LA MEDIACIÓN CIVIL Y MERCANTIL EN LA NUEVA LEY 5/2012, DE 6 DE JULIO

Luis Martí Mingarro

Presidente de UIBA
Abogado
Académico de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación

RESUMEN

La mediación, antes conciliación, fue obligatoria, como presupuesto procesal hasta 1986. Como ya se había dicho en la Constitución de Cádiz, no se podía iniciar un proceso sin acreditar haberla intentado. Había quedado convertida en un rito carente de contenido, y sin eficacia pacificadora de contiendas ni en la vida social ni en el mundo empresarial. Ahora el legislador, sin darle carácter obligatorio, pone las bases para crear sistemas institucionales de mediación. La nueva regulación ha cuidado de dar carácter ejecutivo a lo acordado en mediación y ha fijado parámetros subjetivos de organización y procedimientos para dar fiabilidad al sistema y hacerlo atractivo. Queda para los sectores empresariales y profesionales la tarea de canalizar hacia la mediación las situaciones de controversia, relevando a cuantos contratan o comercian de la inquietud que produce llevar la solución de los conflictos ante la jurisdicción.

Palabras clave: *Mediación mercantil, mediación civil, antecedentes de la mediación, cláusula de mediación, jurisdicción.*

Luis Martí Mingarro

ABSTRACT

Mediation, formerly known as conciliation, was mandatory as a prerequisite for a court case until 1986. As already stated in the Spanish Constitution of 1812, a judicial procedure could not be initiated without proof of mediation having been tried first. Mediation had been turned into a ritual devoid of content and lacking effective conciliating effectiveness in strives either in social life or in business. Nowadays the legislator, without making it binding, lays the foundation for creating institutional mediation systems. The new regulation has taken care to declare enforceable any settlement arising out of mediation, while setting subjective organization parameters and procedures in order to achieve a reliable and attractive system. Business and professional sectors are left with the task of addressing disputes through mediation, thus relieving those who hire or trade of the concern that bringing conflicts to justice entails.

Key words: *Commercial mediation, civil mediation, history of mediation, mediation clause, jurisdiction.*

SUMARIO

1. ÁMBITO MATERIAL.
2. LA MEDIACIÓN EN LA DOGMÁTICA JURÍDICO-PROCESAL.
3. DE LA MEDIACIÓN OBLIGATORIA A LA MEDIACIÓN VOLUNTARIA.
4. LA MEDIACIÓN EN EL MARCO DE LOS PROCESOS JURISDICCIONALES.
5. LOS PRINCIPIOS DEL PROCEDIMIENTO DE MEDIACIÓN.
6. EL ACUERDO DE MEDIACIÓN, TÍTULO EJECUTIVO.
7. LA CULTURA DE LA MEDIACIÓN Y LA SOCIEDAD CIVIL.
8. EL APOYO A LAS INSTITUCIONES DE MEDIACIÓN.
9. EL ESTATUTO DEL MEDIADOR.
10. CONCLUSIÓN.

1. ÁMBITO MATERIAL

- El propio rótulo de la Ley 5/2012, de 6 de julio, acota como materia propia y exclusiva de su regulación la mediación en asuntos civiles y mercantiles. Y en su texto se consagra expresamente que sus normas no son aplicables a la mediación penal, la de aquellos conflictos que puedan existir con las Administraciones públicas, la laboral y la que se refiera a la materia de consumo. Así lo dice expresamente el párrafo 2 del artículo 2 de la Ley.
- La materia civil y mercantil acotada por la Ley propone un amplísimo abanico de cuestiones que, bajo tan genérico rótulo, pueden ser objeto de mediación en los términos disciplinados por esta Ley.

El acotamiento de los asuntos civiles y mercantiles sujeto a las pautas de la Ley de Mediación implica una necesaria referencia no sólo a las materias de derecho civil y mercantil que puedan ser objeto de las disciplinas universitarias agrupadas bajo estos títulos, sino que ha de incluir, sin duda, de aquellas cuestiones que puedan ser objeto de los procesos de carácter civil y mercantil que constituyen la materia de ese orden ante la jurisdicción ordinaria.

- El ámbito de lo civil y mercantil es ciertamente amplísimo en el panorama de la convivencia, de la economía y de la ciudadanía de nuestro tiempo. Y además, esa amplitud objetiva de lo jurisdiccionalmente civil se ensancha a través de la Ley de Mediación, incluyendo en el campo de su vigencia los conflictos transfronterizos. Ello se explica porque, a pesar de tratarse de una vieja aspiración propiamente sentida en nuestro mundo jurídico, la promulgación de la Ley de Mediación ha tenido que llegar por la presión de los plazos de incorporación al derecho español de la Directiva 2008/52/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 21 de mayo de 2008.

De todas formas, ha de entenderse que la mediación ha alcanzado rango normativo no sólo como una exigencia del derecho común europeo, sino como respuesta a la necesidad de construir un nuevo drenaje al insoportable embalse de asuntos que nuestra jurisdicción ordinaria soporta. La mayor parte de quienes se han asomado al análisis de la Ley de Mediación convienen en que estamos ante un intento más de búsqueda de soluciones a la conflictividad y a la litigiosidad por vías diferentes, que no excluyentes, del ejercicio jurisdiccional.

2. LA MEDIACIÓN EN LA DOGMÁTICA JURÍDICO-PROCESAL

- Por razones meramente cronológicas, el autor de estas líneas convivió en los primeros años de su formación y de su ejercicio profesional con la conciliación obligatoria como requisito previo habilitante del acceso al proceso ordinario.

Los tratadistas¹ se acercaban a la institución de la conciliación como una materia propia de estudio en el derecho procesal, y su contenido aparecía en nuestras leyes procesales como un requisito previo a la iniciación de los procesos civiles o mercantiles de carácter ordinario.

Se nos hacía entonces interminable el debate sobre la naturaleza jurídica de la conciliación, que tomaba rango procesal por venir establecida en la Ley de Enjuiciamiento Civil; aun cuando al propio tiempo había que hacer toda clase de equilibrios doctrinales para excluirla de los actos jurisdiccionales. La doctrina llegó a estudiar la conciliación como un acto de jurisdicción voluntaria que, si bien tenía lugar en sede jurisdiccional, no comportaba actividad jurisdiccional propiamente dicha.

El propio y mítico maestro CARNELUTTI dio con una definición que a estas alturas tiene pleno encaje y desde luego es válida para la institución de la mediación tal como ha quedado articulada en la Ley 5/2012. Escribía Carnelutti en el *Sistema del Derecho Civil*, por la traducción argentina de 1944 que maneja, que la conciliación es «*la intervención de un tercero entre los portadores de dos intereses en conflicto, con objeto de inducirlos a una composición justa*».

- En ese texto ya lejano están los principales elementos de la conciliación que bajo el nombre de mediación ha llegado a la Ley recientemente promulgada.

Cuando avizorábamos la tramitación y promulgación de la Ley de Mediación en asuntos civiles y mercantiles teníamos la impresión de que la eliminación

¹ GUASP, Jaime, *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento civil*, Madrid, M. Aguilar, 1945, t. II, vol. I, 1.ª parte.

PRIETO CASTRO, Leonardo, *Exposición de Derecho procesal civil de España*, Zaragoza, Librería general, 1945, t. II.

PLAZA, Manuel de la, *Derecho procesal civil español*, 1.ª ed., Madrid, Revista de Derecho Privado, 1943, t. II.

CARNELUTTI, Francisco, *Sistema de Derecho procesal civil*, Buenos Aires, Uteha, Argentina, 1944, t. I.

en todos los proyectos de ley del sustantivo «conciliación», sustituyéndolo por «mediación», podía tener por objeto el borrar de la institución el recuerdo de la vieja conciliación que hasta 1984 estuvo vigente como *presupuesto de admisibilidad* de cualquier proceso posterior, según la contundente calificación del maestro D. Jaime GUASP en los ya citados comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil que publicó Aguilar en 1945.

De todas formas, no es ocioso recordar que ese referente histórico de la Ley de Enjuiciamiento Civil situaría la regulación institucional de la conciliación en 1881, año de la LEC. Pero no deja de ser interesante que en este momento, a doscientos años de la promulgación de la Constitución de Cádiz, recordemos que ya en el texto gaditano se dedicaban nada menos que tres artículos (con todo su rango constitucional) a regular la conciliación, como exigencia previa a la iniciación de todo proceso civil². Por cierto que esta exigencia era contundente: «*sin hacer constar que se ha intentado el medio de la conciliación no se entablará pleito ninguno*» (art. 284 CE 1812). Rotunda expresión de obligatoriedad que, para muchos pleitos, se mantuvo —estérilmente— hasta 1984.

3. DE LA MEDIACIÓN OBLIGATORIA A LA MEDIACIÓN VOLUNTARIA

- El debate sobre la obligatoriedad de la mediación como presupuesto de admisibilidad de cualquier proceso posterior ha quedado resuelto por el pronunciamiento expreso de la recién promulgada Ley que, como se dice en su exposición de motivos, «*asume un modelo de mediación basado en la voluntariedad*».

Como ya se ha dicho, hasta 1984 fue obligatoria la conciliación previa. Fue entonces suprimida como presupuesto procesal. Nadie la echó de menos porque era tal el deterioro institucional al que se había llegado que parecía más un artificio de leguleyos que no un medio de autocomposición³.

² **Artículo 282:** «*El alcalde de cada pueblo ejercerá en él el oficio de conciliador, y el que tenga que demandar por negocios civiles o por injurias, deberá presentarse a él con este objeto*».

Artículo 283: «*El alcalde con dos hombres buenos, nombrados uno por cada parte, oirá al demandante y al demandado, se enterará de las razones en que respectivamente apoyen su intención, y tomará, oído el dictamen de los dos asociados, la providencia que le parezca propia para el fin de terminar el litigio sin más progreso, como se terminará en efecto, si las partes se aquietan con esta decisión extrajudicial*».

Artículo 284: «*Sin hacer constar que se ha intentado el medio de conciliación, no se establecerá pleito ninguno*».

³ Todavía en 1990 se producía jurisprudencia al respecto. Así la STS de 7-VII-1990:

Luis Martí Mingarro

En todo caso tanto la justificación de la obligatoriedad que tuvo en el pasado el trámite de conciliación como su vigencia moderna con el carácter de trámite voluntario no son sino una manera de expresar la necesidad de evitar que haya tantos y tantos litigios que cargan la tolva insaciable del orden jurisdiccional civil y mercantil y que muy probablemente podrían ser evitados si se encontrara la manera de abortar los procesos judiciales mediante un acuerdo o transacción. La propia Ley 1/2000 de Enjuiciamiento Civil, en su artículo 414.1, situaba en la comparecencia previa una oportunidad para que las partes intenten un acuerdo o transacción que ponga fin al proceso ya iniciado.

Pero lo cierto es que ni con obligatoriedad de intentar la conciliación previa, tal como fueron las cosas hasta 1984; ni con voluntariedad, como hemos seguido desde entonces y vamos a seguir ahora, a partir de la Ley 5/2012, el procedimiento de conciliación puede cumplir con su objetivo y finalidad de reducir la carga de litigiosidad que llega ante la justicia *si la respuesta social e institucional no es la necesaria y suficiente*.

4. LA MEDIACIÓN EN EL MARCO DE LOS PROCESOS JURISDICCIONALES

- El legislador al regular la mediación en asuntos civiles y mercantiles ha puesto de su parte los mimbres necesarios para que pueda recorrerse el camino de la autocomposición basada en la mediación.

Aunque no ocupe el primer lugar en el articulado, la primera clave que debía ser resuelta es la del encaje de la mediación en el marco de los procedimientos judiciales. Porque si los ciudadanos y los operadores jurídicos asumen la responsabilidad de intentar una mediación y consiguen un resultado exitoso, lo natural es que su acuerdo tenga fuerza ejecutiva. Sin este vigoroso trazo de la ejecutividad habría sido difícil que nadie se arriesgara a intentar seriamente una mediación cuyo resultado, generalmente fruto de renunciaciones y sacrificios recíprocos, no tuviera fuerza de obligar y dejara pendiente, acaso para otro pleito, la eficacia de lo transaccionalmente pactado.

«Su falta no puede servir de base al recurso de casación, ni aun con arreglo a la normativa procesal anterior (STS 18.XII-1989). El carácter de presupuesto procesal que ostentaba el art. 460 de la LEC antes de la reforma de 1984 ha desaparecido con ella, atribuyéndole la Exposición de Motivos de la ley de reforma “un carácter meramente facultativo”, por lo que su celebración previa a la interposición de la demanda se deja al arbitrio del demandante y, ello, en toda clase de procesos».

- El refuerzo institucional de la mediación que ha supuesto la Ley 5/2012 tiene un reconocido efecto sobre la legislación procesal en vigor⁴.

En primer lugar, el compromiso de someter a mediación las controversias implica que las partes hayan asumido esta obligación de manera clara y escrita. Se trataría de una cláusula, según la califica el artículo 6 de la Ley 5/2012⁵, que tiene un contenido típico: el poder de disposición de las partes sobre el proceso, que tenía las formas clásicas de renuncia, desistimiento, arbitraje y transacción, queda ahora ampliado con la mediación, que es una manifestación de voluntad mediante la cual las partes establecen de común acuerdo una aduana voluntaria de acceso a la tutela judicial efectiva.

Naturalmente en la medida en que se trata de una renuncia temporal, condicional, explícita y contractual, no puede alcanzar a aquellas materias que no son disponibles por las partes. De un lado, le sería aplicable la cláusula general de invalidez de la renuncia de derechos cuando se contrarie el interés o el orden público o se perjudique a terceros (art. 6.2 del Código Civil). Ejemplo de otro límite claro a la renuncia sería el establecido en el artículo 751 de la LEC en los procesos sobre matrimonio, filiación y menores, aunque los contornos de esta limitación sean en la actualidad más difusos y complicados de interpretar⁶.

En todo caso, la barrera material de la conciliación es que su contenido no afecte a *«derechos y obligaciones que no estén a disposición de las partes en virtud de la legislación aplicable»*, según expresa el párrafo 1 del artículo 2 de la Ley 5/2012.

- La condición temporal y condicional de la cláusula de mediación conlleva que mediante el cumplimiento formal de su intento las partes puedan, de manera unilateral, iniciar o reanudar en sede jurisdiccional el procedimiento que se hubiera querido evitar.

Mientras esté pendiente de cumplir el compromiso de mediación, los tribunales no pueden conocer de la controversia y, por lo tanto, el legislador ha querido que se pueda plantear esta objeción con el carácter de declinatoria. Por eso en la nueva Ley, además de ampliar a los supuestos de mediación la posibilidad de invocación de la declinatoria de jurisdicción, que puede ser apreciada

⁴ La **Disposición final tercera** contiene las modificaciones de los siguientes artículos de la Ley de Enjuiciamiento Civil: *«Se modifican los artículos 19, 39, 63, 65, 66, 206, 335, 347, 395, 414, 438, 440, 443, 517, 518, 539, 545, 548, 550, 556, 559, 576 y 580»*.

⁵ Dice así el inciso final del párrafo 1 del art. 6: *«... Dicha cláusula surtirá estos efectos incluso cuando la controversia...»*.

⁶ A raíz de la aprobación de la Ley 15/2005, se estableció la posibilidad de que las partes solicitaran la suspensión del proceso para someterse a mediación.

Luis Martí Mingarro

de oficio, se han modificado los artículos procedimentales correspondientes 63.1, 65.2 y 66 de la LEC.

- La condición voluntaria de la cláusula de mediación, y la vigencia temporal y condicional de esta, podrían dar ocasión a tentaciones dilatorias o maniobras por parte de quien utilizara arteramente este procedimiento. Por eso el legislador ha previsto en el artículo 4 de la Ley que la solicitud de inicio de la mediación suspenda la prescripción o la caducidad de las acciones desde la fecha en que conste la recepción o depósito de la solicitud, siempre que hubiere previo pacto o cláusula de mediación. Esta suspensión no debería tampoco ser manipulada. Para evitarlo el legislador ha previsto dos artificios: uno de tipo general (art. 6.3): «... *nadie está obligado a mantenerse en el procedimiento de mediación ni a concluir el acuerdo*». Otro más específico: «... *si en 15 días no se firma el acta constitutiva del proceso mediatorio, se reanuda el cómputo de los plazos, y también se reanuda cuando se firma el acuerdo de mediación o el acta final, o cuando la terminación del procedimiento se produce por cualesquiera de las causas establecidas en el artículo 22 de la Ley*»⁷.

La mediación puede surgir en el ámbito de un proceso jurisdiccional ya iniciado. Ya teníamos en el artículo 414.1 de la LEC una sutil llamada de atención a las partes, generalmente estéril. Ahora, en la audiencia previa se refuerza aquel «*intento de acuerdo o transacción que ponga fin al proceso*» por una mención más específica de la obligación de informar a las partes en la audiencia previa (y en su convocatoria) sobre el «*posible recurso a una mediación*». En este terreno de lo «sugerente» se añade ahora que el tribunal pueda invitar a las partes a que intenten un acuerdo que ponga fin al proceso. Para reforzar las posibilidades de estas motivaciones conciliatorias, en el artículo 415 se vuelve a reiterar la oportunidad de las partes de someter su conflicto a una solución mediatoria.

⁷ «**Artículo 22. Terminación del procedimiento.**

1. *El procedimiento de mediación puede concluir en acuerdo o finalizar sin alcanzar dicho acuerdo, bien sea porque todas o alguna de las partes ejerzan su derecho a dar por terminadas las actuaciones, comunicándose al mediador, bien porque haya transcurrido el plazo máximo acordado por las partes para la duración del procedimiento, así como cuando el mediador aprecie de manera justificada que las posiciones de las partes son irreconciliables o concurra otra causa que determine su conclusión.*

Con la terminación del procedimiento se devolverán a cada parte los documentos que hubiere aportado. Con los documentos que no hubieren de devolverse a las partes, se formará un expediente que deberá conservar y custodiar el mediador o, en su caso, la institución de mediación, una vez terminado el procedimiento, por plazo de cuatro meses.

2. *La renuncia del mediador a continuar el procedimiento o el rechazo de las partes a su mediador sólo producirá la terminación del procedimiento cuando no se llegue a nombrar un nuevo mediador.*

3. *El acta final determinará la conclusión del procedimiento y, en su caso, reflejará los acuerdos alcanzados de forma clara y comprensible, o su finalización por cualquier otra causa.*

El acta deberá ir firmada por todas las partes y por el mediador o mediadores y se entregará un ejemplar original a cada una de ellas. En caso de que alguna de las partes no quisiera firmar el acta, el mediador hará constar en la misma esta circunstancia, entregando un ejemplar a las partes que lo deseen».

Como se ve, todo este entramado de oportunidades existía ya, aunque formulado de manera más tenue. Y ahora se refuerza en cierto modo la iniciativa judicial y se arbitra una tentadora oportunidad de suspender el procedimiento, recurriendo al procedimiento de mediación.

- Si, utilizando alguna de las oportunidades que hemos mencionado, el proceso iniciado llegara a suspenderse el legislador ha previsto dos salidas: que cualquiera de las partes promueva el alzamiento de la suspensión (art. 179 LEC), o que se llegue al término del tiempo de suspensión pactado sin que ninguna de las partes haya solicitado la continuación del proceso. Si ninguna de las partes promueve la continuación entrarán en juego los plazos legales de caducidad de la instancia (art. 237 de la LEC).

Si la mediación termina con un acuerdo que resuelva la controversia, en el seno del proceso en el que nació el trámite de mediación se puede pedir la homologación, tal como establece el artículo 19.2 de la LEC. Lo que conlleva la creación del correspondiente título ejecutivo.

Si sólo se aprobara un contenido parcial en la mediación, se estaría en un supuesto similar al del artículo 21.2 de la LEC⁸, continuando el proceso sobre aquello que no se hubiere acordado en el proceso mediatorio.

5. LOS PRINCIPIOS DEL PROCEDIMIENTO DE MEDIACIÓN

- El legislador, al regular la mediación, ha tenido buen cuidado de proteger el trámite de mediación, de tal manera que sea posible su desarrollo conforme a los principios de *«igualdad de las partes, equilibrio de sus posiciones y respeto de sus puntos de vista»*.

Por eso se establece un cinturón de *confidencialidad* que, proclamándola⁹ como un deber, se extiende al mediador persona natural, a la institución y a

⁸ «**Artículo 21. Allanamiento.**

[...]

2. Cuando se trate de un allanamiento parcial el tribunal, a instancia del demandante, podrá dictar de inmediato auto acogiendo las pretensiones que hayan sido objeto de dicho allanamiento. Para ello será necesario que, por la naturaleza de dichas pretensiones, sea posible un pronunciamiento separado que no prejuzgue las restantes cuestiones no allanadas, respecto de las cuales continuará el proceso. Este auto será ejecutable conforme a lo establecido en los artículos 517 y siguientes de esta Ley».

⁹ «**Artículo 9. Confidencialidad.**

1. El procedimiento de mediación y la documentación utilizada en el mismo es confidencial. La obligación de confidencialidad se extiende al mediador, que quedará protegido por el secreto profesional, a las instituciones de mediación y a las partes intervinientes de modo que no podrán revelar la información que hubieran podido obtener derivada del procedimiento.

2. La confidencialidad de la mediación y su contenido impide que los mediadores o las personas que participen en el procedimiento de mediación estén obligados a declarar o aportar documentación en un

Luis Martí Mingarro

las partes y que permite que los mediadores y las personas que hayan participado en el procedimiento estén relevados del deber de declarar o aportar documentos en juicio o en arbitraje.

Con esta previsión se hace posible cumplir los principios de *buena fe* y *respeto mutuo*, y se impone un deber de *lealtad*¹⁰ para evitar que quienes acudan a una mediación sientan la amenaza de una torcida utilización posterior de su voluntad transaccional, si es que la mediación hubiere fracasado.

La protección del proceso mediador la refuerza el artículo 10.2 de la Ley prohibiendo, en tanto dure, el ejercicio de acciones relacionadas con su objeto; y haciendo oponible la correspondiente declinatoria si alguien iniciara actuaciones sobre la materia comprendida en la mediación en curso.

6. EL ACUERDO DE MEDIACIÓN, TÍTULO EJECUTIVO

● El legislador ha querido que el acuerdo de mediación sea un título ejecutivo. Y la ejecución en España es, desde luego, monopolio jurisdiccional ya desde la formulación del artículo 117.3 de la Constitución Española de 1978.

Si la mediación fructifica en un acuerdo, su ejecutividad ya no puede depender sólo de la buena voluntad de las partes. Esa voluntad ha contribuido libremente a la gestación del acuerdo. Pero el respeto a la palabra dada, el imperio de la buena fe y la evitación del abuso de derecho requiere que lo resuelto en mediación tenga la protección jurisdiccional de su fuerza ejecutiva.

procedimiento judicial o en un arbitraje sobre la información y documentación derivada de un procedimiento de mediación o relacionada con el mismo, excepto:

a) *Cuando las partes de manera expresa y por escrito les dispense el deber de confidencialidad.*
 b) *Cuando, mediante resolución judicial motivada, sea solicitada por los jueces del orden jurisdiccional penal.*

3. *La infracción del deber de confidencialidad generará responsabilidad en los términos previstos en el ordenamiento jurídico».*

¹⁰ «**Artículo 10.** *Las partes en la mediación.*

1. *Sin perjuicio del respeto a los principios establecidos en esta Ley, la mediación se organizará del modo que las partes tengan por conveniente.*

2. *Las partes sujetas a mediación actuarán entre sí conforme a los principios de lealtad, buena fe y respeto mutuo.*

Durante el tiempo en que se desarrolle la mediación las partes no podrán ejercitar contra las otras ninguna acción judicial o extrajudicial en relación con su objeto, con excepción de la solicitud de medidas cautelares u otras medidas urgentes imprescindibles para evitar la pérdida irreversible de bienes y derechos.

El compromiso de sometimiento a mediación y la iniciación de ésta impide a los tribunales conocer de las controversias sometidas a mediación durante el tiempo ñeque se desarrolle ésta, siempre que la parte a quien interese lo invoque mediante declinatoria.

3. *Las partes deberán presentar colaboración y apoyo permanente a la actuación del mediador, manteniendo la adecuada deferencia hacia su actividad».*

Esta fuerza ejecutiva se adquiere tanto en los acuerdos que hayan surgido de mediación en el seno de un proceso jurisdiccional ya iniciado como si el acuerdo nace de una mediación autónoma e independiente de un proceso.

En el primer caso, acuerdo de mediación intraprocesal, lo ejecutivo será el auto que apruebe u homologue lo convenido en mediación. En el segundo caso, el acuerdo habrá de alcanzar la formalización en escritura pública, y sólo así tendrá fuerza ejecutiva al amparo del art. 517.22 de la LEC, según la redacción que ha dado la Ley 5/2012.

7. LA CULTURA DE LA MEDIACIÓN Y LA SOCIEDAD CIVIL

- Ya he mencionado con anterioridad que el legislador ha querido crear en el ámbito del derecho procesal las condiciones normativas necesarias y suficientes para que quienes entiendan que pueden solucionar sus controversias a través de la mediación puedan hacerlo en un ámbito declarado de buena fe y eficiencia. Ha de entenderse que la reforma procesal descrita consagra el designio de los poderes públicos de dar protección a la voluntad de las partes cuando éstas quieran resolver sus diferencias sin acudir a un litigio. Se trata, pues, de una delimitación de algunos de los términos del proceso jurisdiccional civil y mercantil que afina sus contornos para promover y proteger un fenómeno social que queda íntegramente en el terreno de juego de la voluntad de las partes.

Eso es, en buena parte, lo que el Estado podía hacer por la mediación. Y es en el ámbito del devenir social, en la conducta de quienes actúan en el mundo jurídico, de los sujetos de derechos *donde queda la mayor parte de la tarea por hacer*.

- Ya me refería antes a que he tenido la oportunidad de vivir el mundo del derecho cuando la conciliación era obligatoria. Y también he contemplado el tiempo en que fue voluntaria tal como ahora queda. Pero ni antes ni ahora contemplo un horizonte de madurez social ni de cultura colectiva que conduzca a los ciudadanos a buscar la concordia y la solución de sus conflictos fuera del hipertrofiado ámbito judicial.

Los abogados hemos tenido y tenemos desde tiempo inmemorial la obligación de conducir nuestro desempeño profesional por el camino de la concordia¹¹.

¹¹ Estatuto General de la Abogacía Española. «**Artículo 9.** 1. Son Abogados quienes, incorporados a un Colegio español de Abogados en calidad de ejercientes y cumplidos los requisitos necesarios para ello, se dedican de forma profesional al asesoramiento, concordia y defensa de los intereses jurídicos ajenos, públicos o privados. [...]».

Luis Martí Mingarro

Probablemente no todos, o no siempre, cumplimos con esa obligación deontológica; y en todo caso es más frecuente todavía el cliente más o menos comprometido, acaso indómito, que espera que lo que él entiende como su verdad se la diga un juez. Juegan en ello estrategias, intereses, compromisos y también, porque no decirlo, un cierto sentido mítico de la justicia.

La Ley de Mediación brinda a todos, tanto a los ciudadanos cuyos derechos están en cuestión como a los abogados encargados de su defensa, la oportunidad de ensanchar el campo de la concordia posible, reduciendo así el ámbito extremadamente dilatado de la litigiosidad.

Las cifras de litigiosidad en nuestro país son muy altas¹², tanto desde el punto de vista objetivo como desde la perspectiva comparada. Eso hace que los órganos judiciales estén soportando una carga que por sí misma condiciona la **calidad** del resultado colectivo y la enorme **dilación**. Causas ambas que deterioran la confianza y prestigio de la Justicia ante los ciudadanos.

- De las reflexiones establecidas en párrafos precedentes debe resultar clara una cosa: la Ley de Mediación, y la mediación misma como sistema, no puede derivar en un sistema entorpecedor del acceso a la justicia. Y entiendo que el legislador ha hecho un esfuerzo para situar la mediación como una oferta alternativa y no como un señuelo. Pero en ambos casos se requiere un movimiento de aceptación social que en la actualidad no se vislumbra. Porque si la conciliación es una oferta, requiere de la aceptación voluntaria de quienes son llamados por ella; y si llegara a ser un señuelo¹³, de manera voluntaria tendrían que caer en él aquellos a quienes se les propusiera.

No debemos olvidar el peso irrenunciable de la autonomía de la voluntad como elemento esencial del recurso a la mediación. El arbitraje también está en ese campo de la autonomía de la voluntad; y sin embargo hay que reconocer que, después de muchos y muchos años de porfía, el campo del arbitraje se ensancha a duras penas. Hubo un tiempo en que la institución arbitral era mirada con recelo, incluso en el ámbito jurisdiccional. Pero hace ya mucho que doctrinal, legal y jurisprudencialmente se ha impuesto la idea del arbitraje como «equivalente jurisdiccional», y así incluso lo tiene acogido el Tribunal Constitucional (STC 62/1991). Empero, aún son percentualmente bajísimas las cotas de conflictividad civil y mercantil resueltas mediante arbitraje, porque está costando mucho extender la cultura necesaria para su desarrollo.

¹² Se habla ya de 10.000.000 de causas judiciales en trámite.

¹³ D.R.A.E. «**Señuelo**: [...] 4. en sentido figurado cualquier cosa que sirve para atraer, persuadir o inducir con alguna falacia».

Cuando se contemplan experiencias de otros países en cuanto a la mediación civil y mercantil, puede observarse que su implantación es intensiva y tiene como soporte un gran movimiento estructural de la sociedad civil, en cuyo ámbito han surgido instituciones que se prestigian por la calidad y amplitud de sus esfuerzos.

Creo, por tanto, que esta Ley constituye una auténtica llamada a las instituciones y organizaciones empresariales y profesionales para que desarrollen generosamente sistemas de mediación adecuadamente dotados.

Desjudicializar es posible, pero sólo si se oferta un sistema capaz de generar la confianza de los que acudan a él. Eso requiere medios materiales y personales, y también mucha e intensa dedicación y vocación. La mediación requiere profesionalidad; pero, sobre todo, ha de despertar confiabilidad ética y pragmatismo.

- Por otra parte, la Ley 5/2012 brinda parámetros perfectamente asumibles y que han de permitir la irrupción en el ámbito civil y mercantil de dispositivos de mediación que, en un tiempo prudencial, lleven a rebajar las ahora insostenibles cifras de litigiosidad. En este objetivo de reducir la carga de asuntos de la Administración de justicia, no debemos olvidar que la litigiosidad no es sino un parámetro expresivo de la desenfundada demanda de justicia en una sociedad compleja, que se dice avanzada, difícilmente estructurada, y con pautas de justicia, bienestar y cohesión sociales que no siempre tienen resuelto el problema de su financiación.

8. EL APOYO A LAS INSTITUCIONES DE MEDIACIÓN

- El legislador ha previsto dos líneas de apoyo al movimiento institucional hacia la mediación. La Disposición Adicional Segunda¹⁴ es de una gran tibieza, pues poco impulso parece el que sólo nazca de la obligación de «*poner a disposición*» información, o de incluir el tema entre las materias de asesoramiento en orientación gratuitos.

¹⁴ «**Disposición adicional segunda.** Impulso a la mediación.

1. Las Administraciones públicas competentes para la provisión de medios materiales al servicio de la Administración de Justicia proveerán la puesta a disposición de los órganos jurisdiccionales y del público de información sobre la mediación como alternativa al proceso judicial.

2. Las Administraciones públicas competentes procurarán incluir la mediación dentro del asesoramiento y orientación gratuitos previos al proceso, previstos en el artículo 6 de la Ley 1/1996, de 10 de enero, de Asistencia Jurídica Gratuita, en la medida que permita reducir tanto la litigiosidad con sus costes».

Luis Martí Mingarro

Mientras las Administraciones Públicas no asuman la arbitrabilidad y disponibilidad para la mediación de muchas de sus materias (suministros de bienes, servicios, etc.), poca litigiosidad se va a reducir.

Al hilo de esta reflexión parece necesario subrayar que el exceso de litigiosidad no implica por sí mismo un exceso de conflictividad, pues en la sociedad moderna las relaciones económicas, empresariales, societarias, comerciales, familiares y jurídico-públicas se desarrollan en sistemas muy complejos que por sí mismos dan lugar a los conflictos¹⁵. El problema, por tanto, no es que haya muchos conflictos, que son fruto de la propia complejidad social y económica —y de su conformación jurídica—, sino que los poderes públicos, y especialmente el poder judicial, están muy superados por la avalancha de asuntos y no están siendo capaces de resolverlos con el ritmo y la calidad que se requiere. De ahí el objetivo de drenar, antes de que tomen estado judicial la solución de aquellas controversias que puedan traerse al foro del arbitraje, la mediación o cualesquiera otros medios alternativos que pudieran llegarse a disponer.

- En ese rango de preocupaciones por la capacidad de la sociedad civil para organizar buenos sistemas de mediación, el legislador de 2012 ha dado pasos importantes. La Disposición Adicional Primera¹⁶ muestra voluntad de reconocimiento institucional a las entidades que asuman esa tarea. Y, además, las Disposiciones Finales Primera¹⁷ y Segunda¹⁸ incluyen ya entre las competencias de los Colegios Profesionales y las Cámaras de Comercio la tarea de impulsar y desarrollar la mediación.

¹⁵ La conflictividad no es sino la colisión entre titulares de derechos implicados en la amplísima «familia de derechos» de la que habló el gran jurista norteamericano HART.

¹⁶ **«Disposición adicional primera.** Reconocimiento de instituciones o servicios de mediación. Las instituciones o servicios de mediación establecidos o reconocidos por las Administraciones públicas de acuerdo con lo dispuesto en las leyes podrán asumir las funciones de mediación previstas en esta Ley siempre que cumplan las condiciones establecidas en la misma para actuar como instituciones de mediación».

¹⁷ **«Disposición final primera.** Modificación de la Ley 2/1974, de 13 de febrero, de Colegios Profesionales. La letra ñ del artículo 5 de la Ley 2/1974, de 13 de febrero, de Colegios Profesionales, pasa a tener la siguiente redacción:

“ñ) Impulsar y desarrollar la mediación, así como desempeñar funciones de arbitraje, nacional e internacional, de conformidad con lo establecido en la legislación vigente”.

¹⁸ **«Disposición final segunda.** Modificación de la Ley 3/1993, de 22 de marzo, Básica de las Cámaras Oficiales de Comercio, Industria y Navegación.

La letra i del apartado 1 del artículo 2 de la Ley 3/1993, de 22 de marzo. Básica de las Cámaras Oficiales de Comercio, Industria y Navegación, pasa a tener la siguiente redacción:

“i) Impulsar y desarrollar la mediación, así como desempeñar funciones de arbitraje mercantil, nacional e internacional, de conformidad con lo establecido en la legislación vigente”.

Quienes estén en disposición de crear centros de mediación necesitan acreditar la voluntad de desarrollar estos proyectos de manera que, al menos por esta vez, no se defraude la confianza que puedan llegar a depositar en el sistema quienes recurran a él para resolver sus controversias.

Es trascendente el abanico de principios que se establecen en el Título II de la Ley 5/2012. Porque mal empezarían las cosas si, al presentar ante la sociedad las instituciones o centros de mediación, los futuros usuarios del sistema de mediación no toman conciencia del rigor con el que las nuevas instituciones empiezan su singladura.

El legislador ha establecido la condición voluntaria de la mediación. Eso comporta que ha de corresponderse a las decisiones de los particulares de acudir a un centro de mediación con un compromiso de claridad, transparencia y eficiencia que haga el sistema accesible a cuantos lo deseen.

Nadie acudirá a un centro de mediación si no tiene una convicción básica sobre la imparcialidad de los mediadores que allí puedan desempeñar su papel en el proceso de solución de la controversia. Como nadie tampoco se someterá a un sistema que no esté en condiciones de garantizar la neutralidad y de asegurar la confidencialidad.

Ninguna parte interviniente en un proceso de mediación desarrollará su papel con lealtad, buena fe y respeto mutuo (como exige el art. 10.2 de la Ley) si no tiene la convicción de que va a estar en un terreno imparcial y en un ámbito neutral cuya confidencialidad esté adecuadamente blindada.

9. EL ESTATUTO DEL MEDIADOR

- El legislador ha cuidado de diseñar el estatuto del mediador (Título III de la Ley 5/2012) sobre términos muy generales y amplios. La función efectiva de mediar habrá de ser desempeñada siempre, aun cuando se opere en el ámbito institucional, **por persona natural**; que habrá de reunir requisitos de titulación, formación y efectividad. Y en todo caso la mediación ha de tener una cobertura o garantía de responsabilidad por daños, porque la profesionalidad a desarrollar por los mediadores requiere una entrega y una capacidad que no deben dar lugar a conductas negligentes de las que se derive daño para los que han confiado en la institución arbitral.

Esas instituciones de mediación habrán de cuidar de la claridad y transparencia de los procedimientos y de su ajuste a los parámetros establecidos en el Título IV de la Ley, que son realmente parámetros muy abiertos y flexibles que deben conducir necesariamente a la terminación del procedimiento, bien para

Luis Martí Mingarro

ulterior ejecución de lo acordado, bien para liberación irrestricta del acceso a la tutela judicial efectiva.

10. CONCLUSIÓN

- Las líneas que anteceden reflejan la convicción de que el camino para liberar a la jurisdicción de parte de la avalancha de conflictividad que ahora soporta puede ser parcialmente allanado a través de la mediación. Pero los dispositivos de mediación, ajustados a los parámetros legalmente exigibles, sólo serán eficientes si son capaces de generar la confianza de los ciudadanos, de los actores y operadores de los flujos económicos y sociales, a quienes sólo les merecerá la pena eludir la gravosa tarea de pedir justicia, si el sistema alternativo de la mediación es capaz de dar soluciones rápidas, eficientes y equilibradas. Sin olvidar que los propios poderes públicos tienen un amplio abanico de materias que podrían desahogar su conflictividad jurisdiccional por la vía del arbitraje o la mediación. No estaría mal que la voluntad conciliadora se muestre también por las Administraciones cuando la materia lo permita, renunciando así a proteger bajo el muro jurisdiccional, siempre dilatorio, intereses y conductas que serían, por su propia materia, arbitrales o conciliables.