

LA MEDIACIÓN CIVIL Y MERCANTIL EN ESPAÑA Y EN EL DERECHO COMPARADO: A PROPÓSITO DEL REAL DECRETO-LEY 5/2012

La mediación civil y mercantil en España y en el Derecho comparado: a propósito del Real Decreto-ley 5/2012

El presente artículo tiene por objeto el análisis de los aspectos principales del Real Decreto-ley 5/2012, de 5 de marzo, de mediación en asuntos civiles y mercantiles, que entró en vigor el pasado 7 de marzo de 2012. El propósito principal de esta norma es la transposición al Derecho español de la Directiva 2008/52/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de mayo de 2008, si bien se ha aprovechado la ocasión para extender el ámbito de aplicación de la mediación (que en la Directiva se limita a asuntos transfronterizos) a todo tipo de controversias (transfronterizas o internas) de Derecho privado. La importancia de este Real Decreto-ley radica en que es la primera norma que regula, con carácter general y sistemático, la mediación civil y mercantil en España. El análisis de sus disposiciones se realizará a la luz de la Directiva, de la norma proyectada (Anteproyecto de 2010 y Proyecto de 2011) y del Derecho comparado.

Civil and Commercial Mediation in Spain and in comparative law following publication of Royal Decree-Law 5/2012.

This article aims to analyze the main aspects of Royal Decree-Law 5/2012 of March 5th, regarding mediation in civil and commercial matters, which entered into force on 7 March, 2012. The main purpose of the Law is the transposition into Spanish law of Directive 2008/52/EC of the European Parliament and the Council dated 21 May, 2008. However the opportunity has been taken to extend the scope of mediation (the Directive is restricted in its application to cross-border issues) to all types of disputes (cross-border or internal) to which private law is applicable. The importance of this Royal Decree-Law is due to the fact that this is the first law that regulates civil and commercial mediation in Spain from a general and systematic perspective. The analysis of its provisions will be made with consideration of the Directive, the draft provisions proposed in 2010 and 2011, and with reference to comparative law.

Introducción

En estas mismas páginas ya fueron tratadas la Propuesta de Directiva sobre mediación y la versión final 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 («Directiva»), y se constató que la mediación civil y mercantil era una asignatura pendiente en España.

Las presentes líneas tienen por objeto el análisis de los aspectos principales del Real Decreto-ley 5/2012, de 5 de marzo, de mediación en asuntos civiles y mercantiles, que entró en vigor el pasado 7 de marzo de 2012 («RDL»), por el que no solo se transpone al ordenamiento jurídico español la Directiva (cuyo ámbito de aplicación se reducía a asuntos transfronterizos), sino que también, y en línea con lo dispuesto en el considerando (8) de la Directiva, se regula la mediación en Derecho interno, desde el ámbito de la competencia del Estado, dando cumplimiento a la disposición final tercera de la Ley 15/2005. Y todo ello «[...] dentro de un modelo que ha tenido en cuenta las previsiones de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Conciliación Comercial Internacional del año 2002» (exposición II de motivos).

La importancia del RDL radica en que constituye la primera norma de carácter general que regula de forma sistemática la mediación civil y mercantil en un país como el nuestro, en que la cultura media-

dora es prácticamente nula en comparación con otros países, especialmente los de origen anglosajón. Téngase en cuenta que, en las últimas décadas, la mediación se ha desarrollado notablemente en Estados Unidos y Reino Unido. Buena muestra de que la mediación está ampliamente arraigada en los países anglosajones es su constante presencia en películas de cine, como *The social network* (*La red social*, 2010), de David Fincher, en la que se hace referencia a la mediación sobre el caso Facebook. En cambio, en Europa, el proceso ha sido más lento y desigual, ya que se ha avanzado rápidamente en países como Francia y Holanda, mientras que, en otros como Italia, su uso es más reciente.

Por esta razón, analizaremos algunos de sus aspectos más relevantes, poniendo de relieve, en su caso, el contraste entre la norma inicialmente proyectada (Anteproyecto de 2010 y Proyecto de 2011) y el RDL, en el que finalmente la mediación es voluntaria y más flexible. Por otro lado, al ser la Directiva de mínimos, ha sido transpuesta de forma distinta en los Estados miembros de la Unión Europea. Junto a ello, ha de notarse que diversos países contaban ya con normas sobre mediación antes de la aprobación de la Directiva (v. gr., Reino Unido regula la mediación a través de las *Civil Procedures Rules 1998* o «CPR»). Así las cosas, partiendo del análisis del RDL, haremos referencias, en su caso, al Derecho compara-

Antecedentes normativos

Con el propósito de contextualizar la promulgación del RDL, y antes de entrar a analizar su contenido, conviene hacer un breve repaso de los antecedentes normativos (internacionales y nacionales) que, en mayor o menor grado, han sido inspiradores del RDL.

Unión Europea

Han sido muchos los trabajos que se han realizado en la Unión Europea a lo largo de los últimos años para garantizar un mejor acceso a la justicia a los ciudadanos y fomentar el uso de la mediación. Entre ellos, destacan el Libro Verde de 2002 sobre modalidades alternativas de solución de conflictos en el ámbito del Derecho civil y mercantil, el Código de conducta de los mediadores de 2004, la Propuesta de Directiva de 2004 y, finalmente, la Directiva de 2008, que ha sido transpuesta al ordenamiento español a través del RDL.

España

Hasta la aprobación del RDL, la mediación apenas ha alcanzado en España un cierto desarrollo a nivel autonómico y sectorial (en el Derecho laboral y de familia). A nivel autonómico, han proliferado normas sobre mediación familiar, y a nivel estatal existen algunos precedentes de normas que prevén la mediación como procedimiento de solución de controversias, entre los que se pueden destacar (i) el artículo 63 de la Ley de Procedimiento Laboral, donde se configura el intento de mediación o conciliación extrajudicial como requisito de procedibilidad; y (ii) el artículo 770.7^a de la Ley de Enjuiciamiento Civil («LEC»), según el cual las partes pueden solicitar la suspensión del proceso para someterse a mediación.

El Real Decreto-Ley: ejes de la mediación y estructura

La mediación regulada en el RDL gravita en torno a tres ejes vertebradores (exposición II y III de motivos): (i) la desjudicialización de los asuntos que caen bajo su ámbito de aplicación, con el fin de reducir la carga de trabajo de los tribunales; (ii) la deslegalización o pérdida de protagonismo de la ley en favor del principio dispositivo y de la autonomía de la voluntad de las partes (advuértase que, según

el Barómetro del CIS de febrero de 2011 —pregunta 11—, seis de cada diez españoles prefieren resolver sus conflictos por medio de un acuerdo, aunque supusiese alguna pérdida para ellos, y solo dos de cada diez llevarían el asunto a los tribunales); y (iii) la desjuridificación, o flexibilidad del contenido del acuerdo resultante de la mediación, lo que permite alcanzar soluciones menos traumáticas que en los procesos judiciales, en los que opera la dialéctica vencedor-vencido. En este sentido, la jurisprudencia del Tribunal Supremo ha tenido oportunidad de pronunciarse sobre la mediación, y lo ha hecho destacando sus bondades y ventajas a la hora de resolver determinados conflictos. Por todas, se puede citar la STS de 19 enero de 2012 [RJ 2012\307], según la cual *«debe partirse del entramado familiar que ha dado origen a la presente litis, ya que se trata de una polémica que, como en otros casos de que ha conocido esta Sala, se advierte que tan útil hubiera sido la mediación [...]. La mediación, como modalidad alternativa de solución de conflictos, llega a soluciones menos traumáticas que la judicial que dicta sentencia interpretando y aplicando correctamente la norma jurídica, resultando un vencedor y un vencido, cuando los temas jurídicos, tanto más si son familiares, tienen o pueden tener un trasfondo humano, al que sí llega el instituto de la mediación»*. En idéntico sentido se pronuncian las SSTs de 20 mayo de 2010 [RJ 2010\3707], de 5 marzo de 2010 [RJ 2010\2390], de 2 julio de 2009 [RJ 2009\6462] y de 3 julio de 2009 [RJ 2009\5491].

El articulado del RDL, que viene precedido de una exposición de motivos, se estructura en cinco títulos (disposiciones generales, principios rectores, estatuto del mediador, procedimiento de mediación y ejecución de los acuerdos), tras los cuales se contienen las disposiciones finales que reforman la LEC para cohonestar la mediación con los procesos judiciales.

Concepto y modelo de mediación

El RDL define mediación como *«aquel medio de solución de controversias, cualquiera que sea su denominación, en que dos o más partes intentan voluntariamente alcanzar por sí mismas un acuerdo con la intervención de un mediador»* (art. 1). Por tanto, se ha abandonado la definición de mediación como «negociación», que se recogía en el Anteproyecto, para evitar equívocos y dejar claro que la «negociación» es otro medio alternativo de solución de conflictos diferente a la mediación.

En cuanto al alcance de la intervención del mediador, conviene traer a colación la distinción tradicional entre la mediación facilitativa, en la que el mediador orienta a las partes y acerca sus posturas para facilitar que lleguen a un acuerdo, y la mediación adjudicativa o evaluativa, en la que el mediador va más allá, ya que toma posición en el conflicto y formula una propuesta de resolución en la que exista un equilibrio entre los intereses de las partes.

Atendiendo a la definición de mediación (art. 1), al papel atribuido al mediador en el RDL y a la primacía de la autonomía de la voluntad de las partes, parece que habría argumentos de peso para defender que el RDL podría haber optado por un modelo de mediación facilitativa, máxime si se tiene en cuenta la falta de previsión legal que faculta al mediador para formular a las partes una propuesta de acuerdo o resolución.

No obstante, también habría argumentos a favor de un modelo adjudicativo o evaluativo, por el que parecían decantarse el Proyecto y, especialmente, el Anteproyecto, como se constata en el Informe al Anteproyecto, aprobado por el Pleno del CGPJ el 19 de mayo de 2010, págs. 37 y 38, según el cual «*el Anteproyecto se decanta, a pesar de proclamar el principio de neutralidad, por un modelo de mediación valorativa*».

Dependerá de cómo se interprete el artículo 13.2 (trasunto del artículo 16.1.II del Anteproyecto), que obliga al mediador a «*desarrollar una conducta activa tendente a lograr el acercamiento entre las partes*», y del alcance de la expresión «*conducta activa*», esto es, si en ella se puede entender comprendida la formulación de propuestas de resolución, aunque parece que la primacía de la autonomía de la voluntad cuestiona el papel «promotor» del mediador. En vista de lo anterior, quizá no estaría de más que este extremo fuera objeto de aclaración por parte del legislador.

En cuanto al Derecho comparado, la mediación adjudicativa o evaluativa está más extendida en los países anglosajones. En Italia (donde la Directiva ha sido transpuesta por el Decreto Legislativo de 4 de marzo de 2010, núm. 28), a diferencia de España, se faculta expresamente al mediador para proponer un acuerdo si las partes no alcanzan uno, así como cuando estas se lo soliciten. Por tanto, el ordenamiento italiano ha establecido un modelo híbrido que combina la mediación facilitativa con la evaluativa o adjudicativa, debiendo informar el mediador a las partes, en todo caso, de los efectos que la falta de aceptación de la propuesta conlleva en materia

de imposición de costas en el eventual proceso judicial.

Ámbito de aplicación del RDL

El RDL ha extendido la aplicación de la mediación civil y mercantil al ámbito del Derecho privado, de manera que sus disposiciones serán de aplicación general a todo tipo de conflictos, sean transfronterizos o nacionales. Con todo, su aplicación a las mediaciones en asuntos civiles y mercantiles se condiciona a que no afecten a derechos y obligaciones indisponibles por las partes. También será aplicable cuando al menos una de las partes tenga su domicilio en España y la mediación se realice en territorio español (art 2.1). En cambio, no se aplica a la mediación penal, a la laboral, a la mediación en materia de consumo ni a la mediación con las Administraciones Públicas (esta última exclusión se ha introducido en el RDL, ya que no estaba inicialmente proyectada).

Los principios informadores de la mediación

Voluntariedad

La mediación es voluntaria para las partes (art. 6.1). El RDL incide en la idea de voluntariedad como garantía fundamental de la mediación. Esta nota de voluntariedad ya está expresada en la definición de mediación del artículo 1.

No obstante lo anterior, el artículo 6.2 dice que cuando exista un convenio de mediación «*se deberá intentar el procedimiento pactado de buena fe antes de acudir a la jurisdicción o a otra solución extrajudicial*». A la vista de este precepto cabe plantearse si existe una obligación de iniciar la mediación en esos casos, hasta el punto de constituir requisito de procedibilidad.

En todo caso, se ha suavizado en el RDL la redacción del precepto del Proyecto («*La mediación es voluntaria, sin perjuicio de la obligatoriedad de su inicio cuando lo prevea la legislación procesal*») y del Anteproyecto («*El sometimiento a mediación es voluntario, sin perjuicio de la obligatoriedad de su inicio cuando lo prevea esta ley o la legislación procesal*»). Aunque no es menos cierto que esta moderación se debe, en buena parte, a que ha desaparecido del RDL la mediación obligatoria, previa al proceso, que se establecía en el Proyecto y el Anteproyecto para la resolución de determinadas reclamaciones de cantidad.

En vista de lo dispuesto en el artículo 6.2, parece que el principio de voluntariedad no es absoluto, puesto que las partes están obligadas a intentar la mediación antes de interponer una demanda judicial o arbitral cuando hayan pactado un convenio de mediación. Por tanto, el carácter voluntario de la mediación se predica, no tanto respecto de su inicio, sino más bien respecto del mantenimiento en la mediación ya iniciada y de su conclusión mediante un acuerdo, como se desprende de lo dispuesto en el artículo 6.3, según el cual *«nadie está obligado a mantenerse en el procedimiento de mediación ni a concluir un acuerdo»*.

Quizá se ha querido justificar el deber de iniciar la mediación en la existencia de un previo acuerdo de las partes, formalizado en el convenio de mediación —al igual que en arbitraje, la cláusula de sumisión a mediación puede estar incorporada en un contrato o en un acuerdo independiente, si bien siempre debe constar por escrito—, que vincularía a las partes para acudir a la mediación. Conforme a este razonamiento, la mediación seguiría siendo voluntaria.

Asimismo, el acta de la sesión constitutiva de la mediación debe contener la declaración expresa de las partes de *«aceptación voluntaria»* de la mediación, lo que evidenciaría, aún más si cabe, su carácter voluntario (art. 19.1.f).

A diferencia del RDL, en Italia la mediación es obligatoria en determinadas materias que generan un gran volumen de litigiosidad, configurándose en tales casos como un auténtico requisito de procedibilidad, ya que la demanda judicial no es admitida si previamente las partes no han intentado la mediación. El objetivo de esta medida, no exenta de polémica en Italia, es reducir el número de pleitos y descongestionar la colapsada justicia italiana.

Igualdad de las partes e imparcialidad de los mediadores

El mediador ha de ser imparcial con las partes y, por tanto, no puede actuar en perjuicio o interés de ninguna de ellas y debe servirles a todas equitativamente (art. 8).

Este deber de imparcialidad del mediador se proyecta, necesariamente, durante todo el procedimiento de mediación. Así, tiene la obligación de revelar a las partes, antes de iniciar o de continuar su tarea (art. 13.5) y, especialmente en la sesión informativa (art. 17.1.II), cualesquiera circunstancias que puedan afectar a su imparcialidad o gene-

rar un conflicto de intereses, incluyendo las siguientes: (i) mantener relaciones personales, contractuales o empresariales con alguna de las partes; (ii) ostentar interés directo o indirecto en el resultado de la mediación; o (iii) haber actuado anteriormente a favor de una de las partes.

Si concurre una circunstancia de esta naturaleza, el mediador no podrá iniciar o deberá abandonar la mediación (art. 13.4), salvo que garantice que mediará con total imparcialidad y que las partes lo acepten expresamente. Así las cosas, la autonomía de la voluntad que rige en la mediación parece prevalecer sobre el principio de imparcialidad de los mediadores, ya que las partes pueden salvar las causas de posible parcialidad en que el mediador esté incurso.

En todo caso, el mediador podrá renunciar a su tarea (arts. 13.3 y 22.2) y las partes podrán rechazarlo y nombrar a uno nuevo (art. 22.2).

Neutralidad

El principio de neutralidad que rige en la mediación (art. 9 RDL) se traduce en que el mediador no puede imponer a las partes ninguna decisión, sino que son estas quienes voluntariamente deben alcanzar y consensuar un acuerdo de mediación. Esta nota de neutralidad hay que ponerla en relación con el artículo 1 RDL, donde se dice que las partes son las que deben alcanzar un acuerdo por sí mismas.

Por tanto, neutralidad e imparcialidad no son lo mismo. Para delimitar convenientemente los contornos de ambos principios, conviene tener en cuenta que la imparcialidad se refiere a una cualidad del mediador, a su ausencia de interés con respecto al objeto de la mediación o con respecto a las partes, mientras que la neutralidad se centra en la actitud del mediador y se exige respecto a su comportamiento durante el desarrollo de la mediación.

Con todo, la neutralidad del mediador no debe ser entendida como pasividad o falta de implicación. Muy al contrario, el RDL le obliga a adoptar una conducta proactiva con el fin de propiciar el acuerdo voluntario de las partes.

Confidencialidad

Otro de los principios que preside la mediación en el RDL es la confidencialidad (art. 9), imprescindible

ble para generar el espacio de confianza necesario para que las partes definan sus intereses y puedan, en su caso, llegar a un acuerdo. Este principio ha sido recogido ampliamente en la legislación sobre mediación promulgada antes de la Directiva en países como Bélgica (ley de 2005) y Austria (ley de 2003), así como en las normas internas de transposición de la Directiva a los ordenamientos de otros países.

El principio de confidencialidad alcanza tanto al mediador como a las partes que intervienen en la mediación, y se proyecta sobre ellos en un doble sentido: por un lado, se exime al mediador (y a las demás personas que participan en el procedimiento) de declarar y de aportar documentación relacionada con la mediación en un juicio o arbitraje posterior y, por otro lado, se impide al mediador y a las partes revelar información obtenida o relacionada con la mediación (así resulta de lo dispuesto en el art. 9 RDL y de las reformas introducidas en los arts. 335.3 y 347.1 LEC). En la misma línea, en Bulgaria, el Código Civil establece que los mediadores pueden negarse a testificar sobre un conflicto en el que han mediado. En Francia y Polonia, la legislación que regula la mediación en el ámbito civil establece disposiciones similares (según datos obtenidos de la Resolución del Parlamento Europeo, de 13 de septiembre de 2011, sobre la aplicación de la Directiva sobre la mediación en los Estados miembros, su impacto en la mediación y su aceptación por los Tribunales).

El artículo 9.3 establece que «*la infracción del deber de confidencialidad generará responsabilidad en los términos previstos en el ordenamiento jurídico*». Nótese que se ha atemperado el régimen sancionador con respecto al Anteproyecto, donde se preveía además la inhabilitación del mediador por la infracción de este principio.

Con todo, ha de matizarse que este principio no es absoluto, ya que admite dos excepciones, que acontecen (i) cuando las partes dispensen al mediador de su deber de confidencialidad, o (ii) cuando un juez del orden jurisdiccional penal solicite motivadamente la declaración o aportación de documentación por parte del mediador. En estos casos no habrá, por tanto, infracción alguna del deber de confidencialidad.

Por su parte, Italia adopta un enfoque estricto en cuanto a la confidencialidad de los procedimientos de mediación, por lo que no permite su dispensa. En cambio, la regulación en Suecia sobre mediación establece que la confidencialidad no es auto-

mática, de tal forma que requiere un acuerdo previo entre las partes.

El estatuto del mediador

El mediador «*es quien ayuda a encontrar una solución dialogada y voluntariamente querida por las partes*» y «*ha de tener, pues, una formación general que le permita desempeñar esa tarea y sobre todo ofrecer garantía inequívoca a las partes por la responsabilidad civil en que pudiese incurrir*» (exposición III de motivos).

El RDL regula un estatuto mínimo del mediador (art. 11), según el cual, para ser mediador, habrá que reunir las tres siguientes condiciones:

(i) Ser una persona natural en pleno ejercicio de sus derechos civiles y ejercer una profesión que no sea incompatible con la actuación como mediador. Por tanto, quedan excluidas las personas jurídicas, con la salvedad de las instituciones o servicios de mediación que cumplan los requisitos fijados en el RDL.

(ii) Tener una formación específica para ejercer la mediación, adquirida mediante la realización de uno o varios cursos impartidos por instituciones debidamente acreditadas, que le proporcionen formación teórica y práctica de muy diversa índole (jurídica, psicológica, comunicativa, de resolución de conflictos y negociación, y de ética de la mediación). Repárese en que se ha suprimido la previsión del Anteproyecto y del Proyecto por la que se exigía que el mediador estuviera en posesión de título oficial universitario o de educación profesional superior.

Con el fin de concretar la formación exigible a los mediadores, se faculta al Gobierno para aprobar un reglamento que determine aspectos tales como la duración y el contenido mínimo de la formación inicial y continua de los mediadores (disposición final quinta).

En todo caso, las Administraciones públicas competentes, en colaboración con las instituciones de mediación, fomentarán la adecuada formación inicial y continua de los mediadores, la elaboración de códigos de conducta voluntarios, así como la adhesión de aquellos y de las instituciones de mediación a dichos códigos (art. 12 RD-L).

En el Derecho comparado no existe uniformidad sobre el nivel de formación inicial y conti-

nua de los mediadores. Así, en el Reino Unido, donde no existe una ley de mediación, el Consejo de Mediación Civil (Civil Mediation Council o «CMC»), que hace las veces de organismo autorregulador en materia de mediación y del que son miembros la gran mayoría de mediadores y de instituciones de mediación, ha fijado recientemente, como requisito mínimo para ser mediador, la realización de un programa de formación de 40 horas de duración, que incluye una evaluación.

En Austria se exige a los mediadores una formación de al menos 365 horas, y la federación alemana de instituciones de mediación «Bundesverband Mediation e.V.» no homologa cursos de formación de menos de 200 horas. Por su parte, la Ley N.º 19.968 de Santiago de Chile exige a los mediadores acreditar 180 horas de formación teórico-práctica y 40 horas de práctica supervisada o pasantía.

En Bélgica, desde 2005, la Comisión Federal de mediación exige para ser mediador —entre otras circunstancias— «poseer, por el ejercicio presente o pasado de una actividad, la capacitación requerida en función de la naturaleza de la controversia» y «justificar, según el caso, una formación o experiencia adaptadas a la práctica de la mediación.» Por su parte, los mediadores ya habilitados se han de someter «a una formación continuada cuyo programa será visado por la Comisión Federal de mediación».

(iii) Suscribir un seguro de responsabilidad civil para cubrir los daños y perjuicios que pudieran derivarse de su actuación como mediador. El RDL establece así un régimen sancionador para el mediador, de manera que, si no cumple fielmente con su encargo e incurre en responsabilidad por daños y perjuicios, el perjudicado tendrá acción directa contra él y, en su caso, contra la institución de mediación que le hubiere designado, ya que esta es responsable subsidiaria de aquel, sin perjuicio de las acciones de reembolso que le asistan contra el mediador.

En relación con lo anterior, conviene destacar que, entre otros deberes, el RDL impone al mediador un deber de confidencialidad, que le impide revelar la información que hubiera podido obtener en la mediación, so pena de incurrir en responsabilidad (art. 9).

En otro orden de cosas, se reconoce la posibilidad de que la mediación sea llevada a cabo por

uno varios mediadores. Si son varios, deberán actuar de forma coordinada (art. 18 RDL).

Por último, el RDL ha preferido remitir a un desarrollo reglamentario posterior la regulación de importantes aspectos del estatuto de los mediadores y de las instituciones de mediación, tales como (i) la implantación de mecanismos de control del cumplimiento de los requisitos exigidos en el RDL a mediadores e instituciones de mediación; (ii) la eventual creación de un Registro de Mediadores y de Instituciones de Mediación (como se ha hecho en Italia) dependiente del Ministerio de Justicia; (iii) la formación mínima exigible para ser mediador y la formación continua a recibir por los mediadores en ejercicio; y (iv) el alcance del seguro de responsabilidad civil de los mediadores (disposición final quinta).

Las instituciones de mediación

Pueden ser instituciones de mediación las entidades públicas o privadas y las corporaciones de Derecho público que tengan entre sus fines el impulso de la mediación (art. 5). Si también son instituciones arbitrales (lo cual no es infrecuente) deben garantizar la «separación» entre ambas actividades (arbitraje y mediación). El término «separación» ha sustituido al de «incompatibilidad» empleado en el Proyecto, y al de «independencia» utilizado en el Anteproyecto. Quizá se haya advertido que, pese a sus diferencias, arbitraje y mediación no son incompatibles ni excluyentes, sino que pueden ser compatibles y complementarios. Piénsese, *v. gr.*, en la cada vez más habitual proliferación de cláusulas de resolución de controversias de carácter mixto, que combinan el arbitraje y la mediación, como las *med-arb*, consistentes en someter la controversia, de forma consecutiva, a mediación primero, y a arbitraje después, en caso de que la mediación resulte infructuosa. En esta misma línea, el RDL abunda en la separación entre mediación y arbitraje cuando dice que la mediación se configura «como una alternativa al proceso judicial o a la vía arbitral, de los que se ha de deslindar con claridad» (exposición I de motivos).

Las instituciones de mediación tendrán entre sus funciones las de facilitar el acceso y la administración de la mediación, incluida la designación de mediadores (art. 5.1). Asimismo, las instituciones o servicios de mediación podrán asumir las funciones de mediación, siempre que estén debidamente establecidos o reconocidos por las Administraciones

Públicas de acuerdo con lo dispuesto en las leyes, a cuyo efecto se permite a las Cámaras de Comercio incluir la mediación entre sus funciones, junto al arbitraje, de manera que puedan actuar como instituciones de mediación.

Por otro lado, se establece que las instituciones de mediación responderán subsidiariamente de los daños y perjuicios causados por la actuación de los mediadores por ellas designados (art. 5.1 RDL), sin perjuicio de las acciones de reembolso que les correspondan contra aquellos. Este régimen de responsabilidad se ha atemperado con respecto al Proyecto, donde se establecía la responsabilidad solidaria entre las instituciones y los mediadores.

En cuanto al Derecho comparado, llama la atención que, a diferencia de lo que ocurre en España, donde la mediación puede llevarse a cabo por mediadores individuales o por instituciones de mediación, en Italia la mediación tiene carácter institucional, es decir, solo puede ser realizada a través de instituciones de mediación —debidamente inscritas en el Registro del Ministerio de Justicia— que, una vez elegidas libremente por las partes, designan al mediador —sin intervención de aquellas—.

La mediación online

El RDL apuesta decididamente por el uso de las nuevas tecnologías en el procedimiento de mediación. En este sentido, se dispone que las instituciones de mediación *«implantarán sistemas de mediación por medios electrónicos, en especial para aquellas controversias que consistan en reclamaciones dinerarias»* (art. 5.2). Además, se faculta a las partes para que, con carácter general, puedan tramitar la mediación por medios electrónicos, y ello con independencia de la materia sobre la que verse el conflicto. No obstante, se establece la tramitación *online* obligatoria, salvo imposibilidad de las partes, para las controversias sobre reclamaciones de cantidad que no excedan de 600 euros (art. 24).

En línea con lo anterior, se emplaza al Gobierno a promover la implantación de un procedimiento simplificado y estandarizado de mediación *online* para reclamaciones de cantidad. En estos casos, las partes no podrán invocar *«argumentos de confrontación de derecho»*, las instituciones de mediación deberán facilitar a las partes *«formularios de solicitud del procedimiento y su contestación»* y la duración de la mediación no podrá ser superior a un mes desde la solicitud (disposición final cuarta).

Al igual que en España, en Italia la mediación también se puede desarrollar por medios electrónicos, si bien —dado que la mediación tiene carácter institucional— habrá que estar en cada caso a la modalidad telemática prevista en el reglamento de la institución de mediación correspondiente.

El procedimiento de mediación

El procedimiento se podrá iniciar, bien de común acuerdo entre las partes, o a instancia de una de ellas en cumplimiento de un pacto de sometimiento a mediación existente entre las partes, conocido comúnmente como convenio de mediación (art. 16.1). En este sentido, es cada vez más frecuente, sobre todo en los países anglosajones, que las empresas aprueben el uso de la mediación como política general interna, a cuyo efecto suscriben el denominado *«Compromiso CPR»*.

La mediación se inicia mediante la presentación de una solicitud ante la institución de mediación o ante el mediador. Este, a su vez, podrá ser propuesto por una de las partes a las demás, o ser nombrado por común acuerdo entre ellas o, a falta de acuerdo, por una institución de mediación (artículo 16). No ocurre así en países como Italia, en los que el mediador es siempre designado por la institución de mediación.

El RDL también prevé la posibilidad de que la mediación sea llevada a cabo por varios mediadores, por decisión de las partes o por la complejidad de la materia, en cuyo caso deberán actuar de forma coordinada (art. 19).

Una vez solicitada la mediación, y salvo pacto en contrario, se citará a las partes a la celebración de una sesión informativa, en la que el mediador hará saber a las partes su formación, especialidad y experiencia, las posibles circunstancias que puedan afectar a su imparcialidad y las características más relevantes de la mediación (*v. gr.*, la estructura del procedimiento, sus plazos y costes, y la eficacia del acuerdo). La inasistencia injustificada de cualquiera de las partes se entenderá como desistimiento de la mediación (art. 17).

El procedimiento propiamente dicho comienza con una sesión constitutiva, de la que se levantará un acta, firmada por las partes y el mediador, en que se harán constar el objeto del conflicto, algunos aspectos procedimentales (calendario, duración, costes, lugar y lengua) y la declaración de las partes de aceptación voluntaria de la mediación y de asun-

ción de las obligaciones derivadas de ella (o, si no, que la mediación se ha intentado sin efecto).

El RDL no fija ningún plazo máximo de duración de la mediación. Se limita a establecer «*que será lo más breve posible*», lo que contrasta con la duración máxima de dos meses, prorrogable por un mes más, que preveía el Proyecto. Por su parte, en Italia, la duración de la mediación no puede ser superior a cuatro meses.

El procedimiento puede terminar con o sin acuerdo entre las partes. En todo caso, deberá levantarse un acta final, firmada por las partes y el mediador, que reflejará los acuerdos alcanzados o la razón de la terminación, estando facultado el mediador para dar por terminada la mediación cuando «*aprecie de manera justificada que las posiciones de las partes son irreconciliables o concurra otra causa que determine su conclusión*» (art. 22). Si hay acuerdo, este puede versar sobre una parte o sobre la totalidad de las materias que hayan sido sometidas a la mediación, y deberá ser presentado por las partes al mediador, para su firma, en un plazo máximo de diez días desde el acta final (art. 23). Si no hay acuerdo, como hemos visto, el RDL no faculta expresamente al mediador para formular a las partes una propuesta de resolución, a diferencia de lo que sucede en Italia.

Por último, y en cuanto al coste de la mediación, conviene hacer dos breves apuntes. En primer lugar, con independencia de si el procedimiento termina o no con acuerdo, el coste de la mediación se dividirá por igual entre las partes, salvo pacto en contrario. Y, en segundo lugar, los mediadores o la institución de mediación podrán exigir a las partes la provisión de fondos que estimen necesaria para atender el coste de la mediación (art. 15).

Estas dos cuestiones se regulan de modo diferente en Italia, donde se fija legalmente el importe de los costes que las partes tienen que abonar a las instituciones de mediación en concepto de costes del proceso (aunque, en los casos de mediación obligatoria, las personas que disfrutan de la justicia gratuita están exentas de abonar tales costes).

La conexión entre la mediación y el proceso judicial

El RDL aborda distintas cuestiones cuyo tratamiento pone de manifiesto la necesidad de coherencia en la regulación de la mediación y del proceso civil. Y ello con los siguientes propósitos: (i) incentivar el

recurso a la mediación y la desjudicialización de determinados asuntos; (ii) garantizar la plena efectividad de la mediación (v. gr. la ejecutividad del acuerdo de mediación); e (iii) introducir seguridad jurídica, evitando posibles disfunciones. Para asegurar la consecución de estos fines, el RDL ha introducido reformas en determinados artículos de la LEC.

Efectos suspensivos de la mediación sobre los plazos de prescripción y caducidad

El comienzo de la mediación suspende la prescripción o la caducidad de acciones. La suspensión se prolongará hasta que finalice la mediación, ya sea mediante acuerdo, o por otra de las causas previstas (art. 4 RDL).

El legislador justifica su opción por la suspensión de la prescripción, y no por su interrupción —que es la regla general a tenor de lo dispuesto en el artículo 1973 del Código Civil—, «*con el propósito de eliminar posibles desincentivos y evitar que la mediación pueda producir efectos jurídicos no deseados*», de manera que no «*se permita su planteamiento como una estrategia dilatoria del cumplimiento de las obligaciones contractuales de las partes*». Como única excepción al régimen general de suspensión de los plazos se establece que, si no se firma el acta de sesión constitutiva en los quince días naturales siguientes al inicio de la mediación, se reanudará el cómputo de los plazos (art. 4.III RDL).

Frente a la regulación española, en Italia el inicio de la mediación no solo puede suspender la prescripción, sino también interrumpirla, al igual que una demanda judicial. Asimismo, impide la caducidad, pero por una sola vez, es decir, solo se impide con la presentación de la primera solicitud de mediación, evitándose de esta manera mantener abierto infinitamente el periodo de caducidad mediante la presentación de distintas solicitudes de mediación.

Configuración del acuerdo de mediación como un nuevo título ejecutivo

Una vez documentado el acuerdo de mediación conforme a lo dispuesto en el artículo 23, será título que lleve aparejada ejecución (a estos efectos se ha reformado el art. 517.2.2.º LEC), siempre y cuando sea elevado a escritura pública (art. 25), para lo cual será preciso presentar al notario el acuerdo y copia de las actas de la sesión constitutiva

y final de la mediación (art. 25.1.II). Nótese el contraste en este punto con el Anteproyecto, que dotaba a los acuerdos de mediación de fuerza ejecutiva propia (arts. 28.3 y 30), sin necesidad de protocolización notarial ni de homologación judicial.

Sin perjuicio de la necesidad de protocolización notarial para su consideración como título ejecutivo, cuando el acuerdo se alcance en una mediación iniciada mientras está en curso un proceso judicial, las partes podrán solicitar su homologación por el tribunal (art. 25.4). En otros países, como en Italia, solo se prevé la homologación judicial.

El tribunal competente para la ejecución del acuerdo de mediación será el que lo homologó, si el acuerdo resulta de una mediación iniciada mientras se tramita un proceso judicial o, en el resto de casos, el Juzgado de Primera Instancia del lugar en el que se hubiese firmado el acuerdo.

Por otro lado, importa subrayar que en el RDL ha desaparecido la previsión del Proyecto por la que se anudaba al acuerdo el efecto de cosa juzgada para las partes y se establecía que, frente a aquel, solo podría ejercitarse la acción de nulación, que se regulaba a tal fin.

En cuanto al Derecho comparado, mientras que en Grecia y Eslovenia el acuerdo de mediación tiene eficacia ejecutiva propia, de manera que los tribunales pueden obligar a cumplirlo, en otros países los acuerdos de mediación requieren de protocolización notarial para tener carácter ejecutivo. A su vez, dentro de este segundo grupo de países, se pueden distinguir dos subgrupos, en función de si el requisito de protocolización notarial ha sido establecido por la norma nacional de transposición de la Directiva (Países Bajos, Alemania y España) o por la legislación interna aplicable (Austria).

Incentivos establecidos en otros países para fomentar la mediación en detrimento del proceso judicial

— *Incidencia del rechazo del acuerdo de mediación en las costas del proceso posterior*

A diferencia del RDL español, la ley de mediación italiana regula la incidencia que puede tener en un proceso judicial posterior, en materia de costas, haber rechazado la propuesta formulada por el mediador, siempre y cuando la resolución judicial que pone fin al proceso coincida con la propuesta realizada por el mediador. En estos casos, puede

quebrar la regla del vencimiento objetivo y no imponerse las costas a la parte vencida si fue la vencedora la que rechazó la propuesta del mediador.

— *Reducción o exención de la tasa judicial y de las costas*

En Bulgaria las partes pueden recibir un reembolso del 50% de la tasa estatal ya abonada para dirimir el conflicto ante los tribunales si lo resuelven mediante la mediación. Por su parte, las legislaciones rumana y húngara prevén el reembolso total de las costas judiciales si las partes resuelven un conflicto jurídico pendiente a través de la mediación. En Italia todos los actos y acuerdos alcanzados mediante mediación quedan exentos de tasas y costas. En España no se han previsto estos incentivos.

— *Utilización del rechazo injustificado a la propuesta del mediador como prueba en un proceso posterior*

Otra medida implementada en Italia para incentivar la mediación consiste en que el juez podrá deducir argumentos de prueba en el eventual proceso posterior contra aquellas partes que hayan rechazado la propuesta del mediador sin justificación alguna.

— *Mediación obligatoria*

Algunos Estados miembros cuyos sistemas judiciales están colapsados han impuesto la mediación obligatoria anterior al proceso judicial. En estos casos los conflictos no pueden someterse ante los tribunales hasta que las partes hayan intentado resolverlos mediante la mediación. Probablemente el supuesto más destacado es el de Italia, que pretende de esta manera reformar el sistema judicial y aligerar la carga de trabajo de los tribunales italianos, claramente congestionados, reduciendo el número de litigios y la duración media de resolución de conflictos en la vía civil (unos nueve años).

En cuanto a los resultados de la mediación obligatoria, parece posible afirmar que los países cuya legislación va más allá de los requisitos básicos de la Directiva parecen haber logrado resultados importantes en la promoción de la mediación civil y mercantil. Este es el caso de Italia, Bulgaria y Rumanía, donde se demuestra cómo la mediación puede facilitar una resolución extrajudicial de los conflictos económica y rápida. Y, singularmente en Italia, la mediación obligatoria parece haber alcanzado el objetivo de descongestionar los tribunales.

— *Incentivos financieros*

Tanto en Bulgaria como en Rumanía se han conseguido logros importantes merced a la implantación

de incentivos financieros por la utilización de la mediación. En el caso de Bulgaria, estos avances se deben también al interés demostrado por el ordenamiento jurídico búlgaro a la mediación, que existe ya desde 1990, y a que el Centro de Solución de Conflictos —integrado por mediadores que trabajan por turnos— viene prestando diariamente desde 2010 servicios gratuitos de mediación e información a las partes que están implicadas en casos judiciales en curso. En cuanto a Rumanía, los resultados son también fruto de la creación del Consejo de Mediación, que es la autoridad nacional para la práctica de la mediación, con estatuto de órgano jurídico autónomo. Tiene por objeto la promoción de la mediación, el desarrollo de normas de formación, la preparación de proveedores de cursos de formación, la expedición de documentos que acreditan la cualificación de los mediadores profesionales, la adopción de un código ético y la formulación de propuestas legales para mejorar la regulación.

Declinatoria

En España, cuando, pese a haberse sometido a mediación la controversia, una de las partes presente una demanda judicial, la parte demandada podrá denunciar mediante declinatoria la falta de jurisdicción del tribunal ante el que se haya interpuesto la demanda, por corresponder el conocimiento de esta a mediadores (arts. 39 y 63 LEC). Si el tribunal estimase la declinatoria, al entender que carece de jurisdicción por haberse sometido el asunto a mediación, lo declarará así mediante auto, absteniéndose de conocer y sobreseyendo el proceso (art. 65 LEC).

En Italia, en estos casos, se ha previsto la posibilidad de que el demandado oponga como excepción procesal dilatoria la existencia de una cláusula escrita de sometimiento a mediación o la pendencia de aquella.

Medidas cautelares

Nada se dice en el RDL sobre si cabe adoptar medidas cautelares durante la tramitación del procedimiento de mediación. Esta posibilidad sí está prevista en Italia.

El papel de los jueces en la mediación: la mediación intrajudicial

Dada la íntima conexión entre mediación y proceso judicial, los jueces desempeñan un papel decisivo en la difusión de la mediación, especialmente a tra-

vés de la denominada mediación intrajudicial, esto es, la que se lleva a cabo una vez se haya iniciado un proceso, en cualquier momento de su desarrollo. De hecho, en la práctica, es frecuente que las partes acudan a la mediación por iniciativa o derivación de los tribunales.

Ya en la *Carta Magna de los Jueces* de 17 de noviembre de 2010 se dispone que los jueces tienen la obligación de «contribuir a la promoción de métodos alternativos de resolución de conflictos». En línea con eso, y en armonía con lo dispuesto en la regulación comunitaria, la mayoría de países de la Unión Europea permiten a sus jueces suspender un procedimiento judicial en curso para que las partes acudan a la mediación. En Reino Unido, por ejemplo, esta facultad está prevista en las CPR 1998 (vid. apartado 4 del artículo 26, y del apartado 5 del artículo 44) que entraron en vigor en 1999.

En España, el RDL modifica el tenor del artículo 415 LEC para permitir a las partes solicitar, de mutuo acuerdo, la suspensión del proceso a fin de someterse a mediación, así como la continuación de aquel una vez terminada esta. Y también reforma el artículo 414.1 LEC en un doble sentido: (i) impone la obligación de informar a las partes en la convocatoria de la audiencia previa —si no se hubiera hecho antes— acerca de la posibilidad de recurrir a una mediación para intentar solucionar el conflicto, debiendo comunicar las partes su decisión en la audiencia; y (ii) faculta al tribunal para que, en función del objeto del proceso, pueda «invitar a las partes a que intenten un acuerdo que ponga fin al proceso» a través de un procedimiento de mediación, «instándolas a que asistan a una sesión informativa».

En definitiva, la suspensión del proceso para acudir a la mediación (y su posterior reanudación) debe ser solicitada, en todo caso, por las partes, sin que pueda acordarla el juez unilateralmente. Este puede instar —que no obligar— a las partes a que acudan a la mediación, pero la decisión última corresponde a las partes.

Conclusión

El RDL es el primer paso en el largo camino que todavía queda por recorrer para consolidar la mediación como método de resolución de conflictos alternativo al proceso civil o arbitral. En vista de la experiencia mediadora en los países de nuestro entorno, es cuando menos plausible el intento de

fomentar la mediación mediante la aprobación de una ley que le dota de seguridad jurídica en España. El tiempo dirá si ha supuesto el espaldarazo definitivo al impulso de la mediación en un país, como el nuestro, sin apenas tradición mediadora.

En todo caso, forjar una cultura de la mediación es una tarea compleja y solo visible en el largo plazo.

Ha de tenerse en cuenta que el desarrollo de la mediación no depende tanto de las leyes, como del fomento de la cultura mediadora. Y esa es labor tanto de las instituciones públicas como de las privadas.

EDUARDO TRIGO SIERRA Y ANTONIO JOSÉ MOYA FERNÁNDEZ*

* Abogados del Área de Derecho Público, Procesal y Arbitraje de Uría Menéndez (Madrid).