como las personas implicadas en la administración de los servicios de mediación, no darán testimonio ni presentarán pruebas en procesos judiciales civiles en relación con ninguno de los siguientes extremos:

- a) la propuesta de una parte de recurrir a la mediación o el hecho de que una parte estuviera dispuesta a participar en la mediación;*
- b) opiniones expresadas o sugerencias propuestas por una parte en una mediación relativas a una posible solución del conflicto;*
- c) declaraciones o confesiones hechas por una parte en el curso de la mediación;*
- d) propuestas del mediador;*
- e) el hecho de que una parte hubiera manifestado su deseo de aceptar una propuesta de solución del mediador;*
- f) documentos elaborados a los solos efectos de la mediación» (art. 6.1).*

La prohibición probatoria se refuerza en el apartado 3.º del citado artículo al disponer que *«ni el órgano jurisdiccional ni ninguna entidad judicial ordenará la divulgación de la información mencionada en el apartado 1 [del artículo] en un proceso judicial civil y, si tal información es presentada como prueba contrariamente a lo dispuesto en el apartado 1, esas pruebas se considerarán inadmisibles»*. Además, dicha prohibición alcanza a cualquier proceso, con independencia de que se refiera o no al litigio que es o ha sido objeto de mediación (artículo 6.4), extensión de la prohibición que se explica en cuanto que las informaciones obtenidas en la mediación pueden ser relevantes en otros procesos y debe garantizarse que dichos procesos no quedan «contaminados» por las actitudes extraprocesales de las partes.

Las excepciones a la regla general prohibitiva están plenamente justificadas y son lógicas. El apartado 3.º del artículo que comentamos admite las pruebas que tengan por objeto la información antes referida:

- (i) en la medida requerida a efectos de la aplicación o ejecución de un acuerdo alcanzado como resultado directo de la mediación;
- (ii) cuando en el litigio se discutan cuestiones de orden público, en particular cuando la prueba se requiera para asegurar la protección de menores o para prevenir el daño a la integridad física o psicológica de una persona; o
- (iii) si el mediador y las partes están de acuerdo en ello.

7.3 · La incidencia de la mediación sobre los plazos de prescripción y de caducidad

La otra cuestión relevante que aborda la Directiva propuesta en materia de relaciones entre mediación y proceso judicial es la incidencia de ésta sobre los plazos de prescripción y de caducidad, y lo hace en los términos que dispone el artículo 7.

Conforme con el citado artículo, *«el transcurso de todo plazo de caducidad o prescripción relativo a la demanda objeto de la mediación se suspenderá a partir del momento en que, tras el surgimiento del conflicto: (a) las partes acuerden recurrir a la mediación; (b) el órgano jurisdiccional ordene recurrir a la mediación; o (c) sea obligatorio recurrir a la mediación de conformidad con el Derecho nacional de un estado miembro»*.

Respecto de este primer apartado del precepto conviene llamar la atención sobre dos extremos de interés. Por una parte, en la Directiva propuesta se regula conjuntamente la incidencia de la mediación sobre los plazos de prescripción y de caducidad, cuando, como se sabe, unos y otros tienen régimen jurídico distinto en nuestro Derecho. Por otra parte, se regula la suspensión —y no la interrupción— de los referidos plazos, lo que es coherente con lo que se dispone en el apartado 2.º del artículo con respecto a su reanudación:

«Cuando la mediación termine sin lograrse un acuerdo de solución, el plazo volverá a correr desde el momento del término de la mediación sin acuerdo de solución, a contar desde la fecha en que una o ambas partes o el mediador declaren terminada la mediación o se retiren efectivamente de ella. El plazo se ampliará en cualquier caso al menos un mes a contar desde la fecha de su reanudación, salvo cuando sea un plazo en el que se deba ejercitar una acción para evitar que una medida provisional o similar deje de surtir efecto o se revoque».

Con mejor técnica que la Directiva propuesta, en nuestro ordenamiento, el artículo 65 de la LPL dis-

tingue correctamente entre suspensión de la caducidad e interrupción de la prescripción, precepto que puede servir de referente en la transposición de la futura Directiva.

8 · LA EFICACIA DEL ACUERDO ALCANZADO EN LA MEDIACIÓN

La importancia de la mediación como mecanismo de resolución de conflictos en cualquier ordenamiento nacional está en relación directa con la eficacia que ese ordenamiento reconozca al acuerdo alcanzado por las partes con la intervención del mediador. La Propuesta no desconoce la relación existente entre ejecutabilidad del acuerdo y relevancia de la mediación en los distintos ordenamientos y regula la «*ejecución de los acuerdos alcanzados*» en su artículo 5.

De conformidad con el precepto propuesto, «*los Estados miembros asegurarán que, a petición de las partes, el acuerdo alcanzado tras una mediación pueda ser confirmado por una resolución, sentencia o instrumento auténtico o de cualquier otra forma por un órgano jurisdiccional o entidad pública que haga ejecutorio el acuerdo de manera similar a una resolución judicial en virtud del Derecho nacional*».

Nuestras normas de enjuiciamiento civil cumplen, en cierta medida, con la previsión contenida en el precepto reproducido. Así, de acuerdo con el artículo 476 de la LEC/1881, lo convenido por las partes en acto de conciliación tiene plena eficacia ejecutiva. Idéntica fuerza tiene el acuerdo alcanzado por las partes en la audiencia previa o en cualquier otro momento del proceso, una vez homologado judicialmente (artículos 19.2, 415.2 y 517, 3.º LEC). Y a estos efectos importa poco que el acuerdo se haya alcanzado por obra exclusiva de las partes o gracias a la intervención de un mediador.

9 · EL MEDIADOR: FIGURA CLAVE DE LA MEDIACIÓN

El éxito de la mediación depende, en grandísima medida, de la figura del mediador. Como recuerda el Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre la Propuesta de Directiva, «*la solvencia y la equidad en su intervención y, muy especialmente, la independencia de las partes litigantes, así como la discreción en el procedimiento de media-*

ción, facilitan la efectividad y el buen resultado del trabajo de la mediación».

Sin embargo, la regulación del estatuto de los mediadores es materia que, en la Propuesta, se deja al buen criterio de la legislación de los Estados miembros, mientras que la Comisión se compromete a orientar la creación de medidas autorreguladoras, en especial, a través de códigos de conducta europeos. En efecto, la Propuesta se limita a decir en el artículo 4 que, en orden a garantizar la calidad de la mediación, la Comisión y los Estados miembros promoverán y fomentarán el desarrollo y la adhesión a códigos de conducta voluntarios por parte de los mediadores y las organizaciones que presten servicios de mediación, tanto a nivel comunitario como nacional. Asimismo, se promoverán y fomentarán mecanismos de control de calidad en la prestación de servicios de mediación y la formación de los mediadores.

No obstante, sería muy conveniente que la futura Directiva regulara las líneas básicas del estatuto de los mediadores, buscando la homogeneización de las legislaciones a nivel europeo. Así lo entiende el Comité Económico y Social Europeo: «*En la mediación es primordial garantizar la calidad del servicio prestado, por lo cual convendría que en la presente Propuesta, se indicaran unas líneas orientadoras que sirvieran para armonizar, mínimamente, los requisitos necesarios para ejercer la actividad de mediador. La necesidad de competencia e independencia de los mediadores, en línea con lo que se recomienda para la mediación en materia de consumo, sería una de las condiciones necesarias, y se conseguiría reforzando la cooperación europea para obtener una mayor homogeneidad de los sistemas de formación y designación de los mediadores*».

Entre los requisitos mínimos exigibles a los mediadores, a fin de garantizar la calidad de la mediación, deberían incluirse —según se señala en el Dictamen del Comité Económico—: (i) La titulación adecuada y formación en las materias objeto de la mediación; (ii) Independencia e imparcialidad en relación con las partes litigantes; y (iii) Transparencia y responsabilidad en sus actuaciones.

Y, en todo caso, ha de garantizarse la libertad de prestación de servicios entre todos los Estados miembros, lo que, a juicio del Comité, favorecería, en los países pequeños, la independencia del mediador respecto a las partes.

