

La construcción institucional y jurídica de la mediación

M^a Elena Lauroba (UB, Dirección General de Derecho y de Entidades Jurídicas del Departamento de Justicia)

Immaculada Barral (UB)

Jaume Tarabal (UB)

Isabel Viola (UB)

Equipo de investigación

José Alberto Marín (notario); Consol Martí (abogada y mediadora); Antoni Vidal (abogado y mediador); Josep M. Tamarit (ULI)

Resumen

Este capítulo aborda los aspectos jurídicos principales de la mediación recogidos en la legislación catalana (como su concepto, los principios, el ámbito subjetivo y objetivo, el procedimiento y los efectos jurídicos) con el fin de ofrecer la construcción jurídica actual de la institución y hacer propuestas de cara a una futura ley general de mediación.

Palabras clave

Procedimiento, proceso, gestión, resolución, litigios, conflictos, sistema, extrajudicial, intrajudicial, conciliación, voluntariedad, imparcialidad, neutralidad, confidencialidad, alteridad, buena fe, carácter personalísimo, flexibilidad, objeto, sujetos, mediador, juez, abogado, partes, Derecho privado, escolar, comunitaria, ciudadana, penal, familiar, acta, premediación, posmediación, sesión informativa, efectos, carácter ejecutivo, prescripción y caducidad.

Índice

- | | | | |
|---|--|-------|---|
| 1 | Introducción | 7 | Los sujetos de la mediación |
| 2 | Con carácter previo: la competencia de la Generalitat de Cataluña | 7.1 | El perfil del mediador |
| 3 | El concepto jurídico de mediación | 7.1.1 | La condición de tercero |
| 4 | Finalidad de la mediación | 7.1.2 | Los requisitos para el ejercicio de la profesión |
| | 4.1 La autogestión de los conflictos y su desjudicialización | | A) La formación del mediador |
| | 4.2 Las “otras” finalidades de la mediación | | B) La vinculación a una institución |
| 5 | Los principios de la mediación | 7.1.3 | La actividad del mediador. Los derechos y los deberes del mediador |
| | 5.1 La voluntariedad | | A) La actividad del mediador |
| | 5.1.1 La obligación de recurrir a la mediación con carácter previo al proceso judicial | | B) Los derechos y los deberes del mediador |
| | 5.1.2 Las cláusulas de sumisión a mediación | 7.1.4 | El incumplimiento de las obligaciones del mediador. Las infracciones y el régimen sancionador |
| | 5.2 Imparcialidad y neutralidad | 7.2 | La organización de la mediación: los diferentes servicios de mediación |
| | 5.2.1 Imparcialidad | | 7.2.1 El Centro de Mediación de Derecho privado de Cataluña |
| | 5.2.2 Neutralidad | | 7.2.2 Los colegios profesionales como colaboradores del CMDPC |
| | 5.3 La confidencialidad | | 7.2.3 Los servicios vinculados a las administraciones locales |
| | 5.4 El carácter personalísimo | | 7.2.4 La Junta de Arbitraje y Mediación de los contratos de cultivo y de los contratos de integración de Cataluña |
| | 5.5 La buena fe como principio de cierre del sistema | | 7.2.5 El Consejo Superior de la Cooperación |
| | 5.6 Los otros principios. Especial referencia a la flexibilidad y la transparencia | | 7.2.6 Las comisiones de convivencia de los centros educativos no universitarios y la USCE |
| 6 | Ámbito objetivo de la mediación | | 7.2.7 Los organismos públicos dedicados a la mediación en consumo y la mediación privada |
| | 6.1 El Derecho privado: la LMADP y los reglamentos sectoriales | 7.3 | Otros profesionales en la mediación |
| | 6.2 Consumo | | |
| | 6.3 El ámbito escolar | | |
| | 6.4 El ámbito penal | | |
| | 6.5 El ámbito laboral | | |

- 7.3.1 El rol del abogado
 - 7.3.2 El juez en la mediación
 - 7.3.3 Los otros actores en los procedimientos judiciales
 - 7.4 Las partes. La intervención de los menores
 - 8 El procedimiento de mediación
 - 8.1 La sesión informativa previa
 - 8.2 La designación del mediador: especial referencia a la recusación
 - 8.3 El inicio de la mediación
 - 8.3.1 La reunión inicial
 - 8.3.2 El acta de inicio
 - 8.4 La duración del procedimiento de mediación. La posibilidad de instar una segunda mediación
 - 8.5 Número de sesiones y duración
 - 8.6 La finalización del procedimiento de mediación
 - 8.7 La viabilidad de un periodo de reflexión
 - 8.8 El coste de la mediación
 - 9 Los acuerdos resultantes de la mediación. La eficacia jurídica y el carácter ejecutivo
 - 9.1 La libertad de forma de los acuerdos
 - 9.2 Los negocios jurídicos solemnes
 - 9.3 El carácter ejecutivo de los acuerdos resultantes del procedimiento de mediación
 - 9.3.1 Títulos ejecutivos jurisdiccionales
 - 9.3.2 Títulos ejecutivos no jurisdiccionales
 - 10 La necesidad de coordinar el régimen jurídico de la mediación con las normas sobre prescripción y caducidad
 - 11 Las ODR
 - 12 Una coda al análisis. La “naturaleza jurídica” de la mediación
 - 13 Recomendaciones
 - 14 Bibliografía referenciada
 - 15 Bibliografía
- Notas

1 Introducción

El objetivo principal del capítulo jurídico del Libro Blanco es identificar los rasgos esenciales que permiten hablar de mediación con el fin de ofrecer la configuración jurídica de la figura en tanto que institución. Se trata de fijar el núcleo, el espacio que todo el mundo identifica y denomina “mediación” y no otra figura. Igualmente, se ha querido plasmar cuál es la concreta regulación de la mediación, aquí y ahora, para saber cuál es jurídicamente su alcance, de forma que, llegado el momento, se pueda cumplir con el *desideratum* de una ley general de mediación. En esta construcción jurídica de la institución, hemos partido del concepto que de la mediación ofrecen las normas jurídicas que la regulan, sus principios esenciales, cuál es, hoy por hoy, el objeto de la mediación según la legislación vigente, así como su ámbito subjetivo, con atención particular al perfil del mediador; respecto a los requisitos que hay que cumplir para ser considerado como tal, cuáles son los deberes y qué sucede si no los cumple, sin dejar de lado el tratamiento jurídico de las partes en la mediación, ni tampoco de otros sujetos que tienen una implicación mediata, como los jueces o los abogados. Una vez identificado el objeto y los sujetos, se ha pretendido mostrar los elementos que la regulación catalana ofrece del procedimiento de mediación. Los efectos jurídicos de la mediación y su relación con el proceso judicial vienen a continuación, para mostrar de qué manera los acuerdos de las partes, por un lado, y el inicio del procedimiento de mediación, por otro, inciden en la resolución definitiva del conflicto.

En la elaboración del capítulo se ha tenido en cuenta, como material normativo de referencia, la regulación catalana, la estatal y la europea, sin perjuicio de la información sobre Derecho comparado contenida en el Capítulo 2 de este Libro Blanco. Así, en una primera relación, hay que mencionar, como material preferente, la

Ley 15/2009, de 22 de julio, de mediación en el ámbito del Derecho privado (en adelante, LMADP)¹, así como su antecedente, la importante Ley 1/2001, de 15 de marzo, de mediación familiar en Cataluña, primera ley sobre mediación en el Estado español –que fue desarrollada por el Decreto 139/2002, de 14 de mayo, por el cual se aprueba el Reglamento de la Ley 1/2001, de 15 de marzo, de mediación familiar de Cataluña; el Decreto 170/2009, de 3 de noviembre, por el cual se regula la Junta de Arbitraje y Mediación de los contratos de cultivo y de los contratos de integración de Cataluña² (DJAMCCI); el Decreto 171/2009, de 3 de noviembre³, por el cual se aprueba el Reglamento de los procedimientos de conciliación, mediación y arbitraje ante el Consejo Superior de la Cooperación (RPCMACoop); el Decreto 279/2006, de 4 de julio⁴, sobre derechos y deberes del alumnado y regulación de la convivencia en los centros educativos no universitarios de Cataluña (en adelante, DRCCE) –reforzado con la Ley 12/2009, de 10 de julio, de la educación⁵ y el Código de consumo de Cataluña⁶ (en adelante, CConsumo). El Código Civil de Cataluña (en adelante, CCCat) ha estado también presente en el análisis, porque contiene las normas básicas del Derecho privado catalán y, en concreto, en las disposiciones preliminares, una referencia expresa, por ejemplo, a la libertad civil (art. 111-6). Además, en el Libro relativo a la persona y la familia se ha querido introducir –a pesar de la LMADP–una mención específica a la mediación familiar (artículo 233-6)⁷. Por último, es necesario también tener en cuenta la Ley 14/2010, de 27 de mayo, de los derechos y las oportunidades de la infancia y la adolescencia⁸, porque establece que, con el fin de garantizar el derecho de los niños y los adolescentes a relacionarse con sus familias, los poderes públicos tienen que fijar procedimientos específicos de mediación familiar (art. 29).

En el ámbito estatal, los textos legales de referencia son el Real decreto 231/2008, de 15 de febrero, por el cual se regula el Sistema Arbitral de Consumo⁹ (en adelante,

RDSAC), la Ley orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores¹⁰ (en adelante, LORPM); muy especialmente, las leyes autonómicas sobre mediación familiar¹¹; otros, de ámbito genérico, como el Código civil español de 1889 (en adelante, CCE) y la Ley 1/2000, de 7 de enero, de enjuiciamiento civil¹² (en adelante, LEC). Por último, se ha tenido recurrentemente en cuenta el Anteproyecto de ley de mediación en asuntos civiles y mercantiles, aprobado por el Consejo de Ministros, de 19 de febrero de 2010¹³ (en adelante, APrLMACM), como transposición de la Directiva 2008/52/CE y que presenta una regulación de la institución de ámbito estatal. Si bien es cierto que preserva aquello que disponen las CCAA en su legislación sobre mediación, lo que podría llevar a pensar que no es de aplicación preferente en Cataluña (art. 111-5 CCCat), contiene preceptos de orden procesal de incidencia general que es necesario tener en cuenta, toda vez que regula aspectos relativos a la prescripción y caducidad (no previstos en las normas autonómicas) con la correspondiente incidencia. También se ha consultado el Informe al APrLMACM del Consejo General del Poder Judicial¹⁴.

En el ámbito europeo, se ha tenido en cuenta la Directiva sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles¹⁵, así como el Libro Verde sobre las modalidades alternativas de solución de conflictos y las Recomendaciones del Consejo de Europa¹⁶. También se ha tenido presente el Código europeo de conducta para mediadores, texto elaborado por la Comisión Europea y que constituye una guía para las personas mediadoras en relación con los principios que tienen que orientar su actividad¹⁷, y como material específico, ligado a consumo, la Recomendación de la Comisión, de 4 de abril de 2001, relativa a los principios aplicables a los órganos extrajudiciales de resolución consensual de litigios en materia de consumo¹⁸. Estos últimos documentos no son jurídicamente vinculantes en sentido estricto, sino que constituyen guías, elementos de buen gobierno (*gobernanza*) y de *soft law* similares a los principios. Los hemos tenido en cuenta por su importancia en la creación de un campo de mediación homogéneo en todo el espacio europeo, y porque atienden también al campo profesional y experto de lo que en el Libro Blanco hemos denominado “sistema de mediación”¹⁹.

También hemos observado de cerca los resultados del estudio empírico efectuado en los diferentes sectores del Libro Blanco. Aunque, como es natural, el ámbito del Derecho de familia es el que se ha tenido más presente –cuenta con un soporte legislativo que tiene prácticamente 10 años–, otros ámbitos que no

son estrictamente de Derecho privado, como el de la mediación comunitaria/ciudadana y el educativo, se han analizado también. Además, a lo largo del análisis se ha hecho especial énfasis en la mediación penal porque presenta particularidades que requieren una atención específica. La mediación penal se considera, hoy, como uno de los procesos reparadores propios de la *restorative justice* (justicia “restaurativa” o reparadora), una perspectiva que opone al concepto tradicional idealista-retributivo de justicia una forma de respuesta al hecho delictivo orientada a restablecer la paz social y concretamente los vínculos sociales y comunitarios, la reparación integral de la víctima y la asunción de responsabilidad y reintegro del infractor. Basta con recordar que la posición de las partes que han de intervenir se encuentra de entrada marcada por la desigualdad, porque el desencadenante del proceso mediador es que una parte ha atentado contra los bienes jurídicos de la otra. La víctima y el agresor están en posiciones diferentes. Otra particularidad surge del propio procedimiento penal, donde víctima e imputado se hallan también en posiciones jurídicamente distantes que no responden a la dinámica de partes propia de otros procedimientos jurisdiccionales como el civil –o incluso el contencioso o el social. Para situar este tipo de mediación se debe atender a la *Declaración sobre los principios básicos para la aplicación de programas de justicia reparadora en materia penal*²⁰, que define el proceso reparador como “todo proceso en que la víctima, el ofensor y, cuando proceda, cualquier otra persona o miembro de la comunidad afectados por el delito participan conjuntamente de manera activa en la resolución de las cuestiones derivadas del delito, normalmente con la ayuda de un facilitador”. La Resolución parte de una visión de la justicia reparadora como complemento de la justicia penal y afirma su validez en todas las fases del proceso penal, además de los principios de voluntariedad, igualdad y el de necesidad de respetar los principios de un proceso justo y la presunción de inocencia.

En la preparación de este capítulo se ha atendido reiteradamente al estudio de Derecho comparado del Capítulo 2, que facilita la interpretación que otros ordenamientos jurídicos hacen de la institución, así como a los *Materiales Jurídicos del Libro Blanco de la Mediación* que recogen las aportaciones de diferentes expertos sobre aspectos jurídicos específicos, desde el análisis de los principios de la institución a la comedición o a la regulación de la mediación en ámbitos como la mediación escolar, o en los contratos de cultivo y de integración o la mediación en el ámbito del Derecho público²¹. Igual-

mente, se han elaborado dos cuestionarios específicos sobre los aspectos jurídicos de la mediación, uno dirigido a los juristas que forman parte de cada equipo de trabajo (ET), y otro para los jueces y magistrados (reproducidos en el Anexo 4 de este Libro Blanco). También se ha consultado la entrevista semiestructurada que se hizo a los fiscales, siguiendo la guía de lo que se había preguntado a los jueces, que figura en el mismo Anexo. Su opinión permite situar aspectos de la regulación de la mediación que todavía no están formulados y que hay que conocer para propuestas futuras.

Es sabido que una de las funciones nucleares de la figura del Libro Blanco es proporcionar el material necesario para la ulterior elaboración de una norma que fije jurídicamente la institución que se analiza. En definitiva, aportar criterios y parámetros para hacer una ley. Ahora bien, en el caso catalán, la reciente aprobación de la Ley 15/2009, de 22 de julio, de mediación en el ámbito del Derecho privado, modula esta función, porque hace innecesaria la actuación legislativa a corto plazo. La LMADP, que tiene presente la Directiva 2008/52/CE, constituye, además, el Derecho supletorio de otras normas sectoriales sobre mediación, como se constata, por ejemplo, respecto del DJAMCCI (Palau, 2010). Acertadamente se ha hecho notar (Barral, 2010), que la LMADP “pretende ser el marco normativo general de la mediación en Derecho privado y, por lo tanto, que las ideas base y los principios que desarrolla pueden ser aplicables a cualquier tipo de mediación”. Ahora bien, que no exista, inicialmente, una voluntad de construcción normativa, no impide un análisis en términos jurídicos que contribuya a la mejor interpretación de la norma vigente, a la obtención de respuestas jurídicas a numerosas cuestiones ligadas a la mediación e, incluso, a la fijación de criterios útiles para el desarrollo de la ley. Un desarrollo que ya se ha iniciado mediante la redacción de un reglamento.

2 Con carácter previo: la competencia de la Generalitat de Cataluña

Según el artículo 106.2 del Estatuto de Autonomía de Cataluña (en adelante, EAC) la Generalitat es competente para regular el procedimiento de mediación “en la resolución de los conflictos en las materias de su competencia”. Hay que observar que este precepto impone apoyar

la competencia en un título ulterior, en función del ámbito sustantivo para el cual se prevé la mediación. Así se ha procedido en todas las normas catalanas: en relación con el Derecho privado, la LMADP se fundamenta en la competencia exclusiva que el art. 129 EAC le atribuye en Derecho civil (vid. § 14 Preámbulo LMADP); para la mediación en el ámbito de los contratos de cultivo y de integración, cooperativo y escolar la Generalitat ha invocado, respectivamente, los títulos competenciales previstos en los arts. 116.1 EAC (Agricultura y ganadería), 124 EAC (Cooperativas) y 131 EAC (Educación). El CConsumo, por su parte, se apoya en el art. 123.c EAC, que prevé como competencia exclusiva de la Generalitat “la regulación de los órganos y los procedimientos de mediación en materia de consumo”.

Hay que destacar que en muchos de los preceptos del Título IV del Estatuto (“de las competencias”), se ha preferido –con acierto–, a pesar del título competencial general en mediación del art. 106.2 EAC, especificar que la competencia de la Generalitat en un determinado ámbito abarca también la de regular el procedimiento y la administración de la mediación en la resolución de los conflictos de dicho ámbito. Éste es el caso de los ya mencionados arts. 123 (Consumo) y 124 (Cooperativas), así como de los arts. 134 (Deporte y ocio) 169 (Transportes) y 170 (Trabajo y relaciones laborales).

Con respecto a la Directiva 2008/52, nada impide que la Generalitat adopte medidas tendentes a su transposición, con independencia de que haya sido tenida en cuenta para la redacción de la LMADP, a la cual inspira (vid. § 3 Preámbulo LMADP). La competencia se fundamentaría en el art. 189 EAC, según el cual “corresponde a la Generalitat el despliegue, la aplicación y la ejecución de la normativa de la Unión Europea cuando afecte al ámbito de sus competencias”. Por lo tanto, dado que la Generalitat tiene competencia en materia civil (art. 129 EAC), se ha de concluir que está facultada para transponer la Directiva 2008/52 al Derecho catalán²². Una cuestión diferente, que no obsta a la competencia de la Generalitat, es que la Directiva tenga una dimensión eminentemente procesal que, ante la competencia exclusiva del Estado en materia de legislación procesal (art. 149.1.6 CE), reclame preferentemente una transposición mediante ley estatal (Ordóñez Solís, 2009). De hecho, el argumento favorable a la competencia autonómica se podría reforzar alegando, como hace la LMADP (vid. § 14 Preámbulo), el art. 130 EAC, que atribuye a la Generalitat la competencia para dictar las normas procesales específicas que deriven de las particularidades del Derecho sustantivo catalán.

3 El concepto jurídico de mediación

El análisis parte de las definiciones de la LMADP y de la Directiva, que permiten individualizar una serie de elementos. Así, el artículo 1.1 LMADP establece:

“A los efectos de la presente ley, se entiende por mediación el procedimiento no jurisdiccional de carácter voluntario y confidencial que se dirige a facilitar la comunicación entre las personas, para que gestionen por ellas mismas una solución a los conflictos que las afectan, con la asistencia de una persona mediadora que actúa de modo imparcial y neutral.” Y el segundo apartado (art. 1.2) completa la definición al identificar la mediación como “método de gestión de conflictos”.

Asimismo, según el art. 3 de la Directiva:

“A los efectos de la presente Directiva, se entenderá por: a) “mediación”: un procedimiento estructurado, sea cual sea su nombre o denominación, en el que dos o más partes en un litigio intentan voluntariamente alcanzar por sí mismas un acuerdo sobre la resolución de su litigio con la ayuda de un mediador.”

Ambos artículos permiten identificar unos elementos que contribuyen a definir jurídicamente el concepto. Tres son, a nuestro parecer, los bloques que hay que analizar: A) el procedimiento, B) el papel de las partes en conflicto y C) la actividad del mediador. Los textos legales los abordan con redacciones diferentes, pero contenidos claramente asimilables.

- A) El uso del término «procedimiento» nos proporciona dos informaciones. Por una parte, que existe algún tipo de estructura –de hecho, la Directiva menciona “estructurado”–, y por otra, permite situar la mediación entre las otras figuras procedimentales dirigidas a la solución de conflictos. La tipificación como «procedimiento» aparece también en los arts. 32.1 y .2 de la Ley 12/2009, de educación; 132.1 CConsumo; 19.1 DJAMCCI y 12 RPCMACoop.

Ahora bien, al analizar la normativa catalana o aplicable a Cataluña con voluntad de completud aparecen otras denominaciones, que en la *mens legislatoris* son, en ciertos supuestos, sinónimas, pero que en otros quieren acentuar aspectos diversos. Así, la mediación se define como «proceso» (art.

5.1. g) LORPM; art. 5.3 DRCCE); «mecanismo» (art. 30.5 Ley 12/2009, del 10 de julio, de educación - “los centros tienen que establecer medidas de promoción de la convivencia, y en particular mecanismos de mediación para la resolución pacífica de los conflictos”; y art. 31.3 c)); «instituto» (Preámbulo RDSAC); y, significativamente, como «sistema». Mientras que la calificación como «instituto» enfatiza el componente sustantivo –ir más allá de los canales procedimentales– la condición de «sistema» implica superar el índice estrictamente jurídico con el fin de identificar un ámbito de actuación y de consolidación de la mediación. El Libro Blanco de la Mediación demuestra que puede hablarse de mediación no únicamente en relación con los procedimientos no jurisdiccionales, sino también como instrumento de gestión de la conflictividad -con connotaciones que superan la individualidad de las partes en conflicto para identificar herramientas sociales.

Visualmente, es una presentación en círculos concéntricos²³. Se constata en el Preámbulo del RPC-MACoop, que utiliza ambas calificaciones: “Con la inclusión de la mediación entre los procedimientos de **resolución extrajudicial de conflictos**, se recogen las directrices europeas para la promoción de los sistemas de mediación, y la evolución favorable que este sistema de autogestión de conflictos ha experimentado en Cataluña en el ámbito familiar y comunitario, si bien adaptado a las particulares necesidades e idiosincrasia del sector cooperativo”. También lo ha hecho, en su condición de ley “primaria”, la LMADP²⁴, o el art. 29 Ley 14/2010, de 27 de mayo, de los derechos y las oportunidades de la infancia y de la adolescencia. La idea de «sistema» también incorpora una manera de hacer concreta, y enlaza con el concepto de “método”, que menciona el art. 1.2 LMADP.

La tipificación va necesariamente ligada al objeto del procedimiento, que es la gestión del conflicto. Se constata la progresiva evolución en la nomenclatura, desde la presentación “clásica”, consolidada, de «resolución» de litigios (art. 3 Directiva 2008/52/CE), a la noción de «gestión» de conflictos (art. 1.2 LMADP), o también para su preventión y resolución²⁵.

Por último, el art. 1 APrMACM la presenta como una «negociación estructurada». El CGPJ hacía notar, en su informe, que “el término negociación no es afortunado, por cuanto se suele emplear para referirse a un medio alternativo de resolución

de disputas aún más informal que la propia mediación, caracterizado por la no intervención de un tercero” y añadía “*La negociación suele ser una fase previa en el intento de gestionar una controversia que precede tanto a la mediación, como al arbitraje y a la decisión jurisdiccional*”²⁶. Queremos pensar, sin embargo, que la elección del término «negociación» va ligada a la visibilización de la denominada metodología de Harvard con relación a la mediación. Lo ratificaría la calificación como «estructurada», que, como decíamos *supra*, evoca la noción de procedimiento. De todas formas, incluso desde esta interpretación, se trata de una opción/redacción poco afortunada, porque existen una pluralidad de metodologías ligadas a la mediación, y en un primer momento de ordenación legislativa de la institución, el legislador no tendría que apostar por una en concreto. Por lo tanto, no resulta adecuado utilizar este término en las regulaciones normativas propias.

- B) La mención a las partes del conflicto incide en su implicación en el procedimiento, porque son ellas las que construyen, mediante su actuación y responsabilidad, los acuerdos que dan respuesta al conflicto existente. Esta implicación también se plasma en expresiones como el art. 19 DJAMCCI, “... gestionen ellos mismos una solución de los conflictos que los afectan”, la LMADP o el art. 1 APrMACM: “... dos o más partes en conflicto intentan voluntariamente alcanzar por sí mismas un acuerdo para su resolución”.
- C) Como último dato identificador, se presenta al profesional que hace posible el procedimiento: el mediador. Justamente, también encontramos una definición de mediación que se sustenta en su figura como conductor del procedimiento. Así, el art. 12 RPMCACoop, “... la mediación consiste en la intervención de una persona habilitada como mediadora por el Consejo Superior de la Cooperación para la aproximación de las diferentes posturas de las partes en un conflicto, con la finalidad de que lleguen a un acuerdo, gestionando, por ellas mismas, la solución del conflicto que les afecta”. Se define la mediación como actividad de un tercero que ayuda a las partes a llegar a un acuerdo para solucionar un litigio (art. 3.a Directiva; arts. 1 y 3 LMADP). Eso es reconducible a la función de este tercero: la función mediadora, que, según la LMADP, se limita a facilitar la comunicación entre las partes (1.1) y se concreta en “ayudar a los participantes a alcanzar por ellos mismos sus compromisos y las decisiones” sin “tomar parte en ninguna solución ni medida concreta” (art. 6.2 LMADP; principio de neutralidad). Ésta es la caracterización clásica del rol del mediador como mero facilitador, si bien al analizar su actividad se constata que su implicación puede tener un alcance superior sin contestar la figura.

misos y las decisiones” sin “tomar parte en ninguna solución ni medida concreta” (art. 6.2 LMADP; principio de neutralidad). Ésta es la caracterización clásica del rol del mediador como mero facilitador, si bien al analizar su actividad se constata que su implicación puede tener un alcance superior sin contestar la figura.

De hecho, cada una de las definiciones incide en los aspectos especialmente ligados al ámbito en que se desarrolla la actividad mediadora y a su finalidad y principios identitarios: por ejemplo, la necesaria referencia a la convivencia en sede de mediación escolar tiene un encaje de carácter mediato en relación con la LMADP.

La forma en que interviene el tercero –el mediador– en el procedimiento se tiene que fijar de manera clara en la misma definición, para evitar la confusión entre el instituto de la mediación y otros mecanismos de resolución de conflictos donde también interviene una tercera persona. Nos referimos específicamente a la conciliación, desde la conciencia de que muy a menudo ambos institutos se regulan conjunta o correlativamente, como se constata, de manera significativa, en el Preámbulo RPCMACoop, en el Código de consumo (Título III: De la resolución extrajudicial de conflictos), o en los procedimientos del ámbito laboral²⁷. Este hecho puede generar confusiones, como se advierte en el ámbito laboral, en que incluso las normas se refieren indistintamente a la conciliación o a la mediación; también se ha hecho notar respecto de la LORPM. En general, está aceptado que la diferencia fundamental entre la mediación y la conciliación reside en la facultad de proponer o no de la tercera persona que interviene en el procedimiento, aunque no es una distinción impermeable. Esta cuestión se aborda, nuevamente, al tratar de la actividad del mediador.

4 Finalidad de la mediación

4.1 La autogestión de los conflictos y su desjudicialización

Los textos legales identifican como finalidad más común la de intentar que las partes alcancen por ellas mismas un acuerdo para la resolución de su litigio. El presupuesto es la existencia de un conflicto, y la mediación se convierte en una herramienta que persigue su solución a partir de la actuación de las partes implicadas. Por lo tanto, en un sentido genérico, la mediación se dirige

a facilitar la comunicación entre las personas a fin de que gestionen por ellas mismas una solución para los conflictos que les afectan (art. 1.1 LMADP y art. 1321 CConsumo) o –en este mismo sentido– para la aproximación de las diferentes posturas de las partes (art. 12 RPCMACoop.). Ya lo hemos destacado, necesariamente, al delimitar el concepto.

La otra función que justifica el fomento por parte de los poderes públicos del uso de la mediación reside en que, con ella, los juzgados y los tribunales, que están prácticamente colapsados por el gran número de causas pendientes, podrán reducir su número²⁸. De hecho, la prevención o solución de conflictos judiciales es una finalidad explícita de la LMADP, manifestada en su primer artículo, como máxima de toda la regulación ulterior: “la mediación (...) pretende evitar la apertura de procesos judiciales de carácter contencioso, poner fin a los ya iniciados o reducir su alcance” (art. 1.2). El párrafo reproduce el núcleo de la definición de la mediación de la Ley 1/2001, que no procuraba una definición extensa del instituto, sino que aunaba, desde la presentación, concepto y función: “método de resolución de conflictos... para evitar la apertura de procedimientos judiciales de carácter contencioso y poner fin a los ya iniciados o reducir su alcance” (art. 1.1). La LMADP optó por una definición inicial, en el artículo 1.1, y en algún momento se cuestionó el mantenimiento del segundo párrafo, dado que en cierta manera coexistían dos definiciones. Pero es adecuado reflejarlo, porque contribuye a juridificar la institución. Por otra parte, la importancia atribuida a esta finalidad también se advierte explicitada en otras leyes autonómicas²⁹.

No obstante, la misma LMADP (§ 9 Preámbulo) fija la posición del legislador catalán: “La voluntad de evitar la judicialización de determinados conflictos no sólo tiene la finalidad de agilizar el trabajo de los tribunales de justicia, sino, fundamentalmente, la de hacer posible la obtención de soluciones responsables, autogestionadas y eficaces a los conflictos, que aseguren el cumplimiento posterior de acuerdos y que preserven la relación futura entre las partes”. La redacción, con la correlación “no sólo... fundamentalmente”, es lo suficientemente explícita, e identifica un criterio que podríamos estimar generalizado, como avala la Exposición de motivos del APrLMACM (II § 11): “... En la presente ley se articula un procedimiento elemental, informal, y reducido en el tiempo, dándoles la oportunidad a los ciudadanos de que puedan solucionar por sí mismos sus controversias, y que al hacerlo liberen también a nuestros tribunales de justicia de la excesiva carga de trabajo que en ese momento tienen...”. Podemos añadir que, al pedir a los

jueces –en el correspondiente cuestionario– los motivos que los inducían a derivar a la mediación, prima el deseo de conseguir el bienestar de las partes, y sólo en segundo lugar la desjudicialización³⁰. También podemos reconocer que los textos legales no mencionan los menores costes del procedimiento de la mediación, frente al litigio judicial, pese a ser un atractivo no menor, no ya para reducir el presupuesto de los departamentos de justicia, sino para permitir una redistribución de las partidas presupuestarias. Hay que recordar, no obstante, que el Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre la Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles» lo destacaba (§ 3.2).

4.2 Las “otras” finalidades de la mediación

Resulta incontrovertido que el instituto de la mediación persigue –y se justifica por– la gestión/solución de conflictos, mediante un procedimiento ajeno a los tribunales. Ahora bien, en determinados ámbitos, pueden identificarse otras funciones. Específicamente, puede hablarse de (i) funciones de carácter preventivo, (ii) de carácter educativo y (iii) de carácter reparador.

La función preventiva de la mediación forma parte de la misma conceptualización de la mediación comunitaria/ciudadana analizada en el Capítulo 6. Un texto no normativo de referencia en sus actuaciones, el *Decálogo de buenas prácticas de la mediación comunitaria y ciudadana*, establece [nº. 6] que “La mediación permite conocer el estado de la conflictividad social y deviene, en sí misma, una herramienta de prevención”; se especifica que puede actuar de termómetro y observatorio de la conflictividad de un territorio determinado, que detecta aquellos problemas y situaciones que pueden convertirse en conflictos y que, sobre esta base, puede colaborar en el diseño de acciones de prevención de forma multidisciplinar.

La relevancia otorgada por los profesionales a esta función, así como la realidad práctica, imponen una reflexión desde el ámbito jurídico: ésta es una singularidad –de probada eficacia– que, como tal, no tiene cabida en una ley como la LMADP, pero sí en el sistema de mediación que sustenta y apoya el funcionamiento de la institución. A la vista de otras iniciativas sectoriales, y desde la garantía del respeto a los principios del capítulo II LMADP, es adecuada una reglamentación sectorial donde también intervengan responsables del mundo

local -que ha apostado por la creación de servicios de mediación comunitaria/ciudadana-. Esta cuestión se analiza de nuevo en la sección en que se tratan los servicios de mediación.

También en sede de mediación escolar se identifica la función preventiva, que en este caso se relaciona, además, con la función educativa. Lo establece el art. 32 Ley 12/2009, de 10 de julio, de educación, cuando define la mediación escolar como “procedimiento para la prevención y la resolución de los conflictos que se puedan producir en el marco educativo...”. Y lo desarrolla el art. 25 DRCEE, al establecer que la mediación escolar puede actuar: “1. como una estrategia preventiva en la gestión de conflictos entre miembros de la comunidad escolar, aunque no estén tipificados como conductas contrarias o gravemente perjudiciales a la convivencia en el centro”. Justamente el DRCCE (§ 4 Preámbulo) menciona la necesidad de que, en Cataluña, se regule “la mediación escolar como proceso educativo para la gestión de conflictos mediante la intervención de una persona con una formación específica que ayude a las partes en conflicto a llegar a un acuerdo satisfactorio”, y añade que “[se] refuerza el carácter educativo que han de tener los procesos y las acciones que se emprendan, tanto para prevenir como para corregir conductas inadecuadas, con la finalidad de satisfacer tanto el derecho al desarrollo personal como el deber de aprender y mantener actitudes de responsabilidad, con la incorporación de la mediación escolar como un proceso de carácter educativo para resolver determinados conflictos de convivencia” (§ 6).

La función reparadora se sitúa en el ámbito penal (y en el marco de la *restorative justice*), donde la mediación busca una actividad restauradora o de conciliación con la víctima por parte del menor (art. 5.1 en relación con el art. 27.3 LORPM). También se identifica en el art. 25 DRCCE, que concibe la mediación escolar “como estrategia de reparación o de reconciliación, una vez aplicada una medida correctora o una sanción, con el fin de restablecer la confianza entre las personas y proporcionar nuevos elementos de respuesta en situaciones parecidas que se puedan producir”.

Por último, es necesario apuntar que el artículo 29 Ley 14/2010, de 27 de mayo, de los derechos y las oportunidades de la infancia y la adolescencia, al apostar por la mediación familiar para garantizar el derecho de los niños y los adolescentes a relacionarse con sus familias (gestionando positivamente los conflictos existentes), parece concebir la mediación como una herramienta de promoción de los derechos de los menores, en la medida en que les permite participar en los asuntos que

les afectan, contribuyendo, en última instancia, al libre desarrollo de su personalidad (Preámbulo I y II).

5 Los principios de la mediación

Desde los primeros estudios, la mediación se ha identificado a partir de unos principios o índices, cuyas características y contorno han sido largamente debatidos. Aparecen en los mandatos de los legisladores catalán y estatal, ligados a futuras normas de mediación. Así, la DA 3^a del Código de familia de 1998 establecía que el proyecto de ley de la mediación familiar tenía que asentarse sobre las bases siguientes:

- a) “confidencialidad absoluta del contenido de las sesiones de mediación,
- b) libertad de las partes para apartarse o desistir de la mediación en cualquier momento,
- c) aprobación judicial de los acuerdos asumidos en la mediación,
- d) duración máxima del proceso de mediación limitada a tres meses, prorrogables por el mismo plazo a petición del mediador o la mediadora”.

Asimismo, la DF 3^a Ley 15/2005 mencionaba un futuro “proyecto de ley sobre mediación basado en los principios establecidos en las disposiciones de la Unión Europea, y en todo caso en los de voluntariedad, imparcialidad, neutralidad y confidencialidad”³¹.

Tanto la Ley 1/2001 como la ley vigente los han desarrollado en su articulado. Así, la LMADP identifica como principios de la mediación “la voluntariedad, la imparcialidad, la neutralidad de la persona mediadora, la confidencialidad, el carácter personalísimo y la buena fe”. Se observa una consolidación del concepto “principios”, de acuerdo con las iniciativas legislativas del entorno. Lo tenemos que subrayar, porque la Ley 1/2001 no hablaba de principios, sino de “características” e identificaba como tales “la voluntariedad, la confidencialidad, la imparcialidad y el asesoramiento técnico de que tienen que disponer las personas mediadoras” (Preámbulo § 20). El capítulo II de la misma ley, bajo la Rúbrica (“Características de la mediación familiar”), contemplaba la “voluntariedad” (art. 11); “imparcialidad” (art. 12); “confidencialidad” (art. 13); “apoyo a la persona mediadora” (art. 14); “carácter personalísimo” (art. 15). Se adver-

tía una disfunción entre las características identificadas en el Preámbulo y las desarrolladas en el capítulo II. La LMADP ha reordenado la presentación anterior y ha optado por el concepto general de «principios», como por otra parte ya habían hecho diferentes leyes autonómicas con anterioridad³². Además, se ha de tener también presente que determinados principios, por su relevancia en la identificación del instituto, se mencionan en la propia definición de éste, contribuyendo a la presentación del concepto jurídico. Lo muestra el art. 1.1 LMADP, que califica el procedimiento de no jurisdiccional a partir del “carácter voluntario y confidencial”, e introduce al mediador como el sujeto que “actúa de forma imparcial y neutral”.

Puede afirmarse, a estas alturas, que la fijación normativa de los principios constituye el núcleo del instituto. Lo pone de manifiesto, por otra parte, la Disposición adicional segunda de la LMADP: “Los principios que establece el capítulo II son aplicables a todas las personas que lleven a cabo actuaciones de mediación para la resolución de conflictos en el ámbito familiar y en los otros de Derecho privado a los que hace referencia esta ley”, es decir, recuerda la universalidad de los principios respecto de cualesquiera mediaciones, tanto públicas como privadas. También el art. 23 LMADP, que, al mencionar los servicios de mediación que ofrecen las administraciones locales y otras entidades públicas para reconocer su capacidad de autoorganización, puntualiza “de acuerdo, en todos los casos, con los principios que establece el capítulo II”.

El “núcleo duro” de los principios de la mediación en las leyes autonómicas lo constituyen la voluntariedad, la imparcialidad y la neutralidad, la confidencialidad y la buena fe. También se encuentran otros principios, no menos importantes, en alguna regulación autonómica, como el de protección a los menores, a los discapacitados y a las personas mayores, previsto en las LMF Madrid, Castilla-León y Andalucía –la legislación gallega habla del bienestar y el interés superior del menor-. Destacamos este principio justamente porque no lo contempla la LMADP y vale la pena justificar dicha omisión. En nuestro Derecho, el art. 211-6 CCCat menciona “el interés superior del menor” como principio inspirador de cualquier cuestión que le afecte. Nos consta que, durante el *iter* de elaboración del texto legal, se excluyó, considerándolo un principio *mediato*, no específico de la figura.

Sin embargo, hechas estas precisiones ¿sería adecuado un desarrollo más minucioso de los principios, una delimitación todavía más concreta? Las normas sectoriales también muestran disparidad de criterios. Así, mientras

el art. 24 DRCCE menciona la voluntariedad, la imparcialidad, la confidencialidad y el carácter personalísimo, el artículo 3.1 RPCMACoop incluye en un mismo apartado los principios de voluntariedad, confidencialidad, audiencia, contradicción, economía procesal e igualdad entre las partes. El último ejemplo de este tratamiento inarmónico lo encontramos en el CConsumo (art. 132-1), que enumera los siguientes principios: “la voluntariedad, la imparcialidad, la confidencialidad y la universalidad”. En Derecho catalán aparece por primera y única vez ese *principio de universalidad*, según el cual “la competencia de las administraciones públicas catalanas para llevar a cabo la mediación se extiende a cualquier asunto que afecte a las personas consumidoras, con las excepciones establecidas por las leyes” (art. 132-2.6). Sería posible cuestionar su tipificación como principio, dado que lo que se quiere destacar es el protagonismo de las administraciones públicas en la mediación de consumo. Queremos subrayar, no obstante, esta equiparación del principio de universalidad con los que conforman el núcleo duro de la mediación.

El mejor referente para el análisis es, sin embargo, el artículo 10 LMF País Vasco, que identifica diez principios como tales y establece su contenido. Son los siguientes: (a) voluntariedad; (b) confidencialidad; (c) transparencia; (d) respeto al Derecho; (e) imparcialidad; (f) neutralidad; (g) flexibilidad; (h) debate contradictorio; (i) inmediatez; (j) buena fe, colaboración y mantenimiento del respeto entre las partes.

Asimismo, el análisis del Derecho comparado muestra que los ordenamientos también incluyen otros principios, como los de transparencia, flexibilidad, oportunidad o el principio de economía procesal. Se podría hablar, en definitiva, de un *numerus apertus* de los principios de la mediación. Es por este motivo por lo que se pidió a los diferentes equipos de trabajo (ET) si, aparte de los principios “nucleares” o “clásicos” de voluntariedad, imparcialidad y confidencialidad, querrían contemplar otros en la regulación. Las opiniones fueron muy diversas: desde los equipos que consideraron que no había que incluir nuevos principios, a aquellos que defendieron la inclusión de otros, significativamente el de flexibilidad. Los jueces, a su vez, entendieron que la ley de mediación tendría que incluir, por orden, y de forma destacada, el de profesionalidad del mediador (89,5%), el de buena fe (50%), los de flexibilidad y neutralidad (44,7% en ambos casos) y, en último término, el de transparencia (39,5%) (Vid. Anexo 4 Libro Blanco).

Los principios de la mediación serán analizados en este apartado, de acuerdo con la ordenación de la LMADP. En último lugar se estudian los otros principios propues-

tos, con el fin de situarlos y pronunciarnos sobre la oportunidad de un ulterior reconocimiento legal.

Como apostilla, hay que tener presente que a menudo algunos principios aparecen de forma también normativa en sede de derechos y deberes de los mediadores. Así se constata, por ejemplo, respecto de los principios de confidencialidad e imparcialidad. En cualquier caso, lo que podría ser contestado desde un punto de vista exclusivamente teórico –o de la mejor técnica legislativa– puede resultar pedagógico para el asentamiento práctico del instituto de la mediación.

5.1 La voluntariedad

Es el presupuesto de cualquier análisis, del que parte necesariamente cualquier definición de la mediación (v. gr. art. 1.1 LMADP, art. 3.a Directiva 2008/52/CE, art. 1 APrLMACM).

Tiene una doble manifestación:

- como libertad de acogerse al procedimiento (v. gr. art. 5.1 y 11.1 LMADP, art. 132-2.2 CConsumo, art. 7 APrL-MACM) y
- como libertad de desistir en cualquier momento (v. gr. art. 5 y 15.1 LMADP, art. 132-2.2 CConsumo; Considerando 13 Directiva 2008/52/CE; art. 7 APrL-MACM), sin necesidad de justificación (art. 3.3 Código de conducta europeo para mediadores).

Únicamente en relación con la primera manifestación puede cuestionarse el principio de voluntariedad, como consecuencia, por una parte, de la discutida admisibilidad de las cláusulas de sumisión a mediación y, por otra, de la obligatoriedad, en algunos casos, del uso de la mediación (*mandatory mediation*) antes de acudir a los tribunales.

5.1.1 La obligación de recurrir a la mediación con carácter previo al proceso judicial

La voluntariedad no se contradice con la posibilidad de obligar a las partes a acudir a una sesión informativa, o con la fijación de medidas que induzcan a demandar la mediación, siempre que no impidan el acceso a la tutela judicial. Como recalca el § 11 Preámbulo LMADP, “la voluntariedad del sistema para las partes no es un obstáculo para que esta ley establezca el derecho de éstas y la

obligación consiguiente de asistir a una sesión informativa que acuerde el órgano jurisdiccional competente”. En efecto, la única función de esta sesión informativa es asesorar “sobre el valor, las ventajas, los principios y las características de la mediación” (art. 11.1 LMADP, art. 5.1 Directiva 2008/52/CE). Por lo tanto, obligar a las partes a asistir no vulnera el principio de voluntariedad –ya que ellas decidirán después de la sesión “si optan o no por la mediación” (art. 11.1 LMADP)–, ni les impide el acceso a la tutela judicial.

Se ha constatado la convicción por parte de todos los grupos de trabajo sobre la bondad de obligar a asistir a las sesiones informativas, si bien discrepan respecto de si hay que atribuir efectos negativos a la incomparecencia de las partes. En cualquier caso, creemos que si se fija el carácter obligatorio de las sesiones hay que determinar las consecuencias en caso de incumplimiento. En este sentido, la propuesta de imposición de las costas procesales a la parte cumplidora merece una ulterior reflexión.

Una cuestión diferente es el establecimiento de la obligación legal de someter la controversia a mediación con carácter previo al proceso judicial, una posibilidad que la Directiva 2008/52/CE admite (Considerando 14 y art. 5.2) y que el legislador estatal pretende acoger, al configurar el intento de mediación de las partes como requisito para la interposición de determinadas demandas³³. El Consejo General del Poder Judicial valoró esta novedad con marcada reticencia:

“... es dudoso que el recurso obligatorio a la mediación o a la conciliación redunde por sí solo en una auténtica reducción de la litigiosidad, antes bien corre el riesgo de acabar convirtiéndose en una suerte de formalidad cumplimentada de forma rutinaria, y en definitiva en una traba para el acceso al sistema judicial. (...) No parece que tenga mucho sentido instaurar supuestos de mediación obligatoria cuando el propio legislador presume que se van a convertir en meros trámites previos sin una verdadera efectividad, pues lo único que ello supondrá es la agregación de nuevas cargas llamadas a lastrar el ejercicio del derecho de acceso a la justicia”³⁴.

5.1.2 Las cláusulas de sumisión a mediación

¿Puede hablarse en el ámbito de la mediación de una “cláusula de sumisión” a imitación del arbitraje (art. 9 Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de arbitraje)? O lo

que es lo mismo, ¿podrían las partes que mantienen una relación de tipo contractual anticipar un posible litigio incluyendo en el contrato una cláusula que las obligara a someter a mediación un eventual conflicto? Sin embargo ¿qué interés podría tener obligar a alguien a participar en un procedimiento de mediación contra su voluntad, si el éxito del procedimiento depende, precisamente, de esta voluntad³⁵? Hay que tener en cuenta, además, que la admisión de estas cláusulas afectaría al derecho de acceso a la justicia, pues su obligatoriedad podría atrasar o, incluso, impedir, la presentación del caso ante los tribunales. Creemos que eso significaría atribuir a la mediación unos efectos que no le son propios y desatender su principio más elemental (art. 5.1 y 11.1 LMADP, art. 132-2.2 CConsumo).

De todos modos, dado que las partes no están obligadas a mantenerse en el procedimiento y que, por lo tanto, tienen libertad para desistir en cualquier momento, el debate acaba siendo estéril; y lo sería del todo si no fuera porque aquello que parece claro en el ámbito del Derecho catalán³⁶ ha sido cuestionado a escala estatal por el APrLMACM. En efecto, según el art. 8.3: “cuando entre las partes en conflicto exista una cláusula por escrito, incorporada a un contrato o a acuerdo independiente, que exprese el compromiso de someter a mediación las controversias surgidas o que puedan surgir en su relación, se iniciará el procedimiento pactado de buena fe, antes de acudir a la jurisdicción o a otra solución extrajudicial.” Sea como fuere, si finalmente la ley estatal se aprueba con esta previsión, será necesario precisar su alcance. Por ejemplo, habrá que concretar los efectos de un hipotético incumplimiento de la cláusula de sumisión: puesto que sería un contrasentido pretender su cumplimiento forzoso, la negativa a someterse a mediación podría ser considerada una violación del deber de buena fe, a tener en cuenta por el tribunal que tuviera que conocer el conflicto, legitimándolo quizás a desestimar una ulterior demanda del sujeto incumplidor referente a la ejecución de otras disposiciones contractuales³⁷.

En esta línea, hay que destacar que funciona sin problemas en la mediación de consumo en el esquema del RDSAC. En efecto, el art. 25.1 prevé la adhesión previa de las empresas al sistema arbitral, en el cual, y a falta de manifestación en contra, se entiende que se acepta también la fase de mediación previa. Así, la adhesión sin excluir la mediación permitirá que, cuando exista una reclamación, se intente la mediación previa al arbitraje (art. 38.1), excepto si consta la oposición expresa de una de las partes, por ejemplo, el empresario que lo ha excluido. La voluntariedad se mantiene en todo momento,

ya que hay que aceptar la mediación “intentada”, pero la facilita en el caso concreto.

A pesar de las dudas que plantea la iniciativa, un 80,6% de los jueces y magistrados encuestados se muestra a favor de introducir en los contratos (como los de compraventa o de arrendamiento) cláusulas de sumisión a la mediación, frente al 19,4% que se opone a ello (Anexo 4 Libro Blanco).

5.2 Imparcialidad y neutralidad

Se formulan típicamente como dos de los principios definitorios de la mediación (según el punto 9 del Preámbulo de la LMADP, constituyen, junto con la voluntariedad, la confidencialidad, el carácter personalísimo y la buena fe, los principios básicos del sistema). Van de la mano, porque ambos se predicen de la actividad o actitud de la persona mediadora durante el proceso (recordemos que se sitúan en la misma definición: art. 1 LMADP “persona mediadora que actúa de una manera imparcial y neutral”). Ello conduce a menudo al legislador a su enunciación conjunta (v. gr. art. 6 LMADP), lo que no pocas veces comporta confusión o indefinición³⁸.

Un primer intento de diferenciación se encuentra en la Recomendación R (98) 1 del Consejo de Ministros a los estados miembros sobre la mediación familiar, de 21 de enero de 1998. Según el Consejo, el mediador es imparcial en sus relaciones con las partes y neutral con respecto al resultado del proceso de mediación. De manera más explícita, el APrLMACM dedica dos preceptos a definir ambos principios (“informadores de la mediación”, apunta la EM III-3), contribuyendo a separar su significado. Así, según el art. 9, con la imparcialidad “se garantizará que las partes intervengan con plena igualdad de oportunidades, manteniendo el equilibrio entre sus posiciones y el respeto hacia los puntos de vista por ellas expresados, sin que el mediador pueda actuar en perjuicio o interés de cualquiera de ellas”. Por su parte, el art. 10 consagra el principio de neutralidad, que asegura a las partes en conflicto “alcanzar por sí mismas un acuerdo de mediación, no pudiendo el mediador imponer solución o medida concreta alguna”.

A continuación analizaremos cada supuesto por separado, pero queremos apuntar una idea que, en el ámbito penal, se afirmaba en una publicación del 2008: “La neutralidad/imparcialidad en un proceso de mediación desde el punto de vista de los implicados, ya sean víctimas o infractores, puede resultar difícil de objetivar porque en general hay una tendencia subjetiva por parte

de los protagonistas a pensar que la persona mediadora se posiciona con una parte o con otra, favoreciendo una situación u otra, dependiendo en gran medida del resultado o de los acuerdos obtenidos en el proceso de mediación. Podríamos afirmar que resulta difícil que todo el mundo salga con la misma idea o el mismo equilibrio respecto del grado de satisfacción de los acuerdos³⁹. Esta precisión es importante ya que incorpora ese plus de la percepción subjetiva de las partes, que hace más necesario el cumplimiento atento de ambos principios.

5.2.1 Imparcialidad

Es una nota común a la mayoría de técnicas de resolución de conflictos en que interviene un tercero. Significa que, en su intervención, dicho tercero –para nosotros, el mediador– no ha de apoyar el interés o los puntos de vista de ninguna de las partes en conflicto, ni actuar en perjuicio de sus posiciones. Es habitual su enunciación legal como un deber de la persona mediadora, cuyo incumplimiento es un hecho constitutivo de infracción (art. 30.a LMADP) y, como tal, objeto de sanción (art. 32 LMADP). De hecho, dado el carácter autocompositivo del procedimiento de mediación y el principio de voluntariedad que legitima a las partes a desistir en cualquier momento (v. gr. arts. 5, 15.1 LMADP), es aconsejable que la persona mediadora, además de respetar el principio de imparcialidad en su actuación, procure que dicho respeto sea percibido por las partes, como recomienda el art. 2.2 del *Código de conducta europeo para mediadores* (el mediador, además de actuar imparcialmente con las partes en todo momento, “se esforzará en demostrar su imparcialidad”). Sería bueno incorporar esta precisión, si no en una futura reforma legal, al menos en los futuros y recomendables códigos de buenas prácticas, porque es evidente que la confianza de las partes en la mediación depende en buena medida de la opinión subjetiva que les merezca el nivel de imparcialidad del mediador al actuar.

Con el fin de garantizar el principio de imparcialidad, los ordenamientos jurídicos tienen que adoptar medidas –al margen de los eventuales regímenes sancionadores– encaminadas a evitar posibles conflictos de intereses entre el mediador y las partes. Así lo hace notar la Comisión Europea en la Recomendación 2001/310/CE, de 4 de abril, relativa a los principios aplicables a los órganos extrajudiciales de resolución consensual de litigios en materia de consumo, que, en el segundo apartado relativo a los principios, establece que “para garantizar la imparcialidad de un procedimiento, las personas responsables del mismo: a) serán nombradas por un periodo de tiem-

po determinado y no podrán ser destituidas sin causa justificada; b) no tendrán ningún conflicto de intereses apparente o real con ninguna de las partes; c) facilitarán a ambas partes información sobre su imparcialidad y competencia antes de que empiece el procedimiento”.

Es conveniente, por lo tanto, potenciar la información de los mediados sobre las condiciones personales y profesionales de la persona mediadora, así como articular sistemas de renuncia y recusación. En este sentido, la LMADP obliga a la persona mediadora a declinar la designación si observa conflicto de intereses⁴⁰ o si mantiene vínculo de parentesco, amistad íntima o enemistad manifiesta con alguno de los mediados (art. 6.3). De hecho, no podrá actuar como mediador la persona que anteriormente haya intervenido profesionalmente en defensa de los intereses de una de las partes frente a la otra (art. 6.4 LMADP). En el supuesto de que la persona mediadora desatienda su deber de declinar la designación, las partes han de poder recusar su nombramiento (art. 6.5 LMADP).

No obstante, el rol preeminente del principio de voluntariedad en el seno del procedimiento de mediación podría relativizar la imparcialidad del mediador. Lo demuestra el APrLMACM, al permitir continuar la mediación aunque la persona mediadora haya revelado a las partes una circunstancia generadora de un conflicto de intereses si éstas así lo consienten y lo hacen constar expresamente (art. 16.3). Este dato revela que la voluntariedad, además de operar en un sentido negativo (desistimiento del procedimiento [art. 5 LMADP]), lo hace en uno positivo (decisión inicial de acogerse y posterior de continuarlo [art. 5 LMADP], incluso en un hipotético caso de conflicto de intereses [art. 16 APrLMACM]).

Ahora bien, el respeto al principio de imparcialidad no es necesariamente incompatible con el reconocimiento de ciertos intereses superiores y, por lo tanto, dignos de tutela preferente, como el del menor (Convención ONU de 20 de noviembre de 1989; Carta europea de los derechos del niño de 8 de julio de 1992; LO 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor). Lo manifiesta el art. 19.2 LMADP, al establecer que los acuerdos resultantes de la mediación tienen que dar prioridad al interés superior de los menores y de las personas incapacitadas⁴¹. En otro sentido, hay que remarcar que previsiones como ésta refuerzan la idea de que si bien la LMADP excluye “el interés superior del menor” del ámbito de los principios específicos de la mediación, su carácter transversal hace que tenga que ser necesariamente tenido en cuenta en tanto que principio inspirador de cualquier cuestión que le afecte (art. 211-6 CCCat).

5.2.2 Neutralidad

Su inicial indefinición hacía que se situara erróneamente alguna de sus manifestaciones bajo el rótulo de la imparcialidad (vid. art. 12.1 LMFC). El error se hace patente en el hecho de que mientras que el principio de imparcialidad es común a la mayoría de técnicas de resolución de conflictos en que interviene un tercero, el de neutralidad es exclusivo de la mediación. Además, la neutralidad no se refiere a las relaciones del mediador con los intereses en conflicto, sino a sus facultades en relación con el resultado del proceso de mediación.

La función de la mediación es que las partes se avengan a buscar por *ellas mismas* la solución del conflicto (art. 1 LMADP). Aunque, evidentemente, la mediación persigue tal solución (art. 1.1 LMADP; art. 1.a en D. 2008/52/CEE), la actividad de la persona mediadora es, en principio, de mera asistencia y facilitación, sin en ningún caso revestir naturaleza decisoria. En otras palabras, la persona mediadora no puede “imponer ninguna solución ni ninguna medida concreta” (art. 6.2 LMADP). La no imposición de la solución es la esencia de la neutralidad y el índice que diferencia la mediación de los métodos heterocompositivos de resolución de conflictos como el procedimiento judicial y el arbitraje.

Una última cuestión es si la neutralidad puede quedar afectada en caso de que la mediación sea ofrecida por un órgano de la Administración. Los equipos de trabajo (ET) no se pronunciaron –a partir del cuestionario entregado– con precisión. Así, para el grupo de mediación laboral (ET3), “la neutralidad que acompaña a la actuación de las administraciones públicas va ligada a la objetividad en general y prevista por ley”; en el ámbito de la mediación comunitaria/ ciudadana (ET4) se respondió que “se tiene que delimitar muy claramente que el vínculo con la Administración es de cariz remuneratorio, y que no depende del ayuntamiento por la materia objeto de la mediación. En todo caso, hay que reforzar esta neutralidad sobre la base de la confidencialidad (aunque en la práctica a los ayuntamientos les cuesta entender el hecho de no conocer qué está pasando dentro del proceso de mediación)”. Para el equipo de mediación familiar (ET5), “siempre es de la misma forma: la no injerencia del mediador en el proceso de decisión propio de las partes”; siguen la línea trazada por el grupo de mediación escolar, que es “no inclinarse hacia los intereses de una de las partes” (de hecho, para el grupo de mediación en el ámbito de la salud “se debería hablar de imparcialidad”). En definitiva, la presencia de la Administración, como facilitadora de la mediación –que no como una de las partes implicadas (otro supuesto)–,

puede ser incluso una garantía de la objetividad del procedimiento, pero hay que dejar bien claras las coordenadas del procedimiento a las partes, para evitar las suspicacias que pueden cuestionarlo. Una vez más, hace falta pedagogía, que en sede de mediación se convierte en especialmente valiosa.

5.3 La confidencialidad

Considerado tradicionalmente como uno de los principios básicos, asegura la necesaria confianza mutua de las partes, contribuye a garantizar la franqueza y la sinceridad de las comunicaciones, puesto que habría de impedir que los documentos o informaciones aportados a la mediación puedan ser empleados en un procedimiento judicial o arbitral posterior, con las excepciones previstas por la ley⁴². Desde la vertiente jurídica (Viola, 2009) se concibe también como un deber o una obligación, estrechamente relacionado con el secreto profesional⁴³.

La confidencialidad puede definirse en dos sentidos:

1. Positivo, consiste en mantener reserva sobre los hechos conocidos en las sesiones de mediación familiar o sobre el desarrollo del procedimiento negociador. También puede consistir en mantener en secreto la información que se trate en mediación⁴⁴.
2. Negativo, consiste en no divulgar o no revelar o utilizar ningún dato, hecho, documento que se conozca relativo al objeto de la mediación, ni después de la mediación, haya o no acuerdo.

En consecuencia, las partes no pueden solicitar que la persona mediadora sea llamada a declarar como perito o como testigo de cualquier procedimiento judicial relacionado con el objeto de la mediación practicada⁴⁵ y, correlativamente, el mediador tiene que renunciar a intervenir como testigo o perito a propuesta de cualesquiera de las partes en todo tipo de litigio que afecte al objeto de la mediación⁴⁶.

Está sujeto a la confidencialidad, unánimemente, el mediador y, en algunas legislaciones autonómicas, las partes y las otras personas que intervienen en la mediación, cuando se entiende que es un deber del mediador, de las partes y de terceros⁴⁷. La LMADP es clara: tienen la obligación de no revelar las informaciones que conozcan como consecuencia de la mediación “todas las personas que intervienen en el procedimiento de mediación”. Añade el matiz de que los mediadores y los técnicos que participan en el procedimiento están obligados a la con-

fidencialidad en base al secreto profesional. También los miembros de la Junta de Arbitraje y Mediación tienen que guardar confidencialidad en relación con los asuntos que conozcan, según establece al art. 19 DJAMCC-Cl. Que están sujetos los mediadores, las partes y los que presten servicio a las Juntas Arbitrales de Consumo, también lo dice el art. 41.2 RDASC. En alguna norma se habla genéricamente de “participantes” para designar tanto a las partes como al mediador (v. gr. art. 24 c) DRCCE).

Hay que destacar la opinión de los grupos de trabajo en este punto. Mayoritariamente se considera que la confidencialidad abarca al mediador, a las partes y a cualquier persona que directa o indirectamente obtenga información sobre la mediación; en el ámbito laboral (ET3), en cambio, se restringe al mediador y las partes, y al equipo de salud (ET8) responde que sólo el mediador, en virtud de su secreto profesional. El grupo de mediación familiar (ET5) también lo asoció a la obligación del secreto profesional.

Por su parte, los jueces y los magistrados encuestados tampoco tienen un criterio unánime (Anexo 4 Libro Blanco). La confidencialidad abarcaría a todo el mundo (mediador, partes y cualquier persona que directamente o indirectamente intervenga) para un 68,4% de los encuestados; sólo al mediador –en virtud del secreto profesional– por un 26,3%, y sólo al mediador y a las partes para un 5,3%. Una gran mayoría (un 88,9%) estima que el compromiso de cumplir el deber de confidencialidad tiene que ser por escrito, una opinión que, a nuestro parecer, tiene una función claramente garantista, para evitar “filtraciones” en el ulterior proceso judicial.

Respecto al objeto sobre el que recae la confidencialidad, la LMADP habla de “informaciones” (art. 7.1). Desde un punto de vista material o documental, se entiende que la confidencialidad hace referencia al carácter reservado de las actas, al expediente, a los documentos relativos al procedimiento y también al acta de la sesión final⁴⁸. Aunque no se especifica particularmente, también se entiende confidencial la conversación individual con cualquiera de las partes sobre las materias que son objeto de mediación, de manera que su contenido no se comunicará a la otra parte, excepto si ha sido expresamente autorizado por ella.

Nuevamente, queremos constatar la opinión dispar de los grupos de trabajo, ahora con respecto al ámbito objetivo de la confidencialidad. Los del ámbito empresarial y laboral (ET3), familiar (ET4) y escolar (ET7) consideran que todo tiene que ser confidencial: la información verbal, la documentación escrita y los acuerdos adoptados.

Los equipos en el ámbito de la salud (ET8) y penal (ET6) entienden que se ha de excepcionar la confidencialidad si se trata de acuerdos homologados, con la matización del equipo de justicia reparadora según el cual no puede utilizarse la información del proceso de mediación como prueba de culpabilidad. Para el ámbito comunitario/ciudadano (ET4), el principio de confidencialidad sólo rige en relación con la información de las sesiones. Todos coinciden en las excepciones: si está en peligro la integridad física y psíquica de las partes o, también, a efectos estadísticos y de formación. Hay, no obstante, supuestos particulares en que también se podría excluir la confidencialidad: el equipo de mediación comunitaria/ciudadana (ET4) señala los conflictos cuando son públicos, previa información; en mediación escolar (ET7) se apunta como excepción el supuesto en que el mediador o las partes sean menores porque, entonces, el coordinador de la mediación “conoce del contenido y resultado de las mediaciones, *entra dentro del paquete de la confidencialidad*”.

Por su parte, los jueces y los magistrados consideran que el objeto de la confidencialidad tiene que ser “todo, excepto los acuerdos si se homologan (39,5%), sólo el contenido de las sesiones (28,5%) y, finalmente, “todo, con excepciones: cuando esté en peligro la integridad física y psíquica de las partes, a efectos estadísticos o de formación” (un 23,7%)⁴⁹.

Son excepciones –o límites– a este principio la aceptación expresa de las partes, la información obtenida en el transcurso de la mediación que no es personalizada y que se utiliza para finalidades estadísticas, de formación o de investigación (art. 7.4.a) LMADP, así como la información que comporta una amenaza para la vida o la integridad física o psíquica de una persona (art. 7.4.b) LMADP, con la consiguiente obligación del mediador de informar a las autoridades competentes de los datos que puedan revelar la existencia de la mencionada amenaza o también de hechos delictivos perseguitables de oficio (así, art. 132-5 CConsumo). Como novedad de la LMADP, se excepciona también la información que se utiliza en el procedimiento de diálogo público, dentro del ámbito comunitario (art. 7.4.c)). Aunque la LMADP no lo prevé expresamente, los acuerdos resultantes de mediación dejan de ser confidenciales cuando tienen que ser homologados ante los tribunales u otras instituciones o cuando las partes acuerden la ejecución o ratificación (una excepción al principio que sí contempla el art. 8 b LMFPB). Como criterio general, el mediador sólo podrá contravenir este principio en los casos previstos en la LO 15/1999, de 13 de diciembre, de protección de datos de carácter personal.

La conculcación del principio de confidencialidad por parte del mediador es sancionada como infracción grave o muy grave (art. 30 a) LMADP). No se prevé, sin embargo, sanción expresa cuándo la vulneración proviene de las partes. La revelación de secretos es también penalmente sancionable (art. 199 Código Penal). Los órganos encargados de sancionar el incumplimiento varían según el ámbito de la mediación. Así, en el escolar, de la salud y familiar se señala que esta tarea correspondería a los colegios profesionales –o a las asociaciones profesionales-. El grupo de mediación comunitaria/ ciudadana (ET4) entiende que le corresponde al Centro de Mediación (pero no a los colegios profesionales). En el ámbito penal (ET6), se abre un expediente que gestiona el Departamento de Justicia. Para el grupo de mediación escolar (ET7), es competente la administración educativa o, si el mediador es un alumno, la escuela. Por último, los grupos de mediación en el ámbito de la salud y familiar señalan que si el mediador no está colegiado o no pertenece a una asociación, es tarea del Centro de mediación de derecho privado.

En este punto, un 54% de los jueces y magistrados encuestados manifiesta que en caso de que el mediador incumpla el deber de confidencialidad, el colegio profesional de la profesión de origen del mediador ha de ocuparse de su sanción (54,1%), mientras que un 29,7% estima que el responsable de la sanción tendría que ser el centro de mediación. Para un 16,2%, debe sancionarlo otro órgano, y del ámbito judicial, de hecho, la jurisdicción penal como todo profesional que revele un secreto según aquello que establece el art. 199 del Código Penal.

Como última aportación, hay que tener presente el contenido pormenorizado del art. 11 APrLMACM:

"1. Se garantiza la confidencialidad de la mediación y de su contenido, de forma que ni los mediadores, ni las personas que participan en la administración del procedimiento de mediación estarán obligados a declarar en un procedimiento judicial civil o mercantil o en un arbitraje sobre la información derivada de un procedimiento de mediación o relacionada con el mismo, excepto:

- a) Cuando las partes de manera expresa acuerden otra cosa en el acta inicial.*
- b) Cuando, previa autorización judicial motivada, sea necesario por razones de orden público y, en particular, cuando así lo requiera la protección del interés superior del menor o la prevención de daños en la integridad física o psicológica de una persona.*

c) *Cuando, previa autorización judicial motivada, el conocimiento del contenido del acuerdo sea necesario para su aplicación o ejecución.*

d) *Cuando así lo establezca la legislación procesal.*

2. *El procedimiento de mediación y la documentación utilizada en el mismo es confidencial. La obligación de confidencialidad se extiende a las partes intervenientes de modo que no podrán revelar la información que hubieran podido obtener derivada del procedimiento.*

3. *La infracción del deber de confidencialidad generará responsabilidad personal del mediador implicando la inhabilitación para el ejercicio de la mediación.*

5.4 El carácter personalísimo

Otro elemento que inicialmente se estima estructural del proceso es el deber de las personas implicadas en el conflicto de estar presentes en las sesiones, ya que en ellas se crea el discurso dialogado, la negociación y también la posible solución como fruto de su voluntad concurrente. Pero hay que matizar que es una característica definitoria, básicamente, de la mediación familiar, que puede ser cuestionada en otros ámbitos. Respecto del ámbito familiar, parece que el camino hacia el acuerdo y la confianza tiene que ser recorrido por los interesados, sin que se pueda confiar a representantes. Las partes combinan sus habilidades y recursos con los del mediador con el objetivo de restablecer la comunicación y de alcanzar un acuerdo adecuado para ellas. Consiguientemente, todas las leyes autonómicas de mediación familiar recogen el principio de asistencia de las partes (Lasheras, 2008). Lo hacía en Cataluña el art. 15 Ley 1/2001, antecedente del art. 8 LMADP. También se prevé como principio fundamental en el art. 24 d) DRCCE, porque deriva de la esencia de la mediación escolar.

Ahora bien, el art. 8 LMADP, frente a la tajante exigencia de inmediatez de la Ley 1/2001, hace una serie de precisiones derivadas de la ampliación de su ámbito. En primer lugar, establece que “en situaciones excepcionales que hagan imposible la presencia simultánea de las partes, pueden utilizarse medios técnicos que faciliten la comunicación a distancia, garantizando los principios de la mediación”. En segundo lugar (art. 8.2), se puntualiza que “en la mediación civil entre una pluralidad de personas, las partes pueden designar portavoces con reco-

nocimiento de capacidad negociadora, que representen los intereses de cada colectivo implicado.” Esta precisión parece fundamentarse, razonada y lógicamente, en la dificultad de una interlocución en caso de numerosos implicados en el conflicto.

Asimismo, el art. 21.4 DJAMCCCI prescribe que “las sesiones posteriores a la primera pueden ser conjuntamente con las dos partes o por separado con cada una de ellas, a criterio de la persona mediadora”, ergo está superando la inmediatez. Como último dato, en sede de Derecho privado, algunos mediadores familiares han señalado que, en su práctica privada, para la mejor gestión de la mediación, realizan sesiones individuales.

Por otra parte, en mediación penal se acepta la posibilidad de que no se produzca un encuentro directo entre víctima y ofensor. Este hecho tiene que ponerse en relación con el impacto psíquico que el delito haya provocado en la víctima y con el principio de voluntariedad. Puede darse el caso de que la víctima acepte un proceso mediador y que se considere que éste puede ser beneficioso para la reelaboración psíquica del hecho y su reparación moral pero que en cambio la víctima ponga como condición de la aceptación no ver directamente al ofensor, hecho que puede repercutir negativamente en su recuperación psíquica. El mediador en estos casos tiene que entrevistarse por separado con víctima y ofensor y actuar como transmisor entre las dos partes del proceso mediador (por estas razones puede resultar adecuada la comedación en algunos supuestos en el ámbito penal).

Hechas estas consideraciones, y a pesar del art. 8 LMADP, cabe plantearse la necesidad de definir mejor esta presencialidad, por ejemplo, mediante la expresa flexibilización del principio, o bien incorporando un mínimo de sesiones “instrumentales” entre la persona mediadora y cada una de las partes. Estas sesiones tendrían carácter accesorio, serían contingentes al procedimiento, pero serían concebidas como herramienta para la mejor gestión del conflicto, con el objetivo de proporcionar al mediador un mayor margen de discrecionalidad en su función de asistencia a las partes al amparo del principio –más amplio– de flexibilidad.

5.5 La buena fe como principio de cierre del sistema

El art. 9 LMADP introduce en el ordenamiento catalán⁵⁰ el principio de la buena fe ligado a la mediación, que ya aparecía en las LMF Andalucía (art.11), País Vasco (art. 8) o Madrid (art. 4). La norma catalana contempla,

sencillamente, el deber de todos de actuar “conforme a las exigencias de la buena fe” (como el texto de Madrid), frente a otros, como la norma vasca, que desglosa el principio en “buena fe, colaboración y mantenimiento del respeto entre las partes”. Estimamos preferible la opción catalana, porque la noción de buena fe, en el Derecho privado, es bastante indeterminada –y ésta es su fuerza– como para abarcar cualesquiera actuaciones en el seno de un procedimiento de mediación.

La buena fe subraya el necesario elemento cooperativo para la resolución o interpretación del conflicto y la superación de la desconfianza, incluso si no se llega a acuerdos. Entre otros efectos, implica que la mediación no puede ser utilizada como instrumento dilatorio. Por otra parte, contribuye a situar al resto de principios, más concretos, razón por la que ha sido calificado de principio “cierra del sistema” (Barral *et al.*, 2009, 194).

5.6 Los otros principios. Especial referencia a la flexibilidad y la transparencia

La exposición anterior ha recogido los principios emblemáticos, si bien en el Derecho comparado existe una designación específica de otros principios, como los de “libertad o autonomía de la voluntad privada”, “veracidad”, “equidad del procedimiento o igualdad de armas”, “economía procesal”, “oportunidad”, “flexibilidad” o “transparencia”. De manera consciente, el legislador catalán no los ha incluido en el ámbito de la LMADP porque, si bien también son predicables de la mediación, no conforman su esencia o quedan absorbidos como una mera manifestación de aquéllos que integran el núcleo duro. Éste es el caso, por ejemplo, del principio de equidad del procedimiento o igualdad de armas⁵¹ que, básicamente, impone al mediador el deber de otorgar a cada una de las partes las mismas oportunidades de hacer valer sus derechos y asegurar que se encuentren en igualdad de condiciones de cara a la consecución del acuerdo. No obstante, la aplicación adecuada del principio de imparcialidad, combinada con el respeto a los códigos de conducta de mediadores (*vid. infra*) ha de conducir a un idéntico resultado sin que sea necesaria la formulación de un nuevo principio.

En otros casos, la exclusión responde al carácter netamente procesal del principio en cuestión. Principios como el de “economía procesal” no son más que la elevación a la categoría de “principio de la mediación” de una de las finalidades del procedimiento de la mediación

–que la hacen preferible en muchos casos a la judicialización de los conflictos–.

En otro sentido, no debe llevar a confusión que tanto la doctrina como el Derecho comparado utilicen una nomenclatura diferente para referirse a alguno de los principios ya vistos. Así, por ejemplo, es habitual referirse al principio básico de voluntariedad en términos de “libertad” o de “autonomía de la voluntad”.

A pesar de todo, hay dos principios no formulados directamente por la LMADP a los que conviene referirse; en concreto, los principios de flexibilidad y de transparencia.

El principio de flexibilidad aparece repetidamente mencionado (*vid. v. gr.* EM III APrLMACM). La mediación es esencialmente un procedimiento dúctil, que hay que adaptar al caso concreto. Es sabido que la mediación es una técnica estructurada, con unos pasos conocidos, y eso sin perjuicio de que, a la vez, esté dotada de elementos que modulen la rigidez del proceso; puede desarrollarse como en un camino en espiral positiva con avances y retrocesos según el discurso de las partes. En este sentido, se apreciaría una diferencia entre la práctica de la mediación pública y la privada y también es relevante la categoría de la mediación intrajudicial; la privada es más adaptable y no formal que las otras dos, las cuales se tienen que regir por normas reglamentarias o un protocolo de actuación estandarizado, con un número de sesiones preestablecido y unos actos rituales de inicio y final. Se constata, en definitiva, que en la mediación privada pueden eludirse los actos rituales si el mediador lo considera oportuno –hecho que da más fuerza en esta modalidad al principio de la buena fe. Dicho esto, toda regulación jurídica de la mediación tendrá que preservar, a pesar de los procedimientos, un cierto margen de discrecionalidad ligado al componente creativo de articulación de la figura.

El principio de transparencia, por su parte, se encuentra incluido en la Recomendación de la Comisión Europea 2010/310/CE, de 4 de abril de 2001, relativa a los principios aplicables a los órganos extrajudiciales de resolución de litigios en materia de consumo. Su reconocimiento garantiza que ambas partes tengan acceso a la información que necesitan relativa al procedimiento. En este sentido, se impone al órgano responsable del procedimiento el registro de una eventual solución del litigio y que ésta se ponga a disposición de las partes con el fin de evitar cualquier malentendido o incertidumbre (*vid. Considerando 11*). Presentado en estos términos, como derecho de las partes, el principio de transparencia no es problemático. Sí que lo es, en cambio, cuando se formula como un derecho de acceso público a la in-

formación relativa a los resultados del procedimiento⁵², ya que obliga a delimitar nítidamente los contornos para que su respeto no implique la vulneración del principio de confidencialidad. Justamente, el grupo de trabajo de mediación familiar (ET5) ha mostrado su preocupación por una hipotética colisión entre ambos principios.

Por último, el Código de consumo menciona un “principio” nuevo, el de la *universalidad* relativa a cualquier asunto que afecte a los consumidores catalanes. El artículo 132-2.6 establece que “la competencia de las administraciones públicas catalanas para llevar a cabo la mediación se extiende a cualquier asunto que afecte a las personas consumidoras, con las excepciones establecidas por las leyes”. En esta línea, “pueden someterse a la mediación y al arbitraje los conflictos sobre materias de libre disposición, de acuerdo con las leyes aplicables” (art. 131-2. 3; *vid. también III, 6 Preámbulo*). Vista la tipificación legal como principio, habría que mencionarlo aquí; sin embargo, es cuestionable que pueda ser considerado en puridad un principio.

En definitiva, el carácter prevalente de los principios que conforman el núcleo duro de la mediación demuestra que, aunque se pueda hablar de *numerus apertus*, sólo éstos tipifican la institución, relegando el resto de principios a la categoría de secundarios o complementarios. A lo sumo, vale la pena continuar reflexionando sobre las ventajas de mencionar de manera específica el principio de flexibilidad.

6 Ámbito objetivo de la mediación

En este apartado nos ocuparemos de cuál es el objeto de la mediación, es decir, respecto de qué materias la normativa vigente en Cataluña prevé dicho procedimiento como medio de resolución de conflictos. Sistématicamente, trataremos en primer lugar la mediación que se desarrolla en el ámbito del Derecho privado, para seguir con el ámbito escolar, el ámbito penal y el de consumo; en última instancia, abordaremos el ámbito laboral.

6.1 El Derecho privado: la LMADP y los reglamentos sectoriales

En el ámbito del Derecho privado, son objeto de mediación aquellos conflictos entre personas que tienen

una relación, ya sea personal o familiar, como sucede entre los miembros de la pareja o entre padres e hijos; meramente de proximidad, por compartir unos espacios físicos comunes, por ejemplo entre vecinos o también entre personas físicas que forman parte de una persona jurídica (el caso, por ejemplo, de las cooperativas). Como regla general, en este ámbito son susceptibles de mediación las controversias sobre materias de libre disposición de las partes, enunciadas, de manera general, al final del art. 2 LMADP.

En concreto, el objeto de la mediación en esta ley son las materias de Derecho civil descritas en el art. 2, diferenciando la mediación familiar (art. 2.1) de la mediación civil (art. 2.2). Tienen en común que se trata de materias que presuponen la existencia de relaciones personales. Como se señala en el preámbulo de la ley, “conflictos del ámbito civil caracterizados por la necesidad de las partes de mantener una relación viable en el futuro”, normativizado en el art. 2.2 al indicar que “comprende cualquier tipo de cuestión o pretensión en materia de derecho privado que se pueda conocer en un proceso judicial y que se caracterice porque que se ha roto la comunicación personal entre las partes, si éstas tienen que mantener relaciones en el futuro” y en el apartado e), que contiene una especie de cláusula residual de la que se desprende que la mediación civil podrá incidir en “cualquier otro conflicto de carácter privado en que las partes tengan que mantener relaciones personales en el futuro, si, razonablemente, todavía puede evitarse la iniciación de un litigio ante los juzgados o puede favorecerse la transacción”.

La LMADP no se queda en una delimitación genérica del ámbito de aplicación de la mediación que regula, y enumera, de manera exemplificativa, las materias que en el ámbito familiar y civil pueden ser objeto de mediación. Así, la mediación familiar puede llevarse a cabo en los siguientes supuestos:

- crisis matrimonial (art. 2.1.a) y c) LMADP)⁵³, excepto en casos de violencia familiar o machista (art. 233-6/1. in fine CCCat)⁵⁴;
- crisis de las uniones estables de pareja (art. 2.1.b) LMADP)⁵⁵;
- elementos de naturaleza dispositiva en materia de filiación, adopción y acogimiento, en particular las situaciones que surjan entre la persona adoptada y su familia biológica o entre los padres biológicos y los adoptantes, como consecuencia de haber ejercido el derecho a conocer los datos biológicos (art. 2.1. d) LMADP)⁵⁶;
- los conflictos derivados del ejercicio de la potestad parental y del régimen y la forma de ejercicio de la custodia de los hijos (art. 2.1. e) LMADP)⁵⁷;
- los conflictos relativos a la comunicación y la relación entre progenitores, descendientes, abuelos, nietos y otros parientes y personas del ámbito familiar (art. 2.1. f);
- los conflictos relativos a la obligación de alimentos entre parientes (art. 2.1. g) LMADP);
- los conflictos sobre el cuidado de las personas mayores o dependientes con las que exista relación de parentesco (art. 2.1. h) LMADP);
- las materias que sean objeto de acuerdo por los interesados en las situaciones de crisis familiares o conflictos familiares con personas de diferente nacionalidad o cuando el supuesto presenta vínculos con más de un ordenamiento jurídico (art. 2.1. y), j), k) y l) LMADP)⁵⁸;
- los requerimientos de cooperación internacional en materia de Derecho de familia (art. 2.1. m) LMADP);
- la liquidación de bienes en situación de comunidad entre los miembros de una familia (art. 2.1. n) LMADP);
- las cuestiones relacionales derivadas de la sucesión de una persona (art. 2.1. o) LMADP);
- los conflictos surgidos en las relaciones convivenciales de ayuda mutua (art. 2.1. p) LMADP);
- los aspectos convivenciales en los acogimientos de personas mayores, y también en los conflictos para la elección de tutores, el establecimiento del régimen de visitas a las personas incapacitadas y las cuestiones económicas derivadas del ejercicio de la tutela o de la guarda de hecho (art. 2.1. q) LMADP),⁵⁹ y
- los conflictos de relación entre personas surgidos en el seno de la empresa familiar (art. 2.1. r) LMADP).

Esta enumeración se justifica por la voluntad de visibilizar la ampliación del número de conflictos familiares que asumía la Ley 1/2001, y que en la práctica había quedado superado tanto por otras normas autonómicas, como, fundamentalmente, por la realidad social.

La **mediación civil**, por su parte, comprende cualquier tipo de cuestión o pretensión en materia de Derecho privado que se pueda conocer en un proceso judicial y

que se caracterice porque se haya roto la comunicación personal entre las partes, si éstas tienen que mantener relaciones en el futuro. Particularmente, entre otros (art. 2.2 LMADP):

- Los conflictos relationales surgidos en el ámbito de las asociaciones y las fundaciones, lo que se corresponde con el art. 321-4.2 CCCat, según el cual “los estatutos pueden establecer que las controversias que surjan por razón del funcionamiento de la asociación se sometan a arbitraje o mediación”.
- Los conflictos relationales en el ámbito de la propiedad horizontal y en la organización de la vida ordinaria de las urbanizaciones.
- Las diferencias graves en el ámbito de la convivencia ciudadana o social, para evitar el inicio de litigios ante los juzgados.
- Los conflictos derivados de una diferente interpretación de la realidad a causa de la coexistencia de las diversas culturas presentes en Cataluña.
- Cualquier otro conflicto de carácter privado en que las partes tengan que mantener relaciones personales en el futuro si, razonablemente, todavía puede evitarse el inicio de un litigio ante los juzgados o puede favorecerse la transacción.

Merece especial mención la llamada mediación comunitaria, social o ciudadana, que ha quedado incluida en el campo de aplicación natural de esta ley, según se apunta en el preámbulo, por cuanto hace referencia a determinados conflictos surgidos en el ámbito de las comunidades y de las organizaciones que son consecuencia de la ruptura de las relaciones personales entre los afectados, como, por ejemplo, los conflictos derivados de compartir un espacio común y las relaciones de vecindad, profesionales, asociativas, colegiales o, incluso, del ámbito de la pequeña empresa.

En este punto, creemos que resulta de interés la opinión de los jueces y magistrados encuestados, que se pronunciaron sobre las materias que podrían ser objeto de mediación. Se decantan, con mucha diferencia, por los conflictos de Derecho de familia y las uniones estables de pareja (un 91,9% de los encuestados) y los supuestos de familias con hijos (86,5%). A cierta distancia, encontramos (i) los conflictos de vecinos, con un 64,9%; (ii) la liquidación de los patrimonios familiares en el ámbito sucesorio, con un 59,5%; (iii) seguidos de cerca por los supuestos de faltas penales (56,8%); y (iv) la cuantificación de la legítima en Derecho sucesorio (43,2%). Con menos del 40% –porcentajes a tener en cuenta para un eventual cambio legislativo en el futuro–, consideran

de interés (i) todos los casos previstos en la ley de mediación (35,1%), (ii) la solicitud de ejecución de obras a la comunidad (29,7%), (iii) los conflictos societarios cuando se trate de relaciones entre socios (27%), (iv) los arrendamientos y supuestos de responsabilidad profesional (ambos, en un 24,3%), (v) la actualización de rentas (21,5%), y (vi) otros supuestos (5,4%). Queremos resaltar que, de forma casi mayoritaria, los encuestados estiman que los conflictos derivados de contratos de alquiler no son especialmente propicios para la mediación. En cambio, como se desprende de las encuestas cualitativas, uno de los jueces se mostró particularmente favorable a la mediación en los conflictos entre vecinos, porque a pesar de haber un juicio y una sentencia, al no estar el conflicto resuelto del todo, los vecinos se encuentran en la escalera, en el ascensor... y el conflicto puede aumentar.

En el ámbito del Derecho privado, se incluyen también los conflictos surgidos como consecuencia de los contratos de integración y de cultivo, que tienen su norma específica pero que implícitamente cabrían en el art. 2.2 e) LMADP. El objeto del Decreto 170/2009, de 3 de noviembre, es regular la composición, el funcionamiento y los procedimientos de arbitraje y mediación de la nueva y unificada Junta de Arbitraje y Mediación de contratos de cultivo y de contratos de integración de Cataluña. En particular, y con respecto al objeto, según se desprende del art. 19.1 de dicho Decreto, son los conflictos que puedan surgir entre las partes de los contratos de cultivo o contratos de integración.

Hay que recordar, finalmente, que se está tramitando el Anteproyecto de ley de mediación en asuntos civiles y mercantiles, de especial relevancia en este ámbito, dado que, en caso de aprobación, explica la mediación respecto de los conflictos de empresa (art. 2 APrLMACM).

También forman parte de la materia civil las cooperativas, en tanto que personas jurídicas y, por tanto, como también sucede con las asociaciones y las fundaciones, los conflictos que se generen pueden ser gestionados mediante la intervención de un mediador. Hoy, en el ámbito de las cooperativas, son objeto de mediación aquellos conflictos que reúnen dos criterios objetivos y uno subjetivo (art. 2.1 RPCMACoop). Los criterios objetivos son: (i) que los conflictos deriven de la actividad cooperativa, (ii) y que se originen sobre materias de libre disposición⁶⁰. El criterio subjetivo limita los conflictos a aquellos que se dan entre las personas y las entidades siguientes: a) entre personas socias de una cooperativa; b) entre personas socias de una cooperativa y la cooperativa a la que pertenezcan; c) entre una cooperativa y la federación donde se encuentra afiliada; d) entre coo-

perativas; e) entre federaciones de cooperativas o entre éstas y la Confederación de Cooperativas de Cataluña. Es necesario, además, que la cooperativa o federación esté inscrita en el Registro General de Cooperativas de Cataluña.

6.2 Consumo

En el ámbito del consumo, el alcance de la mediación dentro del sistema arbitral es el mismo que el del arbitraje de consumo, ya que aquélla se prevé como una fase previa una vez admitida la reclamación dentro del sistema arbitral (arts. 1 y 38 RDSAC). En efecto, el art. 38 RDSAC dispone que cuando no haya causa de inadmisión de la solicitud del arbitraje de consumo, se intentará mediar a fin de que las partes alcancen un acuerdo que ponga fin al conflicto, salvo oposición expresa de cualquiera de las partes o cuando conste que la mediación se ha llevado a cabo sin efecto.

Con respecto al ámbito material, el art. 2 dispone que únicamente podrán ser objeto de arbitraje de consumo los conflictos que versen sobre materias de libre disposición de las partes conforme a Derecho; se exceptúan los que recaigan sobre intoxicaciones, lesiones, muertes o aquéllos en que existan indicios racionales de delito, incluida la responsabilidad por daños y perjuicios directamente derivada de ellos, conforme a lo previsto en el art. 57.1 RDLEG 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley general para la defensa de los consumidores y usuarios y otras leyes complementarias. Por su parte, el art. 131.2.3 CConsumo limita su ámbito material a “los conflictos sobre materias de libre disposición, de acuerdo con las leyes aplicables”, esto es, reproduce la norma del RDSAC, ya que incluye sus excepciones por remisión. En consecuencia, la mediación versará sobre aquellas cuestiones que pueden ser objeto de arbitraje de consumo, con los límites indicados.

6.3 El ámbito escolar

El art. 25 DRCCE establece los conflictos susceptibles de ser sometidos a mediación en el ámbito de los centros educativos no universitarios de Cataluña: por una parte, los conflictos entre miembros de la comunidad escolar, aunque no estén tipificados como conductas contrarias o gravemente perjudiciales para la convivencia en el centro; por otra, los conflictos generados por conductas del alumnado contrarias a las normas de convivencia o

gravemente perjudiciales para la convivencia del centro, a menos que se dé alguna de las circunstancias siguientes:

- a) La agresión física o las amenazas a miembros de la comunidad educativa (art. 38 RDCCE) o las vejaciones o humillaciones a cualquier miembro de la comunidad escolar, particularmente aquéllas que tengan una implicación de género, sexual, racial o xenófoba, o se realicen contra el alumnado más vulnerable por sus características personales, sociales o educativas (art. 38 c) DRCCE), y se haya utilizado violencia grave o intimidación. Igualmente, en los casos de reiterada y sistemática comisión de conductas contrarias a las normas de convivencia en el centro (art. 38 h) DRCCE).
- b) Que ya se haya utilizado el proceso de mediación en la gestión de dos conflictos con el mismo alumno o alumna, durante el mismo curso escolar, cualquiera que haya sido el resultado de tales procesos.

6.4 El ámbito penal

El Código Penal de 1995 no recoge la mediación, razón por la cual su objeto –los tipos de conflictos que puede gestionar o resolver– no se encuentra especificado normativamente. Ello no obstante, el Código Penal reconoce y destaca la trascendencia jurídica de la reparación, otorgándole importantes efectos jurídicos: atenuante genérico del art. 21.5 CP⁶¹, diversos atenuantes específicos de la parte especial⁶² y posibilidad de sustituir las penas de prisión de un máximo de dos años por las de arresto de fin de semana o multa del art. 88 CP⁶³. Una interpretación amplia del Código Penal y de la legislación complementaria permite deducir la valoración positiva de la reparación obtenida a través de la mediación, a efectos de facilitar la suspensión de la pena o posibilitar la obtención de beneficios penitenciarios en el transcurso de la ejecución de la sentencia (LO 7/2003, de 30 de junio, de medidas de reforma para el cumplimiento íntegro de las penas)⁶⁴. Por todo ello, es relevante destacar la opinión del grupo de trabajo en el ámbito penal (ET6), que indicó que “puede mediarse en todo tipo de conflictos, siempre que haya voluntad expresa de las partes y no haya ninguna limitación explícita por parte del tribunal o, como en el caso comentado de la violencia de género, normativa. La perspectiva social y penal indica una tendencia a la criminalización y, por tanto, a la tipificación de nuevos hechos delictivos”.

Por otra parte, en el orden penal, la LORPM sí prevé la mediación para los menores de edad y la víctima, aunque no detalla los conflictos que pueden ser objeto de mediación, con lo cual y a la vista del art. 19 puede concluirse que la viabilidad de la mediación en los casos de responsabilidad penal de los menores se decide en cada caso concreto, según lo establecido en la citada ley, por los equipos técnicos o profesionales especializados encargados de la mediación.

En casos de violencia de género, el art. 87 ter, punto 5, de la LO 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial (precepto añadido por el art. 44 LO 1/2004, de 28 de diciembre, de medidas de protección integral contra la violencia de género), dispone de manera tajante que “en todos estos casos está vetada la mediación”. No obstante, los equipos de trabajo del Libro Blanco de la mediación se muestran favorables a la mediación en estos casos, en función del tipo y grado de la violencia y con las necesarias cautelas. El grupo de mediación familiar concreta, además, que sí es posible siempre y cuando la violencia no haga inviable la mediación por haber generado miedo y debilidad en una de las partes y, con ello, afectado a la toma de decisiones. También en sentido positivo se pronuncian el equipo de mediación familiar (ET5) y el de salud (ET8) (el resto no se pronuncia) en los supuestos en que, excepcionalmente, la violencia es puntual, de baja intensidad, ocasionada por la ruptura.

Ahora bien, en un porcentaje bastante significativo (80%), los jueces y magistrados encuestados consideran que es posible la mediación en supuestos de violencia, frente al 20% que la rechaza. En concreto, consideran que sería posible la mediación en aquellos supuestos de violencia puntual, de baja intensidad, ocasionada por la ruptura un 71,4% (Anexo 4 LB).

6.5 El ámbito laboral

Es éste un ámbito donde la resolución de conflictos como alternativa a la decisión judicial está muy extendida. Son diversas las normas que prevén de forma explícita la conciliación, el arbitraje y la mediación como vías para resolver conflictos tanto individuales como colectivos. Así, y remitiéndonos a la legislación citada por el grupo de trabajo de la mediación en el ámbito laboral (ET3), podemos citar, como ejemplos, el Real decreto-Ley 17/1977, de 4 de marzo, sobre relaciones de trabajo, que recoge la conciliación y, en su caso, el arbitraje como vía para evitar el conflicto o, si éste es de carácter jurídico, como vía previa a la jurisdicción social; el art. 63 y siguientes LPL y 154 LPL, que prevén la conciliación obligatoria previa a

la tramitación de cualquier procedimiento laboral en conflictos individuales y colectivos ante los correspondientes servicios administrativos; el art. 18 de la Ley 20/2007, de 11 de julio, del Estatuto del trabajo autónomo, para la tramitación de acciones judiciales en relación con el régimen profesional de estos trabajadores; el artículo 91 del Estatuto de los trabajadores que establece que, en los convenios y acuerdos colectivos interprofesionales o de materias concretas se podrán establecer procedimientos como la mediación y el arbitraje para la solución de controversias colectivas derivadas de la interpretación y aplicación de convenios colectivos; el art. 18 de la Ley 20/2007, de 11 de julio, del Estatuto del trabajo autónomo, que establece que los acuerdos de interés profesional regulados en el art. 13 de la citada norma legal podrán crear órganos específicos de solución extrajudicial de conflictos; el art. 45 del Estatuto básico del empleado público, que dispone que las administraciones públicas y las organizaciones sindicales podrán acordar la creación, configuración y desarrollo de un sistema de solución extrajudicial de conflictos colectivos, siendo la mediación obligatoria cuando la solicite una de las partes.

Reproduciendo los puntos que destaca el grupo de trabajo en este ámbito, “para la resolución extrajudicial de los conflictos que se planteen en materia de personal en el ámbito de los entes locales de la provincia de Barcelona, se crea el año 1993 el Consorcio de Estudios, Mediación y Conciliación en la Administración Local (CEMICAL)”. Sus servicios se circunscriben a los conflictos surgidos en los entes locales de la provincia de Barcelona, al personal al servicio de estos entes locales y a las representaciones sindicales en dichas entidades. Es de carácter voluntario y quedan excluidos aquellos conflictos en materia de reclamaciones de cantidad, resolución de contratos y procedimientos disciplinarios. Así pues, a pesar de la importancia de esta institución, su ámbito de actuación es reducido en comparación con las otras instituciones mediadoras existentes en Cataluña.

Por su parte, el TLC asume la resolución de conflictos entre las administraciones públicas catalanas y su personal laboral, quedando excluido el personal funcionarial. De hecho, muchos ayuntamientos, en los convenios colectivos para el personal laboral, incluyen una cláusula de sumisión a los procedimientos del TLC (arts. 40, 41, 44, 47 y 51 TE).

Hay que destacar, finalmente, que la mediación laboral recibe un tratamiento particular y especializado, que se excluye de regulaciones generales, cómo así se extrae del artículo 2 del Anteproyecto de ley de mediación en asuntos civiles y mercantiles, que expresamente lo excluye de su ámbito de aplicación en conflictos transfronterizos.

7 Los sujetos de la mediación

En el procedimiento de mediación, intervienen una pluralidad de personas físicas y, en algún caso, también jurídicas: el mediador, los servicios de mediación, las partes, otros sujetos eventuales (principalmente, el juez, el abogado) de los cuales nos ocuparemos a continuación. En primer lugar se estudia la figura del mediador. Se parte de su conceptuación legal, seguida de los requisitos que las normas prevén para el ejercicio de la profesión, los deberes de los mediadores y su incumplimiento (infracciones y sanciones).

7.1 El perfil del mediador

Jurídicamente, el mediador ha sido definido como “cualquier tercero a quien se le pida que lleve a cabo una mediación de forma eficaz, imparcial y competente, con independencia de su denominación o profesión en el Estado miembro en cuestión y de la manera en que haya sido designado o se le haya solicitado que lleve a cabo la mediación”, en los estrictos términos del art. 1. b) de la Directiva 2008/52/CE. O también, es el tercero que asiste al procedimiento no jurisdiccional de mediación, “que actúa de manera imparcial y neutral” (art. 1.1 LMADP).

7.1.1 La condición de tercero

El mediador se identifica indefectiblemente con un tercero. Nos encontramos ante una persona física, quedando excluidas de la condición de mediadores las personas jurídicas y los grupos de personas u órganos colegiados (Solé-Ysás, 2001). Es cuestión previa fijar esta “alteridad” respecto del conflicto y de las partes. Aquí aparece la dificultad, no menor, de cuáles son los supuestos de mediación, nominados como tales, donde actúa como mediador en un conflicto una persona que no tiene estrictamente la condición de tercero, porque o bien tiene una vinculación específica con el conflicto o bien tiene esta vinculación singular con una de las partes. Básicamente, nos referimos a aquellos supuestos en los que actúa la Administración y que -a pesar de estar excluidos, por su propia naturaleza, de la mediación de ámbito privado- han de ser examinados en vistas a una normativa de mediación de alcance general.

Se ha seleccionado el caso francés donde existen tres instituciones relacionadas con la mediación –y deno-

minadas como tales– y las administraciones públicas: “mediador de la República”, “mediador de la educación nacional” y “mediador fiscal”⁶⁵, para concluir que sólo el “mediador de la República” reúne las características propias de un mediador. Ciertamente, dicho mediador ejerce sus funciones entre Administración y administrado para evitar procesos administrativos y tiene una red de mediadores delegados en todo el territorio francés, a los cuales se exigen conocimientos sobre mediación. Su ley reguladora⁶⁶ lo dota de independencia e imparcialidad, destacando que no puede recibir instrucciones de ninguna autoridad y concediéndole, además, una cierta inmunidad. Se elige por un periodo de seis años sin que quepan prórrogas ni destituciones. Tal estatuto especial es lo que permite incluirlos dentro del campo de los mediadores a pesar de no ser propiamente un tercero, dado que su nombramiento lo realiza el Poder Ejecutivo, el mismo del que emanan los actos administrativos susceptibles de mediación⁶⁷.

En el ámbito privado, otra figura que ayuda a situar a este tercero que actúa en la mediación es el “defensor del cliente”. Un ejemplo claro lo procura la Ley 44/2002, de 22 de noviembre, de medidas de reforma del sistema financiero⁶⁸ que prevé la posibilidad de nombrar defensores del cliente en las entidades financieras, designados por sus órganos de administración. Tales defensores no tienen un estatuto legal que garantice su independencia e imparcialidad, y suelen basarse en las propias cualidades personales del elegido. Especialmente la posibilidad de renovación en el cargo hace que se rebaje la garantía de independencia en el ejercicio de su función. Dependerá del estatuto propio de cada entidad financiera la apreciación de su condición de “tercero” auténtico. Y es posible todavía una última objeción a su consideración como mediadores *stricto sensu*: en la práctica, su misión es resolver directamente los conflictos que puedan surgir entre los usuarios de los servicios financieros y las entidades que los prestan. Se tramita un expediente y el comisionado o defensor del cliente resuelve. La resolución favorable al usuario vincula a la entidad financiera, sin que esta vinculación sea obstáculo “a la plenitud de tutela judicial, al recurso a otros mecanismos de solución de conflictos ni a la protección administrativa”. En ningún caso la legislación que regula estas instituciones menciona la función mediadora o se refiere a un acercamiento entre entidad financiera y clientes⁶⁹.

Finalmente, también las reclamaciones de consumo, con un marco legal específico, pero identidad de principios, sirven para situar –entre otras cuestiones– la “alteridad”. La Directiva 2008/52/CE (Cdo. 10) las excluye de su ámbito de aplicación, junto con otras prácticas en las

cuales hay acuerdo sobre el hecho de que no son mediación. Ahora bien, en este supuesto se limita a decir que se excluyen los “sistemas de reclamación de consumo”, es decir, cualquier mecanismo de resolución de conflictos, sea o no mediación, por razón de su alcance material: reclamaciones de consumo. El sistema queda excluido *ratione materia* ya que las reclamaciones de consumo tienen su propio sistema general de resolución alternativa de conflictos recogido a escala comunitaria en la Recomendación 2001/310/CE, de 4 abril, *sobre principios aplicables a los órganos extrajudiciales de resolución consensual de litigios en materia de consumo*⁷⁰ que regula, precisamente, aquellos procesos en que, con independencia de su denominación, se persigue el acercamiento de las partes para buscar una solución de mutuo acuerdo (art.1). En el caso español, estos procedimientos se califican legalmente como “mediación” dentro del llamado “Sistema Arbitral de Consumo” diseñado por el RDSAC y se prevén como una primera fase del proceso (arts. 37 y 38); pero –como se verá– con suficiente independencia conceptual.

Además, a la mediación en las reclamaciones de consumo se le suelen hacer dos objeciones de fondo, respecto de las características del mismo proceso de mediación. Por una parte, se aduce la falta de voluntariedad, por el hecho de que es una fase previa al arbitraje, pero el marco legal prevé claramente que la mediación sólo se realizará si no hay oposición expresa de las partes (art. 37.2) en el momento de iniciarla. Es más, si la mediación tiene éxito y se llega a un acuerdo, puede acabar siendo la única fase del proceso alternativo de resolución de conflictos.

En segundo lugar, se objeta –un reproche que interesa especialmente– que la lleva a cabo un órgano de la Administración, cosa que puede ir en detrimento de su neutralidad. En este punto, el mismo art. 38 RD menciona como principios que han de regir la actuación del mediador la “independencia, imparcialidad”, que se predican de dicha persona en concreto. Asimismo, el art. 37 ha previsto que no haya mediación si ya ha tenido lugar con carácter previo, de manera que si las partes ya han intentado un proceso mediador clásico sin éxito, se pasa directamente a la fase de arbitraje. Finalmente, el art. 38 recoge la obligación de confidencialidad, que debe entenderse del mismo modo que en cualquier otra mediación. También se constata la flexibilidad como forma de actuación, ya que la ley sólo prevé que se consignen en el expediente el inicio y el final de la mediación y su resultado (art. 38.2), sin ninguna mención al tipo de actuación o protocolo a seguir. Por lo tanto, es evidente que la mediación en las recla-

maciones de consumo participa de las características básicas del instituto.

Generalmente, las definiciones de mediación se refieren al tercero que ayuda a las partes a alcanzar un acuerdo, en singular, dato que lleva a identificarlo con una “sola” persona física (v. gr. arts. 1.1 y 3.1 LMADP, art. 3º D. 2008/52/ CE, art. 1 APrLMACM). En realidad, sin embargo, la actividad de mediación puede ser llevada a cabo por una pluralidad de mediadores, y da lugar entonces a la figura de la comedición. Dado que la función del mediador no es de naturaleza decisoria, esa pluralidad no tendrá que ser, a diferencia de lo que ocurre en el arbitraje (art. 12 Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de arbitraje), necesariamente impar. Cabe decir que en el orden penal la pluralidad se presupone, ya que la mediación se encarga (art. 19.3 LORPM) a un “equipo técnico” (concepto que por definición parece comportar una pluralidad de personas).

En Derecho catalán, la comedición encuentra apoyo legal en el art. 3.2 LMADP. Resulta especialmente indicada, según dicho precepto, “en las mediaciones entre más de dos partes”. En clave estatal, la contempla el art. 21.2 APrLMACM para los casos en que lo aconseje “la complejidad de la materia o la conveniencia de las partes”. También está prevista en casi todas las legislaciones autonómicas, excepto en los casos de Madrid, País Vasco y Galicia, que recogen únicamente la posibilidad de que colaboren en el procedimiento de mediación técnicos en el ámbito objeto de la mediación en el caso concreto. La única diferencia existente entre las diversas regulaciones es de cariz terminológico, unas usan la expresión *equipos de personas mediadoras* y otras la de *entidades de mediación familiar*.

Según la doctrina (Martín Casals, 2011), que en el ámbito de la mediación familiar ha individualizado una serie de indicadores a favor de la comedición, la complejidad puede derivar de diversos factores, más allá del aumento de las partes a que explícitamente se refiere la LMADP. Así, por ejemplo, que el conflicto se dé en el seno de familias numerosas, recomuestas, con pluralidad de núcleos familiares o con hijos en diversas franjas de edad; que dentro de la familia convivan personas de culturas, religiones o ideologías diversas; que las partes presenten poderes de negociación o niveles de motivación desiguales; etc. De hecho, prácticamente la totalidad de los equipos de trabajo se decantan a favor de la comedición (con la excepción del de mediación laboral) y el grupo de mediación familiar la recomienda en mediaciones con más de cuatro partes o participantes.

De todos modos, a la hora de configurar una eventual comediación, se tendrá que tener en cuenta que la presencia de más sujetos en el procedimiento requiere un esfuerzo adicional de organización y de preparación por parte de los mediadores, que tendrán que actuar coordinadamente. Bien utilizada, la figura de la comediación permite adaptar mejor el procedimiento a las características de las partes, como la diversidad de género o raza, a través de la acción conjunta de mediadores que comparten las mismas características. Asimismo, hace posible el reparto del trabajo entre mediadores de perfil y enfoque del conflicto diferentes (*v. gr.* un jurista y un trabajador social) que, no obstante, se complementen profesionalmente. Sin embargo, dado que la actuación de una pluralidad de mediadores incrementa necesariamente el coste del procedimiento, configurarlo de esta manera tendrá que ser fruto de una previa evaluación de su conveniencia.

7.1.2 Los requisitos para el ejercicio de la profesión

Nuevamente, hay que diferenciar entre el ejercicio de la mediación pública y la mediación privada. En Cataluña, a los efectos de la LMADP (art. 3), es decir, para la mediación que llamamos “pública”, la persona mediadora que pretenda la habilitación reconocida por el Centro de Mediación tiene que cumplir con tres requisitos:

1. Tener un título universitario oficial. No se especifica cuál, frente a la Ley 1/2001, que sólo consideraba mediadores habilitables los que procedían de alguna de las cinco profesiones siguientes: abogado, psicólogo, pedagogo, educador social y trabajador social^[71].
2. Acreditar una formación y una capacitación específicas en mediación. La LMADP añade que “debidamente actualizadas”, una precisión introducida durante la tramitación parlamentaria. La actualización se tendrá que realizar de acuerdo con los requisitos establecidos por reglamento (previsiblemente número de horas, homologación de los cursos por parte de algún organismo –el Centro–, mecanismos de constatación del aprovechamiento...).
3. Estar colegiada en el colegio profesional correspondiente, pertenecer a una asociación profesional del ámbito de la mediación, acreditada por el departamento competente en materia de Derecho civil, o prestar servicios como mediador o mediadora para la Administración.

Hay que tener presente que, frente a esa relación, el art. 14 APrLMACM [Condiciones para ejercer de mediador] exige: (i) que estén en pleno disfrute de sus derechos civiles; (ii) que la legislación no lo impida o que estén sujetos a incompatibilidad; (iii) que posean, como mínimo, el título de grado universitario de carácter oficial o extranjero convalidado; y (iv) que se encuentren inscritas en el Registro de mediadores y de instituciones de mediación. No coincide sustancialmente con los requisitos de la norma catalana, como ahora constataremos.

A) La formación del mediador

A estas alturas parece incontrovertido que la mediación comporta su propia metodología y competencias, de manera que resulta más que conveniente una formación específica. La LMADP suma título universitario oficial y formación específica en mediación, criterio que avalan los diferentes actores –y también los encuestados–. Por ello sorprende la mera exigencia de título de grado en el APrLMACM. Además, resulta en cierta medida incongruente con la necesidad que se establece en el mismo texto de actualizar la formación, que sin unos conocimientos iniciales de mediación parece aludir a otra cosa. La referencia, de todos modos, a la actualización de los conocimientos, que, como hemos dicho, incorporó la redacción final de la LMADP es aplaudible, y hará falta un desarrollo reglamentario que la garantice.

Sin embargo, la necesidad de tener formación específica en mediación no se exige en las normativas sectoriales. Del art. 12 RPCMACoop, del art. 21.1 DJAMCCCCI y del art. 132.1 CConsumo se desprende que los mediadores de tales ámbitos tienen que ser personas expertas en las materias de fondo, pero sin conocimientos específicos en mediación. Por otra parte, el art. 27.1 DRCCE fija, para la mediación escolar, que el mediador puede ser un padre, una madre, una persona del personal docente y personal de administración y servicios del centro, que dispongan de formación adecuada para conducir el proceso de mediación (de acuerdo con los principios establecidos en el art. 24). El director o directora también puede designar un alumno para que colabore con el mediador en las funciones de mediación. Dada la naturaleza de la mediación, no existe ninguna concreción sobre qué debe entenderse por “formación adecuada”. Ahora bien, en esta modalidad, más que una formación concreta, el grado de “movilidad” y características de los actores imponen poner el énfasis en otras competencias.

Parecería que en el sistema de mediación, donde las funciones son muy variadas y específicas de cada sector, la formación estaría más en función de la posibilidad de gestionar el conflicto con éxito que del conocimiento del

valor y los efectos jurídicos del acuerdo. Dicho esto, es cierto que todos los grupos destacan la necesidad de que el mediador conozca el contexto o ámbito propio de cada tipología de mediación, sus peculiaridades y el marco legal básico. Los contenidos de esta formación no son coincidentes en todos los ámbitos, como puede deducirse de sus respuestas a los cuestionarios. Como muestra, los equipos de mediación laboral (ET3), comunitaria/ciudadana (ET4) y escolar (ET7) consideran que la formación del mediador tiene que ser específica, mientras que los de salud (ET8), familiar (ET5) y penal (ET6) prefieren una formación integral genérica y una específica para los diferentes ámbitos. Pese a ello, existe unanimidad sobre la necesidad de formación específica para cada ámbito jurisdiccional, aunque el grupo de mediación familiar entiende que una formación diferenciada según el título universitario de procedencia puede generar cierta complejidad. Remarcán la necesidad de realizar prácticas en servicios de mediación.

La otra cuestión que surge con relación al deber de formarse es la autorización o legitimación para desarrollar la formación especializada. El reglamento del 2002 establecía (art. 12) que podían impartirla los colegios profesionales o los centros docentes universitarios, un criterio que previsiblemente mantendrá el reglamento que desarrolle la ley del 2009. Éste ha sido, por otra parte, el criterio de los grupos de mediación familiar, de salud y penal, si bien el grupo de mediación penal (ET6) también admitiría otros centros de formación reconocidos como el Centro de Estudios Jurídicos y Formación Especializada -un centro adscrito al Departamento de Justicia-; por su parte, el grupo de mediación escolar (ET7), aparentemente más restrictivo, sólo menciona a las universidades. En cambio, para el grupo de mediación comunitaria/ciudadana (ET4), cualquiera podría desarrollar dicha formación, mientras que el grupo de mediación laboral (ET3) estima que “no es necesario un cuerpo certificado de mediadores”.

En cuanto a la actualización de la formación, la mayoría de grupos entienden que estableciendo la obligatoriedad de realizar una formación continua se garantizan los conocimientos teóricos y prácticos de los mediadores, con la opinión discrepante del grupo de mediación en el ámbito de la salud, que cree que tiene que formar parte de la voluntad y del interés del mediador.

Con el apoyo de estas aportaciones, creemos que el análisis tiene que partir, en primer lugar, de diferenciar entre la formación inicial y la formación ulterior, de actualización. El punto de partida tiene que proceder, mientras no se habiliten grados de mediación -que a estas alturas se están diseñando- de las universidades y los colegios,

mientras que la formación a lo largo de la vida puede surgir de iniciativas muy diversas –significativamente, en el ámbito comunitario, de los consejos comarcas o las diputaciones–.

B) La vinculación a una institución

Como ya hemos visto, para estar habilitado hace falta una vinculación, una adscripción del mediador a alguna institución. La Ley 1/2001 lo limitaba a los colegios profesionales, de acuerdo con su papel de colaboradores relevantes con el CMADP. Pero desde el momento en que se abre la condición de mediador a los diferentes títulos universitarios, la adscripción colegial ya no puede ser el único mecanismo –máxime en un escenario de reformulación del papel de los colegios profesionales, a raíz de la Directiva de servicios–, por ello se incluye la pertenencia a una asociación profesional –entendida en los términos de la Ley 7/2006, de 31 de mayo, del ejercicio de profesiones tituladas y de los colegios profesionales (arts. 30-34)– o a una Administración pública, donde el sujeto desarrolla profesionalmente tareas de mediación. Así lo establece de manera expresa la Disposición adicional tercera LMADP: “las personas que tienen una titulación universitaria y que ejercen una profesión no sujeta a colegiación, o que prestan servicios de mediadores para la Administración pública, pueden pedir al Centro de Mediación de Derecho Privado de Cataluña ser incluidas en los registros respectivos de mediadores, siempre que cumplan los otros requisitos que establecen el art. 3.1 y el reglamento correspondiente”.

Esta adscripción a otra entidad, que contribuye a “homologar” a los mediadores, y a situar más garantías en la prestación de su servicio, no es recogida por el APrL-MACM. Desde otra perspectiva, podríamos decir que la suple con la exigencia de seguro de responsabilidad civil o garantía equivalente para poder ser inscrito en el Registro estatal de mediadores (art. 6.3).

7.1.3 La actividad del mediador. Los derechos y los deberes del mediador

La LMADP diferencia entre la actividad del mediador (art.13) y sus deberes (art. 14). Lo hace en el capítulo III (“Desarrollo de la mediación”). Seguiremos esta distinción, que permite analizar el rol del mediador en función de sus tareas y de la manera adecuada de realizarlas.

A) La actividad del mediador

Corresponde al mediador ayudar a las partes a llegar a un acuerdo para solucionar un litigio, y contribuir a

la búsqueda, por ellas mismas, de una solución a su conflicto (art. 1.1 LMADP; art. 12 RPCMACoop y art. 23 DRCCE). Y lo hace facilitando la comunicación de las partes y ayudándolas a alcanzar por ellas mismas sus compromisos y sus decisiones, sin imponer ninguna solución ni ninguna medida concreta ni tampoco tomar parte (art. 6.2 LMADP –en puridad tomar partido–).

Así, aunque, en general, todas las normas jurídicas analizadas coinciden en el hecho de que ayudar a las partes a llegar a un acuerdo es la función del mediador, la concreción de la actuación mediadora específica varía de unas a otras. Por ejemplo, el art. 13 LMADP y el art. 21 DJAMCCI coinciden en que la persona mediadora:

- a) Facilita el diálogo, promueve la comprensión entre las partes y ayuda a buscar soluciones al conflicto.
- b) Vela para que las partes tomen sus propias decisiones y tengan la información y el asesoramiento suficientes para alcanzar los acuerdos de una manera libre y consciente.
- c) Comunica a las partes la necesidad de velar por el interés superior en juego (art. 13 LMADP)⁷².

En definitiva, la persona mediadora tiene que ayudar a los participantes a alcanzar por sí mismos los compromisos y las decisiones sin imponer ninguna solución ni medida concreta y sin tomar parte (art. 6.2 LMADP)⁷³. Es especialmente ilustrativa la explicación de la EM del APrLMACM (§ II, 2): “La mediación es una actividad neutral, independiente e imparcial que ayuda a dos o más personas a comprender el origen de sus diferencias, a conocer las causas y consecuencias de lo ocurrido, a controlar sus visiones y a encontrar soluciones para resolver aquéllas”, porque identifica las materias sobre las cuales el mediador tiene que situar a las partes, y ayudarlas. El mediador contribuye a identificar las raíces del conflicto, a situarlo en su realidad, y a construir las fórmulas para superarlo.

Dicho esto, debe entenderse que, en el ámbito de la LMADP, la actividad del mediador no incluye la propuesta de soluciones concretas. Ésta es, justamente, la diferencia que se enfatiza entre la mediación y la conciliación: la facultad de proponer o no del tercero que interviene en el procedimiento (vid. art. 10.5 RPCMACoop). El mediador no propone opciones de solución a las partes mientras que el conciliador sí que lo puede hacer –con excepciones puntuales. Ahora bien, hay que matizar esta afirmación. Más allá de la elemental imposibilidad de imposición de acuerdos, hay que concretar cuáles son las facultades del mediador en relación con el resultado del proceso de mediación. Tenemos que

preguntarnos, por ejemplo, sobre la posibilidad de que el mediador proponga a las partes soluciones concretas o las guíe (atendiendo a su particular punto de vista o escala de valores), hacia la solución óptima del conflicto. En este sentido, aunque es habitual entender la mediación como una actividad eminentemente facilitadora en que, a diferencia de la conciliación, la función del tercero no abarca la evaluación o propuesta de acuerdos, del análisis de diversas normas, como la LMADP y la Directiva 2008/52/CE, se deriva que el principio de neutralidad admite, en realidad, cierta gradación.

La Directiva 2008/52/CE exige repetidamente a los Estados garantizar la imparcialidad en la mediación (vid. Considerando. 17, art. 3.b y art. 4.2), pero, en cambio, omite referirse expresamente a la neutralidad. Puede hallarse un vestigio de la misma en la definición de “mediación” propuesta por la Directiva (art. 3.a) cuando establece que las partes intentan alcanzar el acuerdo “por sí mismas”, que implica la no imposición de soluciones concretas por parte de la persona mediadora. Sin embargo, dado el carácter abierto de la definición de “mediador” contenida en la Directiva y la consiguiente libertad de la que disfrutan los Estados para establecer cómo debe llevarse a cabo la mediación (vid. art. 3.b)⁷⁴, nada impide que la persona mediadora ofrezca a las partes propuestas para solventar el conflicto⁷⁵, sin que ello vulnere el principio de neutralidad, que para el caso de la Directiva, se limitaría al “por sí mismas” del art. 3.a.

Que el respeto al principio de neutralidad no es incompatible con la propuesta de soluciones concretas por parte del mediador lo demuestra también el art. 16.1.II APrLMACM, que tras consagrar el mencionado principio (art. 10) establece como una de las obligaciones del mediador el desarrollo “de una conducta activa tendente a lograr el acercamiento entre las partes, con respecto a los principios recogidos en esta ley”. De esta manera, según el Consejo General del Poder Judicial, el APrLMACM se decanta por un modelo de “mediación valorativa”. Es en el ámbito anglosajón donde se habla de “*evaluative mediation*”, para distinguirla de la “*facilitative mediation*”, modelo por el que ha optado el legislador catalán en la LMADP y en el cual, como hemos visto, la persona mediadora conduce el proceso y ayuda a las partes a gestionar el conflicto, pero sin pronunciarse ni ofrecer propuestas de solución⁷⁶. En cambio, y a modo de ejemplo, la LMF de Galicia estableció (art. 7.): “la actividad mediadora tendrá por objeto la prestación de una función de auxilio o apoyo a la negociación entre las partes, concretándose, en su caso, en la facultad de la persona mediadora de proponer soluciones, a aceptar o no libremente por los sujetos en conflicto”. Los límites

superan los enunciados normativos y haría falta una reflexión ulterior sobre esta cuestión, a partir del análisis empírico de las mediaciones realizadas.

B) Los derechos y los deberes del mediador

En la regulación de la figura del mediador, las leyes autonómicas muestran grandes diferencias que se manifiestan en la extensión de sus preceptos. Se han separado, en este apartado, los conceptos de derechos y deberes del mediador y los requisitos exigidos tanto para poder ser mediador como los de cumplimiento obligatorio en el ejercicio de sus funciones. Como derechos del mediador destacan, principalmente (i), el de renunciar o desistir de la mediación siempre que se den los requisitos que cada legislación prevé y (ii) percibir los honorarios que le correspondan. Destaca, en este ámbito, el derecho a obtener *respeto e información de las partes* que prevén las comunidades autónomas de Castilla y León y Andalucía.

El listado de deberes del mediador es mucho más extenso en todas las legislaciones que la carta de derechos que les otorgan. Como deberes específicos de alguna o de algunas legislaciones autonómicas hay que destacar la *lealtad a las partes*, contemplada únicamente en la LMADP y en la ley de Castilla y León; *garantizar la igualdad de las partes*, previsto en la ley de Castilla-La Mancha; la *obligación de abstenerse o recusar en caso de incompatibilidad*, impuesta por las comunidades de Madrid y Castilla y León; *prestar atención especial a los signos de violencia doméstica, física o psíquica*, previsto en el régimen legal del País Vasco y Castilla y León y; finalmente, hay que mencionar el deber de *velar por la imagen de la mediación*, previsto únicamente en el País Vasco. A menudo podrían encuadrarse en el marco de los principios que presiden la institución, y su explicitación tiene una connotación pedagógica ligada a la consolidación de la figura.

En el ámbito de la LMADP, el mediador, a lo largo del procedimiento, tiene que cumplir los deberes que establece el art. 14 y que son los siguientes:

- Ejercer su función, con lealtad hacia las partes, de acuerdo con esta ley, el reglamento que la despliegue y las normas deontológicas, y ajustándose a los plazos fijados.
- Dar por acabada la mediación ante cualquier causa previa o sobrevenida que haga incompatible la continuación del procedimiento con las prescripciones que establece esta ley, y también si aprecia falta de colaboración de las partes o si el procedimiento se convierte en inútil para la finalidad perseguida, dadas las cuestiones someti-

das a mediación. La persona mediadora tiene que prestar una atención particular a cualquier signo de violencia, física o psíquica, entre las partes y, si ocurre, denunciar el hecho a las autoridades judiciales. El art. 28.6 DRCCE es una norma similar al art. 14. b LMADP⁷⁷.

Por otra parte, como habíamos apuntado, los principios de imparcialidad y neutralidad aparecen en todas las legislaciones analizadas como requisitos del mediador. El deber de confidencialidad está presente en la mayoría de las legislaciones autonómicas, así como la obligación de que el mediador esté inscrito en el registro correspondiente, que tenga título universitario para poder ser mediador, además de recibir la formación específica que se indique en cada ley (o en el reglamento de desarrollo). En cambio, se observan otras exigencias específicas según la legislación autonómica de que se trate. Así, la legislación de Castilla y León establece que el mediador tiene que ser competente; la del País Vasco, que tiene que ser independiente y para Cataluña, Castilla y León, Castilla-La Mancha y Canarias, que el mediador tiene que estar colegiado. En el caso de Cataluña, además, se prevé que pueda estar inscrito en una asociación reconocida o que esté trabajando para la Administración.

Por todo ello, y como señalaron de manera unánime todos los equipos de trabajo al responder el cuestionario, sería conveniente la elaboración de protocolos o guías de buenas prácticas del mediador (Vidal, 2010) –el Código de conducta europeo para mediadores es una buena referencia. Los aspectos que constituyen un mínimo de herramientas suficiente para poder ejercer la profesión de mediador son: (i) una formación adecuada; (ii) una relación ágil con los abogados, respetando cada uno su papel; (iii) una buena relación y comunicación con otros profesionales; (iv) la buena fe de los mediadores; (v) el cumplimiento riguroso del procedimiento de mediación; (vi) una buena preparación de las sesiones; (vii) velar por la sesión inicial; (viii) actitud crítica; (ix) la supervisión; y (x) potenciar la comedición.

7.1.4 Incumplimiento de las obligaciones del mediador. Las infracciones y el régimen sancionador

La LMADP dedica un capítulo entero al “régimen sancionador” (Capítulo V, arts. 29-34). Su extenso desarrollo es un rasgo común a todas las legislaciones autonómicas (e.g., en la LMF vasca abarca 14 de 38 artículos, en la asturiana 8 de 34, y en la madrileña 10 de 29). Se ha señalado (Ordóñez Solís, 2009) que “esta fe en

la amenaza de sanciones administrativas en materia de mediación es muy propia de los legisladores españoles pero no parece que esté justificada ni sea apropiada precisamente en un ámbito cuyo principio fundamental es el de la flexibilidad". Ahora bien, hay que tener presentes dos aspectos: en primer lugar, que el sistema de infracciones/sanciones se asocia a la mediación pública, donde la Administración se implica y es responsable del buen funcionamiento de la institución; en segundo lugar, que muchos aspectos ligados a un procedimiento sancionador tienen que ser recogidos en una norma con rango de ley, justamente como garantía de los derechos de los afectados. El legislador catalán ha pretendido fijar sus cimientos, para posibilitar un ulterior desarrollo reglamentario de sus previsiones.

Los artículos que integran el Capítulo V LMADP provienen de la regulación prevista anteriormente en la LMF del 2001, de la que heredan el carácter complejo. Como ésta, la LMADP inaugura el capítulo (art. 29) con la proclamación de la responsabilidad del mediador por todo incumplimiento de sus obligaciones que encaje en alguno de los hechos –actuaciones u omisiones– constitutivos de infracción alfabetizados en el artículo 30. Son los siguientes:

- a) Incumplir los deberes de imparcialidad y neutralidad y de confidencialidad exigibles en los términos que establecen el artículo 6 y el artículo 7.1, 2 y 3, respectivamente.
- b) Incumplir el deber de denunciar en los términos que establece el artículo 7.5.⁷⁸
- c) Incumplir los deberes que establece el artículo 14.⁷⁹
- d) Incumplir la obligación de comunicación a la autoridad judicial que establece el artículo 19.4.⁸⁰
- e) Incumplir la obligación de iniciar la mediación en los plazos fijados por reglamento.
- f) Incumplir la obligación de comunicar el resultado de la mediación al Centro de Mediación de Derecho Privado de Cataluña que establece el artículo 26.
- g) Incumplir el deber de facilitar previamente las tarifas, en los términos que establece el artículo 27.2, o incrementar el importe fijado por el departamento competente en materia de Derecho civil en las mediaciones gestionadas por el Centro de Mediación de Derecho Privado de Cataluña.
- h) Abandonar el procedimiento de mediación sin causa justificada.

A continuación, el art. 31 LMADP tipifica las infracciones sobre la base de tres criterios: el hecho constitutivo de infracción, la gravedad del perjuicio que éste ha producido a las partes y su reiteración dentro de un determinado plazo. Los hechos constitutivos de infracción son obviamente los descritos en el art. 30, a cuyas letras se remite el artículo 31. En cuanto a la gravedad del perjuicio sufrido por las partes, entendemos que su valoración corresponde al órgano sancionador competente (art. 33 LMADP), que tendrá que tener en cuenta no sólo los agravios de tipo económico, sino también los de estricto carácter moral. Finalmente, la reiteración de la conducta incumplidora es tenida en cuenta como agravante de la infracción. La combinación de estos tres criterios permite calificar la infracción como leve, grave o muy grave:

2. Son infracciones leves los hechos a que hace referencia el artículo 30.c, d y e que no comportan perjuicios a las partes.

3. Son infracciones graves:

a) Los hechos a que hace referencia el artículo 30.a, b, g y h que no comportan perjuicios graves a las partes.

b) La reiteración de una infracción leve en el plazo de un año.

c) Los hechos a que hace referencia el artículo 30.c, d y e que comportan perjuicios leves a las partes.

4. Son infracciones muy graves:

a) Los hechos a que hace referencia el artículo 30.a, c y h que comportan perjuicios graves a las partes.

b) La reiteración de una infracción grave en el plazo de dos años.

El encaje legal de cada uno de los hechos constitutivos de infracción (art. 30) dentro de los tipos (art. 31) es decisivo, pues el art. 32 LMADP atribuye una diferente sanción a cada tipo de infracción:

a) Por una infracción leve, amonestación por escrito, que se tiene que hacer constar en el expediente del registro.

b) Por una infracción grave, suspensión temporal de la capacidad de actuar como persona mediadora por un periodo de un mes a un año.

c) Por una infracción muy grave, suspensión temporal de la capacidad de actuar como persona mediadora por un periodo de un año y un día a

tres años, o baja definitiva del Registro general del Centro de Mediación de Derecho Privado de Cataluña.

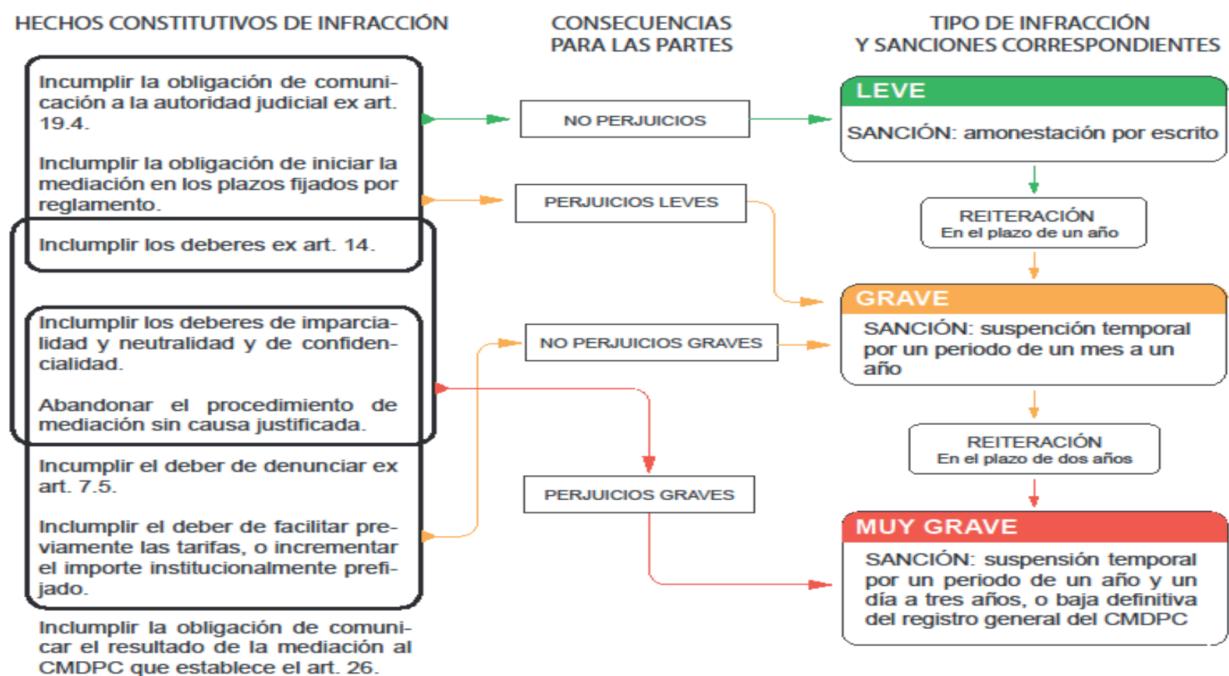
Todas las sanciones son de tipo disciplinario, ligadas, por lo tanto, a un procedimiento de carácter administrativo, y están pensadas sobre la base del buen funcionamiento del servicio que el CMDPC facilita. Es una lástima que una ley que expresamente apuesta por la actualización continuada de la formación del mediador (art. 3.1) no introduzca sanciones de tipo formativo (*v. gr.* someter la rehabilitación del mediador suspendido, no al transcurso de un plazo objetivo, sino a la realización de un curso sobre mediación o a la asistencia a un determinado número de sesiones formativas), posibilidad que convendría tener en cuenta de cara a una ulterior reforma. La LMADP tampoco se pronuncia sobre una eventual acción de responsabilidad civil de las partes contra el mediador dirigida al resarcimiento de los posibles daños económicos que experimenten. Naturalmente que el silencio de la ley sobre este extremo no impide tal posibilidad, pero no estaría de más que la LMADP se encargara de recordarlo.

Obsérvese que los arts. 30, 31 y 32 LMADP relacionan los tres conceptos clave del régimen sancionador escalonadamente o por pasos: primero se describen de manera independiente los hechos constitutivos de infracción (art. 30); luego se tipifican las infracciones en función de determinados criterios (art. 31); y, finalmente, se asignan sanciones específicas a cada uno de los tipos (art. 32). Esta manera legal de proceder impone la calificación de todos los hechos constitutivos de infracción, ya que sólo así será posible la posterior determinación de la sanción. Dicho de otra manera, por mucho que un hecho constitutivo de infracción se encuentre descrito en el art. 30, no será sancionable según el art. 32 si no se encuentra previamente calificado en el art. 31. Ello, que puede parecer una obviedad, no fue tenido en cuenta por el legislador en ninguno de los trámites parlamentarios previos a la aprobación de la LMADP.

En efecto, si uno compara con atención el Proyecto de LMADP⁸¹ y el texto definitivamente aprobado, se dará

cuenta de que, mientras el proyecto describe siete hechos constitutivos de infracción, la LMADP vigente describe ocho. El añadido es la actual letra e) del artículo 30 LMADP, que no aparece en el articulado original del proyecto. El cambio produce dos consecuencias: la primera es directa y consiste en el desplazamiento correlativo en la alfabetización del resto de apartados del artículo (la letra e del proyecto se convierte en la letra f de la ley, la letra f se convierte en g, y así sucesivamente hasta llegar a la actual letra h); la segunda es indirecta y se traduce en la necesidad de armonizar el artículo modificado con el siguiente, que depende de aquél. Pues bien, el caso es que, en esta tarea de armonización del articulado, el legislador se confundió, hasta el punto de olvidarse de calificar uno de los hechos constitutivos de infracción descritos en el artículo 30. En concreto, el artículo 31 LMADP no especifica si el incumplimiento por parte del mediador de la obligación de comunicar el resultado de la mediación al CMDPC (art. 30.f) da lugar a una infracción leve, grave o muy grave. En consecuencia, guiándonos por la literalidad de la LMADP y por la relación escalonada que establece entre los conceptos de su régimen sancionador, tenemos que concluir que la infracción descrita en el art. 30.f no es sancionable. El error es, muy probablemente, efecto indirecto del añadido antes comentado. Lo que no podemos saber es si el cambio en el texto original del proyecto ha producido, además, un efecto en cadena que haya afectado a la calificación de otros hechos constitutivos de infracción. En cualquier caso, se trata de un error que debe ser urgentemente enmendado y que obliga a repensar los artículos nucleares del régimen sancionador. Al hacerlo, el legislador podría quizás aprovechar la ocasión para considerar las recomendaciones del Libro Blanco.

La siguiente figura propone una descripción gráfica del régimen sancionador previsto en la LMADP. En ella relacionamos, tal como hace la ley, los tres conceptos explicados (hechos constitutivos de infracción, tipo de infracción y sanciones) y ponemos de manifiesto el error denunciado.

Figura 1. Estructura del régimen sancionador de la LMADP.

Por último, hay que tener presente el art. 33 LMADP, que determina los órganos a los cuales corresponde el ejercicio de la potestad sancionadora. Los colegios profesionales actúan respecto de los mediadores colegiados, de acuerdo con su normativa interna. Respecto de los mediadores que presten servicios de mediación para una Administración pública, es ésta la que lo ejerce, de acuerdo con el procedimiento y mediante los órganos que establezcan sus propias normas. Por último, respecto de los mediadores ajenos a los colegios profesionales que no presten servicios de mediadores para una Administración pública –en definitiva, los mediadores integrados en asociaciones profesionales, las cuales, al ser personas jurídicas privadas, no pueden ejercer la mencionada potestad sancionadora–, se establece, mediante un procedimiento aprobado por reglamento, que tiene la potestad para sancionar el consejero competente (siempre en Derecho civil) en caso de infracciones muy graves, el secretario general del departamento competente respecto de las infracciones graves y el director del centro directivo al que está adscrito el Centro de Mediación de Derecho Privado de Cataluña respecto de las leves. Esta construcción –que podría ser contestada– es interesante porque obedece a la necesidad de dar respuesta a la flexibilidad de los requisitos para ser habilitado como mediador que ha fijado la LMADP. La Ley 1/2001

se ceñía al hecho de la colegiación, pero el vigente art. 3 incluye el pertenecer a una asociación profesional o el prestar servicios como mediador en la Administración. Era necesario diseñar soluciones específicas para que estas personas pudieran ser sancionadas.

7.2 La organización de la mediación: los diferentes servicios de mediación

Los mediadores no actúan de forma solitaria/independiente, y más en sede de mediación pública –núcleo de las regulaciones existentes–. Cuentan con el apoyo y la supervisión de determinados organismos, quienes contribuyen a la administración adecuada de la institución, al mismo tiempo que velan por su consolidación.

7.2.1 El centro de mediación de Derecho privado de Cataluña

En Cataluña, el desarrollo de la mediación no puede entenderse sin el protagonismo del Centro de Mediación Familiar, que nace tras la entrada en vigor de la

Ley 1/2001. En realidad, la ley 1/2001 giraba entorno al Centro, regulado en los arts. 2 y 3. Era el eje vertebrador de la mediación pública en Cataluña, con la colaboración decisiva de los colegios profesionales que podían “suministrar” mediadores -abogados, psicólogos, pedagogos, educadores y trabajadores sociales-, cuyas funciones se detallaban en el art. 4. Era una regulación ubicada en el capítulo I (“Disposiciones generales”). La LMADP ha optado por un desarrollo normativo focalizado en el instituto de la mediación como tal y, por lo tanto, ha desplazado la regulación del Centro –ahora Centro de Mediación de Derecho Privado de Cataluña (CMDP)– en el capítulo IV, “Organización y registros”, si bien las tareas que se le otorgan básicamente coinciden.

El Centro “tiene por objeto promover y administrar la mediación. ... y facilitar el acceso” (art. 20.2 LMADP). Eso incluye, entre otras funciones: (i) la gestión de los registros generales de personas mediadoras en el ámbito familiar y de personas mediadoras en los ámbitos del Derecho privado (art. 21. c) LMADP); (ii) homologar, a efectos de la inscripción de las personas mediadoras en los registros correspondientes, los estudios, los cursos y la formación específica en materia de mediación (art. 21. d) LMADP); (iii) establecer los requisitos de actualización de conocimientos que garanticen la plena aptitud de la persona mediadora y, de la misma manera, promover la especialización de los mediadores en diferentes ámbitos (art. 21. e) LMADP); (iv) facilitar las sesiones informativas gratuitas, tanto a solicitud directa de las partes como a instancia judicial o por derivación de otros órganos activos titulares de servicios públicos con competencia en materia de resolución de conflictos familiares y de Derecho privado (art. 21. f) LMADP); (v) dar curso a las mediaciones provenientes de las autoridades judiciales y administrativas competentes y hacer el seguimiento (art. 21. gr) LMADP); (vi) designar a la persona mediadora a propuesta de las partes o cuando la mediación es instada por la autoridad judicial (art. 10 y 21. h) LMADP); (vii) hacer el seguimiento del procedimiento de mediación y arbitrar las cuestiones organizativas que se susciten y no formen parte del objeto sometido a mediación (art. 21. i) LMADP); (viii) enviar al colegio profesional correspondiente las quejas o las denuncias que se presenten como consecuencia de las actuaciones de las personas mediadoras inscritas en sus registros y hacer el seguimiento (art. 21. n) LMADP); y (ix) promover la colaboración con colegios profesionales, administraciones locales y otras entidades públicas, y también con los cuerpos de policía, para facilitar que la información y el acceso a la mediación lleguen a todos los ciudadanos (art. 21. o) LMADP.

7.2.2 Los colegios profesionales como colaboradores del CMDPC

Los colegios profesionales, como hemos apuntado, desarrollan una importante tarea en la gestión de la mediación. El actual art. 22 LMADP establece que pueden:

- a) Gestionar el registro de personas mediadoras que estén colegiadas y comunicar las altas y bajas al Centro de Mediación de Derecho Privado de Cataluña.
- b) Proponer al Centro de Mediación de Derecho Privado de Cataluña la persona mediadora cuando las partes se dirijan al colegio profesional.
- c) Llevar a cabo la formación específica y declarar la capacitación de las personas mediadoras.
- d) Cumplir la función deontológica y disciplinaria con respecto a los colegiados que ejercen la mediación.
- e) Comunicar al Centro de Mediación de Derecho Privado de Cataluña las medidas adoptadas como consecuencia de los expedientes disciplinarios abiertos a personas mediadoras.
- f) Colaborar con el Centro de Mediación de Derecho Privado de Cataluña en el fomento y la difusión de la mediación.
- g) Introducir, en el ámbito de la formación especializada que lleven a cabo, el estudio de las técnicas de mediación, de negociación y de resolución alternativa de conflictos.
- h) Elaborar propuestas y emitir los informes sobre los procedimientos de mediación que le pida el Centro de Mediación de Derecho Privado de Cataluña.
- i) Elaborar una memoria anual de las actividades del colegio profesional en el ámbito de la mediación, que se tiene que enviar al Centro de Mediación de Derecho Privado de Cataluña.
- j) Llevar a cabo formación de capacitación en materia de violencia en el ámbito familiar, con el fin de detectar e identificar situaciones de riesgo, prestando una atención especial a aquéllas que afecten a personas en situación de dependencia.

La lectura del precepto ya visibiliza la cotidiana relación con el centro. Los colegios profesionales –durante la vigencia de la Ley 1/2001, los cinco repetidamente citados– han colaborado tanto en la gestión del registro del CMF, como en la formación y en el control de la actividad de mediación, con el ejercicio de la potestad san-

cionadora. Por eso hemos decidido incorporarlos bajo la rúbrica de los servicios de mediación, a pesar de su naturaleza específica.

En la nueva regulación, ya no se identifican las profesiones que posibilitan actuar como mediador y, por tanto, el requisito de la colegiación se satisface en cualquiera de los colegios existentes –si bien parece necesaria la firma de un convenio o protocolo con el Centro–. A la vista del art. 22, hay que señalar que no se mantiene la función de “hacer el seguimiento de las mediaciones llevadas a cabo por los colegiados” (art. 4.4 Ley 1/2001).

7.2.3 Los servicios vinculados a las administraciones locales

En Cataluña, como se constata en el capítulo que aborda la mediación comunitaria, existe un importante número de servicios públicos de mediación fruto de la iniciativa tanto de los ayuntamientos como de los consejos comarcales. Sus representantes se implicaron durante el proceso de elaboración de la LMADP, porque la ampliación del objeto de la mediación gestionada por el Centro de Mediación Familiar, que incorporaba los conflictos sobre otras materias de Derecho privado –y ampliaba la tipología de conflictos familiares–, los afectaba. Los servicios locales, en la práctica, actúan sobre conflictos privados que también identifica la LMADP, por eso querían contribuir. Existía una cierta preocupación sobre el hecho de que reconocimiento legal de las competencias del Centro pudiera suponer una postergación de las propias, sencillamente por falta de presencia, podríamos decir, normativa. Pero el legislador era consciente de la situación real y de la tarea desarrollada y, por eso, la LMADP ya establecía en el Preámbulo: “reconoce la capacidad de autoorganización de las administraciones locales y de otras entidades públicas para establecer, en el ámbito de sus competencias, actividades y servicios de mediación, de acuerdo, en todos los casos, con los principios que establece el capítulo II” (art. 27 LMADP). Se crea, además, el Registro de servicios de mediación ciudadana para facilitar el acceso de los usuarios al servicio de mediación, cuya estructura y gestión se establecerán por reglamento (art. 28 LMADP). Previsiblemente éste será uno de los puntos nucleares del desarrollo reglamentario, dado que no es una publicidad acrítica, sino que comporta, para poder ser inscrito, el cumplimiento de determinados requisitos de prestaciones y de calidad, que habrá que debatir.

7.2.4 La Junta de Arbitraje y Mediación de los contratos de cultivo y de los contratos de integración de Cataluña

Este órgano administra el servicio de la mediación. La Junta actúa como entidad que gestiona el servicio de mediación, pero no lo presta directamente sino que lo encarga al mediador que designa. El Dictamen de la Comisión Jurídica Asesora del proyecto de Decreto subrayaba que la Junta cumple, en su ámbito, funciones análogas a aquéllas que tiene, en el ámbito del Derecho privado, el Centro de Mediación de Derecho Privado de Cataluña.

La Junta es el órgano de naturaleza arbitral y de mediación competente para entender de todas las cuestiones litigiosas relacionadas con la aplicación de las leyes 1/2008, de 20 de febrero, de contratos de cultivo, y 2/2005, de 4 de abril, de contratos de integración (art. 2.2.1 del Decreto 170/2009, de 3 de noviembre, por el cual se regula la Junta de Arbitraje y Mediación de los contratos de cultivo y de los contratos de integración de Cataluña). La Junta se estructura en un presidente o presidenta, el Pleno y dos secciones, la Sección de Arbitraje y Mediación de Contratos de Cultivo, por un lado, y la Sección de Arbitraje y Mediación de Contratos de Integración, por otro, que tienen en materia de mediación las siguientes funciones (art. 8.2):

- a) El análisis y el estudio de las peticiones de mediación que se presenten.
- b) Admitir o no a trámite las peticiones de mediación.
- c) Resolver sobre las recusaciones y abstenciones de personas miembros de la sección que se planteen.
- d) El asesoramiento que requiera la persona mediadora o las partes, con el fin de llegar a un acuerdo.
- e) Hacer el seguimiento del procedimiento de mediación y arbitrar la solución de las cuestiones organizativas que se susciten y no formen parte del objeto sometido a mediación.
- f) El impulso y la tramitación de los diferentes trámites del procedimiento.
- g) La designación de la persona mediadora.
- h) Cualquier otra que le encargue el Pleno de la Junta.

7.2.5 El Consejo Superior de la Cooperación

El Consejo Superior de la Cooperación es un ente de naturaleza consultiva (art. 152 Ley 18/2002, de 5 de julio, de cooperativas) dependiente del Departamento de Tra-

bajo, y ejerce, además de las competencias que fija el art. 153 de la Ley 18/2002, funciones de administración de un servicio de mediación específico para el ámbito cooperativo⁸². Sin embargo, tal como sucede con la Junta de Arbitraje y Mediación de los contratos de cultivo y de los contratos de integración de Cataluña, la gestión del servicio no abarca su prestación efectiva, que se encomienda a un mediador habilitado y designado por el propio Consejo (artes. 12 y 13 RPCMACoop). El procedimiento de mediación se configura como esencialmente gratuito, a menos que la persona mediadora no sea personal funcionario, caso en que se devengan los honorarios establecidos al efecto por el propio Consejo (art. 6 RPCMACoop). De acuerdo con el art. 2 RPCMACoop, los conflictos que pueden ser sometidos a la mediación del Consejo tienen que derivar necesariamente de la actividad cooperativa y versar sobre materias de libre disposición, entre las personas y las entidades siguientes: a) entre personas socias de una cooperativa; b) entre personas socias de una cooperativa y la cooperativa a la cual pertenezcan; c) entre una cooperativa y la federación donde se encuentra afiliada; d) entre cooperativas; y e) entre federaciones de cooperativas o entre éstas y la Confederación de Cooperativas de Cataluña (como se ha mencionado en el apartado del objeto de la mediación).

7.2.6 Las comisiones de convivencia de los centros educativos no universitarios y la USCE

De acuerdo con el DRCCE en cada centro –público o concertado– se tiene que constituir una comisión de convivencia, que tiene como finalidad garantizar una aplicación correcta de aquello que dispone este decreto así como colaborar en la planificación de medidas preventivas y en la mediación escolar (art. 6.1 DRCCE). De conformidad con el art. 30.5 de la Ley 12/2009, de educación de Cataluña, que consolida la generalización de la mediación como medio de resolución de conflictos en este ámbito, los centros educativos tienen que concretar en sus reglamentos de régimen interior el procedimiento de mediación previsto en el decreto (art. 5.3 DRCCE). No obstante, es el director o la directora del centro quien propone a las personas mediadoras, dado que en el ámbito escolar siempre se hace comediación, en los casos de conductas que infringen las normas de convivencia del centro (art. 27. 1 DRCCE).

En el marco del Programa de mediación y convivencia escolar, el curso 2005-2006 el Departamento de Educación creó una Unidad de Soporte a la Convivencia Esco-

lar (USCE) que, entre otras funciones, asesora y colabora con los centros en la gestión de los conflictos de convivencia. Paralelamente, la USCE también lleva a cabo funciones de promoción de la mediación y de formación para la mediación en los centros. Con el fin de aumentar su cobertura y de incrementar su eficacia, el año 2008 se creó la Red de intervención en la gestión del conflicto grave, con el objetivo de desplegar a personas formadas para el ejercicio de sus funciones a cada servicio educativo, actualmente en fase de plan piloto (hasta el 2010).

7.2.7 Los organismos públicos dedicados a la mediación en consumo y la mediación privada

El sistema arbitral de consumo incluye una fase previa de mediación, en la cual existe una fuerte presencia de organismos públicos a diferentes niveles. El CConsumo contempla los llamados “servicios públicos de consumo” que pueden ejercer, entre otras, la función de gestionar las reclamaciones por medio de la mediación en materia de consumo (art. 126.10.1. c.), así como “recibir, gestionar y resolver las quejas y reclamaciones, como mínimo, de las personas consumidoras domiciliadas en su demarcación territorial, llevar a cabo la mediación y, en su caso, dirigirlas al sistema arbitral de consumo” (art. 126.10.2). El mismo CConsumo prevé un registro de estos servicios que en la actualidad se está gestando, pero son fácilmente identificables diferentes órganos que actualmente entran dentro de esta denominación:

- *Juntas arbitrales de consumo:* tienen, entre otras, específicamente encomendada la función “de asegurar el recurso a la mediación previa al conocimiento del conflicto por los órganos arbitrales, excepto que no proceda conforme a aquello previsto en el artículo 38” (arts. 5.f y 6 RDSAC). La Junta Arbitral de Consumo de Cataluña depende de la Agencia Catalana de Consumo y es la única de ámbito autonómico, aunque existen 8 juntas arbitrales de carácter local.
- *Oficinas comarcales de información al consumidor* (OCICs): suelen depender de los consejos comarcales y algunas de ellas (actualmente 26) tienen firmado un convenio de colaboración con la Agencia Catalana de Consumo con el fin de llevar a cabo tareas de defensa de los consumidores, entre ellas, la mediación.
- *Oficinas municipales de información al consumidor* (OMICs) que son servicios de los ayuntamientos

tos, que llevan a cabo la gestión de las reclamaciones y la mediación.

Además, hay que tener presente que cuando la reclamación presenta un elemento transfronterizo, las reclamaciones y la correspondiente mediación pueden dirigirse a la Sección de Consumo Europeo, inscrita dentro de la Agencia Catalana de Consumo, que gestiona las reclamaciones de personas consumidoras residentes en Cataluña en sus relaciones con las empresas y profesionales domiciliados por toda la UE; y de personas consumidoras de la UE en sus relaciones de consumo con empresas domiciliadas en Cataluña.

A parte de los servicios públicos de consumo, también las organizaciones de personas consumidoras pueden llevar a cabo tareas de mediación (art. 126-4 CConsumo). Así, las asociaciones de consumidores son los agentes de la mediación privada en consumo en Cataluña.

El Real decreto dispone en el art. 38.2 que la mediación se regirá por la legislación sobre la materia que resulte de aplicación. A ella debemos remitirnos para conocer los requisitos de habilitación y capacitación del mediador y el sistema o procedimiento para su designación.

7.3 Otros profesionales en la mediación

Además del mediador, hay otros profesionales que pueden intervenir, directa o indirectamente, desde las diferentes personas que derivan las partes a mediación, hasta el abogado, que tiene un papel preponderante en la defensa de los intereses de sus clientes, pasando por los técnicos, colaboradores del mediador en el procedimiento, para que intervengan como expertos, quienes tienen que ajustar su intervención a los principios de la mediación (art. 3 LMADP).

7.3.1 El rol del abogado

El abogado, en tanto que garante de los derechos y de los intereses de las personas, tiene un papel relevante antes, durante y después del procedimiento de mediación (vid. Ortuño, 2009). Cómo hace notar el Preámbulo LMADP (§ 10):

“La función de la abogacía en el procedimiento de mediación es una garantía para la salvaguardia de los derechos de los ciudadanos. Por esta razón, deben establecerse los protocolos de actuación para que el abogado o abogada se constituya en el principal valedor de la mediación hacia

sus clientes, como una alternativa más efectiva e indicada, en determinados casos, que la pugna judicial clásica. Pero para ello, como ocurre en el sistema de confrontación procesal, el abogado o abogada debe tener definido de forma adecuada su papel en el procedimiento de mediación, para que en ningún caso considere que los intereses de sus representados pueden verse perjudicados por falta de asesoramiento legal”.

El abogado es -entre otros- un profesional que puede derivar a mediación cuando la situación del cliente así lo ponga de relieve. Por otra parte, una vez iniciada la mediación, es la persona indicada para resolver las dudas jurídicas, las cuestiones técnico-jurídicas que surgen a lo largo del procedimiento. Acabado éste, el abogado es el profesional adecuado para comprobar que los acuerdos alcanzados garanticen los derechos de su cliente a la vez que lo puede orientar a fin de que estos acuerdos tengan carácter ejecutivo. Consecuentemente, el art. 19 LMADP prescribe que los abogados de las partes pueden trasladar el acuerdo alcanzado mediante la mediación al convenio regulador o al documento o protocolo correspondiente, a fin de que se incorpore al proceso judicial en curso o a fin de que se inicie, para que sea ratificado y, en su caso, aprobado. Es una referencia necesaria en una regulación sobre mediación por diferentes motivos.

En primer lugar, porque contribuye a fijar la fuerza de los acuerdos adoptados. En segundo lugar –por connotaciones de política legislativa– porque es una buena manera de visibilizar que el éxito de la mediación va ligado también a la intervención de los abogados, que no son los excluidos del procedimiento, sino actores relevantes para la mejor resolución. Ante las reticencias, que aún perduran, de sectores de la abogacía⁸³, el reconocimiento normativo de una tarea que a menudo están haciendo, y que es una garantía de la legalidad del acuerdo y de su mejor ejecución, contribuye a consolidar la mediación como mecanismo de gestión de conflictos.

Los ET se pronunciaron sobre la figura del abogado en el procedimiento de mediación y mayoritariamente consideraron que los abogados pueden presenciar las sesiones de mediación. De todas maneras, el equipo de mediación familiar estimó que pueden estar presentes en las sesiones informativas, pero que no es recomendable que asistan a las sesiones de mediación ya que las partes pueden sentirse incómodas (delante, sobre todo, del letrado de la parte contraria). Para ellos, la presencia de los abogados es contradictoria con respecto a la propia esencia de la mediación en que las partes son los actores del proceso de gestión de su conflicto. En todo caso, si a causa de la situación concreta se ve necesa-

ria la presencia de los abogados durante las sesiones de mediación o no es posible llevarla a cabo sin ellos, tendrán que estar presentes los abogados de todas las partes para garantizar el equilibrio de fuerzas.

Aún reconociendo la importante tarea de la abogacía en el ámbito de la defensa y promoción de las ADR y la mediación, se tiene que tener en cuenta que, en un ámbito emergente, los intereses corporativos pueden tener un papel de defensa de la profesión ante otras opciones que se tendría que evitar en un campo tan plural. En realidad, su papel es más relevante en función de los efectos que se quieran otorgar a los acuerdos que se adopten. De nuevo, aparece la pirámide de la mediación, que podría ligarse a parcelas de juridicidad específicas.

El legislador catalán no incluyó ninguna referencia al papel de los abogados de las partes –que sólo en determinados ámbitos pueden ser preceptivos–. De hecho, el art. 3.2 (“Personas mediadoras”) menciona que el mediador puede contar con “la colaboración de técnicos, para que intervengan como expertos... Estos profesionales deben ajustar su intervención a los principios de la mediación”. Podría pensarse en la intervención de un abogado ajeno al de las partes, si bien en la práctica podría ser problemático, porque por una parte encarece el procedimiento y por otra puede incrementar la desconfianza de los abogados de las partes. Además, la misma ley establece que el mediador recuerda a las partes “la conveniencia de recibir asesoramiento jurídico durante la mediación”, (art. 15.2), por tanto, las tareas de los abogados no se cuestionan. De lo que se trata, en definitiva, es de fijar si pueden estar presentes a las sesiones o no, y consideramos que, en el momento actual, lo más adecuado es no contemplarlo legalmente. Una prescripción general, incluso como mera posibilidad, no beneficiaría necesariamente el desarrollo del procedimiento.

7.3.2 El juez en la mediación

El juez tiene un papel preeminente en los supuestos de la mediación que llamamos “intrajudicial”, es decir, una vez el conflicto ha llegado al ámbito jurisdiccional. Justamente, la primera mención de la mediación en el ordenamiento catalán fue en el art. 79.2 del Código de familia de 1998 –derogado por la ley 25/2010 del Libro segundo del Código Civil de Cataluña, relativo a la persona y la familia–, que se centraba en esta competencia del juez.

Su papel debe situarse tanto al inicio como al final del proceso de mediación. Al inicio, como derivador de la mediación (aunque no es el único). La Directiva enfatiza la función del juez, como impulsor/inductor del proce-

dimiento (art. 3: “[s]ugerido u ordenado por un órgano jurisdiccional...”), pero explícitamente desligado de su funcionamiento efectivo (“Incluye la mediación llevada a cabo por un juez que no sea responsable de ningún procedimiento judicial vinculado a dicho litigio. No incluye las gestiones para resolver el litigio que el órgano jurisdiccional o el juez competentes para conocer de él realicen en el curso del proceso judicial referente a ese litigio”). En otras palabras, un juez no puede actuar después como mediador respecto del conflicto del cual ha tenido conocimiento en el ejercicio de su función jurisdiccional. Éste es un dato bastante relevante, frente a determinadas iniciativas desarrolladas en EEUU.

En el cuestionario dirigido a jueces y magistrados, se les preguntó qué motivos los inducían a derivar a mediación: el 81,6% consideró que el bienestar de las partes, mientras que un 60,5% mencionaba la reducción del número de contenciosos en los juzgados, junto con el de dar un buen servicio público, apoyado por el 50%. Estos porcentajes son especialmente interesantes si se relacionan con las finalidades descritas de la mediación, donde el propósito fundamental era el protagonismo de las partes en la gestión de su conflicto, sin perjuicio de la voluntad de “descongestionar” los tribunales –la referencia a un buen servicio público tiene también que ver con esta finalidad, porque permite a la autoridad judicial concentrarse en los supuestos que superan la capacidad de interlocución de las partes. Véase Anexo 4 del Libro Blanco–.

Al final de la mediación la autoridad judicial tiene también funciones específicas: por un lado, le corresponde comprobar si los acuerdos adoptados por las partes preservan los derechos de las personas que merecen una particular protección (art. 19 LMADP) –fundamentalmente menores o incapacitados– y, por otro lado, a instancia de parte, le corresponde homologar los acuerdos y otorgarles el carácter ejecutivo necesario para hacer cumplir por la vía del procedimiento ejecutivo los compromisos alcanzados por las partes.

7.3.3 Los otros actores en los procedimientos judiciales

Junto con los jueces, es importante determinar, y en su caso identificar, si son posibles otros actores derivadores en el seno del procedimiento judicial. Creemos que puede resultar beneficioso legitimar a otros sujetos, especialmente el Ministerio Fiscal, o los secretarios judiciales (Ortuño, 2006). Hay que subrayar que los encuestados se mostraron muy favorables al hecho de que el fiscal

pueda derivar a mediación (73,5%), así como los abogados o los equipos psicotécnicos (ambos con un 64,7%) y los secretarios judiciales (un 38,2%). Incluso, un 5,9% apuestan por otros actores, sin identificarlos. Ciertamente, la LMADP no los recoge, una carencia que se podría solventar mediante la elaboración de protocolos sobre la mediación intrajudicial. Debe tenerse especialmente en cuenta que la implantación de la nueva oficina judicial en el Estado español (a partir de la Ley 13/2009, de 3 de noviembre, de reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva Oficina Judicial) comporta unas nuevas funciones de los secretarios judiciales, quienes pueden convertirse en los grandes impulsores y gestores de la mediación intrajudicial (Vivas Martínez, 2009). Por eso es muy importante involucrarlos en los procesos, porque están acostumbrados a ser los primeros interlocutores de los servicios de mediación de la Administración –es decir, inicialmente, del Centro de Mediación de Derecho Privado de Cataluña, sin perjuicio de que se puedan establecer convenios o protocolos con servicios de mediación comunitaria local.

7.4 Las partes. La intervención de los menores

Normativamente, se atiende a las partes con relación a su capacidad para intervenir en un procedimiento de mediación. Parece incontrovertible que las personas que tienen capacidad de obrar y un interés legítimo pueden instar e intervenir en un procedimiento de mediación (así, art. 4.1 LMADP), si bien es una prescripción que no explicitan otras leyes autonómicas. El núcleo de la cuestión, respecto de las partes es, a nuestro juicio, el alcance de la participación de los menores de edad (vid. Hinojal, 2008). El artículo 4.2 establece que pueden intervenir en los procedimientos de mediación que les afecten, si tienen suficiente juicio, y, en todos los casos, los mayores de doce años. Además, excepcionalmente pueden instar por sí mismos la mediación en los conflictos derivados de las cuestiones de naturaleza dispositiva en materia de filiación, adopción y acogimiento, y también de las situaciones entre la persona adoptada y su familia biológica o entre los padres biológicos y los adoptantes, como consecuencia de haber ejercido el derecho a conocer los datos biológicos (art. 2.1.d LMADP); del ejercicio de la potestad parental y del régimen y la forma de ejercicio de la custodia de los hijos (art. 2.1.e) LMADP); conflictos relativos a la comunicación y a la relación entre progenitores, descendientes, abuelos, nietos y otros parientes y personas del ámbito familiar (art. 2.1.f LMADP). La po-

sibilidad de intervenir en los procedimientos va ligada al derecho de audiencia -como una especificidad del principio superior del menor. Correlativamente, al regular la actividad del mediador, se acuerda “la necesidad de velar por el interés superior en juego” (art. 13.c). Ahora bien, no ha parecido necesario un artículo como el art. 14 LM Castilla-La Mancha [Protección de los intereses de la personas menores o incapaces]: “2. El mediador oirá las personas menores o incapaces si tuvieren suficiente juicio y en todo caso, a los menores de más de doce años”, porque establecer una obligación de estas características puede contestar la deseable flexibilidad del procedimiento. Hay que dar la máxima autonomía a la persona mediadora.

Puede afirmarse que el criterio del legislador ha sido avalado, a posteriori, por las respuestas de los grupos de trabajo y de los jueces y los magistrados a la cuestión de si los menores deberían intervenir en la mediación familiar referida a una ruptura de pareja y si tiene que ser una opción a decidir por el mediador. Los ET coinciden en que sí pueden participar, sobre todo los adolescentes y siempre que se trate de temas que los afectan directamente. El ET 5, de mediación familiar, fue más allá, al matizar que en estos últimos supuestos, el mediador “tiene que hacer visibles a los niños como parte que tiene que decir algo sobre la manera de gestionar el conflicto”. Los jueces y los magistrados encuestados consideran que la participación del menor en la mediación es decisión del mediador (44,7%), aunque en un porcentaje no menor estiman que no tiene que intervenir en el procedimiento (28,9%) o que tiene que ser la autoridad judicial quien lo decida (21,1%) -una opinión que no compartimos, porque el juez tiene que ser ajeno al procedimiento de mediación en sí mismo-. Sólo un 5,3% entiende que el niño siempre tiene que intervenir.

La LMADP establece de manera expresa –y es una novedad respecto de la Ley 1/2001– que en los casos en que haya contradicción de intereses, los menores de edad pueden participar asistidos por un defensor o defensora (art. 4.2 *in fine*)⁸⁴. En el marco del Derecho penal, el art. 19.6 LORPM contempla el caso de que la víctima con quien el menor imputado tiene que llevar a cabo la mediación sea también menor de edad, y exige que sea asumido por su representante legal, con la aprobación del juez de menores.

La LMADP no especifica nada en cuanto a los incapacitados. En este caso, son de aplicación las normas generales según las cuales podrá intervenir en el procedimiento, cuando tenga capacidad natural de querer y entender y, en su caso, según se indique en la sentencia judicial de incapacitación (art. 200 y ss. CCE). Cierta-

mente, es una carencia, pero se estima una carencia menor, aunque podría hacerse una mención explícita en una hipotética reforma. De hecho, el art. 19.6 LORPM sí contempla a la víctima incapaz y fija el mismo criterio que veíamos en el apartado anterior.

8 El procedimiento de mediación

Es sabido que la práctica de la mediación se realiza, en buena parte, al margen de la regulación, que sólo abarca determinados ámbitos. Sin embargo, incluso allí donde la norma jurídica no llega, se observa cierta protocolización del procedimiento. Por otra parte, dado que la regulación actual de la mediación atiende básicamente a la mediación “pública”, resulta necesario fijar determinados parámetros, incluso desde la necesidad de la cuantificación económica ulterior.

La LMADP se centra en determinados aspectos “nucleares”, que permiten garantizar su correcto desarrollo (sesión informativa previa y designación del mediador, art.11). Asimismo, dibuja sus límites (inicio, reunión inicial, duración y fin del procedimiento, acuerdos, arts. 12, 15, 17, 18 y 19) y prevé determinados aspectos económicos (art. 27). Es en sede reglamentaria donde se perfilan más minuciosamente los caracteres del procedimiento, precisamente para acentuar que se alude a mediaciones gestionadas por el Centro de Mediación. Lo ratifica el mismo art. 10 LMADP (“El ámbito de aplicación del procedimiento de mediación”), cuando explicita que el procedimiento se aplica a “las mediaciones familiares demás materias de Derecho civil desarrolladas por los mediadores designados por el órgano de mediación del departamento competente en materia de Derecho civil” y a las mediaciones desarrolladas por otras entidades que hayan firmado convenios con el Departamento “si lo establece el propio convenio”. En defecto de referencia explícita en los convenios de colaboración –o incluso en defecto de convenio–, cada organismo de mediación puede articular sus propios protocolos procedimentales.

8.1 La sesión informativa previa

Primeramente, conviene destacar que la previsión explícita de una sesión informativa previa fue una aportación de la LMADP, que no encontramos en otras leyes auto-

nómicas. Constituye normalmente el fruto de una decisión discrecional de la autoridad jurisdiccional, quien, cuando el proceso judicial ya se ha iniciado y si las circunstancias del caso lo hacen aconsejable, puede disponer que las partes asistan a una sesión informativa sobre la mediación (arts. 11.4 LMADP y 233-6.3 CCCat). El órgano encargado de facilitarlas es el Centro de Mediación de Derecho Privado de Cataluña, no sólo a instancia judicial, sino también a solicitud directa de las partes o por derivación de otros órganos activos titulares de servicios públicos con competencia en materia de resolución de conflictos familiares y de Derecho privado (art. 12.2.a).

En la sesión informativa previa, las personas son asesoradas sobre el valor, las ventajas, los principios y las características de la mediación; se les proporciona, en definitiva, suficientes elementos de juicio para decidir, sobre la base de este conocimiento y del caso concreto, si optan o no por someter su conflicto a mediación (11.1 LMADP).

La LMADP se limita, sin embargo, a enunciar la finalidad de las sesiones informativas (art. 11) y a recalcar que son totalmente compatibles con el principio de voluntariedad, incluso cuando el juez obliga a las partes a asistir a ellas (vid. § 11 Preámbulo)⁸⁵. No se manifiesta, en cambio, sobre la manera en qué se tienen que llevar a cabo y, en concreto, sobre si tienen que ser particulares (sólo para las personas implicadas en un determinado conflicto) o generales (para personas implicadas en diferentes conflictos y, en este caso, de igual o diferente tipo). Por eso, y ante la posibilidad de una futura ley general de mediación –o, cuando menos, el desarrollo reglamentario de la LMADP–, se pidió a los ET cómo las consideraban más adecuadas. Todos se decantaron por el carácter particular de las sesiones. No obstante, dada la función preventiva que puede tener la mediación, los grupos de mediación escolar y familiar destacaron la utilidad de sesiones informativas generales. En este sentido, el APrLMACM prevé expresamente la organización de “sesiones informativas abiertas para aquellas personas que pudieran estar interesadas en acudir a este procedimiento” (art. 19.2), que sitúa en el capítulo IV (“Procedimiento de mediación”), una ubicación sistemática a nuestro parecer deficiente, porque confunde el supuesto en que existe un conflicto, y se da una información sobre una institución configurada para gestionarlo, y lo que es una política de difusión general, que tendría que ir en el apartado de fomento correspondiente (o en una disposición adicional).

Una última duda que se plantea en relación con la sesión informativa es si las partes tienen que hacerse cargo de los gastos que genera. La LMADP opta por la gra-

tuidad de las sesiones al atribuir al CMDPC la función de “facilitar las sesiones informativas gratuitas...” (art. 21). Ésta es la conclusión lógica, dado que una de las finalidades de la LMADP es promover el recurso a la mediación. Es diferente, obviamente, de la gratuitidad del procedimiento de mediación, ligada a la existencia de unas circunstancias concretas de las partes. Sorprende que el AprLMACM –en el desdichado art. 19.1 apartado 2– establezca que “en los supuestos de mediación obligatoria las sesiones informativas serán gratuitas”, dado que, *a sensu contrario*, da a entender que en los otros supuestos habría que abonarlas.

8.2 La designación del mediador: especial referencia a la recusación

Las normas catalanas sobre mediación se refieren a la designación del mediador de manera lacónica. En general, se pronuncian sobre a quién corresponde designar al mediador y las personas que pueden ser designadas, pero sólo la LMADP se refiere a la posibilidad de que la persona designada decline la designación y a la cuestión de su recusabilidad por las partes. Según el artículo 20.2 LMADP, el órgano encargado de “promover y administrar la mediación regulada por esta ley y facilitar el acceso” es el CMDPC, adscrito al Departamento de Justicia (art. 20.1 LMADP). Entre sus funciones, enumeradas en el artículo 21 LMADP, figura: “h) Designar a la persona mediadora a propuesta de las partes o cuando la mediación es instada por la autoridad judicial. La Ley distingue entre la “propuesta” de mediador y su “designación” efectiva. La propuesta la pueden hacer las partes directamente o mediante un colegio profesional (art. 22. b) o el mismo CMDPC cuando la mediación es instada por la autoridad judicial. Las partes pueden también designar mediador de común acuerdo, pero siempre de entre los inscritos en el Registro general del CMDPC. Si no lo hacen –ya sea porque no lleguen a un acuerdo, o porque prefieran que un tercero, ajeno, lo escoja–, tienen que aceptar la designación del CMDPC (art. 11.2 LMADP). En el ámbito de la LMADP, la designación del mediador constituye, por consiguiente, una función básica del CMDPC.

La normativa sectorial prevé ciertas especificidades en relación con la designación del mediador, derivadas del régimen de administración de la mediación previsto para cada ámbito concreto. Así, para los conflictos derivados de contratos de cultivo y de integración, designar mediador es una de las funciones propias de la Sección de Mediación de la Junta de Arbitraje y Mediación (art. 8.g DJAMCCCI). La Sección puede designar –el DJAMCCCI

habla de “nombrar”– un miembro de la propia Sección o bien presentar una petición al CMDPC, a los colegios profesionales o a las universidades, para que sean éstos, en función del objeto de la mediación, los que lo hagan (art. 21.1 DJAMCCCI).

En el ámbito escolar, es el mismo centro educativo donde surge el conflicto el encargado de administrar el servicio de mediación, tanto si la demanda de mediación surge del alumnado como si se inicia por la aceptación del ofrecimiento de mediación hecho por el centro (art. 27 DRCCE). Las normas sobre mediación previstas por el DRCEE manifiestan que los centros disfrutan de un alto grado de autonomía en la gestión del servicio. De hecho, la única previsión normativa relativa a la designación del mediador se refiere a los supuestos en que la iniciativa procede del centro. Así, el art. 27.1 DRCCE dispone que, en estos casos, el director tiene que proponer, en el plazo máximo de dos días hábiles, una persona mediadora, de entre los padres, madres, personal docente y personal de administración y servicios del centro, que dispongan de formación adecuada, para conducirlo.

Con respecto al ámbito cooperativo, el Consejo Superior de la Cooperación es el encargado de designar, a propuesta de las partes, al mediador “entre una lista constituida tanto por personal funcionario del grupo A, subgrupo A1, adscrito al departamento competente en materia de cooperativas como por personas de reconocido prestigio profesional en el ámbito cooperativo” (art. 13 RPCMACoop).

Finalmente, en materia de consumo habrá que esperar el desarrollo reglamentario del CConsum para saber quién es el encargado de administrar el servicio de mediación en ese ámbito. La práctica actual de la Agencia catalana de Consumo es asignar un mediador de entre su personal en función del tipo de conflicto.

En clave estatal, El APrLMACM establece que “el mediador será designado por las partes de mutuo acuerdo” y que “a falta de acuerdo entre ellas, efectuará su designación una institución de mediación” (art. 21.1).

La designación del mediador no es necesariamente firme. Como hemos visto al tratar el principio de imparcialidad, la LMADP obliga al mediador a declinar la designación si observa conflicto de intereses o si mantiene vínculos de parentesco o amistad íntima o enemistad manifiesta con alguno de los mediados (art. 6.3). Además, prevé la posibilidad de que las partes recusen el nombramiento (art. 6.5) –obviamente, la recusación sólo tiene sentido cuando la designación del mediador no la realizan las partes de mutuo acuerdo–. Por su parte, el APrLMACM alude a los casos de “renuncia del media-

dor” (arts. 21.1 y 27.2) y de “necesidad de sustitución” (art. 21.1), sin tipificar las causas.

La oposición a la designación, ya provenga de las partes (recusación) o del mediador designado (declinación o renuncia), es un aspecto que todas las normas estudiadas tratan de manera insuficiente. Eso hace más valiosa la respuesta de los ET, que se ha focalizado en la posibilidad de que las partes recusen al mediador, con respuestas bien diferentes según el ámbito. En concreto, se preguntaba si se tenía que admitir la recusación por cualquier causa o si, al contrario, había que tasar el número (con el fin de impedir recusaciones meramente dilatorias). El grupo de mediación escolar (ET5) admite cualquier causa de recusación, mientras que, en el ámbito de la salud, más restrictivamente, sólo se admite en caso de conflicto de intereses. Así, el grupo de mediación comunitaria/ciudadana (ET4) mostró su especial preocupación por aquellos casos en que pudiera haber en la recusación una connotación de género o de raza, sin más precisión. En último lugar, hay que destacar la detallada respuesta del equipo de mediación familiar, que incluso propone un cierto orden procedural. Afirman que la parte recusadora tiene que alegar siempre una causa concreta y motivarla. Señalan que se tiene que escuchar tanto la parte recusadora como al mediador. Es evidente que su respuesta va ligada al hecho de que el mediador recusado ha sido designado por el CMDPC, de manera que se parte de un alto grado de institucionalización del procedimiento. Por lo tanto, si la designación es contestada hará falta una mínima fundamentación del porqué y garantizar el derecho de respuesta del mediador. Hay que tener en cuenta esta aportación de cara al desarrollo reglamentario de la LMADP.

8.3 El inicio de la mediación

Una vez designado el mediador, éste tiene que convocar a las partes a una primera reunión –reunión inicial–, que hay que plasmar en el acta de inicio del procedimiento de mediación.

8.3.1 La reunión inicial

En el ámbito de la LMADP, la palabra “reunión” designa el encuentro personal de las partes y el mediador (arts. 8.1 y 15). Las partes tienen que asistir a las reuniones personalmente sin que se puedan valer de representantes, salvo en situaciones excepcionales (art. 8).⁸⁶

La primera reunión es la “reunión inicial” (art. 15.1), que no se tiene que confundir con la “sesión informativa” vista *supra* (art. 11). Se distingue, en primer lugar, por la presencia en ella del mediador, que es quien la tiene que convocar (art. 15.1); en segundo lugar, porque en este estadio las partes ya han optado por la mediación (art. 11.1); y finalmente porque a diferencia de la sesión informativa, que es eventual, la reunión inicial es necesaria –la persona mediadora tiene el deber de convocar a las partes (art. 15.1). Reunión inicial y sesión informativa coinciden, sin embargo, en su contenido eminentemente informativo. En efecto, con independencia de que las partes hayan sido asesoradas en una eventual sesión informativa “sobre el valor, las ventajas, los principios y las características de la mediación” (art. 11.1), en la primera reunión el mediador tiene el deber de explicarles “el procedimiento, los principios y el alcance de la mediación”, así como, muy especialmente, informarles del derecho de cualquiera de ellas de darla por acabada en virtud del principio de voluntariedad (15.1). Además, la LMADP impone al mediador el deber de “informar a las partes de la conveniencia de recibir asesoramiento jurídico durante la mediación y de la necesidad de la intervención de un abogado o abogada designado libremente para redactar el convenio o el documento jurídico adecuado, sobre la base del resultado de la mediación” (art. 15.3). Eventualmente, el mediador puede también informar de “la conveniencia de recibir un asesoramiento específico diferente del jurídico” (art. 15.4). Además de la función informativa, la reunión inicial cumple una función planificadora, ya que en ella “la persona mediadora y las partes deben acordar las cuestiones que tienen que examinarse y deben planificar el desarrollo de las sesiones que pueden ser necesarias” (art. 15.2).

El DJAMCCI también hace referencia al primer encuentro entre las partes y el mediador, pero lo llama “primera sesión” (art. 21.3). Creemos más acertada la terminología de la LMADP, porque, en puridad, la “reunión inicial” no es una “sesión de mediación”, ya que las sesiones en sentido estricto se desarrollarán sólo a partir de la firma del acta inicial⁸⁷, que debe prever su número (art. 16.1 LMADP; art. 21.3 DJAMCCI). Además, mientras que a la “primera sesión” tienen que asistir necesariamente ambas partes, las sesiones propiamente dichas pueden ser conjuntamente con las dos partes o por separado con cada una de ellas, a criterio de la persona mediadora (ex art. 21.4 DJAMCCI). En cualquier caso, más allá de la cuestión terminológica, la única diferencia de relieve entre la “reunión inicial” de la LMADP y la “primera sesión” del DJAMCCI es que a esta última, además de

las partes y el mediador, asiste también el “secretario o secretaria” de la sección correspondiente (de contratos de cultivo o de contratos de integración), quien se encarga del levantamiento del “acta inicial”. (art. 21.3 DJAMCCCI).

8.3.2 El acta de inicio

El acta de inicio es el documento de formalización de la “reunión inicial”. De contenido tasado, en ella “debe hacerse constar la fecha, la voluntariedad de la participación de las partes y la aceptación de los deberes de confidencialidad” (art. 16.1 LMADP). La necesidad de la fecha responde a la limitada duración de la mediación (v. gr. máximo de 60 días hábiles en el ámbito de la LMADP o de dos meses según el DJAMCCCI y el APrLMACM), el plazo de la cual empieza a correr a partir del día de la reunión inicial (arts. 17 LMADP, 23 DJAMCCCI). Con respecto a la voluntariedad y a la confidencialidad, su constancia garantiza que el mediador ha cumplido con el deber de informar a las partes (arts. 15.1 LMADP y 21.3 DJAMCCCI). No obstante, dado que éstos no son los únicos principios que rigen el procedimiento, sería bueno que se exigiera una mención más general en la cual se dejara constancia de que en la reunión inicial el mediador ha suministrado a las partes toda la información legalmente requerida.

Además, en el acta de inicio “se tienen que establecer el objeto y el alcance de la mediación y una previsión del número de sesiones” (art. 16.1 LMADP)⁸⁸. Finalmente, tiene que contener las firmas de ambas partes, que se quedan un ejemplar, y del mediador (arts. 16.2 LMADP y 23.1 APrLMACM) o del secretario (art. 21.3 DJAMCCCI).

8.4 La duración del procedimiento de mediación. La posibilidad de instar una segunda mediación

Todas las leyes de mediación fijan la duración máxima del procedimiento, teniendo muy en cuenta las características concretas del ámbito en que éste debe desarrollarse. Se trata, en general, de plazos caracterizados por su brevedad⁸⁹, que responden a la voluntad de dar una solución extrajudicial rápida a las controversias (vid. 2º Considerando Directiva 2008/52/CE).

Como es lógico, la duración de un proceso concreto dependerá del grado de complejidad del conflicto. Éste es un aspecto que el legislador tiene que tomar necesariamente en consideración, permitiendo en las partes la

prórroga de los plazos o el aumento del número de sesiones. Otra opción no menos atractiva sería permitir que fueran las partes en función de las características del conflicto las encargadas de fijar en el acta inicial la duración del procedimiento. Aunque ninguna de las normas jurídicas analizadas prevé esta posibilidad, la voluntariedad de la mediación y la flexibilidad que define el procedimiento aconsejan tenerla presente, cuando menos en el ámbito de la mediación privada.

Hay que tener en cuenta, además, que por mucho que se fijen plazos con carácter inexorable, salvo los casos en que la norma lo limite expresamente, nada impide a las partes instar una nueva mediación una vez agotado el plazo de duración de la primera si todavía consideran posible alcanzar el acuerdo deseado. En realidad, entre la legislación analizada, sólo la LMADP (art. 12.3) exige el transcurso de un plazo determinado entre una mediación no exitosa y otra con el mismo objeto, que lo presenta como una particularidad del ámbito familiar. Ahora bien, el precepto incluye una excepción, que se liga a la esencia flexible de la mediación: “... a menos que el organismo competente aprecie que se dan circunstancias que aconsejan llevar a cabo antes una nueva mediación, especialmente para evitar perjuicios a los hijos menores, a las personas incapacitadas o a otras personas que necesitan una protección especial”.

La necesidad o no de dejar transcurrir un plazo entre mediaciones ha sido también abordada por los ET. En el ámbito laboral se responde afirmativamente, mientras que consideran que no los grupos de mediación comunitaria, penal y escolar⁹⁰. Sólo el grupo de mediación familiar, que a buen seguro ha tenido en cuenta el art. 12.3 LMADP, ha respondido con matices, aconsejando tomar en consideración todos los factores que afecten al caso.

La LMADP, bajo la rúbrica de “duración de la mediación” (art. 17), conjuga la necesidad de prever un plazo máximo de duración del procedimiento con la de exceptuar la regla en función de las necesidades del caso concreto. Así, según este precepto, “La duración de la mediación depende de la naturaleza y complejidad del conflicto, pero no puede exceder de los sesenta días hábiles, a contar desde el día de la reunión inicial. Mediante una petición motivada de la persona mediadora y de las partes, el órgano o la entidad competente puede prorrogar su duración hasta un máximo de treinta días hábiles más, en consideración a la complejidad del conflicto o al número de personas implicadas”. Con respecto al número de sesiones que las partes tendrán que prever en la reunión inicial (art. 16.1), la LMADP remite a un ulterior desarrollo reglamentario el establecimiento de un máximo que se tendrá que respetar

“tanto si la mediación acaba con acuerdo como si no” (art. 17.2).

En términos muy similares se expresa el artículo 23 DJAMMCCI, que fija la duración máxima del procedimiento en dos meses, pero sin admitir prórrogas. El DJAMMCCI no prevé el *dies a quo* a partir del cual se tiene que computar el plazo. No obstante, entendemos que, tal como sucede en el ámbito de la LMADP, los dos meses deberán contarse desde la fecha de la firma del acta inicial. En cuanto a las sesiones, tampoco fija el límite, aunque parece decantarse por un número reducido (“unas o más sesiones”).

Con respecto al ámbito cooperativo, el art. 14.3 RPC-MACoop establece también un periodo de dos meses prorrogable, de mutuo acuerdo entre las partes, hasta un máximo de un mes⁹¹. Se observan dos diferencias de relieve entre esta prórroga y la prevista por la LMADP. La primera es que la prórroga del art. 14.3 no se formula en términos de petición motivada. De ésta deriva la segunda: el mutuo acuerdo de las partes es suficiente para prorrogar. En relación con el *dies a quo*, dado el procedimiento previsto por el RPCMACoop no prevé la “reunión inicial”, los dos meses empiezan a contar “desde la notificación a las partes de la designación del mediador”.

Finalmente, en el ámbito escolar, el proceso de mediación se tiene que resolver en el plazo máximo de quince días desde la designación de la persona mediadora, teniendo en cuenta como particularidad destacable que las vacaciones escolares de Navidad y de Semana Santa interrumpen el cómputo (art. 28 DRCCE).

Para aquellos otros ámbitos sin regulación legal específica, nos apoyamos en los resultados obtenidos de las encuestas realizadas. Todos los grupos de trabajo, salvo el de mediación comunitaria, consideran necesario limitar la duración de la mediación. Las opiniones de los grupos divergen, en cambio, a la hora de proponer el plazo máximo del procedimiento (p. ej. seis meses según el grupo de mediación comunitaria y un mes para el grupo de mediación escolar), una disparidad que vendría determinada, en última instancia, por la misma naturaleza de los litigios. Sea como sea, todos los plazos propuestos son breves, sobre todo si se relacionan con los plazos propios de la justicia jurisdiccional. En todos los casos, este acortamiento es interpretado como un beneficio de la mediación.

8.5 Número de sesiones y duración

La LMADP remite al reglamento la fijación del número máximo de sesiones (art. 17.2). El art. 18 reglamento del 2002 –aplicable mientras no se apruebe el reglamento de desarrollo de la LMADP, en aquello que no la contradiga– parte de la distinción entre mediación total y parcial –una distinción que la LMADP evitó conscientemente– y establece un máximo de seis sesiones si la mediación es total, y un máximo de tres si es parcial. Cada sesión tiene que tener una duración máxima de 90 minutos.

Ciertamente, estos criterios tienen que ver con la necesidad, mencionada de manera recurrente, de acotar el procedimiento de la mediación “pública”. Han sido contestados con base al necesario margen del mediador para conducir el procedimiento, sin embargo, dado que era imprescindible fijar un criterio, se adoptaron teniendo en cuenta las experiencias de la práctica. Por lo tanto, hay que defender su mantenimiento en el próximo desarrollo reglamentario de la ley, con posibles matices para el caso de las mediaciones multipartes.

Por otra parte, y ésta es la observación más relevante, creemos, en el 2002 se estableció una duración máxima de 90 minutos por sesión. Ciertamente, en su momento fue considerada una duración adecuada, dado que una sesión mayor “podía ser agotadora y ardua para todos los participantes y, en consecuencia, contraproducente para los objetivos de la mediación. Una hora y media es un lapso adecuado para mantener la atención” (Villagrassa-Vall, 2002). Hoy, habría que replantear esta duración, teniendo presente los resultados del cuestionario que entregó el grupo de trabajo de mediación familiar a los mediadores habilitados del CMDPC, respecto de las mediaciones que realizaban con carácter privado. Como puede constatarse al leer el capítulo, la media de las sesiones privadas es de 1 hora y 58 minutos, es decir, dos horas (en términos de regulación: 118' = 120'). Dado que es un límite máximo –nada impide al mediador hacer sesiones, si lo considera conveniente de, por ejemplo, 70 minutos–, se propondría que la nueva reglamentación estableciera que “cada sesión tiene que tener una duración máxima de 120 minutos”.

Paralelamente, hay que recordar el art. 24 AprLMACM, que establece que las actuaciones de la mediación “se concentrarán en el mínimo número de sesiones”. Esta prescripción, teniendo presente la diversidad de conflictos susceptibles de mediación, nos parece poco

afortunada, porque ciertamente el mediador, como mejor gestor del procedimiento, tiene que procurar que lleguen a acuerdos con la máxima celeridad, y en el menor número de sesiones, pero él es también quien calibra si la fijación de determinados lapsos, o la multiplicación de encuentros –dentro de los límites– puede ser la mejor estrategia para que las partes gestionen su conflicto de manera adecuada.

8.6 El fin del procedimiento de mediación

El procedimiento de mediación puede finalizar por diferentes causas. Aquí destacaremos el desistimiento de las partes, que puede producirse en cualquier momento (arts. 5.2 LMADP, 21.3 DJAMCCI, 14.4 RPCMACoop, 24.a DRCCE, 27.1 APrLMACM), la decisión unilateral del mediador (arts. 14. b LMADP, 14.4 RPCMACoop, 28.6 DRCCE, art. 27.1 APrLMACM) –también en cualquier momento– o, una vez realizada la “sesión final de la mediación”, el levantamiento del acta final (arts. 18 LMADP, 22 DJAMCCI, 14.5 RPCMACoop, 27.3 APrLMACM).

Respecto de los dos primeros supuestos (desistimiento de las partes y deber del mediador de dar por acabado el procedimiento) debe tenerse en cuenta, respectivamente, lo que se ha dicho al tratar el “principio de voluntariedad” y la explicación relativa a los “deberes del mediador”. En este apartado, nos referiremos únicamente al “acta final de mediación”.

Huelga decir que, una vez iniciado, el final óptimo del procedimiento es el que se produce con la consecución de acuerdos satisfactorios entre las partes que den solución al conflicto sometido a mediación. Estos acuerdos se tendrán que hacer constar de “manera clara y concisa” en el “acta final de mediación” (art. 18.1 LMADP), que firmarán las partes y el mediador. Las partes tienen que recibir un ejemplar que, en su caso, trasladan a los abogados respectivos (arts. 18.3 LMADP, 22 DJAMCCI y 14.5 RPCMACoop). Para el ámbito de la mediación escolar, el DRCEE no habla de acta, pero establece que los acuerdos obtenidos tienen que recogerse necesariamente por escrito (art. 28.1).

No obstante, el procedimiento puede alargarse hasta la sesión final de la mediación sin que se haya alcanzado ningún acuerdo. En este supuesto, la mediación tendrá que finalizar por haber transcurrido el plazo máximo previsto para la duración del procedimiento (arts.

22.1 DJAMCCI, 14.4 RPCMACoop, 28.7 DRCCE, 27.1 APrLMACM). A pesar de la no consecución del acuerdo, se tendrá que extender igualmente un acta donde se haga constar tan sólo este hecho (arts. 18.2 LMADP, art. 22.1 DJAMCCI, 14.5 RPCMACoop, 27.1 APrLMACM).

8.7 La viabilidad de un periodo de reflexión

Para acabar con este apartado relativo al procedimiento, queríamos hacer referencia a un último punto, justo antes de llegar a la eficacia de los acuerdos, que surge del cuestionario que los diferentes grupos de trabajo respondieron, y es el de si con el fin de garantizar un mayor cumplimiento de los acuerdos, sería bueno que las partes tuvieran un periodo de reflexión antes de la firma o incluso, después de la firma del acuerdo y, en consecuencia, un plazo revocatorio del acuerdo. Los ET del Libro Blanco que respondieron el cuestionario mostraron divergencia de opiniones. Los ET7 (escolar) y ET8 (salud) respondieron en sentido afirmativo. El grupo de mediación familiar (ET5), también contestó afirmativamente, antes de la firma. Por su parte, el grupo del ámbito laboral (ET3) no se posicionó (“depende de las partes y del conflicto”). El grupo de mediación comunitaria/ciudadana (ET4) considera que el acuerdo ya es fruto de la reflexión y se manifiesta contundentemente en contra de la revocación. El resto de grupos no responden a la pregunta.

8.8 El coste de la mediación

Una alabanza recurrente de la mediación es su coste moderado. Esta moderación se constata, tanto si se compara con figuras afines, especialmente con el arbitraje, como si se evalúan los costes de resolver el conflicto por la vía jurisdiccional (vid. Informe CGPJ; 6º Considerando 2008/52/ CE). Eso se destaca en § 2 EM APrLMACM: *“Los ciudadanos acudirán a la mediación si en ella encuentran un procedimiento muy simplificado, y de bajo coste... ”.*

Con todo, no es menos cierto que el mediador tiene que ser remunerado (art. 27 LMADP) y que la mediación genera una serie de gastos a los cuales hay que hacer frente (p. ej. las comunicaciones [arts. 19 y 26 LMADP], la emisión de documentos [arts. 15.3, 19.3 y 26 LMADP], el alquiler de espacios para las reuniones [vid. Informe CGPJ]). Por añadidura, estos gastos aumentan si en el

procedimiento intervienen expertos o más mediadores (art. 3.2 LMADP). Son generalmente las partes, que, no lo olvidemos, se someten a la mediación de manera voluntaria, las que han de soportar los gastos que se derivan (art. 27.2 LMADP), tanto si el procedimiento resulta en acuerdo como si no (art. 18 APrLMACM y, implícitamente, art. 27 LMADP). No obstante, algunos supuestos o ámbitos concretos aconsejan que la actividad de mediación se realice en régimen de gratuidad: así la mediación en consumo se prevé gratuita (art. 41 RDSAC), pero no deja de tener un coste como servicio público.

El favorecimiento legal de la mediación, con la finalidad de liberar de carga los tribunales de justicia, pasa por reconocer a las partes los mismos beneficios que obtendrían si optaran por someter su conflicto a la decisión de un tribunal. En buena lógica, pues, la mediación tiene que prestarse gratuitamente a aquellos sujetos que acrediten las condiciones materiales que establecen las normas reguladoras de la asistencia jurídica gratuita (art. 27.1 LMADP). Además, la gratuidad también puede derivar de políticas de promoción de la mediación impulsadas por los poderes públicos (art. 27.3 LMADP). Se trata, en ambos casos, de supuestos en que el carácter gratuito de la mediación se manifiesta como una excepción a la regla según la cual los usuarios tienen que hacerse cargo de los gastos que genera (art. 27 LMADP, art. 18 APrLMACM); una regla que parece lógica en ámbitos como el civil, en el que las controversias son por definición de carácter jurídico-privado, pero que tendría que decaer en otros ámbitos, como el escolar, donde el procedimiento se configura sobre una base pedagógica o educativa y donde son los propios alumnos o el personal del centro los que actúan de mediadores. Sin embargo, el DRCCE no contiene ninguna norma relativa al coste de la mediación, siendo el art. 8 RPCMACoop el único precepto de las normas estudiadas que aboga de manera directa por la gratuidad del procedimiento de mediación –en el ámbito cooperativo⁹².

Sea como sea, dado que en el ámbito de la mediación no puede hablarse en términos de vencedores y vencidos, no son transponibles las normas procesales relativas a las costas (arts. 241-246 y 394-398 LEC). En otras palabras, la esencia voluntarista de la mediación impone un criterio de distribución de los gastos entre las partes de carácter igualitario tanto si se llega a un acuerdo que ponga fin al conflicto como si no (salvo, obviamente, de pacto de las partes en contrario)⁹³.

En el supuesto de finalización de la mediación sin la consecución de un acuerdo satisfactorio y, por lo tanto, con el conflicto aún sin resolver, las partes pueden decidir recurrir a la vía jurisdiccional. Esta posibilidad plantea la

duda de si la eventual condena en costas de alguna de las partes (arts. 394 y ss. LEC) tiene que incluir el coste de la mediación que ha precedido la intervención judicial. La LEC no define “costas del proceso” de manera abstracta, sino que se limita a enumerarlas y a caracterizarlas como una especie dentro del género “gastos del proceso”, concepto definido en términos de “desembolso que tenga el origen directo e inmediato en la existencia del mencionado proceso” (art. 241 LEC). Con esta presuposición, la idea misma de mediación, definida por oposición al proceso jurisdiccional como método alternativo, nos lleva a considerar los gastos que derivan como ajenos al concepto procesal de “costas”, ya que no provienen de la existencia de ningún proceso judicial. En nuestra opinión, esta conclusión podría ser contestada únicamente en los supuestos de mediación obligatoria en que para la solución jurisdiccional del conflicto se exige su paso previo por la mediación.⁹⁴ Sorprende y es criticable, por lo tanto, que el APrLMACM proclame de manera tan general que “cuando la mediación no impida el planteamiento de un ulterior proceso con idéntico objeto, en caso de condena en costas de alguna de las partes se incluirá el coste de la mediación” (art. 18.3). Vista su complejidad, quizás sería bueno un tratamiento más específico de la cuestión –en puridad, una anticipación– en una futura reforma de la ley catalana, si bien somos conscientes de que la condena en costas se realiza sólo una vez acabado el proceso judicial.

Como última observación, con el fin de suavizar todavía más el sacrificio económico de las partes, se podría considerar la posibilidad de aplicar beneficios fiscales, como exenciones, a los gastos derivados del procedimiento. Ésta es una medida innovadora que se prevé en el ordenamiento jurídico italiano (art. 17 Decreto Legislativo 4 marzo 2010, n.28)⁹⁵ y que podría complementar las políticas de impulso de la mediación en nuestro país.

9 Los acuerdos resultantes de la mediación. La eficacia jurídica y el carácter ejecutivo

Una vez iniciado el procedimiento de mediación, las partes pueden (o no) llegar a acuerdos que pongan fin al conflicto existente entre ellas. Estos acuerdos pueden ser de índole muy diversa, con contenido bastante di-

ferente en función de diferentes aspectos, tanto objetivos (por la materia de la controversia) como subjetivos (según los intereses y las necesidades concretas de las partes del conflicto). Por eso, pueden consistir desde el reconocimiento de una mala conducta o la manifestación de una disculpa por el daño causado a la prestación de obligaciones de dar, de hacer o de no hacer alguna cosa. Ciertamente, en virtud del principio de autonomía privada de las partes (art. 1.255 CCE), éstas pueden establecer los pactos, cláusulas y condiciones que tengan por conveniente, siempre que no sean contrarios a las leyes, a la moral ni al orden público, acuerdos que, además, son ley entre las partes. Hay que tener presente, además, el principio de libertad civil consagrado en el art. 111-6 CCCat.

Hay que tener presente que las diferentes normas que tratan de la mediación utilizan habitualmente el término “acuerdo”⁹⁶, que es más genérico, en lugar de “pacto” –con una connotación jurídica más visible–⁹⁷. Así, el valor del acuerdo viene dado por la voluntad de las partes: puede ser un compromiso sin valor jurídico o puede ser un acuerdo con valor jurídico o bien una transacción, si concurren los requisitos establecidos en el artículo 1809 CCE, es decir, voluntad de evitar el pleito judicial o acabarlo si éste ya se ha iniciado así como haya sacrificio por ambas partes (onerosidad)⁹⁸. De hecho, la persona mediadora puede recomendar a las partes que el acuerdo al cual se llegue tenga el valor de acuerdo transaccional, de conformidad con el art. 1816 CCE y que en caso de incumplimiento se pueda hacer valer ante la jurisdicción ordinaria o el arbitraje (art. 22.1 par. 2 DJAMCCCI). De la concurrencia de las declaraciones de voluntad de las partes, se podría decir que nacen negocios jurídicos, de toda clase, según cuál sea la materia objeto del conflicto y puede considerarse incluso como un contrato, como así lo recoge de forma expresa el art. 15 RPCMACoop.

Ahora bien, la mediación puede acabar sin que las partes hayan llegado a ningún acuerdo, por lo cual la controversia pervivirá. En este caso, no se tiene que interpretar que la mediación ha fracasado ya que el procedimiento puede comportar una modificación positiva de la relación entre las partes. Éste es el comentario manifestado, en diferentes foros, por algunas juezas de Barcelona, en cuyos tribunales la mediación es un recurso habitual. En concreto, destacan el hecho de que, en algunos casos, aunque la mediación no acabó en acuerdo, sin embargo, las partes, mayoritariamente cónyuges (dado que la Ley 1/2001, se circunscribía principalmente a los procesos matrimoniales) prosiguieron el procedimiento judicial con una actitud más receptiva y de menos confron-

tación, ya que la tensión entre ellos había sido rebajada gracias a la tarea mediadora.

9.1 La libertad de forma de los acuerdos

Los acuerdos a que llegan las partes, sobre la base del principio de libertad de forma de los negocios jurídicos que se deriva del art. 1278 CCE, en general, serán eficaces, cualquiera que sea su forma de celebración, siempre que se presenten las condiciones esenciales para su validez y existencia.

Para que se forme el negocio jurídico y se puedan producir los efectos propios del mismo, se requiere que concurran requisitos de diferente carácter. Si se presentan los requisitos esenciales del tipo negocial de que se trate, tanto en su aspecto subjetivo (capacidad para emitir la declaración de voluntad), como en su vertiente objetiva, o en su caso, concurriendo consentimiento, objeto y causa, el negocio jurídico ya se ha formado y, por lo tanto, será válido y eficaz.

Por tanto, podríamos decir que los acuerdos adoptados después de la mediación, cualquiera que sea su forma, son válidos y eficaces. Si, como regla general, los acuerdos celebrados entre dos o más partes no requieren de unas formalidades específicas (con las matizaciones que realizaremos más adelante) tampoco se tendría que exigir ninguna formalidad a los acuerdos obtenidos entre las partes en el marco de un procedimiento de mediación, ya que el mediador ni saca ni pone nada en los acuerdos, tan sólo favorece que las partes los generen, desde el respeto a los principios de la mediación.

9.2 Los negocios jurídicos solemnes

El principio de libertad de forma de los negocios jurídicos no es, sin embargo, absoluto ya que determinados negocios jurídicos requieren de la concurrencia de ciertos requisitos de forma para que produzcan los efectos previstos. Por lo tanto, y teniendo en cuenta el ámbito de incidencia de la mediación según la LMADP, algunos de los pactos aprobados por las partes en el procedimiento de mediación, que se corresponden con un tipo de negocio jurídico solemne, requerirán que se adopten determinadas formalidades con la finalidad que el negocio jurídico tenga efectos. Será, pues, requisito imprescindible el cumplimiento de alguna formalidad. En caso de que

no se cumplan, estaremos ante un negocio jurídico nulo o, según como se interprete, inexistente.

La forma tiene un alcance diferente según el negocio jurídico de que se trate. Así, la forma se considera necesaria en los negocios del Derecho de familia, para los negocios *mortis causa* o, también –con matices–, para la creación o transmisión de algunos derechos reales y, en general, en los negocios a título gratuito.

Trasladando este régimen jurídico general de los negocios jurídicos formales o solemnes a los acuerdos de mediación y en el contexto de la LMADP, el resultado vendría a ser el mismo. Los acuerdos derivados del procedimiento de mediación que se corresponden con negocios jurídicos solemnes requieren de la concurrencia de determinadas formalidades para la formación y la eficacia de éstos, bajo pena de ser considerados nulos si las mencionadas formalidades no se cumplen. A lo sumo, el acuerdo adoptado por las partes en mediación quedaría como una mera declaración de intenciones.

Ponemos dos ejemplos que pueden ser objeto de mediación en la LMADP y que requieren de algunas formalidades para la existencia y eficacia jurídica que se persigue con el mencionado negocio: 1. el convenio regulador; y 2. la transmisión *mortis causa* de la empresa familiar. Para el primero, si se persiguen efectos judiciales, hace falta su homologación. Para el segundo, será preciso que, aparte de los acuerdos adoptados en un protocolo familiar, el fundador de la empresa otorgue el testamento que decida, con las formalidades pertinentes o, en su caso, que las personas implicadas celebren los pactos sucesorios previstos en el Libro cuarto del Código Civil de Cataluña.

El art. 19 LMADP dispone que los acuerdos con respecto a materias y personas que necesitan una protección especial, y también con respecto a las materias de orden público que determinan las leyes, tienen carácter de propuestas y necesitan, para ser eficaces, la aprobación de la autoridad judicial. El mismo artículo prevé que sean los abogados de las partes los que puedan dar traslado de los acuerdos al convenio regulador o al protocolo correspondiente, a fin de que se incorpore al proceso judicial en curso o a fin de que se inicie, para que sea ratificado y, si así se estima pertinente, aprobado.

En el ámbito del Derecho privado también queremos referirnos a la eficacia que se prevé de la mediación que resuelve los conflictos en los contratos de cultivo y en los de integración a la vista de que el decreto que la regula establece que el acuerdo alcanzado gracias a la mediación tiene valor transaccional, de conformidad con lo que establece el artículo 1816 CCE en relación con el

1809, del mismo cuerpo legal. Este valor transaccional proviene de la voluntad de las partes, por una parte, de apartarse de un pleito judicial, bien sea para poner fin a aquello que ya ha comenzado o también para evitar que se inicie uno, y por otra, que para alcanzar esta finalidad, hace falta que haya concesiones recíprocas, es decir, que ambas partes se sacrifiquen con alguna cosa (en correspondencia con la expresión “dando, prometiendo o reteniendo cada una alguna cosa” del art. 1809 CCE). Desde una perspectiva procesal y en atención a aquello que dispone el artículo 1816 CCE, esta transacción tiene valor de cosa juzgada, tanto formal (art. 207.3 y .4 y 421.2 LEC) como material (art. 222.1 LEC)¹⁰⁰.

Una mención particular merece el tratamiento que del resultado de la mediación escolar hace el Decreto 279/2006, de 4 de julio, sobre derechos y deberes del alumnado y regulación de la convivencia en los centros educativos no universitarios de Cataluña, de forma detallada, en su art. 28. Según este artículo, en primer lugar, hace falta que los acuerdos tomados en un proceso de mediación se recojan por escrito. Al mismo tiempo, el precepto distingue diferentes situaciones según si hay solución acordada o no, y si hay acuerdo, cómo se tiene que llevar a cabo aquello acordado o también en función de si se ha iniciado o no el procedimiento sancionador. Si la solución acordada incluye pactos de reparación, se tienen que especificar las acciones reparadoras que, en beneficio de la persona perjudicada, se compromete a hacer el alumno –y, si es menor, sus padres– y en qué plazo las llevará a cabo. Sólo se entiende producida la reparación cuando se realicen efectivamente las acciones reparadoras acordadas. Estas acciones pueden ser la restitución de la cosa, la reparación económica del daño o la realización de prestaciones voluntarias, en horario no lectivo, en beneficio de la comunidad del centro (art. 28.2 DRCCE).

9.3 El carácter ejecutivo de los acuerdos resultantes del procedimiento de mediación

Situados en el ámbito de la mediación en el ámbito del Derecho privado, enfatizando su condición de alternativa a la resolución jurisdiccional, parece evidente que, una vez alcanzados los acuerdos, si las partes cumplen sin más, el conflicto se habrá resuelto, (desde el punto de vista jurídico cuando menos). Y sabemos –y es uno de los atractivos de la figura– que los acuerdos de mediación se cumplen en un porcentaje muy elevado, en torno al 80% (Serrano, 2008). En otras palabras, en su reves-

timiento estrictamente jurídico, el procedimiento de mediación tiene un porcentaje de cumplimiento muy satisfactorio. Sin embargo, si alguna de las partes incumple los acuerdos adoptados, ¿qué puede hacer la otra parte para conseguir el cumplimiento? ¿A quién puede dirigirse? Con toda probabilidad, contactará de nuevo con el mediador para comunicarle la situación. No obstante, el mediador no podrá dar respuesta a este nuevo conflicto surgido, si lo que quiere la parte o partes es que la otra cumpla con la prestación a que se obligó. ¿Se podría considerar esta situación como un nuevo conflicto y, por lo tanto, susceptible de iniciar un nuevo procedimiento de mediación relativo al cumplimiento de los acuerdos del anterior? Eso podría suceder si todas las partes están conformes respecto de esta situación. Pero en caso de que una de ellas no lo deseé y pretenda que, sencillamente, se cumplan los pactos adoptados, el mediador no tiene la competencia necesaria legalmente reconocida para obligar a las partes a cumplir con aquello que se acordó.

Para superar esta situación, lo más frecuente es que las partes acudan a los tribunales, y el objeto del conflicto ahora se ha desplazado del problema inicial –al cual se dio respuesta–, a la ejecución del acuerdo que solventaba aquél. Situándonos en una perspectiva estrictamente jurídica, y que ahora es necesaria, tenemos que recordar que, en virtud del art. 117.3 CE y del art. 2 LOPJ la ejecución forzosa es una actividad de carácter puramente jurisdiccional¹⁰¹. La justificación de tal exclusividad se encuentra en el hecho de que la ejecución supone una injerencia en la esfera del deudor de la prestación y, por lo tanto, el monopolio del ejercicio de la coacción por el Estado cobra especial relevancia. Lo mismo sucede con el arbitraje. Si bien el Estado reconoce eficacia a la autonomía de la voluntad de las partes en materias disponibles y permite que las partes defieran la solución de su controversia al arbitraje, sustrae la ejecución coactiva de la mencionada disponibilidad (art. 44 Ley de arbitraje).

Es, pues, la autoridad judicial la única competente para hacer cumplir los acuerdos adoptados (a excepción del ámbito del Derecho administrativo)¹⁰². Con tal finalidad se regula el procedimiento de ejecución, recogido en los artículos 517 y siguientes LEC. Ahora bien, para que la acción ejecutiva se pueda instar hacen falta dos presupuestos: por una parte, el incumplimiento del obligado –y estamos, pues, en un terreno donde hemos convertido a aquél que alcanza el acuerdo de mediación en deudor–, y por otra, que se fundamente en un título que lleve aparejada ejecución; o lo que es lo mismo, es requisito indispensable que los acuerdos adoptados en mediación hayan sido recogidos en un documento que tenga el ca-

rácter de ejecutivo, que en el ámbito civil y mercantil se encuentra en los art. 517 y siguientes LEC¹⁰³.

En caso de que los acuerdos de mediación no hayan sido recogidos en ninguno de los documentos o resoluciones indicadas en el art. 517 LEC, la única vía posible es recurrir al procedimiento judicial correspondiente por razón de la materia objeto del conflicto que acabará en una sentencia judicial de condena (por incumplimiento), que una vez firme se convierte en título ejecutivo y, por lo tanto, de ejecución forzosa.

En cambio, si los acuerdos alcanzados a través de la mediación tienen carácter ejecutivo, el procedimiento que persigue el cumplimiento se obtendría mediante el ejercicio de la acción ejecutiva, sin tener que recurrir al proceso judicial declarativo previo¹⁰⁴.

Son títulos ejecutivos reconocidos actualmente en nuestro ordenamiento jurídico en los cuales pudieran fundarse los acuerdos resultantes de la mediación prevista en la LMADP –y subrayamos, una vez más, que es el ámbito que ahora nos corresponde–, los recogidos en el art. 517 LEC, teniendo presente que son *numerus clausus*, como jurisdiccionales (derivados de la intervención judicial o arbitral) y no jurisdiccionales.

9.3.1 Títulos ejecutivos jurisdiccionales

De los títulos establecidos en la LEC, sólo algunos son considerados por la doctrina como jurisdiccionales: la sentencia judicial firme de condena, el laudo y resoluciones arbitrales y las resoluciones judiciales que aprueben u homologuen transacciones judiciales y los acuerdos alcanzados en el proceso, acompañados, si es necesario para constancia de su contenido, de los correspondientes testimonios de las actuaciones.

9.3.2 Títulos ejecutivos no jurisdiccionales

Son títulos ejecutivos no jurisdiccionales: (i) las escrituras públicas, (ii) las pólizas de contratos mercantiles (con los requisitos de forma que se establecen); (iii) los títulos al portador o nominativos, legítimamente emitidos, que representan obligaciones vencidas y los cupones, también vencidos, de estos títulos, siempre que los cupones confronten con los títulos y éstos, en todo caso, con los libros talonarios; (iv) los certificados no caducados expedidos por las entidades encargadas de los registros contables respecto de los valores representados mediante anotaciones en cuenta a los cuales se refiere la Ley del mercado de valores, con los requisitos que se especifi-

can; (v) el auto que establezca la cantidad máxima reclamable en concepto de indemnización, dictado en casos de rebeldía del acusado o de sentencia absolutoria o sobreseimiento en procesos penales incoados por hechos cubiertos por el seguro obligatorio de responsabilidad civil derivada del uso y circulación de vehículos a motor. Y finalmente, como cláusula de cierre, la LEC considera que también es título ejecutivo: (sic) “las demás resoluciones judiciales y documentos que, por disposición de ésta u otra ley, lleven aparejada ejecución”¹⁰⁵.

El carácter ejecutivo de los acuerdos resultantes de la mediación en el ámbito del Derecho privado puede obtenerse, de *lege lata*, por las formalidades ya previstas en los apartados pertinentes del art. 517 LEC. De *lege ferenda*, el carácter ejecutivo del acta final de mediación o de los acuerdos resultantes de la misma podría hacerse mediante la inclusión en la LEC de un nuevo apartado que estableciera esta mención. También se podría regular en otra ley estatal, como se apunta en el art. 28 APrLMACM, bien sea de ámbito autonómico, en virtud de la competencia legislativa procesal que se desprende del art. 149.1.6 la CE y del art. 130 EAC.

10 La necesidad de coordinar el régimen jurídico de la mediación con las normas sobre prescripción y caducidad

Ésta es la otra cuestión estrictamente jurídica por autonomía, que supera la teorización, porque puede tener importantes consecuencias prácticas para las partes implicadas en un proceso de mediación. El problema se plantea en relación con el derecho de acceso a los tribunales, derecho fundamental consagrado constitucionalmente (art. 24 CE) e internacionalmente (art. 6 CEDH; elevado por el TJCE al rango de principio general del derecho comunitario –STJCE de 15-V1986–).

Las técnicas ADR en general y la mediación en particular cumplen una función de complementación de los procedimientos judiciales y son, como su nombre indica, una alternativa a la justicia jurisdiccional. Ahora bien, el recurso a ellas, más que una alternativa, puede constituir un impedimento si el ordenamiento jurídico no coordina

su régimen con las normas sobre prescripción y caducidad.

Sabemos que la mediación es una actividad que se justifica por sí sola y no por el resultado, aunque lo pretenda. En este sentido, es bien posible que se agote sin la consecución de ningún acuerdo. Cuando eso pasa, los derechos y/o pretensiones objeto de disputa permanecen insatisfechos durante un periodo de tiempo que, si el ordenamiento jurídico no dispone lo contrario, puede comportar la extinción o el acortamiento injustificado de los plazos de prescripción y/o caducidad. Ante este riesgo, serán pocos los sujetos dispuestos a recurrir a la mediación para resolver sus contiendas.

De este problema se ha preocupado tanto el legislador europeo (Directiva 2008/52/CE) como el legislador estatal (AprLMACM). No lo ha hecho, en cambio, la LMADP, cosa que llama la atención, teniendo en cuenta, primero, que la LMADP se refiere expresamente a la Directiva (vid. párrafo 3º Preámbulo) y, segundo, la avanzada regulación de la prescripción y la caducidad de que dispone el CCCat (arts. 121 y 122).

Según el Considerando n. 24 de la Directiva 2008/52/CE, *“con el fin de alentar a las partes a hacer uso de la mediación, los Estados miembros deben garantizar que sus normas sobre plazos de caducidad y prescripción no impidan a las partes recurrir a los tribunales o al arbitraje caso de que fracase su intento de mediación. Los Estados miembros deben asegurarse de que se obtenga este resultado, aun cuando la presente Directiva no armonice las normas nacionales sobre prescripción y caducidad”*. El mandato comunitario se concreta seguidamente en el art. 8.1 Directiva, que, bajo el título *“Efecto de la mediación sobre los plazos de caducidad y prescripción”*, establece: *“Los Estados miembros garantizarán que el hecho de que las partes opten por la mediación con ánimo de solucionar un litigio no les impida posteriormente iniciar un proceso judicial o un arbitraje en relación con dicho litigio por haber vencido los plazos de caducidad o prescripción durante el procedimiento de mediación”*.

La norma comunitaria pone de relieve el posible problema de descoordinación enunciado e insta a los Estados Miembros a resolver la cuestión. Los medios para alcanzar este objetivo quedan, sin embargo, al arbitrio de cada Estado Miembro.

A nuestro modo de ver, la solución más razonable pasa por atribuir a la apertura y desarrollo de un proceso de mediación efectos suspensivos de los plazos de prescripción y caducidad. Ésta es la solución que prevé el Anteproyecto LMACM (art. 4) y también la que disfruta de más apoyo a escala europea¹⁰⁶.

En el ámbito del CCCat la suspensión puede predicarse tanto de la prescripción (art. 121-11 a 14) como de la caducidad (en este caso, sólo cuando se trate de la caducidad de poderes jurídicos disponibles, art. 122-3.1). Sorprende, en cambio, que el Anteproyecto LMACM la refiera a ambas instituciones, ya que en el ámbito del Derecho español, la prescripción puede ser sometida a interrupción, pero no a suspensión (art. 1973 CCE).

La diferencia entre suspensión e interrupción es crítica en cuanto a los efectos. La suspensión comporta que el tiempo durante el cual perdura la causa que la ha originado no se compute a los efectos de los plazos de prescripción o de caducidad, sin que eso afecte, sin embargo, al tiempo transcurrido con anterioridad (art. 121-19 CCCat). En otras palabras, el cómputo del plazo se reanuda una vez cesada la causa que ha motivado la suspensión. La interrupción, en cambio, no sólo produce la paralización del plazo, sino que, además, permite desconocer el tiempo transcurrido hasta la verificación de la causa de interrupción, obligando a recomenzar el cómputo (art. 12114 CCCat)¹⁰⁷.

Pues bien, consideramos que una previsión normativa que decrete la suspensión de la prescripción y la caducidad en caso de apertura del proceso de mediación es, además de necesaria, la medida más acertada para alcanzar el objetivo fijado por la Directiva, ya que, como ha hecho notar recientemente el CGPJ, si el inicio de un procedimiento de mediación tuviera por efecto, no la suspensión, sino la interrupción de la prescripción, podría incentivar el recurso a la mediación con finalidades fraudulentas, es decir, sin ninguna voluntad de llegar a un acuerdo, sino sólo con el ánimo de desconocer la prescripción ya iniciada y conseguir el recomienzo del cómputo del término¹⁰⁸.

En cualquier caso, una norma como ésta impone definir de manera muy precisa qué se tiene que entender por proceso de mediación y, sobre todo, determinar exactamente el momento de inicio y de finalización del mismo a efectos del cómputo de los plazos¹⁰⁹.

Ante el silencio sobre el particular de la LMADP y dado el carácter de *numeris clausus* de las causas de suspensión de la prescripción y la caducidad (Vaquer Aloy, 2005)¹¹⁰, la única vía para conseguir un resultado equivalente en el ámbito del Derecho civil catalán sería, tal como propone Vaquer Aloy (2010), recurrir a la autonomía de la voluntad de las partes. En el caso de la prescripción, las partes podrían renunciar a una porción del tiempo de prescripción transcurrido o bien extender el plazo prescriptivo, pero en este segundo caso teniendo en cuenta que la extensión del plazo no puede doblar

la duración del plazo legal (art. 121-3 CCCat). Con respecto a la caducidad, las partes podrían pactar expresamente la suspensión convencional del plazo (art. 122-3 CCCat) con motivo de la apertura del proceso de mediación. En cualquier caso, el recurso a la autonomía de la voluntad impondría a la persona mediadora incluir los pactos resultantes en el acta inicial de la mediación (art. 16 LMADP).

La relación entre mediación y prescripción fue uno de los aspectos que tuvieron que abordar los jueces en su cuestionario. Justamente, a ellos les afecta de manera esencial esta cuestión, la cual, por su misma naturaleza, y como se deducía de la presentación de la cuestión, es ajena a diferentes ámbitos donde opera la mediación (por eso no se pidió la opinión de los grupos de trabajo). A la pregunta de si la mediación tiene que tener incidencia en los plazos de prescripción y caducidad, un 67,6% se postula en sentido positivo, delante del 32,4% que entiende que no. Sobre el momento en que se tiene que entender iniciado el procedimiento de mediación a efectos de una hipotética suspensión de los plazos de prescripción y caducidad proponen mayoritariamente dos posibilidades: a partir del acta inicial (52%) o desde la sesión informativa –en este último caso, siempre que asistan ambas partes– (44%). Sólo el 4% restante prefiere una tercera posibilidad (“cuando las partes se someten a mediación y durante un plazo de 2 o 3 meses no continúen un juicio”).

11 Las ODR

En último lugar, se tiene que atender a la mediación por medios electrónicos. En el análisis se han constatado dos aspectos. Por una parte, la utilización de medios electrónicos, y por otra, la mediación online *stricto sensu*. Esta dualidad se constata, con claridad, en el art. 29 AprLMACM:

- “1. Las partes podrán acordar que todas o alguna de las actuaciones de mediación se lleve a cabo por medios electrónicos, siempre que quede garantizada la identidad de los intervenientes y el respeto a los principios de mediación previstos en esta ley.
2. La mediación que consista en una mediación de cantidad que no exceda de 300 euros se desarrollará por medios electrónicos, salvo que

el empleo de éstos no sea posible para alguna de las partes”

Ciertamente las leyes catalanas, de las Islas Baleares y Canarias mencionan los medios electrónicos y los consideran necesarios en la medida en que no sea posible que las partes asistan personalmente a las reuniones de mediación, imposibilidad que podrá ser solventada mediante la utilización de aquellos medios técnicos que faciliten la comunicación a distancia, garantizando en todo caso los principios de la mediación. En la LMADP, el art. 8 menciona el uso de medios técnicos para el caso de que sea imposible la presencia simultánea de las partes¹¹¹. Asimismo, en Cataluña, las respectivas Disposiciones adicionales del DJAMCCI y el RPCMACoop prevén la posibilidad de enviar comunicaciones y notificaciones por esta vía¹¹².

La importancia del uso de estos medios se manifiesta en las respuestas de los jueces encuestados, los cuales entendieron, en general, que pueden ser útiles en casos de residencia en partidos judiciales diferentes o de reticencia de la víctima a estar en presencia física con el acusado (50%); o, también, en los supuestos en que hay dificultades para desplazarse al lugar de celebración de la mediación (47,4). De hecho, que es útil en todos los casos, lo piensan un 42,1% de los encuestados y, también, a efectos de tramitación y simplificación de tramitación de los expedientes.

Pero más allá de herramientas de modernización que pueden incrementar la rapidez de los procedimientos –y, por lo tanto, son especialmente valiosas para el éxito de la mediación–, hay que tener presente las modalidades de mediación online en toda su magnitud. El trabajo comparativo presentado en el cap. 16 de este Libro Blanco no da lugar a dudas. En temas como e-commerce es esencial y ya ha sido asumido por las grandes corporaciones globales. Aquí lo que estamos considerando es su aplicación a los sectores del Libro Blanco. La mayoría de los ET que respondieron al cuestionario jurídico consideran que sí serían aplicables los sistemas de mediación en línea en su ámbito, y ven, incluso, beneficios, con la excepción de los grupos de mediación laboral y comunitaria, que consideran el elemento de la presencialidad como muy relevante. Sin embargo, incluso en estos casos, o en el de la mediación penal, consideramos que la comunicación en línea facilitaría el acceso a la justicia a los ciudadanos en una primera fase del proceso.

Hechas estas consideraciones, parece evidente que la mediación online es una modalidad de la mediación que está consolidándose en nuestro entorno, como avalan los estudios. Por eso hace falta realizar un análisis de sus

especificidades normativas, y dotarla de una reglamentación específica y especialmente flexible, atendiendo al sector, ámbito de aplicación y usuarios potenciales. Dado que está relacionado con dinámicas que superan, en duración, las reglas del tráfico que denominaríamos “clásico”, habría que analizar si el mejor mecanismo de ordenación es una norma, o bien la fijación de protocolos, u otros instrumentos de soft law. Estos protocolos, de hecho, ya existen y son tanto de carácter técnico (programación), como de regulación transnacional de los usuarios de los servicios (códigos de conducta y de uso por parte del usuario y del prestador del servicio). Pero lo que habría que discutir en trabajos posteriores es la conveniencia de su regulación jurídica pública, más allá de estos mecanismos, en función de las garantías y protecciones que se quieran otorgar a los usuarios. De hecho, la mediación electrónica ya ha sido reconocida en el art. 51 RDSAC. En efecto, este texto prevé un proceso de arbitraje íntegramente llevado a cabo por medios electrónicos. En este proceso, como ya sabemos, hay una fase previa de mediación que también habrá que desarrollar en línea. Los problemas jurídicos que plantea son variados, especialmente con respecto a la identificación de las partes, la confidencialidad y la práctica de las notificaciones (Barral, 2010).

12 Una coda al análisis. La “naturaleza jurídica” de la mediación

Hemos visto, al fijar el concepto de mediación, la pluralidad de términos que se adoptan para situarla y que inciden en la condición de esta figura. Se trata de una figura híbrida, con una vertiente social, política y jurídica. Ahora bien, lo que hemos querido fijar aquí es la naturaleza jurídica de la institución, en el sentido de su conformación y estructura jurídica a partir de las normas y experiencias normativas catalanas para, en último lugar, definir la vinculación que surge entre las partes cuando se llega a un acuerdo con relación tanto a la superación de su conflicto, como a actuaciones futuras.

Hay situaciones donde este acuerdo es vinculante sólo en la medida en que las partes quieren cumplirlo. Si no lo hacen, lo que queda dañado es sólo la relación entre ellas, al margen de efectos en terceros o al propio sistema jurídico. Existen, en cambio, otras situaciones donde el pacto alcanzado puede ser posteriormente exigible en

alguna medida. Es decir, hay efectos en terceros ante el sistema jurídico.

El cuadro siguiente presenta una matriz de las situaciones posibles, combinando efectos exclusivamente privados (entre las partes), sociales (con la comunidad), políticos (con la Administración local o representantes políticos), o jurídicos (con el ordenamiento o el sistema judicial). Hablamos de *vínculo* entre las partes y del *valor del vínculo* o *vinculación* en relación con las dimensiones social, polí-

tica o jurídica que le otorgan este valor. No se trata, pues, de una relación diádica entre hechos (acuerdo, e.g.) y normas (articulado de la ley e.g.), sino triádica, porque interviene al mismo tiempo la dimensión donde se está dando el vínculo entre las partes. Aunque la matriz sea de doble entrada, el criterio que configura la relación no es sólo semántico (relacionando los efectos normativos con las condiciones de la norma), sino pragmático (tiene en cuenta al mismo tiempo la dimensión, el nivel y el tipo de regulación que contempla la relación entre las partes).

Cuadro 1. Matriz de los vínculos sociales, políticos o jurídicos

VALOR DEL VÍNCULO (Vinculación)			
Vínculo	Pacto implícito (acuerdo)	Pacto explícito (acuerdo firmado)	Negocio jurídico o contrato (acuerdo validable o validado)
Dimensión privada			
Dimensión social (gobernanza)			
Dimensión político-administrativa (gobernanza)			
Dimensión jurídica			

Dicho de otro modo, el *vínculo* entre las partes puede convertirse en *vinculación* con el sistema jurídico si se dan determinadas condiciones (especialmente la existencia de normas que regulan los escenarios, procedimientos y efectos del proceso de mediación y el valor del acuerdo). Pero no siempre sucede así.

Esta situación a tres bandas (social, de gobernanza y de Derecho) no es desconocida en los conflictos sobre bienes medioambientales o en conflictos colectivos sobre políticas públicas controvertidas. Los acuerdos de mediación, pues, pueden asumir diferentes valores en función de los instrumentos utilizados, las partes en conflicto y el nivel en que se sitúan en la pirámide del sistema regulatorio de mediación (Cap. 1).

A este capítulo no le corresponde tratar los escenarios donde la figura es eminentemente social o política, sino sobre todo aquellos en los que la dimensión jurídica predomina sobre las otras dos porque se trata del desarrollo de una ley vigente en Derecho privado, o bien de una norma sectorial que, en cierta medida, enlaza con aquélla, o tuvo en algún momento como interlocutores a sus redactores. Hay legislaciones, e.g., que, justamente porque sitúan la mediación en el ámbito del derecho privado, convierten directamente la figura de la mediación en un *contrato*. La Ley 18/2006, de 22 de noviembre, de mediación familiar de las Islas Baleares define la mediación de esta manera:

Art. 4 [concepto]: “Mediante el contrato de mediación, una persona denominada mediador familiar se obliga a prestar los servicios de información, orientación y asistencia, sin facultad decisoria propia, a cuenta y por encargo de los sujetos que, perteneciendo a una misma familia o grupo convivial, están en conflicto y que se obligan a retribuir sus servicios con la finalidad de intentar llegar a acuerdos”¹¹³.

Se adopta en Derecho privado la forma contractual porque es la que se adapta a considerar los pactos como obligaciones, de acuerdo con su naturaleza jurídica. En caso de no regularse expresamente y atendida la novedad de la figura, se tendría que recurrir a la analogía con otros contratos -por ejemplo, el contrato de arrendamiento de servicios o el contrato de mandato. En las leyes de mediación familiar mencionadas no se ha regulado el contrato de mediación como punto de partida de la actividad mediadora, por lo cual el resultado ha sido una norma de carácter público que necesitará recurrir a figuras análogas para su regulación completa en este ámbito.

Estas situaciones no son nuevas, tal como recuerda el extinguido contrato de compromiso (artículo 1820 del Código Civil, derogado), que formulaba una remisión a las normas reguladoras de la transacción, por lo cual esta insuficiencia normativa determinó la aprobación de

la Ley de arbitraje, de 22 de enero de 1953, que mantenía la naturaleza contractual.

Quizás ésta es la singularidad de la mediación que posiblemente la hace más satisfactoria para la superación de muchos conflictos que invaden los juzgados. La mediación posibilita la adopción de acuerdos o protocolos que superan lo que es jurídicamente exigible, incorpora compromisos de índole moral, que son válidos entre las partes sólo porque las partes así lo quieren dado que se atiende al valor estrictamente privado de su relación, sin que eso signifique que no se comprometen ni siquiera a un cumplimiento exigible que vaya más allá de la relación que mantienen o quieren mantener en el futuro. Se inscribe en un ámbito del Derecho privado donde empiezan a tener cabida, y bastante, figuras que no van ligadas al estricto nacimiento de efectos jurídicos, pero que el Derecho contempla y enmarca. Nos referimos, en otros ámbitos, a figuras como las cartas de patrocinio, o los protocolos familiares cuyo contenido no siempre es jurídicamente exigible.

13 Recomendaciones

Las recomendaciones siguientes se orientan, básicamente, a la estructuración jurídica de la mediación, con vistas tanto al desarrollo reglamentario de la figura como a una futura ley general de mediación en Cataluña. Se tienen presentes los rasgos identificativos y principios comunes en todos los ámbitos y sectores socioeconómicos sin dejar de lado las propias particularidades, que los singularizan. También, sobre la base del análisis transversal de las diferentes modalidades, se hacen algunas propuestas:

1. Habría que determinar un concepto jurídico único de mediación, que incluya aquellos elementos esenciales de la institución y al mismo tiempo permita que las especificidades propias de cada ámbito queden reflejadas. Este concepto legal serviría de punto de partida para ulteriores normativas de otros ámbitos de conflictos.
2. En el mismo sentido, es necesario establecer los rasgos identificativos que diferencian a mediación de otras figuras de resolución autocompositivas -significativamente, respecto de la conciliación. Esta precisión redundará en el uso de la mediación por parte de la ciudadanía.
3. Sería imprescindible situar los principios estructurales que rigen la mediación, así como otros principios informadores, con una descripción precisa en cuanto a su contenido y alcance. Sería conveniente, específicamente, modular el principio de presencialidad y valorar las ventajas de la plasmación explícita del principio de flexibilidad.
4. Partiendo del principio de neutralidad, sería necesaria una reflexión (después de analizar las mediaciones efectivamente realizadas en diferentes ámbitos) sobre los parámetros de actuación del mediador, es decir, si en la práctica la declarada mediación facilitadora es tal o deviene una mediación valorativa.
5. Es conveniente desarrollar de forma normativa el conflicto de intereses -teniendo al mismo tiempo presentes los principios de confidencialidad y de neutralidad- y valorar especialmente los casos en que una misma persona pueda intervenir en la mediación con diferentes roles, como sería el caso del abogado mediador; el abogado conciliador; el árbitro mediador; el juez mediador, etc.
6. Es adecuado destacar la complejidad del principio de confidencialidad, que puede tener una intensidad y un nivel de gradación diferentes en función de los ámbitos de mediación, como se ha subrayado reiteradamente durante el estudio. También hay que situar este principio en relación con el secreto profesional.
7. Con respecto al procedimiento, sería conveniente un análisis esmerado de la obligatoriedad de la mediación, teniendo en cuenta las experiencias en Derecho comparado, con atención particular a eventuales consecuencias negativas en caso de incomparecencia o de rechazo de la mediación.
8. Sería bueno considerar la posibilidad de aplicar, como se ha hecho en Italia, posibles ventajas de tipo fiscal para las partes que deciden someter su conflicto a mediación. Podría pensarse, por ejemplo, para el caso de que efectivamente se alcancen acuerdos que pongan fin a la contienda.
9. Igualmente, desde distintos ámbitos (específicamente el laboral) se pide una revisión del procedimiento con el fin de reducir los trámites y hacerlos más ágiles. Respecto del procedimiento, y en relación con el despliegue reglamentario de la LMADP, sería bueno reflexionar sobre la duración más adecuada de las sesiones, y si convendría fijar un máximo de dos horas.

10. Convendría una revisión técnica del régimen sancionador de la LMADP, así como introducir, para determinados hechos constitutivos de infracción, medidas de carácter formativo para la rehabilitación de los mediadores suspendidos.
11. Puesto que una conducta negligente del mediador puede generar perjuicios a las partes, hay que prever mecanismos jurídicos para resarcirlas, como la contratación de seguros por parte de los profesionales de la mediación.
12. Habría que valorar la posibilidad de que los acuerdos resultantes de la mediación ligada a conflictos fundamentalmente jurídicos tuvieran valor vinculante y fuerza ejecutiva sin necesidad de proceder a la apertura de un procedimiento judicial declarativo, siempre que su contenido fuera ajustado a Derecho y, específicamente, analizar los mecanismos en el seno del ordenamiento jurídico catalán para plasmarlo. Del mismo modo estaría bien buscar y debatir sobre los mecanismos de seguimiento o de potenciación del cumplimiento de los acuerdos que por su naturaleza no son exigibles mediante mecanismos estrictamente jurídicos.
13. Igualmente, sería conveniente incorporar en las leyes que el procedimiento de mediación suspende los plazos de prescripción y caducidad.
14. Habría que valorar la posibilidad de proponer, desde Cataluña, reformas legislativas de diferentes leyes procedimentales, como la Ley de enjuiciamiento civil, con el fin de facultar a los jueces a derivar asuntos a mediación, cuando así se establezca normativamente.
15. Sería conveniente la elaboración de reglamentos sectoriales, con el referente de los aprobados en el ámbito cooperativo y de los contratos de cultivo y de integración. Esta política es especialmente conveniente en un ámbito como el de la mediación comunitaria, con el fin de visibilizar sus especificidades y aclarar la relación de colaboración con el Centro de Mediación de Derecho Privado, más allá de los enunciados de la LMADP.
16. Es necesaria una regulación con voluntad generalista de las ODR, que anticipa la eclosión de tal modalidad en nuestro país.
17. En general, es conveniente elaborar códigos de buenas prácticas o protocolos de actuación ligados al mejor cumplimiento o inteligencia de los principios que presiden la mediación y de la actividad del mediador. Se trata de instrumentos extremamente útiles de cara a la consolidación de la práctica de la mediación en nuestro país y a su aceptación social.

14 Bibliografía referenciada

- Barral, L. et al. (2009). "El concepte jurídic de la mediació". A Casanovas, P.; Díaz, L.; Magre, J.; Poblet, M. (Eds.). *Materials del Llibre Blanc de la Mediació a Catalunya. La mediació: concepte, àmbits, perfils, indicadors*. Vol. I. Barcelona: Departament de Justícia i Centre d'Estudis Jurídics i Formació Especialitzada.
- Barral, I. (2010). "Cap a la mediació electrònica (a propòsit de la mediació electrònica institucional en dret de consum)". En Lauroba, M.ª.E.; Barral, I.; Viola, I. (Dir.). Tarabal, J.; Esteve, G. (Coords.). *Materials jurídics del Llibre Blanc de la Mediació a Catalunya*. Vol. 2. Barcelona: Departament de Justícia i Centre d'Estudis Jurídics i Formació Especialitzada (en prensa).
- Hinojal López, S. (2005). "Los menores ante la mediación". En Ruiz Marín, M. J. (Dir.), *Mediación y protección de menores en derecho de familia*. Madrid, Consejo General del Poder Judicial: Centro de Documentación Judicial, D. L.
- Lasheras Herrero, P. (2008). "Mediación familiar: oralidad y principios de procedimiento", Coloquio ADIP, Universitat de València.
- Marco Molina, J. (2001). "La incorporación de directivas en materia de derecho patrimonial por el legislador catalán (La relación entre las directivas comunitarias y la actividad legislativa de las Comunidades Autónomas)", *La Notaría*, pp. 15-50.
- Martín Casals, M. (2010). "La comediació com a model". En Lauroba, M.ª.E.; Barral, I.; Viola, I. (Dir.). Tarabal, J.; Esteve, G. (Coords.). *Materials jurídics del Llibre Blanc de la Mediació a Catalunya*. Vol. 2. Barcelona: Departament de Justícia i Centre d'Estudis Jurídics i Formació Especialitzada (en prensa).
- Ordóñez Solís, D. (2009). "La Directiva sobre mediación y sus efectos en el derecho español: <fuera de los tribunales también hay justicia>, *Diario La Ley*, núm. 7165, pp. 1-30.

- Ortuño Muñoz, P. (2006). "Justificación de la puesta en marcha por el CGPJ del proyecto piloto de mediación familiar en los juzgados de familia de España en el año 2006", *Alternativas a la judicialización de los conflictos: la mediación, Estudios de Derecho Judicial*, n. 111, Madrid: CGPJ, 2006, pp. 593-627.
- Ortuño Muñoz, P (2009). "El papel del abogado en la mediación". Disponible en: <http://www.cgae.es/portalCGAE/archivos/ficheros/1256803556152.pdf>
- Serrano, G. (2008). "Eficacia y mediación familiar", *Boletín de Psicología*, núm. 92, marzo 2008, p. 58.
- Solé Resina, J., Ysás Solanes, M. "Comentari a la Llei 1/2001, de 15 de març, de mediació familiar de Catalunya (núm. 3355, de 26.03.2001), *La Notaría*, núm. 6, junio, pp. 19 a 47.
- Vaquer Aloy, A. (2010). "Mediació i prescripció". En Lauroba, Mª.E.; Barral, I.; Viola, I. (Dir.); Tarabal, J.; Esteve, G. (Coords.). *Materials jurídics del Llibre Blanc de la Mediació a Catalunya*. Vol. 2. Barcelona: Departament de Justícia i Centre d'Estudis Jurídics i Formació Especialitzada (en prensa).
- Vaquer Aloy, A.; Lamarca i Marquès, A. (Eds.) (2005). *Comentari a la nova regulació de la prescripció i la caducitat en el dret civil de Catalunya*.
- Vidal Teixidó, A. (2010). "Els codis de bones pràctiques". En Lauroba, Mª.E.; Barral, I.; Viola, I. (Dir.); Tarabal, J.; Esteve, G. (Coords.). *Materials jurídics del Llibre Blanc de la Mediació a Catalunya*. Vol. 2. Barcelona: Departament de Justícia i Centre d'Estudis Jurídics i Formació Especialitzada (en prensa).
- Villagrassa Alcaide, C.; Vall Rius, A. (2002). "Comentarios al desarrollo reglamentario de la Ley 1/2001, de 15 de marzo, de mediación familiar de Cataluña", *La Ley*, T. 6, pp. 1728-1733.
- Álvarez Moreno, M. T. (2002). "La mediación empresarial", *Revista de Derecho Privado*, Desembre 2002, pp. 957-986.
- Álvarez Moreno, M. T.; Muñoz García, C. (2003). "Aspectos jurídicos de la mediación familiar", *Revista de Derecho Privado*, núm. 87, marzo-abril 2003, pp. 257-278.
- Amorós, M.; Camps, F.; Pastor, X. (2000). *Mediació comunitària i gestió alternativa de conflictes a Catalunya, una guia per a la governabilitat*, Barcelona: Fundació Jaume Bofill.
- Andrés Ciurana, B. (2005). "La mediación civil y mercantil: una asignatura pendiente en España", *Actualidad Jurídica Uriá & Menéndez*, núm. 12, septiembre-diciembre 2005, pp. 60 a 69.
- Ballarín Marcial, A. (2003). "La mediación", *Revista jurídica del Notariado*, núm. 46, abril – junio 2003, pp. 9-25.
- Barona Vilar, S. (2009). "Mediación penal como pieza del sistema de tutela penal en el siglo XXI. Un paso más hacia la resocialización y la justicia restaurativa", *Revista de derecho penal*, enero 2009, pp. 11-53.
- Barona Vilar, S. (2009). *La mediación penal para adultos: una realidad en los ordenamientos jurídicos (experiencias en España, EEUU, Inglaterra y Gales, Países Escandinavos, Francia, Alemania, Portugal, Brasil y Chile)*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Barrada Orellana, R. (2000). "Proyecto de regulación de la mediación familiar en Cataluña", *La Notaría*, núm. 6/2000.
- Blanco Carrasco, M. (2009). *Mediación y sistemas alternativos de resolución de conflictos: una visión jurídica*, Madrid, Reus.
- Blanco Carrasco, M. (2009). "La alternativa de la mediación en conflictos de consumo: presente y futuro", *Anuario Jurídico y económico escurialense*, núm. 42, pp. 129-152.
- Blanco Sabio, M. (2001). "Comentarios al proyecto de ley de mediación familiar en Cataluña", *Anuario de Justicia Alternativa*, núm. 1, 2001, pp. 197-210.
- Bolaños Cartujo, I. (2008). *Hijos alineados y padres alienados: mediación familiar en rupturas conflictivas*, Madrid, Reus.
- Campo Izquierdo, A. L. (2005). "La mediación familiar como complemento del proceso judicial de fami-

15 Bibliografía

- Alcaraz Liaño, A. B. (2007). "El valor de la mediación familiar en los procesos de separación y divorcio", *Anales de Derecho*, núm. 25, pp. 493 a 503.
- Alés Sioli, J. (2008). "Los tesoros de la mediación", *La Ley: revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, T. 4, pp. 1723-1725.

- lia: análisis comparativo de las distintas leyes de mediación familiar”, *Revista de derecho de familia*, núm. 26, pp. 279-304.
- Carulla Benítez, P. (2001). “La mediación: una alternativa eficaz para resolver conflictos empresariales”, *Anuario de Justicia Alternativa*, núm. 1, pp. 121-154.
- Casanovas, P. (1998). “Las formas sociales del derecho contemporáneo: el ius commune”. *Working Paper*, n. 146, Instituto de Ciencias políticas y Sociales de Barcelona.
- Casanovas, P.; Poblet, M. (2008). Concepts and fields of relational justice. En Casanova, P.; Sartor, G.; Cassellas, N.; Rubino, R. (Eds.) *Computable Models of the Law*. Berlin - Heidelberg: Springer Verlag.
- Casanovas, P. (2002). “Dimensiones del pluralismo jurídico”. *Actas del IX Congreso de Antropología FAAEE, Cultura y política. El recurso a la reciprocidad*. Barcelona.
- Casanovas, P.; Poblet, M. (2008). “Micro-fundamentos de la justicia reparadora: primer ensayo de conceptualización”, *Estudios en homenaje al profesor Gregorio Peñes-Barba*. Madrid: Dykinson, T. 4, pp. 225-258.
- Casanovas, P., Díaz, L., Magre, J., Poblet, M. (Eds.) (2009). *Materials del Llibre Blanc de la Mediació a Catalunya. La mediació: concepte, àmbits, perfils, indicadors*. Vol. I., Barcelona: Departament de Justícia i Centre d'Estudis Jurídics i Formació Especialitzada.
- Castells, M. (2009). “The New Public Sphere: Global Civil Society, Communication Networks, and Global Governance”. En Kishan Thussu, D. (Ed.) *International Communication: a Reader*. New York: Routledge.
- Castillo Martínez, C. C. (2003). “El interés del menor como criterio prevalente en la mediación familiar”, *Familia: persona y familia*, núm. 25, pp. 25-51.
- Cobb, S. & Rifkin, J. (1991). “Practice and Paradox: Deconstructing Neutrality in Mediation”, *Law and Social Inquiry*, 16, pp. 35-64.
- Cobb, S. (1991). “Einsteinian Practice and Newtonian Discourse: Ethical Crisis in Mediation”, *Negotiation Journal*, 7, pp. 87-102.
- Conrad, D. R. (1998). “Confidentiality Protection in Mediation: Methods and Potential Problems in North Dakota”, *North Dakota Law Review*, 74, pp. 45 y ss.
- Corvo López, F. M. (2008). “Los hijos menores ante el proceso de mediación familiar” en *Homenaje al profesor Manuel Cuadrado Iglesias*, Navarra: Cizur Menor, Thomson Civitas.
- Cucarella Galiana, L. A. (2003). “Consideraciones procesales en torno a la mediación familiar”, *Anuario de Justicia Alternativa*, núm. 4, pp. 233-250.
- Dapena, J. (2000). “La mediació i reparació”, *Justit fòrum: papers d'estudis i formació*, núm. 11, pp. 15-29.
- Davis, W.E. (1996). “Diseño de sistemas para resolver conflictos: la experiencia con multipuertas en Estados Unidos”. En Gottheil, J.; Schiffrian, A. (Coords.) *Mediación: una transformación en la cultura*, pp. 191-215.
- Domingo, V. (2008). “Justicia restaurativa y mediación penal”, *Revista de Derecho penal*, núm. 23, pp. 33-68.
- Espín Alba, I. (2003). “La mediación familiar en Galicia”, *Estudios Jurídicos en homenaje al profesor Luís Díez-Picazo*, Madrid: Thomson Civitas.
- Ferreiro Lapatza, J. J. (Dir.) (2005). *La justicia tributaria en España: informe sobre las relaciones entre la administración y los contribuyentes y la resolución de conflictos entre ellos*, Madrid, Barcelona, Marcial Pons, ediciones jurídicas y sociales.
- Fisher, H. M. (1942). “Judicial Mediation: How It Works Through Pre-Trial Conference”, *University of Chicago Law Review*, 10, pp. 453.
- Fiss, O. (2007). “Contra la conciliación”, *El derecho como razón pública*. Editorial Marcial Pons.
- Folger, J. P. (2000). “Mediation Research: Studying Transformative Effects”, *Hofstra Labour and Employment Law Journal*, 18, pp. 385 y ss.
- Funes y Artiaga, J. (Dir.) (1994). *Mediació i justicia juvenil*. Barcelona: Generalitat de Catalunya, Departament de Justícia, Centre d'Estudis Jurídics i Formació Especialitzada.
- García García, L. (2002). “En los conflictos familiares ¿por qué deberíamos acudir a la mediación? La mediación como alternativa en la resolución de conflictos familiares y matrimoniales” (I) y (II), *Revista de Derecho de familia*, núm. 14, enero 2002, pp. 55-74 y núm. 15, abril 2002, pp. 47-68.

- García García, L. (2003). *Mediación y familia: preventión y alternativa al litigio en los conflictos familiares*. Madrid: Dykinson.
- García Presas, I. (2009). "El procedimiento de mediación familiar", *Actualidad civil*, núm. 8, pp. 2 y ss.
- García Presas, I. (2009). *La mediación familiar: una alternativa en el proceso judicial de separación y divorcio*, Las Rozas (Madrid): La Ley.
- García Villaluenga, L. (2006). *Mediación en conflictos familiares: una construcción desde el derecho de familia*, Madrid, Reus.
- Giménez-Salinas y Colomer, E. (1996). "La mediación penal en dret comparat", *Justiforum: papers d'estudis i formació*, núm. 5, pp. 9-26.
- Giménez-Salinas y Colomer, E. (1996). "La mediación en el sistema de justicia juvenil: una visión desde el derecho comparado", *Cuadernos de derecho judicial*, núm. 15, pp. 53-81.
- Gimeno, R. (2001). "La mediación en el ámbito penal juvenil", *Anuario de Justicia Alternativa*, núm. 1, pp. 233-257.
- Goldberg, S. B. (2003). *Dispute Resolution: Negotiation, Mediation and Other Processes*, New York: Aspen Publishers.
- González Cano, I. (2007). "Últimas propuestas en la Unión Europea sobre la mediación en asuntos civiles y mercantiles" *Unión Europea Aranzadi*, núm. 2, febrero, pp. 5-30.
- González-Cuéllar Serrano, N. (Dir.); Sanz Hermida, A. Ma.; Ortiz Pradillo, J. C. (Coords.) (2010). *Mediación: un método de ; conflictos: estudio interdisciplinar*, Madrid: Colex.
- Guilarte Gutiérrez, V. (2000). "La mediación familiar: panacea cuestionable", *Revista de derecho de familia*, núm. 6, enero 2000, pp. 29-44.
- Lafuente, N.; Camps, F. (Coords.) (2003). *La gestió alternativa de conflictes en les organitzacions del tercer sector*, Barcelona: Fundación Jaume Bofill.
- Lasheras Herrero, P. (2008). "Mediación familiar: oralidad y principios de procedimiento", Coloquio ADIP, Universitat de València.
- Lauroba, M. E.; Barral, I.; Viola, I. (Dirs.); Tarabal, J.; Esteve, G. (Coords.) (2010). *Materials jurídics del Llibre Blanc de la Mediació a Catalunya*. Vol. 2. Barcelona: Departament de Justícia (en prensa).
- Led Capaz, P. (2005). "La mediación escolar: un modelo institucional", *Anuario de justicia alternativa*, núm. 6/2005.
- Lederach, J. P. (1996). *Mediación*, Gernika: Centro de Investigación por la Paz Gernika Gogoratz.
- Libro Verde sobre las modalidades alternativas de solución de conflictos en el ámbito del derecho civil y mercantil -COM* (2002).
- Lorca Navarrete, A. M.; Dentici Velasco, N. M. (2005). *La regulación de la separación de la separación y el divorcio en la nueva "ley de divorcio" de 2005 con especial referencia a la mediación familiar*, San Sebastián: Instituto Vasco de Derecho Procesal.
- Lucas Mas, C. O. (2003). "La mediación y otros mecanismos alternativos de resolución de conflictos en el ámbito tributario estadounidense. Especial referencia a las actuaciones del IRS (Internal Revenue Service)", *Revista de derecho financiero y hacienda pública*, núm. 269, pp. 603-625.
- Luquín Bergareche, R. (2007). *Teoría y práctica de la mediación familiar intrajudicial y extrajudicial*. Navarra: Cizur Menor, Thomson Civitas.
- Llopis Giner, J. M. (Coord.) (2003). *Estudios sobre la ley valenciana de mediación familiar*, València: Sedaví, Práctica de derecho.
- Martín Brañas, C. (1995). "Los acuerdos adoptados en mediación, conciliación y arbitraje en el ámbito del artículo 91 del Estatuto de los Trabajadores: su control jurisdiccional", *Actualidad laboral*, T. 3, pp. 793-815.
- Mejías Gómez, J. F. (2009). *La mediación como forma de tutela judicial efectiva*, Madrid: El Derecho editores.
- Menkel-Meadow, C. (2002). "When Litigation is Not the Only Way: Consensus Building and Mediation as Public Interest Lawyering", *Washington University Journal of Law and Policy*, 10, pp. 37 y ss.
- Montesinos García, A. (2008). "Mediación on line", *Revista de la contratación electrónica*, núm. 94, pp. 85-110.
- Moreno Cordero, G. (2009). "La Directiva comunitaria 2008/52/CE sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles (especial referencia a la mediación de consumo en el ordenamiento español)", *Revista de la Corte Española de Arbitraje*, pp. 87-117.

- Ordeñana Gezuraga, I. (2009). *La conciliación y la mediación en cuanto a instrumentos extrajurisdiccionales para solventar el conflicto laboral*, Granada: Comares.
- Ortuño Muñoz, P. (1995). "El dictamen de especialistas" como prueba pericial "sui generis" en el derecho de familia y la mediación", *Poder Judicial*, núm. 37, pp. 193-212.
- Ortuño Muñoz, P. (2003). "Libro verde sobre las modalidades alternativas de resolución de conflictos en el ámbito civil y mercantil de 19 de abril de 2002 de la Comisión de las Comunidades Europeas", *Revisita Iuris-La Ley*, 77, nov. 2003, p. 42 a 48.
- Ortuño Muñoz, P. (2005). "La Mediación Familiar", en la obra colectiva "Tratado de Derecho de Familia", editorial SEPIN, pp. 1101-1177.
- Ortuño Muñoz, P. (2006). "Justificación de la puesta en marcha por el CGPJ del proyecto piloto de mediación familiar en los juzgados de familia de España en el año 2006", *Alternativas a la judicialización de los conflictos: la mediación*, *Estudios de Derecho Judicial*, n. 111, Madrid: CGPJ, 2006, pp. 593-627.
- Ortuño Muñoz, P. (2007). "La mediación civil y penal (alternativas a la judicialización de los conflictos). Mesa 2ª", *Estudios de derecho judicial*, núm. 136, pp. 73-84.
- Ortuño Muñoz, P. (2009). "A propósito de la Directiva 2008/52/CE sobre mediación en asuntos civiles y mercantiles", *Aranzadi civil*, núm. 20, pp. 15-18.
- Ortuño Muñoz, P. (2009). "El papel del abogado en la mediación". Disponible en: <http://www.cgae.es/portaICGAE/archivos/ficheros/1256803556152.pdf>
- Pedrajas Moreno, A. (2000). "La impugnación de los acuerdos de mediación y de los laudos arbitrales y laborales", *Justicia laboral*, núm. 3, pp. 25-49.
- Pérez Martell, R. (2008). *Mediación civil y mercantil en la Administración de Justicia*, Valencia: Tirant lo Blanch.
- Pérez Martell, R. (2009). "La ley catalana de mediación en el ámbito del derecho privado de 22 de julio de 2009", *Revista jurídica de Canarias*, núm. 15, pp. 57-75.
- Pérez-Salazar Resano, M. C.; Ríos Martín, J. C. (dirs.) (2007). *La mediación civil y penal: un año de experiencia*, Madrid: Consejo General del Poder Judicial.
- Perlingieri, P. (2006). *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-comunitario delle fonti*. Editore Edizioni Scientifiche Italiane.
- Prats Albentosa, L. (2008). "Recurrir a la mediación en los conflictos familiares", *Iuris*, núm. 124, febrero 2008, pp. 33-35.
- Ríos Martín, J. C. (2007). "Conclusiones del curso "La mediación civil y penal" Dos años de experiencia. 2ª parte del curso sobre alternativas a la judicialización de los conflictos dirigidos a jueces de familia y penales", *Estudios de derecho judicial*, núm. 136, pp. 253-302.
- Ríos Martín, J. C. et al. (2008). *La mediación penal y penitenciaria: experiencias de diálogo en el sistema penal para la reducción de la violencia y el sufrimiento humano*, 2ª ed., Madrid: Colex.
- Rogel Vide, C. (2009). "Mediación y transacción en el Derecho civil", *Revista general de legislación y jurisprudencia*, núm. 3, pp. 545-564.
- Ruiz Esparza, J. M. (2007). "Alternativas a la judicialización de los conflictos", *Estudios de derecho judicial*, núm. 136, pp. 105-158.
- Ruiz Marín, M. J. (Dir.) (2005). *Mediación y protección de menores en derecho de familia*, Madrid: Consejo General del Poder Judicial, Centro de Documentación Judicial, D. L.
- Sáez Rodríguez, C. (Coord.) (2008). *La mediación familiar. La mediación penal y penitenciaria. El estatuto del mediador: un programa para su regulación*, Navarra: Cizur Menor, Thomson Aranzadi.
- Sáez Valcárcel, R.; Ortuño Muñoz, P. (Dirs.) (2007). *Alternativas a la judicialización de los conflictos: la mediación*. Madrid: Consejo General del Poder Judicial, Centro de Documentación Judicial, DL.
- Sastre Peláez, A. (2002). "Principios generales y definición de la mediación familiar: su reflejo en la legislación autonómica", *La Ley*, T. 2, pp. 1752-1761.
- Sánchez Álvarez, B. (2007). "Cuestiones relevantes de derecho sustantivo y procesal de la incorporación de la mediación a la jurisdicción penal de adultos en la fase de mediación. La mediación penitenciaria", *Estudios de derecho judicial*, núm. 136, pp. 227-252.
- Santor Salcedo, H. (2006). *La mediación en los conflictos de trabajo; naturaleza y régimen jurídico*, Las Rozas (Madrid): La Ley.

- Serrano Romero, J. F. (2009). "La mediación en Cataluña, tras el Proyecto de Ley de mediación en el ámbito del derecho privado de 27 de mayo de 2008", *Actualidad civil*, febrero 2009, pp. 381-414.
- Solé Resina, J.; Ysás Solanes, M. "Comentari a la Llei 1/2001, de 15 de març, de mediació familiar de Catalunya (núm. 3355, de 26.03.2001), *La Notaria*, núm. 6, junio, pp. 19 a 47.
- Soleto Muñoz, H.; Otero Parga, M. (Coords.) (2007). *Mediación y solución de conflictos: habilidades para una necesidad emergente*, Madrid: Tecnos.
- Soria, M. A.; Villagrassa, C.; Armadans, I. (Coords.) (2008). *Mediación familiar. Conflicto: técnicas, métodos y recursos*, Barcelona, Bosch.
- Suarés, M. (2005). *Mediación: conducción de disputas, comunicación y técnicas*, 5^a reimp. Buenos Aires, Barcelona, Méjico: Paidós.
- Torillo González, F. J. "La mediación laboral", *Aranzadi Social*, Vol. V, pp. 531-552.
- Torre García, A. et al. (2006). "Mediación como alternativa de resolución de conflictos laborales; perspectiva psicosocial", *Introducción al derecho del arbitraje y mediación*. Salamanca: Ratio Legis Librería Jurídica, pp. 311-332.
- Torres Muñoz, M. (1999). *Las crisis familiares en la jurisprudencia: criterios para una mediación familiar*. València: Consell Superior de Col·legis d'Advocats de la Comunitat Valenciana.
- Taylor, A. (1994). "The Four Foundations of Family Mediation: Implications for Training and Certification", *Mediation Quarterly*, 12, pp. 77-88.
- Ury, W. (2005). *Alcanzar la paz: resolución de conflictos y mediación en la familia, el trabajo y el mundo*. Barcelona, Buenos Aires, Méjico: Paidós.
- Vall Rius, A. M. (2008). "La mediación: realidad y retos de futuro", *La Ley: revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, T.3, pp. 1806-1809.
- Vargas Pavez, M. (2008). "Mediación obligatoria. Algunas razones para justificar su incorporación". *Revista de derecho*, V. XXI, n. 2, diciembre, p. 196.
- Vidal Teixidó, A. (2009). "Algunes reflexions sobre la nova Llei de mediació", *Món Jurídic*, núm. 249, pp. 8 y 9.
- Vives, G. (2009). "Apuntes sobre la reforma de la oficina judicial: la mediación como medio de desjudicializar conflictos", *Economist & Jurist*, núm. 135, pp. 66 y 67.
- Vilalta, A.E. (2009). "La cultura del diálogo y la justicia relacional com tercera vía". Revista *IDP*, núm 8, UOC.
- Villagrassa Alcaide, C.; Vall Rius, A. (2001). "La mediación familiar en Cataluña: análisis sistemático de la Ley 1/2001, de 15 de marzo, de mediación familiar de Cataluña", *La Ley*, T. 5, pp. 1744-1755.
- Villagrassa Alcaide, C.; Vall Rius, A. (2002). "Comentarios al desarrollo reglamentario de la Ley 1/2001, de 15 de marzo, de mediación familiar de Cataluña", *La Ley*, T. 6, pp. 1728-1733.
- Villagrassa Alcaide, C.; Vall Rius, A. (2003). "Comentaris i reflexions sobre la regulació de la mediació familiar en el dret civil de Catalunya", *Revista Jurídica de Catalunya*, núm. 2, pp. 333-359.
- Villagrassa Alcaide, C. (Coord.) (2004). *La mediació. Alternativa multidisciplinària a la resolució de conflictes*. Barcelona: Pòrtic.
- Vinyamata, E. (2004). *Guerra y paz en el trabajo: conflictos y conflictología en las organizaciones*, Valencia: Tirant lo Blanch.
- Viola Demestre, I. (2005). "La mediació a l'empresa familiar: una eina per a la seva pervivència", *Nous reptes del dret de família: materials de les tretzenes jornades de dret català a Tossa*. Gerona: Documentación universitaria, pp. 537-552.
- Viola Demestre, I. (2009a). "El carácter ejecutivo de los acuerdos resultantes de mediación", a *Simposio sobre tribunales y mediación. Nuevos caminos para la justicia. Comunicaciones*. Barcelona: Huygens editorial, pp. 21-28.
- Viola Demestre, I. (2009b). "Minoría de edad y mediación escolar", *Por los derechos de la infancia y la adolescencia*. Barcelona: Bosch, pp. 2739-2750.
- Viola Demestre, I. (2010). "La confidencialitat en el procediment de mediació", en Lauroba, M.^a.E.; Barral, I.; Viola, I., (Dirs.); Tarabal, J.; Esteve, G., (Coords.), *Materials jurídics del Llibre Blanc de la Mediació a Catalunya*, vol. 2, Barcelona: Departament de Justícia i Centre d'Estudis Jurídics i Formació Especialitzada (en prensa).
- Ysás Solanes, M. (2003). "Algunas consideraciones en torno a la Llei 1/2001: de 15 de marzo, de mediació familiar de Catalunya", *Estudios jurídicos*

en homenaje al profesor Luís Díez-Picazo. Madrid: Thomson Civitas.

Para más bibliografía, véase el dossier de mediación elaborado por la Biblioteca del Ilustre Colegio de

Abogados de Barcelona, disponible en: [http://www.icab.cat/files/242-190751-DOCUMENTO/Dos-
sier%2010b_Mediaci%C3%B3n_llibre.pdf](http://www.icab.cat/files/242-190751-DOCUMENTO/Dossier%2010b_Mediaci%C3%B3n_llibre.pdf)

Notas

- 1 DOGC núm. 5432, 30.07.2009.
- 2 DOGC núm. 5499, 05.11.2009.
- 3 DOGC núm. 5499, 05.11.2009.
- 4 DOGC núm. 4670, 06.07.2006.
- 5 DOGC núm. 5422, 16.07.2009.
- 6 Ley 22/2010, del 20 de julio, de Código de consumo de Cataluña (DOGC nº 5677, 23.07.2010).
- 7 A los efectos que nos interesan, hay que tener presente la Ley 25/2010, de 29 de julio, del Libro segundo del Código Civil de Cataluña, relativo a la persona y la familia (DOGC núm. 5686, 05.08.2010).
- 8 DOGC núm. 5641, 02.06.2010.
- 9 BOE núm. 48, 25.02.2008. En este RD se pretende, como se indica en su preámbulo, aclarar el papel de la mediación en el procedimiento arbitral, absteniéndose de regular esta institución de resolución de conflictos por congruencia con las competencias autonómicas sobre la materia. La particularidad de este ámbito también queda patente en la Directiva 2008/52/CE (Cd. 10) donde excluye los sistemas de reclamación de consumo de su ámbito de aplicación dado que este ámbito ya se encuentra regulado por la Recomendación de la Comisión, de 4 abril de 2001, relativa a los principios aplicables a los órganos extrajudiciales de resolución consensual de litigios en materia de consumo [C(2001) 1016].
- 10 BOE núm. 11, 13.01.2000.
- 11 Ley (gallega) 4/2001, de 31 de mayo, reguladora de la mediación familiar [BOE núm. 157, de 2.7. 2001]; Ley 7/2001, de 26 de noviembre, reguladora de la mediación familiar, en el ámbito de la Comunidad Valenciana [BOE núm. 303, de 19.12.2001]; Ley 15/2003, de 8 de abril, de la mediación familiar en Canarias, modificada por la Ley 3/2005, de 23 de junio [BOE núm. 134, de 5.6.2003; reforma BOE núm. 177, de 26.7.2005]; Ley 4/2005 (Castilla-La Mancha), de 24 de mayo, del servicio social especializado de mediación familiar [BOE núm. 203, de 25.8.2005]; Ley 8 de febrero del País Vasco [DOPV núm. 2008034, 18.2.2008]; Ley 1/2009 (Andalucía), de 27 de febrero, reguladora de la Mediación Familiar [BOE núm. 80, 2.4.2009]. En las referencias posteriores, se abreviará con la referencia LMF y la Comunidad pertinente.
- 12 BOE núm. 7, 08.01.2000.
- 13 Puede consultarse en http://www.mjusticia.es/cs/Satellite?c=Documento&cid=1161680003706&pagename=Portal_del_ciudadano%2FDocumento%2FTempDocumento
- 14 Accesible en la web del Poder judicial [julio 2010] [http://www.poderjudicial.es/eversuite/GetDoc?DBName=dPortal&UniqueKeyValue=153342&Download=false&ShowPath=false](http://www.poderjudicial.es/eversuite/GetDoc?DBName=dPortal&UniqueKeyValue=153342&Download=false&>ShowPath=false)
- 15 DOUE de 24 de mayo de 2008, L 136/3.
- 16 Libro Verde sobre las modalidades alternativas de solución de conflictos en el ámbito del derecho civil y mercantil, COM (2002) 196. Además, la Recomendación del Consejo de Europa R (98) 1, del Comité de Ministros de 21 de enero de 1998, sobre mediación familiar; para el ámbito penal, se ha tenido en cuenta la Recomendación nº R (99)19, orientada de forma más específica a la mediación en el ámbito penal.
- 17 El Código de conducta europeo para mediadores es un documento desarrollado por un grupo de personas interesadas en la asistencia de los servicios de la Comisión Europea, aprobado en julio de 2004, en Bruselas, sin carácter vinculante. Establece una serie de principios cuyo cumplimiento se deja al arbitrio de los mediadores individuales, siendo de aplicación a cualquier tipo de mediación en asuntos civiles y mercantiles. Puede consultarse en ec.europa.eu/civiljustice/adr/adr_ec_code_conduct_es.pdf
- 18 DOCE, L 109/56 19.4.2001.
- 19 Veáse el cap. 1 de este LB.

- 20 Resolución 2002/12 ECOSOC.
- 21 Ciertamente, es una referencia recurrente, dado que en el capítulo se han obviado, excepto algunas referencias puntuales, las remisiones al importante aparato bibliográfico, que se contrarresta con la bibliografía final.
- 22 Sobre la competencia de la Generalitat en la transposición de directivas comunitarias durante la vigencia del EAC de 1979, véase Marco Molina (2001, 15-50).
- 23 Cfr. con las Figuras 4 y 5 del cap. 1. LB.
- 24 Preámbulo LMADP: “En cuanto a los aspectos organizativos, la implantación efectiva del sistema y la apertura de la mediación a determinados conflictos civiles que surgen en el ámbito de las comunidades de propietarios y de la vida asociativa y fundacional y a otros litigios nacidos en la comunidad que son impropiamente judicializados”.
- 25 El art. 32 de la Ley 12/2009, de 10 de julio, de educación (DOGC núm. 5422, 16.07.2009) establece que la mediación es un procedimiento para la prevención y la resolución de los conflictos que se puedan producir en el marco educativo, por medio del cual se da apoyo a las partes en conflicto para que puedan llegar por sí mismas a un acuerdo satisfactorio.
- 26 Cit., p. 22.
- 27 Por contra, el APrMACM (§ II, 2 ME) destaca del mediador que de él “se pretende una intervención activa y orientada a la solución de la controversia, a diferencia de otras figuras, como la conciliación, en la que la participación de un tercero se produce con una menor implicación o capacidad de propuesta”.
- 28 Véase Cap. 1 y especialmente el cap. 16 y su resumen ejecutivo LB.
- 29 Como ejemplo, véase el art. 2.2 LMF Castilla y León [Ámbito de aplicación y finalidad]: “La finalidad de la mediación familiar regulada en la presente Ley es evitar la apertura de procesos judiciales de carácter contencioso, contribuir a poner fin a los ya iniciados o reducir su alcance, pudiendo tener lugar con carácter previo al proceso judicial, en el curso del mismo, o una vez concluido éste”.
- 30 Cfr. los resultados estadísticos en el Anexo 4 LB.
- 31 Ley 15/2005, de 8 de julio, por la cual se modifican el Código Civil y la Ley de enjuiciamiento civil en materia de separación y divorcio.
- 32 Así, p. e., art. 8 LMF Galicia 2001 “Principios informadores”; LMF Canarias 2003, art. 4: “Principios informadores de la mediación familiar” o art. 8 LMF Castilla-La Mancha 2005.
- 33 Se trata, en concreto, de las demandas de juicio verbal en razón de la cuantía que consistan en una reclamación de cantidad (inferior, por lo tanto, a seis mil euros [vid. 250.2 LEC]) y no se refieran ni a las materias enumeradas en el artículo 250.1 LEC ni a materia de consumo (vid. apartados 7, 10 y 11 de la DF2a APrLMACM).
- 34 “Informe al Anteproyecto de ley de mediación en asuntos civiles y mercantiles”, op. cit., p. 118.
- 35 Vid. “Libro verde sobre las modalidades alternativas de resolución de conflictos en el ámbito del derecho civil y mercantil”, publicado por la Comisión Europea el 19 de abril de 2002, p. 28.
- 36 En este sentido, puede ser ilustrativa la observación que hizo la Comisión Jurídica Asesora en relación con el art. 19.2 del “Proyecto de decreto por el cual se regula la Junta de Arbitraje y Mediación de los contratos de cultivo y de los contratos de integración de Cataluña” y la referencia que éste realizaba a una hipotética “cláusula de sumisión” a mediación: “La Comisión hace la observación de que, tal como está redactado, el precepto podría desvirtuar la voluntariedad de la mediación y que la referencia a la “cláusula de sumisión” es una copia inoportuna del arbitraje. En consecuencia, la Comisión entiende que el énfasis inicial hace falta ponerlo en el hecho de que la mediación se produce cuando las partes, voluntariamente, lo soliciten a la Junta, sin perjuicio de que lo puedan haber pactado anteriormente” (vid. Dictamen Comisión Jurídica Asesora 306/2009, de 11 de octubre, sobre el Proyecto de decreto por el cual se regula la Junta de Arbitraje y Mediación de los contratos de cultivo y de los contratos de integración de Cataluña, p. 25).
- 37 Vid. “Libro verde...”, cit. p. 28.
- 38 Así sucedía en el ámbito de la LMFC, que sólo definía la imparcialidad (art. 12) como deber de la persona mediadora sin en ningún momento mencionar la neutralidad. De hecho, alguna de las notas que la LMFC atribuía a la imparcialidad del mediador, como “el deber de ayudar a los participantes a alcanzar los acuerdos pertinentes sin imponer ninguna solución ni medida concreta” (art. 12.1), era, en realidad, manifestación del carácter autocompositivo de la mediación y, como vemos, propia del principio de neutralidad que la preside. Esta imprecisión a la hora de definir el principio de imparcialidad se reproduce ahora de manera calcada en la Ley 22/2010, del 20-VII, del Código de consumo de Cataluña (cfr. art. 132-2.3).
- 39 “La mediación penal juvenil: ¿qué opinan las partes implicadas?” Programa Compartim, gestión del conocimiento del Departamento de Justicia (http://www20.gencat.cat/docs/Justicia/Documents/ARXIUS/MediadorsJJ_2008_producte.pdf).
- 40 Porque, por ejemplo, tiene una relación directa con los hechos que han originado el conflicto (vid. art. 24. b DRCCE).
- 41 En este mismo sentido, el hoy derogado art. 6.3 LMFC establecía, en el caso de que no hubiera hijos comunes o que fueran mayores de edad o emancipados, el deber de dar prioridad al interés del cónyuge o del miembro de la pareja más necesitado, en atención

a criterios de edad, de situación laboral, de la salud física y psíquica y de duración de la convivencia. En este caso, sin embargo, sí que podía hablarse de una vulneración del principio de imparcialidad, ya que, no es lo mismo velar por el interés superior del menor y, al hacerlo, beneficiar indirectamente los intereses de una de las partes en conflicto, que decantar directamente la balanza a favor de una de las posiciones enfrentadas.

- 42 Como marco normativo, la información obtenida en el transcurso de la mediación estará sujeta al deber de confidencialidad, conforme a las normas de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de protección de datos de carácter personal (vid. art. 18. 3 LMF Madrid).
- 43 Como deber se preveía en los arts. 13. 1. y .3 y 18 LMF, derogada por la LMADP, que se configura, primero, como obligación de no revelar (art. 7. 1) y después también como deber (art. 7. 4).
- 44 Apartado 4 Código de conducta europea para mediadores.
- 45 Art. 7.2 LMADP y art. 132-2. 4 CConsumo.
- 46 También el art. 132-2. 4 CConsumo, citado.
- 47 El mediador tiene el deber de confidencialidad, por ejemplo, en el art. 7 LMADP. En el ámbito del consumo, el art. 38.3 RDSAC dispone, genéricamente, que, en todo caso, quien actúe como mediador en el procedimiento arbitral está sujeto en su actuación a los mismos requisitos de independencia, imparcialidad y confidencialidad exigidos a los árbitros.
- La relevancia de la confidencialidad se manifiesta en el art. 7 Directiva 52/2008/CE. Véanse, sobre todo, los puntos 79, 80 y 81 del apartado 3.2.2.1., relativos a la confidencialidad del Libro Verde (2008) sobre las modalidades alternativas de solución de conflictos en el ámbito del derecho civil y mercantil, de 19 de abril de 2002 [COM (2002) 196 final].
- 48 Sobre carácter reservado de las actas vid. art. 7.3 LMADP y art. 132-2. 5 CConsumo.
- 49 En una respuesta, se consideró que “en caso de faltas, habría que mantenerse” confidencial “todo el contenido del procedimiento, excepto si se llegó o no al acuerdo, pero no cual ha sido el acuerdo; en el resto de supuestos, tanto penales como civiles, la confidencialidad se tiene que dar en todo caso, excepto los acuerdos”.
- 50 En correspondencia con el art. 111-7 CCCat, que instituye la buena fe como uno de los principios informadores y fundamentales del ordenamiento jurídico catalán, al disponer que “en las relaciones jurídicas privadas se tienen que observar siempre las exigencias de la buena fe y de la honradez en los tratos”.
- 51 Vid. el estudio de Derecho comparado del Libro Blanco, Cap. 2.
- 52 Según la R 2001/310/CE, esta información abarca, en particular, “a) el número y la naturaleza de las reclamaciones recibidas y su resultado; b) el tiempo que ha llevado resolver los litigios; c) cualquier problema sistemático que planteen las reclamaciones; d) el cumplimiento, si se conoce, de las soluciones acordadas”.
- 53 Apartado a) “Las materias reguladas por el Código Civil de Cataluña que en situaciones de nulidad matrimonial, separación o divorcio tengan que ser acordadas en el correspondiente convenio regulador” y apartado c) “La liquidación de los regímenes económicos matrimoniales”. Como se indica en el preámbulo del Libro segundo CCCat, la mediación es una herramienta “para garantizar la estabilidad de las relaciones posteriores a la ruptura entre los progenitores, y la adaptación natural de las reglas a los cambios de circunstancias”.
- 54 Los cónyuges podrán solicitar la mediación en cualquier momento del procedimiento y en cualquier instancia, salvo en casos de violencia familiar o machista (art. 233-6. 1. CCCat).
- 55 “Los acuerdos a alcanzar por las parejas estables al romperse la convivencia”. Ver también, en concordancia, la disposición adicional quinta de la Ley 25/2010, de 29 de julio, del Libro segundo del Código Civil de Cataluña, relativo a la persona y la familia, disposición sobre los procedimientos referidos a la ruptura de la pareja estable según la cual se prevé la posibilidad de que las personas integrantes de la pareja puedan someter las discrepancias a mediación y, por su parte, el juez las puedes remitir a una sesión informativa de mediación.
- 56 En concordancia con esta disposición, el Libro segundo del CCCat, art. 235-49-3, establece un procedimiento confidencial de mediación con el fin de hacer efectivo el derecho del adoptado a conocer la información sobre su origen, reconocido explícitamente en este libro segundo. Por otro lado, véase también la disposición adicional séptima de la Ley 25/2010, de 29 de julio, del Libro segundo del Código Civil de Cataluña, relativo a la persona y la familia, sobre la supervisión del régimen de relaciones personales por la red de servicios sociales o el punto de encuentro familiar, el punto 4 de la cual establece que “en los casos en que no haya ningún riesgo de violencia, abusos o maltratos, cuando la relación parental se consolide, los responsables del punto de encuentro familiar pueden proponer a la autoridad judicial la derivación del caso a una sesión informativa de mediación familiar”.
- 57 En concordancia con esta norma, véase el art. 233-9.3 CCCat, según el cual las propuestas de plan de parentalidad pueden prever la posibilidad de recurrir a la mediación familiar para resolver las diferencias derivadas de la aplicación del plan, o la conveniencia de modificar el contenido para adaptarlo a las necesidades de las diferentes etapas de la vida de los hijos y el art. 236-13.3 CCCat. relativo a los desacuerdos en el ejercicio de la potestad parental.

- 58 "i) Las materias que sean objeto de acuerdo por los interesados en las situaciones de crisis familiares, si el supuesto presenta vínculos con más de un ordenamiento jurídico. j) Los conflictos familiares entre personas de nacionalidad española y personas de otras nacionalidades residentes en el Estado español.
- k) Los conflictos familiares entre personas de la misma nacionalidad pero diferente de la española residentes en el Estado español.
- l) Los conflictos familiares entre personas de nacionalidades diferentes de la española residentes en el Estado español".
- 59 En concordancia con esta norma, el artículo 222-10.4 CCCat establece que ante el supuesto de que varias personas quieran asumir la tutela de otra, la autoridad judicial las puede remitir a una sesión informativa sobre mediación familiar, con la finalidad que alcancen un acuerdo.
- 60 En consecuencia, quedan excluidos de su ámbito de aplicación los conflictos sobre materias de Derecho imperativo; las conciliaciones y los arbitrajes laborales; las cuestiones sobre las cuales ya haya recaído sentencia firme, y las cuestiones sobre las cuales sea preceptiva la intervención del Ministerio Fiscal en representación y defensa de quien, por falta de capacidad de actuar o representación legal, no puede actuar por sí mismo, así como cualquier otro que sea expresamente excluido por la ley.
- 61 En este sentido, véase el apéndice legislativo del ET penal, en el que se establece que "Antes de la sentencia el Código Penal (CP) de 1995 (LO 20/1995, de 23 de noviembre) no contempla de forma expresa la mediación entre el delincuente y la víctima, pero le da una especial relevancia jurídica penal a la reparación del daño causado a la víctima. Varios artículos señalan de forma específica, tanto en la parte general como en la especial, la reparación como una circunstancia para la atenuación o la modificación de la pena. La reparación es considerada una atenuante genérica en el art. 21.5 del CP, que establece que es circunstancia atenuante "haber procedido el culpable a reparar el daño ocasionado a la víctima, o disminuir los efectos, en cualquier momento del procedimiento y antes del acto del juicio oral".
- 62 En este sentido, véase el apéndice legislativo del ET penal, en el que se establece que "La apreciación de la atenuante genérica de reparación en el art. 21.5 del Código Penal puede comportar una disminución de la pena a imponer. De acuerdo con el art. 66.2 del Código Penal, si el juez o tribunal aprecia la concurrencia de una atenuante y no concurre ninguna agravante, no podrá exceder la aplicación de la pena en la mitad inferior de la fijada por el delito. El art. 66.4 establece que cuando sean dos o más las circunstancias atenuantes, o una sola muy cualificada, los jueces, razonándolo en la sentencia, podrán imponer la pena inferior en uno o dos grados. La parte especial del Código Penal, en el título XVI, también regula la reparación en relación con diversos delitos referidos a la ordenación del territorio, sobre el patrimonio histórico, contra los recursos naturales y el medio ambiente y sobre la protección de la flora y la fauna. Todos estos delitos tienen en común que en ellos el CP da valor específico a la reparación del daño causado. El CP tipifica diferentes delitos y faltas perseguitables únicamente mediante denuncia de la persona ofendida (así, la falta del art. 620.2). En estos casos un proceso de mediación puede facilitar la obtención de un acuerdo con el cual el perjudicado se considere plenamente reparado y, como consecuencia, retire la denuncia y el juez o tribunal pueda archivar la causa".
- 63 Nuevamente, nos tenemos que remitir al apéndice legislativo del ET penal, donde se establece que "el art. 88 del CP prevé que el juez o tribunal, previa audiencia de las partes, pueda sustituir las penas de prisión que no excedan de un año (excepcionalmente dos años) por la de arresto de fin de semana o de multa, cuando la naturaleza del hecho, las circunstancias especiales del condenado, su conducta y, en particular, el esfuerzo por reparar el daño causado así lo aconsejen. El art. 83.1.5 del CP prevé la posibilidad de que el juez o tribunal puedan condicionar la suspensión de la pena del art. 80 al cumplimiento de determinados deberes (entre los cuales podría estar la reparación) que considere convenientes para la rehabilitación social del condenado, siempre que haya consentimiento previo de las dos partes."
- 64 Al respecto de la legislación penal, relacionada con la mediación, véase el anexo del grupo de trabajo de mediación penal, al que nos remitimos por su exhaustividad.
- 65 Vid. www.education.gouv.fr/mediateur; <http://www.mediateur-republique.fr/>
- 66 Loi n° 73-6 du 3 janvier 1973 instituant un Médiateur de la République. (<http://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=LEGITEXT000006068469&dateTexte=20090427>).
- 67 Téngase en cuenta que el Senado francés ha adoptado recientemente (3 de junio de 2010) el Projet de loi organique relatif au Défenseur des droits. Este Défenseur des droits aglutinará las funciones ejercidas actualmente por el Médiateur de la République y otros tres órganos de la República francesa (Défenseur des enfants, Commission nationale de déontología de la seguridad y la Alta autoridad de lucha contra las discriminaciones et pour l'égalité). El Proyecto, fuertemente criticado por algunos por suponer presuntamente una regresión a estadios anteriores de menor protección de los derechos fundamentales, puede consultarse en <http://www.senat.fr/leg/pj08-610.pdf>.
- 68 BOE núm. 281, 23 noviembre 2002.
- 69 Decreto 303/2004 de 20 de febrero y Orden ECO/734/2004, de 11 de marzo, sobre los departamentos y los servicios de atención al cliente y el defensor del cliente de las entidades financieras.
- 70 DOCE L 109/56, 19.4.2001.

- 71 Respecto del requisito del título universitario, se incluye una previsión en la disposición transitoria tercera para los educadores sociales, de tal manera que aquellos que “no estén en posesión de una titulación universitaria y que estén colegiados en el Colegio de Educadoras y Educadores Sociales de Cataluña, de acuerdo con lo que establece la disposición transitoria cuarta de la Ley 15/1996, de 15 de noviembre, de creación del Colegio de Educadoras y Educadores Sociales de Cataluña, y el art. 11 de los estatutos del colegio mencionado, y que acrediten una formación y una capacitación específicas en mediación, homologada por el Centro de Mediación de Derecho Privado de Cataluña”.
- 72 En cambio, en el DJAMCCCI no se menciona que la persona mediadora tenga que promover la comprensión entre las partes o la necesidad de velar por el interés superior en juego. Son dos aspectos que no parecen relevantes vista la naturaleza de los conflictos.
- 73 Vid. también, en el mismo sentido, el art. 21.5 DJAMCCCI.
- 74 Según el art. 3 b) de la Directiva 2008/52/CE, por mediador se entiende “todo tercero a quien se pida que lleve a cabo una mediación de forma eficaz, imparcial y competente, independientemente de su denominación o profesión en el Estado miembro en cuestión y del modo en que haya sido designado o se le haya solicitado que lleve a cabo la mediación”.
- 75 No está de acuerdo el ET 5 (familiar), que respondió lo siguiente al cuestionario jurídico: “Con respecto a la neutralidad pueden plantearse problemas si la persona mediadora hace propuestas concretas o asesora a las partes con respecto a aquello que tienen que hacer, ya que está interfiriendo en el proceso de decisión propio de las partes y eso no forma parte de la tarea del mediador. También pueden darse problemas si las partes llegan a compromisos que no gustan al mediador o el mediador considera que no son adecuados o incluso ilícitos”.
- 76 Op. cit, pág. 37.
- 77 Art. 28. 6: “La persona mediadora puede dar por acabada la mediación en el momento en que aprecie una falta de colaboración de los participantes o la existencia de cualquier circunstancia que haga incompatible la continuación del proceso de mediación de acuerdo con los principios establecidos en este título”.
- 78 Según el art. 7.5 LMADP, “La persona mediadora, si tiene datos que revelan la existencia de una amenaza para la vida o la integridad física o psíquica de una persona o de hechos delictivos perseguitables de oficio, tiene que detener el procedimiento de mediación y tiene que informar a las autoridades judiciales”.
- 79 Recordemos que, en virtud del art. 14 LMADP, “la persona mediadora, a lo largo del procedimiento de mediación, tiene que cumplir los deberes siguientes:
- a) Ejercer su función, con lealtad hacia las partes, de acuerdo con esta ley, el reglamento que la despliegue y las normas deontológicas, y ajustándose a los plazos fijados.
- b) Dar por acabada la mediación ante cualquier causa previa o sobrevenida que haga incompatible la continuación del procedimiento con las prescripciones que establece esta ley, y también si aprecia falta de colaboración de las partes o si el procedimiento se convierte en inútil para la finalidad perseguida, vistas las cuestiones sometidas a mediación. La persona mediadora tiene que prestar una atención particular a cualquier signo de violencia, física o psíquica, entre las partes y, si ello ocurre, denunciar el hecho a las autoridades judiciales.”
- 80 De acuerdo con el art. 19.4 LMADP “en la mediación hecha por indicación de la autoridad judicial, la persona mediadora tiene que comunicar a esta autoridad, en el plazo de cinco días hábiles desde el fin de la mediación, si se ha llegado a un acuerdo o no”.
- 81 BOPC núm. 452, 24.04.2009.
- 82 Ante el Consejo Superior de la Cooperación se sustancian procedimientos de conciliación y arbitraje desde el año 1993 al amparo, respectivamente, de los Decretos 118/1993, de 6 de abril, de desarrollo del procedimiento de conciliación, y 177/1993, de 13 de julio, de arbitraje, ambos hoy derogados. La previsión de un procedimiento de mediación es, pues, la novedad más significativa que incorpora el RPCMACoop.
- 83 Vid. las observaciones del capítulo sobre mediación familiar.
- 84 Este artículo debe relacionarse con la Ley 14/2010, del 27 de mayo, de los derechos y las oportunidades de la infancia y la adolescencia y con el art. 224-1 a 224-5 CCCat.
- 85 Vid. supra 5.1. “Principio de voluntariedad”.
- 86 Vid. supra 5.4. “Carácter personalísimo”.
- 87 Según el CGPJ, el procedimiento de mediación se empezará en sentido propio sólo una vez firmada el acta de inicio (“Informe en el Anteproyecto de ley de mediación en asuntos civiles y mercantiles”, cit., p. 57).
- 88 Según el APrLMACM, en el acta de inicio debe constar necesariamente: a) la identificación del mediador y de las partes, b) el objeto del conflicto que se somete al procedimiento de mediación, c) el programa de actuaciones y duración máxima prevista para el desarrollo del procedimiento, d) el coste total de la mediación o las bases para su determinación, con indicación separada de los

honorarios del mediador y otras posibles tarifas, e) la declaración de aceptación voluntaria por las partes de la mediación y de que asumen las obligaciones de ella derivadas (art. 23).

- 89 Según el art. 24 APrLMACM, “La duración del procedimiento de mediación será lo más breve posible y sus actuaciones se concentrarán en el mínimo número de sesiones”.
- 90 También en el capítulo sobre el Derecho comparado se pedía una reflexión sobre la prohibición mencionada.
- 91 Las previsiones del APrLMACM relativas al procedimiento de mediación confirman la tendencia a fijar el límite de su duración en dos meses prorrogables excepcionalmente por un mes más (art. 14).
- 92 Efectivamente, en el sector cooperativo la mediación se configura como un servicio gratuito que integra las tareas del funcionariado. Es comprensible, pues, que la gratuitud se exceptúe cuando “la persona que intervenga como mediadora no sea personal funcionario, caso en que se devengan los honorarios establecidos al efecto por el Consejo Superior de la Cooperación” (art. 6 RPCMACoop).
- 93 Aquí pueden plantearse dudas en relación con aquellas actuaciones de mediación relacionadas exclusivamente con el interés o situación personal de una de las partes. La LMADP no realiza ninguna distinción entre gastos comunes (de todas las partes) y privativas (de una sola de las partes); sin embargo, como decimos, nada impide que se pacten criterios diferentes del igualitario teniendo en cuenta esta eventualidad.
- 94 Sobre esta posibilidad vid. supra 5.1. “Principio de voluntariedad”.
- 95 Gazzetta Ufficiale 5 marzo 2010, n. 53.
- 96 Como, por ej., arts. 12.3, 17.2 y 19.4 LMADP; art. 38.1 RDSAC; el art. 23 DRCCE; el Preámbulo DJAMCCI; art. 132.1 CConsumo; art. 12 RPCMACoop.
- 97 En este sentido se pronuncia la Comisión Jurídica Asesora, sobre el Proyecto de decreto por el cual se regula la Junta de Arbitraje y Mediación de los contratos de cultivo y de los contratos de integración de Cataluña, en su Dictamen 306/09, p. 19.
- 98 Véase la Comisión Jurídica Asesora, sobre el Proyecto de decreto por el cual se regula la Junta de Arbitraje y Mediación de los contratos de cultivo y de los contratos de integración, de la cual fue ponente el profesor Badosa Coll, en su Dictamen 306/09 (p. 26). Aquí se añade que “la ley puede atribuir a un acuerdo resultante de la mediación el valor de una transacción” como hace la Directiva 2008/52/CE, “que considera deseable que los Estados atribuyan valor ejecutivo al acuerdo final de una mediación (artículo 6 de la Directiva)”.
- 99 El Libro Verde entendió el acuerdo entre las partes como la etapa esencial así como una fase delicada del procedimiento, hasta el punto de considerar conveniente garantizar que el pacto fuera un verdadero acuerdo. “Si el acuerdo final no reflejara la voluntad real de las partes, el compromiso efectivo que las partes están dispuestas a aceptar con todo lo que eso implica de renuncia con relación a sus expectativas anteriores, el ADR no habría conseguido sus objetivos fundamentales, es decir, la verdadera solución del conflicto y la consiguiente pacificación social. En tal caso, habrá que temer nuevos problemas, como la impugnación jurídica de la validez del acuerdo, el cuestionamiento de la responsabilidad del tercero por “arrancarle” a una de las partes un compromiso no equitativo, etc. (...) Conviene hacer todo lo posible para garantizar la validez de los consentimientos. Parecería oportuno conceder un plazo de reflexión antes de la firma o introducir un plazo de retractación después de ésta”. Vid el apartado 3.2.2.2, intitulado “Validez del consentimiento”, del Libro Verde, citado.
- 100 En este mismo sentido, se pronunció la Comisión Jurídica Asesora, sobre el Proyecto de decreto por el cual se regula la Junta de Arbitraje y Mediación de los contratos de cultivo y de los contratos de integración, de la cual fue ponente el profesor Badosa Coll, en su Dictamen 306/09 (p. 24 y 25).
- 101 Literalmente, el precepto de la LOPJ proclama el principio de exclusividad jurisdiccional de la ejecución al decir que “el ejercicio de la potestad jurisdiccional juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado corresponde exclusivamente a los Juzgados y Tribunales determinados en las Leyes y en los tratados internacionales”. El tenor literal del art. 2 LOPJ se refiere a la ejecución de lo juzgado. En los acuerdos resultantes de la mediación, como en cualquier negociación, no ha habido ningún juicio por lo que podría entenderse que los pactos que las partes alcanzan con la finalidad de poner fin a un conflicto podrían llegar a ser ejecutados por una vía diferente de la judicial.
- 102 En este sentido y respecto de la ejecución de resoluciones, art. 93 y siguientes Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de régimen jurídico de las administraciones públicas y del procedimiento administrativo común.
- 103 La relevancia de la forma de los acuerdos resultantes de la mediación a los efectos de su ejecución se desprende 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 (DOUE 24 de mayo de 2008), cuyo art. 6, apartado 2, dispone que el contenido del acuerdo podrá adquirir carácter ejecutivo en virtud de sentencia, resolución o acto auténtico del órgano jurisdiccional u otra autoridad competente de conformidad con la legislación del Estado miembro en el cual se formule la solicitud.
- 104 La justificación de la ejecutividad del título viene de la mano de sus caracteres principales: indiscutibilidad e imposición de un deber. En cuanto al primero, la indiscutibilidad del título se basa en el hecho de que tanto los sujetos, acreedores y deudores, como el contenido de la obligación, dimanan de actos que lo dotan de una cierta fehaciencia. Si bien es cierto que pueden apreciarse

diferencias en el procedimiento de ejecución entre los títulos jurisdiccionales (derivados de la intervención judicial o arbitral) y los extrajurisdiccionales en consideración a la mayor posibilidad de oposición en los segundos que en los primeros; en el caso de los títulos ejecutivos extrajurisdiccionales se parte de la idea de que quien expresa su voluntad queda obligado, en documento público o en actos mercantiles en masa (art. 517.2 núm. 6 y 7 LEC), de los cuales nos ocuparemos más adelante, lo hace porque se ha comprometido a cumplir con una prestación, porque la debe. La obligación a que se refiere el título ejecutivo no es, pues, dudosa, o más exactamente, aparece no supeditada a una declaración previa sobre su existencia, validez y exigibilidad. Sin embargo, la doctrina procesal considera que la posición del deudor ante una sentencia judicial o un laudo arbitral firme no es la misma que ante un título no jurisdiccional, es decir, no judicial o arbitral. Se entiende que el título judicial viene precedido de una fase declarativa que concluye con una sentencia firme que deja cerrada, definitivamente, la cuestión controvertida o dudosa. En consecuencia, el procedimiento de ejecución de los títulos extrajudiciales, los no jurisdiccionales, prevé mayores posibilidades de oposición del deudor, tanto por hechos anteriores a la formación del título como por hechos concurrentes y posteriores, ya que, se entiende que la indiscutibilidad es de menor grado al estar basado en una apariencia.

Por lo que al segundo de los caracteres del título ejecutivo se refiere, eso es, la imposición de un deber, la doctrina procesalista conviene en que hace falta que el título ejecutivo refleje una obligación, determinada o determinable, de cualquier contenido posible, contemplado en el art. 1.088 CCE, de dar, de hacer o de no hacer alguna cosa.

- 105 El artículo 132-3 CConsumo, intitulado “Naturaleza de los acuerdos”, establece que “los acuerdos a que lleguen las partes después del proceso de mediación son vinculantes y pueden formalizarse en un documento escrito firmado por ellas y la persona mediadora. La firma de la persona mediadora deja constancia del compromiso a que se ha llegado. Los acuerdos son ejecutivos de acuerdo con la normativa sobre mediación”.
- 106 Vid. art. III-7:302 Draft Common Frame of Reference.
- 107 Respecto al Derecho español puede consultarse la STS 280/2006, de 16 de marzo (RJ\2006\5430), según la cual el efecto de la interrupción “es que el derecho vuelve a tener plena eficacia y, por ello, el tiempo tiene que volver a comenzar a contarse para dar lugar, en su caso, a una nueva prescripción”.
- 108 “Informe del Anteproyecto de ley de mediación en asuntos civiles y mercantiles”, cit., p. 72.
- 109 En este sentido, vid. “Libro Verde sobre las modalidades alternativas de resolución de conflictos en el ámbito del derecho civil y mercantil”, publicado por la Comisión Europea el 19 de abril de 2002, p. 29. El prelegislador estatal parece haber tomado buena nota de la recomendación de la Comisión: según el art. 4 del Anteproyecto LMACM, “... se considerará iniciada la mediación con la presentación de la solicitud por una de las partes o desde su depósito, en su caso, ante la institución de mediación. La suspensión se prolongará durante el tiempo que medie hasta la fecha de la firma del acuerdo de mediación o, en su defecto, del acta final prevista en el artículo 27, o hasta la fecha de finalización del plazo máximo fijado para el procedimiento de mediación. Si no se firmara el acta inicial en el plazo de quince días naturales a contar desde el día en que se entiende comenzada la mediación, se reanudará el cómputo de los plazos”.
- 110 De *numerus clausus* habla Vaquer Aloy (2005, 191).
- 111 A finales de julio de 2010, se puso en marcha la Oficina Virtual de Trámites, entre los cuales se incluye la solicitud y gestión de la mediación. Véase la web de la Generalitat de Catalunya (apartado de la Oficina Virtual) <http://www20.gencat.cat/portal/site/OVT/men> uitem.8d9f3f7e23c1cd519e629e30b0c0e1a0/?vgnnextoid=37d001f2dd1bb110VgnVCM1000008d0c1e0aRCRD&vgnextchannel=37d001f2_dd1bb110VgnVCM1000008d0c1e0aRCRD&vgnextfmt=detall&contentid=94088a40d2404210VgnVCM1000008d0c1e0aRCRD
- 112 De acuerdo con lo que prevé el Decreto 56/2009, de 7 de abril, para el impulso y el desarrollo de los medios electrónicos en la Administración de la Generalitat.
- 113 Como último dato, bastante ilustrativo, el art. 12 identifica y regula el “derecho supletorio”: “En todo lo que no prevé esta ley, el contrato de mediación se rige de forma supletoria por las normas generales de las obligaciones y de los contratos que no sean contrarias a los principios que informan el derecho civil balear”.