

DE LA MEDIACIÓN COMPARATIVA DE DOS NORMAS CON RANGO DE LEY

Por D. Salvador Vilata Menadas
Magistrado del Juzgado Nº1 de lo Mercantil de Valencia

15.02.2013

I. Introducción

Ubi societas ibi ius. Donde ahí sociedad existe Derecho, y ello es así en cuanto que es consustancial al grupo humano la potencialidad del conflicto, a cuya solución se instrumenta el Derecho.

Pues bien, cuando se aborda el análisis de la mediación, considerada en una primera aproximación (y así se refieren a ella las propias normas que la reglamentan) como un mecanismo alternativo de resolución de conflictos, es dable considerar los eventuales redivos favorables que pudieren derivarse de su instrumentación, en cuanto que pudiere resultar más eficiente (al tiempo que eficaz) respecto de la tradicional solución heterónoma, a saber, en particular, la solución judicial. En este orden de cosas, el Considerando 6º de la Directiva -EDL 2008/48365- enuncia literalmente lo siguiente:

"La mediación puede dar una solución extrajudicial económica y rápida a conflictos en asuntos civiles y mercantiles, mediante procedimientos adaptados a las necesidades de las partes. Es más probable que los acuerdos resultantes de la mediación se cumplan voluntariamente y también que preserven una relación amistosa y viable entre las partes. Estos beneficios son aún más perceptibles en situaciones que presentan elementos transfronterizos."

En nuestro Ordenamiento, en los últimos meses se han sucedido en el tiempo dos normas con rango de Ley que, en el ámbito de la mediación civil y mercantil, han venido a operar la transposición a nuestro Derecho interno de la Directiva 2008/52/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 mayo 2008, sobre ciertos aspectos de la mercantil en asuntos civiles y mercantiles -EDL 2008/48365-.

Como se deriva de su propia denominación, la Directiva -EDL 2008/48365- tiene un carácter limitado, al diseñar un marco jurídico de la mediación en asuntos civiles y mercantiles, ocupándose de aspectos muy concretos y prescindiendo de una regulación uniforme, no ya de los medios alternativos de solución de conflictos, sino de la propia mediación, que no deja de ser uno de esos métodos alternativos de solución de conflictos englobados bajo el acrónimo inglés Alternative Dispute Resolutions (ADR), cada uno con un radio de acción propia.

Las dos referidas normas con rango de Ley que han irrumpido de modo sucesivo en los últimos tiempos en nuestro Ordenamiento han sido el Real Decreto Ley 5/2012, de 5 marzo -EDL 2012/19653-, y la Ley 5/2012, de 6 julio, en ambos casos de mediación en asuntos civiles y mercantiles -EDL 2012/130653-. Por virtud del Real Decreto Ley se verifica la transposición a nuestro Derecho interno de la Directiva 2008/52/CE, de 21 mayo 2008, que conforme a lo establecido en el art. 12,1 de la misma -EDL 2008/48365- debía haberse verificado con anterioridad al 21 de mayo de 2011.

Con anterioridad, el anterior equipo ministerial vino trabajando en un Anteproyecto de Ley de Mediación en Asuntos civiles y mercantiles, que decayó por mor de la disolución del Parlamento con ocasión de la convocatoria de las elecciones celebradas en 20 de noviembre de 2011. Esto es, en el momento en que viene a dictarse, con

carácter de urgencia el RDL 5/2012 -EDL 2012/19653-, ya se había desbordado en exceso de un año el plazo máximo para la transposición de la norma comunitaria al Derecho interno. Ello implica cuanto menos serias dudas acerca, no ya de la oportunidad del Real Decreto Ley, sino de su ajuste a los parámetros de urgencia y necesidad prevenidos constitucionalmente.

Con ocasión de la convalidación parlamentaria se viene a disponer que se tramite como Proyecto de Ley, de suerte que se puedan presentar enmiendas por parte de los diversos Grupos Parlamentarios, y por ende venirse a alumbrar una Ley -la más arriba mencionada Ley 5/2012, de 6 julio- de mediación en asuntos civiles y mercantiles -EDL 2012/130653-.

II. Un mecanismo de autocomposición

La Directiva europea -EDL 2008/48365- establece el marco normativo hábil para la resolución de conflictos transfronterizos con el recurso a la mediación, en cuanto que (Considerando 7º) "para promover el uso más frecuente de la mediación y garantizar que las partes que recurran a ella puedan contar con marco jurídico predecible, es necesario establecer una legislación marco que aborde, en particular, los aspectos fundamentales del procedimiento civil".

Y así:

1. La Directiva -EDL 2008/48365- debe aplicarse a los procedimientos en los que dos o más partes en un conflicto transfronterizo intenten voluntariamente alcanzar por sí mismas un acuerdo amistoso sobre la resolución de su litigio con la ayuda de un mediador. Debe aplicarse a asuntos civiles y mercantiles. No obstante no debe aplicarse a los derechos y obligaciones que las partes no sean libres de decidir por sí mismas en virtud de la legislación aplicable pertinente. Estos derechos y obligaciones son especialmente frecuentes en los ámbitos del Derecho de familia y del Derecho laboral (Considerando 10º).

2. La Directiva -EDL 2008/48365- no debe aplicarse a las negociaciones precontractuales ni a los procedimientos de carácter cuasi jurisdiccional como determinados mecanismos de conciliación judicial, los sistemas aplicables a las reclamaciones de consumo, el arbitraje, y la determinación por experto, y tampoco a los procesos administrados por personas u órganos que formulan recomendaciones formales, ya sean jurídicamente vinculantes o no, sobre la solución del conflicto (Considerando 11º).

3. La Directiva -EDL 2008/48365- debe ser aplicable a los casos en que un órgano jurisdiccional remite a las partes a la mediación o en que la legislación nacional prescribe la mediación. Debe asimismo ser aplicable, en la medida en que el Derecho nacional permita a un juez actuar como mediador, a la mediación llevada a cabo por un juez que no sea responsable de ningún proceso judicial relacionado con la cuestión o cuestiones objeto del litigio. No obstante, deben quedar excluidas del ámbito de aplicación de la Directiva las gestiones que el órgano jurisdiccional o juez competente para conocer del conflicto realice en el contexto de un proceso judicial relativo a dicho conflicto, así como los casos en los que el órgano jurisdiccional o el juez solicitan ayuda o asesoramiento de una persona competente (Considerando 12º).

Y en todo caso, la mediación a que se refiere la Directiva -EDL 2008/48365- debe ser un procedimiento voluntario, en el sentido de que las partes se responsabilizan de él y pueden organizarlo como lo deseen y darlo por terminado en cualquier momento.

[[QUOTE2:"...se entiende la mediación como 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."]]

El art. 3 de la Directiva -EDL 2008/48365- contiene las definiciones de lo que cabe entender por mediación y mediador. Así, se entiende la mediación como 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. Este procedimiento puede ser iniciado por las partes, sugerido u ordenado por un órgano jurisdiccional o prescrito por el Derecho de un Estado miembro. Se incorpora en este apartado un párrafo segundo conforme al cual se indica expresamente que se incluye la mediación llevada a cabo por un juez que no sea responsable de ningún procedimiento judicial vinculado a dicho litigio; por el contrario, 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. La letra b) del art. 3 incorpora la definición del mediador, como 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.

III. La transposición a nuestro derecho interno. El RDL 5/2012 -EDL 2012/19653-

Sabido es que las directivas son normas comunitarias que deben venir incorporadas a la normativa interna de los Estados miembros. En este caso, el art. 12,1 de la Directiva -EDL 2008/48365- prevenía que tal debía verificarse (con la excepción que se previene relativa al art. 10) antes del día 21 de mayo de 2011.

En nuestro caso, el Ministerio de Justicia del anterior Gobierno preparó un Anteproyecto de Ley reguladora de la mediación en asuntos civiles y mercantiles, que tras los informes preceptivos del CGPJ y del Consejo de Estado, fue remitido como Proyecto de Ley al Congreso de los Diputados y publicado en el Boletín Oficial de las Cortes Generales el día 29 de mayo de 2011. Esta iniciativa legislativa decayó como consecuencia de la disolución del Parlamento con ocasión de la convocatoria electoral para el día 20 de noviembre de 2011.

Esto es, se trata de destacar que ya cuando la iniciativa legislativa fue presentada en el Parlamento, había vencido el plazo prevenido para la transposición de la Directiva -EDL 2008/48365- al derecho interno. Mucho más tiempo había transcurrido, evidentemente, cuando el nuevo Gobierno tras las elecciones, elabora con urgencia una norma con rango de Ley, a saber, el RDL 5/2012, de 5 marzo -EDL 2012/19653-, por lo que, en alguna medida, resulta difícil de explicar qué pretendidas razones de urgencia y necesidad concurrían para la promulgación de una norma por la vía del art. 86 CE -EDL 1978/3879-. De cualquier forma, durante el trámite de convalidación parlamentaria del Real Decreto Ley, se acordó la tramitación del mismo como Proyecto de Ley, que finalmente ha culminado con la norma actualmente vigente, a saber, la Ley 5/2012, de 6 julio -EDL 2012/130653-. Esto es, una Ley posterior ha venido a derogar por completo una norma que, sin ser Ley, tiene rango de Ley, no obstante ser muy semejante en su contenido.

En cualquier caso, a los efectos de este Trabajo, resulta como siempre muy ilustrativo hacer mención a alguna de las consideraciones contenidas en el informe del CGPJ al texto del Anteproyecto del anterior Ejecutivo socialista.

Destaca el citado informe, fechado en 19 de mayo de 2010, los siguientes aspectos en lo que ahora interesa:

1. El recurso a este tipo de métodos alternativos de solución de disputas debe apoyarse en la plena voluntariedad de las partes interesadas, so pena de vulnerar el derecho a la tutela judicial efectiva plasmado en el art. 24,1 CE -EDL 1978/3879- y la reserva en exclusiva de la función jurisdiccional a Juzgados y Tribunales (art. 117,3 CE), como únicos a quienes corresponde juzgar y hacer ejecutar lo juzgado. Desde un punto de vista constitucional, el instituto de la mediación en Derecho privado debe ponerse en conexión, sobre todo, con aquellos preceptos que sirven de base a la libertad individual y a la autonomía de la persona para componer sus propios intereses, siempre sobre la base de que se proyecta sobre materias disponibles y no de orden público (vid. art. 1,1 CE, que proclama la libertad como uno de los valores superiores del ordenamiento jurídico; art. 10,1 CE, que se refiere a la dignidad de la persona y al libre desarrollo de la personalidad como fundamentos del orden político; arts. 33 y 38 CE, en los que se garantiza el derecho de propiedad privada y la libertad de empresa, con las consecuencias inherentes a ambos conforme a la regulación legal de los mismos). Así pues, el recurso a un método alternativo de resolución de conflictos no conculcará el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva del art. 24,1 CE, siempre que la materia sobre la que verse la controversia sea de índole disponible para las partes, y el potencial justiciable haya optado libremente por esa alternativa.

2. La justicia, que emana del pueblo aunque se administre por jueces y magistrados (art. 117,1 CE -EDL 1978/3879-), y que constituye igualmente un valor superior del ordenamiento jurídico conforme al art. 1,1 CE, no sólo puede lograrse, en su realización material, a través de la función jurisdiccional de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado -que, ésta sí, corresponde exclusivamente a los Juzgados y Tribunales-, sino que también puede ser alcanzada a través de mecanismos de autocomposición de intereses que eviten el recurso a la Administración de Justicia, o pongan fin a un proceso judicial contencioso ya iniciado, tales como el arbitraje o la mediación.

3. En un procedimiento como la mediación nadie juzga, ya que el tercero interviniente no tiene funciones decisorias sino que aparece como propiciador de un eventual acuerdo al que en todo caso deberán arribar los propios interesados. Ahora bien, una vez alcanzada la solución -y por más que se diga que la forma de alcanzarla será garantía de un cumplimiento espontáneo de lo acordado-, el acuerdo de mediación puede requerir ser ejecutado de manera forzosa. Así las cosas, se haría necesario activar la otra gran función que ostentan Juzgados y Tribunales, cual es la de ejecutar lo juzgado, si bien aquí el título sujeto a ejecución no es un título judicial, sino uno asimilado o al que se dota de una fuerza ejecutiva similar a las sentencias firmes de condena, como por otra parte ya viene sucediendo con otros títulos no judiciales, desde la primera copia de escrituras públicas hasta los títulos al portador, pasando por los laudos arbitrales (art. 517,2 LEC -EDL 2000/77463-). En otras palabras, la mediación -lo mismo que el arbitraje- necesita ser completada con una actividad jurisdiccional de ejecución para lograr la plena efectividad de lo acordado, lo cual por cierto vendría a mostrar que su carácter alternativo con respecto a la vía jurisdiccional es sólo relativo, y que en definitiva la mediación -como el arbitraje- queda engarzada o integrada dentro del proceso judicial civil.

4. Cabe propugnar la configuración de un procedimiento de homologación preceptivo y uniforme para todos los casos de mediación, sobrevenga ésta o no tras haberse iniciado un proceso judicial, lo que, además de lograr una adecuación con los mandatos de la Directiva -EDL 2008/48365-, permitiría dotar de sentido a la previsión del art. 33 de la Norma proyectada, al implementar un mecanismo merced al cual sería

posible verificar la conformidad a Derecho del acuerdo de mediación. En línea con esa medida, procedería modificar el art. 517,2,3º LEC -EDL 2000/77463-, para incluir en él no sólo las resoluciones judiciales que homologuen transacciones judiciales o acuerdos logrados en el proceso (art. 415,2 LEC), sino también aquéllas que homologuen acuerdos de mediación alcanzados fuera del proceso, conforme a los principios y requisitos previstos en la Ley ahora proyectada.

[[QUOTE2:"...la mediación -lo mismo que el arbitraje- necesita ser completada con una actividad jurisdiccional de ejecución para lograr la plena efectividad de lo acordado..."]]

Como ya se ha dicho más arriba, por mor de la convocatoria electoral y consiguiente disolución del Parlamento, el Proyecto de Ley decayó, en tanto que el nuevo Gobierno procedió a incorporar la norma mediante el recurso a un Decreto Ley, a saber, el RDL 5/2012, de 5 marzo -EDL 2012/19653-. Destaca esta norma, en su Exposición de Motivos (EM I, último párrafo) que "entre las ventajas de la mediación es de destacar su capacidad para dar soluciones prácticas, efectivas y rentables a determinados conflictos entre partes y ello la configura como una alternativa al proceso judicial o a la vía arbitral, de los que se ha de deslindar con claridad. La mediación está construida en torno a la intervención de un profesional neutral que facilita la resolución del conflicto por las propias partes, de una forma equitativa, permitiendo el mantenimiento de las relaciones subyacentes y conservando el control sobre el final del conflicto".

Y en el Real Decreto Ley -EDL 2012/19653- se contienen el concepto y ámbito de aplicación de la mediación, en los siguientes términos:

1. Enuncia el art. 1 -EDL 2012/19653- el concepto de mediación, entendida como aquel medio de solución de controversias, cualquiera que sea su denominación, en que dos o más partes intentan voluntariamente alcanzar por sí mismas un acuerdo con la intervención de un mediador. Se destaca con ello el carácter autocompositivo de la mediación, así como su carácter absolutamente voluntario, aspecto éste sobre el que insiste explícitamente el art. 6,1.

2. En cuanto al ámbito de aplicación, el decreto-ley determina en su art. 2 -EDL 2012/19653- que es de aplicación a las mediaciones en asuntos civiles o mercantiles, incluidos los conflictos transfronterizos, siempre que no afecten a derechos y obligaciones que no estén a disposición de las partes en virtud de la legislación aplicable. Con ello, queda claro que todas aquéllas cuestiones que, por su carácter o por su naturaleza, en cuanto que conformen supuestos de derecho cogente, o aun por decisión legislativa fundada incluso en estrictas razones de oportunidad, puedan ser objeto de disposición por las partes, pueden encontrar un ámbito hábil e idóneo para la resolución del conflicto y evitación de la contienda (o terminación de la ya suscitada) en el seno de la mediación, entendido como mecanismo alternativo a la siempre prevista solución judicial, y presumiblemente más eficiente (a la par que eficaz) que ésta. También, al tiempo, se permitirá con ello distraer del conocimiento judicial determinadas contiendas que, por su entidad o trascendencia, pueden encontrar solución hábil en otro ámbito de solución diversa de la heterocomposición, y de suyo, permitirá optimizar los medios humanos del Poder Judicial (y de la Administración de Justicia) para el trámite y resolución de la ingente cantidad de asuntos sometidos a su conocimiento.

En todo caso, quedan excluidos del ámbito de aplicación de este real decreto-ley -EDL 2012/19653-:

a) La mediación penal.

b) La mediación con las Administraciones Públicas.

c) La mediación laboral.

d) La mediación en materia de consumo.

Tal previsión se concilia perfectamente, en particular en relación a la materia de consumo, con la mención al efecto contenida en el Considerando 11º de la Directiva, lo que ha de tener su trascendencia después en el marco de la tramitación parlamentaria del texto del Decreto Ley como Proyecto de Ley, con ocasión de Enmienda planteada por el Grupo Parlamentario de Izquierda Unida.

3. La cuestión relativa a quién puede ser mediador viene considerada en el art. 11,1 - EDL 2012/19653- conforme al cual "pueden ser mediadores las personas naturales que se hallen en pleno ejercicio de sus derechos civiles, siempre que no se lo impida la legislación a la que puedan estar sometidos en el ejercicio de su profesión", disponiendo el apdo. 2 del mismo precepto que el mediador deberá contar con formación específica para ejercer la mediación, que se adquirirá mediante la realización de uno o varios cursos específicos impartidos por instituciones debidamente acreditadas. Esta formación específica proporcionará a los mediadores los necesarios conocimientos jurídicos, psicológicos, de técnicas de comunicación, de resolución de conflictos y negociación, así como de ética de la mediación, a nivel tanto teórico como práctico.

Destacaba el informe del CGPJ al texto del Anteproyecto de Ley elaborado por el anterior equipo ministerial la circunstancia de que la norma no exigiera que el mediador tuviere conocimientos jurídicos. Así, se decía que la no exigencia de una titulación académica que acredite la posesión de conocimientos técnico-jurídicos por parte del mediador contrasta con la regulación de esta misma cuestión en sede de arbitraje, donde se requiere la condición de abogado en ejercicio para los arbitrajes internos que no deban decidirse en equidad, salvo acuerdo expreso en contrario. E insistía el CGPJ, con cita del art. 9 de la Ley de Mediación Familiar del País Vasco - EDL 2008/4430- y de los arts. 3 y 15 de la Ley catalana 15/2009, de 22 julio, de mediación en el ámbito del derecho privado -EDL 2009/157064-, que "con esto no se quiere significar que el único título académico admisible para ejercer como mediador haya de ser el de licenciado o graduado en Derecho, ni mucho menos que los únicos profesionales con perfil adecuado para actuar de mediadores sean los abogados en ejercicio, pues es claro no ya que otros profesionales con probada experiencia en sus relaciones con la Administración de Justicia, como sería el caso de procuradores y graduados sociales, podrían igualmente realizar esa labor, sino que titulados en campos como la psicología y disciplinas afines pueden resultar si cabe más aptos para desempeñar las funciones de mediador. Sin embargo, sí parece exigible al menos que los cursos específicos de formación cuyo seguimiento -como a continuación diremos- debería requerirse obligatoriamente a los futuros mediadores, hayan de incluir en sus programas un número significativo de temas relativos a materias jurídicas".

[[QUOTE2:"...la no exigencia de una titulación académica que acredite la posesión de conocimientos técnico-jurídicos por parte del mediador contrasta con la regulación de esta misma cuestión en sede de arbitraje,..."]]

4. El carácter oneroso de la actuación mediadora. El art. 15 -EDL 2012/19653- prevé bajo la rúbrica de "coste de la mediación", que el coste de la mediación, haya concluido o no con el resultado de un acuerdo, se dividirá por igual entre las partes, salvo pacto en contrario; se prevé asimismo que tanto los mediadores como la

institución de mediación podrán exigir a las partes la provisión de fondos que estimen necesaria para atender el coste de la mediación. Si las partes o alguna de ellas no realizaran en plazo la provisión de fondos solicitada, el mediador o la institución podrán dar por concluida la mediación. No obstante, si alguna de las partes no hubiere realizado su provisión, el mediador o la institución antes de acordar la conclusión, lo comunicará a las demás partes, por si tuvieren interés en suplirla dentro del plazo que hubiera sido fijado.

Es de ver que no se ha previsto una suerte de eventualidad de acceso al beneficio de justicia gratuita para el caso de contendientes sin recursos, con aplicación de las previsiones de la Ley 1/1996, de 10 enero -EDL 1996/13683-.

5. En el texto del Anteproyecto de Ley se preveía la modificación de diversos preceptos de la Ley de Enjuiciamiento Civil -EDL 2000/77463- y, en particular, venía a hacerse previsión de una suerte de mediación previa obligatoria en el caso de juicios verbales por razón de la cuantía ex art. 250,2 LEC. El informe del CGPJ denunciaba la inhabilidad de tal previsión en los siguientes términos:

"La introducción de un mecanismo de mediación obligatoria, aunque sea para reclamaciones de cantidad inferiores a 6.000 euros que deban ventilarse por los cauces del juicio verbal [esa cifra era de 3.000 euros con anterioridad a la Ley 13/2009, de 3 de noviembre, de reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva Oficina judicial -EDL 2009/238889-], supone la restauración de un sistema muy similar al que ya fue abandonado por nuestro legislador al eliminar el trámite preceptivo del acto de conciliación previo a la demanda de juicio declarativo que se establecía en el artículo 460 LEC/1881 -EDL 1881/1-, lo que acaeció en virtud del artículo 8 de la Ley 34/1984, de 6 de agosto -EDL 1984/9080-. Los términos empleados en la Exposición de Motivos de dicha Ley para enunciar esa modificación son bastante elocuentes respecto del rendimiento que en la práctica había dado la figura ("conferir al acto de conciliación, que, como demuestra la experiencia, ha dado resultados poco satisfactorios, un carácter meramente facultativo"). En efecto, 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.

A juicio de este Órgano, para que la mediación pueda convertirse en una auténtica alternativa a la resolución jurisdiccional de los conflictos, debe dotarse de eficacia merced a la provisión de los oportunos medios humanos y materiales, de tal forma que las partes acudan a ella por sus ventajas reales y no por un imperativo legal. De otro modo se podrá garantizar acaso que las partes cumplimenten el trámite de intentar una mediación, pero será poco probable que esos intentos lleguen a fraguar en forma de acuerdos de solución del conflicto."

Pues bien, la previsión al efecto contenida en la Disp. Final 2º, apdos. 7, 10 y 11 -EDL 2012/19653-, y que pasaba por la reforma de los arts. 403, 437,3 y 439,3 LEC -EDL 2000/77463-, ya no pasó al texto del Proyecto de Ley publicado en el BOCG de 29 de

mayo de 2011, e igualmente no vino contemplado en el RDL 5/2012, de 5 marzo, que después vino tramitado como Proyecto de Ley y que ha culminado alumbrando la Ley 5/2012, de 6 julio -EDL 2012/130653-.

6. Mediación preprocesal. Evitación de la contienda. Mediación intraprocesal. Solución de la contienda. Se trata ahora de recuperar un argumento enunciado al principio de este Trabajo, a saber, la existencia del conflicto es consustancial a la existencia del grupo humano, y desde esta perspectiva la mediación puede ser un instrumento hábil para solventar el conflicto sin que llegue a surgir la contienda, o bien puede resultar hábil para poner fin a la contienda ya suscitada.

Tanto el texto del Anteproyecto de Ley, que así lo preveía, como el RDL 5/2012 -EDL 2012/19653-, que operó la modificación del art. 415 LEC -EDL 2000/77463-, contemplaban la virtualidad de alcanzarse un acuerdo satisfactorio con recurso a la mediación y que pudiese poner fin a un proceso judicial ya iniciado.

Al efecto, el RDL 5/2012, de 5 marzo -EDL 2012/19653-, preveía la modificación del art. 415,1 LEC -EDL 2000/77463- en los siguientes términos:

«1. Comparecidas las partes, el tribunal declarará abierto el acto y comprobará si subsiste el litigio entre ellas.

Si manifestasen haber llegado a un acuerdo o se mostrasen dispuestas a concluirlo de inmediato, podrán desistir del proceso o solicitar del tribunal que homologue lo acordado.

Las partes de común acuerdo podrán también solicitar la suspensión del proceso de conformidad con lo previsto en el art. 19,4 -EDL 2012/19653-, para someterse a mediación o arbitraje.

[[QUOTE2:"Las partes de común acuerdo podrán también solicitar la suspensión del proceso (...) con lo previsto en el art. 19,4, para someterse a mediación o arbitraje."]]

En este caso, el tribunal examinará previamente la concurrencia de los requisitos de capacidad jurídica y poder de disposición de las partes o de sus representantes debidamente acreditados, que asistan al acto».

Asimismo, venía a prevenirse en el párrafo segundo del apdo. 3 del mismo art. 415 -EDL 2000/77463- que:

"Cuando se hubiera suspendido el proceso para acudir a mediación, terminada la misma, cualquiera de las partes podrá solicitar que se alce la suspensión y se señale fecha para la continuación de la audiencia".

Son varios los aspectos que se antojan criticables del tenor de la norma que se analiza. Así, en primer término cabe destacar la equiparación con suerte de conjunción disyuntiva que se plantea entre la mediación y el arbitraje para que, en iter intraprocesal, el Juzgador pueda acordar reenviar a las partes.

Y es que tal conformación, en el ámbito civil no es apropiada, por más que sí lo pueda ser, y así viene configurado de modo tradicional en el marco de la negociación entre los agentes sociales, en el ámbito laboral. En el ámbito civil (rectius, de la jurisdicción civil), el arbitraje implica una solución heterónoma, con recurso a la decisión de un tercero (el árbitro), y el Juzgador declina su jurisdicción. Esto es, no parece que se

concilie bien la circunstancia de poderse remitir a arbitraje una contienda judicial en curso, que terminará en todo caso con la decisión (en el sentido que resulte procedente) del árbitro, supuesto diverso de aquél en que el Juzgador invita a las partes a intentar una solución mediadora o las partes interesan del Juez la suspensión del curso de la causa para intentar aquélla, y que puede culminar, o no, con acuerdo. Caso de alcanzarse el acuerdo, se podrá interesar su homologación judicial (lo que no tiene razón de ser en el caso de decisión arbitral) y en otro caso se interesará el levantamiento de la suspensión y la reanudación del curso del procedimiento judicial.

Y precisamente por lo que se refiere a la necesidad, no, de homologación judicial de los acuerdos de mediación, el informe del CGPJ se mostraba muy crítico con la circunstancia de que tan solo se viene a exigir, para completar título ejecutivo, en los casos de mediación intraprocesal, no así en otro caso. Tras analizar los artículos correspondientes del Anteproyecto en relación con el art. 6,1 de la Directiva -EDL 2008/48365-, el informe concluía con rotundidad que:

"cabe propugnar la configuración de un procedimiento de homologación preceptivo y uniforme para todos los casos de mediación, sobrevenga ésta o no tras haberse iniciado un proceso judicial, lo que, además de lograr una adecuación con los mandatos de la Directiva -EDL 2008/48365-, permitiría dotar de sentido a la previsión del artículo 33 de la Norma proyectada, al implementar un mecanismo merced al cual sería posible verificar la conformidad a Derecho del acuerdo de mediación. En línea con esa medida, procedería modificar el artículo 517.2.3º LEC -EDL 2000/77463-, para incluir en él no sólo las resoluciones judiciales que homologuen transacciones judiciales o acuerdos logrados en el proceso (artículo 415.2 LEC), sino también aquéllas que homologuen acuerdos de mediación alcanzados fuera del proceso, conforme a los principios y requisitos previstos en la Ley ahora proyectada. A tal fin, podría exigirse que se acompañara copia del acuerdo de mediación, firmado por las partes y por el mediador en los términos a que se refiere el artículo 28 del Anteproyecto. De esta forma el sistema en su conjunto resultaría más coherente, pues no parece que permitir la directa ejecutividad de los acuerdos de mediación extrajudicial, convirtiéndolos en títulos ejecutivos por sí mismos sin ulterior control jurídico de su contenido, se corresponda con disponer que las transacciones judiciales y los acuerdos intraprocesales necesitan del dictado de una resolución judicial, la cual -y no el acuerdo o la transacción en sí- será la que lleve aparejada la ejecución. Creemos por tanto que el prelegislador no ha acertado al asimilar en sede de ejecución los acuerdos de mediación a los laudos arbitrales, pues es claro que éstos sí gozan del control de fondo que viene dado por la intervención de los árbitros, los cuales son en cualquier caso una instancia decisoria de la controversia. Por el contrario los acuerdos de mediación, que son decididos únicamente por las partes, guardan más similitud a efectos de ejecución con los acuerdos y transacciones alcanzados en el seno del propio proceso".

IV. La Ley 5/2012, de 6 julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles -EDL 2012/130653-

En el BOE del día 7 de julio de 2012 se publicó la Ley 5/2012, de 6 julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles, cuya Disp. Final Sexta -EDL 2012/130653- indica que mediante esta Ley se incorpora al Derecho español la Directiva 2008/52/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 mayo 2008, sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles -EDL 2008/48365-, cuando tal incorporación se había verificado ya por virtud del RDL 5/2012, de 5 marzo -EDL 2012/19653-, norma con rango de Ley que ahora viene derogada por la nueva Ley, que ha entrado en vigor a los veinte días de su publicación (DF 10ª).

El texto de la Ley coincide sustancialmente con el texto que presentaba el RDL 5/2012, de 5 marzo -EDL 2012/19653-, que había entrado en vigor al día siguiente de su publicación, esto es, el 7 marzo 2012. La habilidad de su tramitación como Proyecto de Ley (como tal vino publicado en el Boletín Oficial de las Cortes Generales de 10 abril 2012) pasaba por habilitar la eventual presentación de enmiendas por los diversos Grupos Parlamentarios en las dos Cámaras.

En lo que ahora interesa, merece la pena destacar sendas enmiendas presentadas y que no prosperaron en curso del iter parlamentario.

La Enmienda núm. 1 presentada por el Grupo Parlamentario Izquierda Plural proponía la supresión de la letra d) del art. 2.2 (que alude a la exclusión de la mediación en materia de consumo). La justificación de la Enmienda enunciaba la siguiente consideración:

"Precisamente en materia de consumo abundan los conflictos, a menudo de escasa cuantía, para los que, además de las funciones que cumplen los organismos de protección al consumidor, es conveniente que se pueda acudir a esta vía de la mediación.

El principal avance de la inclusión de esta materia en el ámbito de la ley es el de conseguir que los acuerdos que se alcancen puedan tener la condición de títulos ejecutivos, con el consiguiente reforzamiento de los procedimientos de mediación en detrimento de los procedimientos judiciales contenciosos.

En materia de consumo abundan los conflictos de reducida cuantía, para los que es deseable la mediación como método extrajudicial, rápido y flexible de solución de conflictos.

Ha de considerarse también, como argumento favorable a la inclusión de esta materia, la inclusión de los conflictos sobre consumo en el ámbito civil, básicamente."

La Enmienda no prosperó. Al respecto, piénsese que la Directiva expresamente aludía a la exclusión de la materia de consumo del ámbito de la mediación en asuntos civiles y mercantiles, al tiempo que uno de los pilares en que se funda el curso del proceso de mediación descansa en la confidencialidad, supuesto que, al menos en principio, se antoja complicado de observar en materia, tan sensible, como la de consumo, donde se amplía por la legislación procesal la esfera de legitimación pasa sostener acción (cfr., arts. 15 LEC -EDL 2000/77463-).

El segundo aspecto que se quería comentar es el relativo a la no previsión del posible reconocimiento del beneficio de justicia gratuita, con las consecuencias que de ello se derivan, en el ámbito de la mediación. Sobre este particular, se promovió por el Grupo Parlamentario Izquierda Plural la Enmienda núm. 18, que abogaba por la incorporación de un nuevo apdo. 4 al art. 15 -EDL 2000/77463- del siguiente tenor: "No obstante lo anterior, reglamentariamente se regularán las condiciones, límites económicos del coste y procedimiento para el reconocimiento de la mediación gratuita en los mismos supuestos contemplados legalmente para la asistencia jurídica gratuita. A tales efectos el Ministerio de Justicia subvencionará, con cargo a sus dotaciones presupuestarias, los costes de los procesos de mediación imputables a la parte que hubiera obtenido reconocimiento de gratuidad en la mediación". La justificación de la bondad de la Enmienda descansaba en la siguiente consideración:

"Siendo la mediación un instrumento de solución de conflictos con el que se pretende, entre otras finalidades, evitar el recurso a los procedimientos judiciales mediante el agotamiento de las posibilidades de acuerdo entre las partes, deben removerse al máximo los obstáculos que puedan impedir la utilización de este instrumento.

En el supuesto de que la previsión contemplada en esta enmienda no fuera introducida en la Ley, en ocasiones resultaría más beneficioso para las partes con menos recursos económicos no acordar la mediación, sino acudir directamente a la vía jurisdiccional.

Por lo tanto iría contra el objetivo de esta norma de incrementar las mediaciones y reducir en lo posible los asuntos que llegan a los órganos judiciales, un mayor coste económico del procedimiento de mediación sobre el procedimiento judicial para las partes con menores recursos.

Por otro lado, existiendo ya regulados los criterios por los que se puede reconocer el acceso a la justicia gratuita, a través de la Ley 1/1996, de 10 enero, de Asistencia Jurídica Gratuita -EDL 1996/13683-, resulta adecuado trasladar esos mismos criterios a los procedimientos de mediación, de manera que exista una coherencia a la hora de la consideración de las personas físicas o jurídicas que han de ver reconocido ese derecho".

Esta Enmienda no prosperó, como tampoco la Enmienda núm. 45 promovida por el Grupo Parlamentario Unión, Progreso y Democracia, que proponía la incorporación de un párrafo segundo en el art. 15,2 -EDL 2000/77463-, entendida como mejora técnica, orientada a consignar la explícita mención al carácter gratuito de la sesión informativa previa al eventual inicio de la mediación.

Este artículo ha sido publicado en la "Revista de Jurisprudencia", número 2, el 15 de febrero de 2013.