



UNIVERSITAT DE
BARCELONA

De la conciliación a la mediación: alternativas para la gestión de los conflictos

M^a Yolanda Bartolomé Cantalejo

ADVERTIMENT. La consulta d'aquesta tesi queda condicionada a l'acceptació de les següents condicions d'ús: La difusió d'aquesta tesi per mitjà del servei TDX (www.tdx.cat) i a través del Dipòsit Digital de la UB (diposit.ub.edu) ha estat autoritzada pels titulars dels drets de propietat intel·lectual únicament per a usos privats emmarcats en activitats d'investigació i docència. No s'autoritza la seva reproducció amb finalitats de lucre ni la seva difusió i posada a disposició des d'un lloc aliè al servei TDX ni al Dipòsit Digital de la UB. No s'autoritza la presentació del seu contingut en una finestra o marc aliè a TDX o al Dipòsit Digital de la UB (framing). Aquesta reserva de drets afecta tant al resum de presentació de la tesi com als seus continguts. En la utilització o cita de parts de la tesi és obligat indicar el nom de la persona autora.

ADVERTENCIA. La consulta de esta tesis queda condicionada a la aceptación de las siguientes condiciones de uso: La difusión de esta tesis por medio del servicio TDR (www.tdx.cat) y a través del Repositorio Digital de la UB (diposit.ub.edu) ha sido autorizada por los titulares de los derechos de propiedad intelectual únicamente para usos privados enmarcados en actividades de investigación y docencia. No se autoriza su reproducción con finalidades de lucro ni su difusión y puesta a disposición desde un sitio ajeno al servicio TDR o al Repositorio Digital de la UB. No se autoriza la presentación de su contenido en una ventana o marco ajeno a TDR o al Repositorio Digital de la UB (framing). Esta reserva de derechos afecta tanto al resumen de presentación de la tesis como a sus contenidos. En la utilización o cita de partes de la tesis es obligado indicar el nombre de la persona autora.

WARNING. On having consulted this thesis you're accepting the following use conditions: Spreading this thesis by the TDX (www.tdx.cat) service and by the UB Digital Repository (diposit.ub.edu) has been authorized by the titular of the intellectual property rights only for private uses placed in investigation and teaching activities. Reproduction with lucrative aims is not authorized nor its spreading and availability from a site foreign to the TDX service or to the UB Digital Repository. Introducing its content in a window or frame foreign to the TDX service or to the UB Digital Repository is not authorized (framing). Those rights affect to the presentation summary of the thesis as well as to its contents. In the using or citation of parts of the thesis it's obliged to indicate the name of the author.



UNIVERSITAT DE
BARCELONA

Facultat de Dret

Programa de Doctorado en Derecho y Ciencia Política
Línea de Investigación: Derecho Civil

**DE LA CONCILIACIÓN A LA MEDIACIÓN:
ALTERNATIVAS PARA LA GESTIÓN
DE LOS CONFLICTOS**

Director: Dr. Carlos Villagrasa Alcaide

M^a YOLANDA BARTOLOMÉ CANTALEJO

BARCELONA, 2019

SUMARIO

RESUMEN.....	7
INTRODUCCIÓN.....	13
1. LOS SISTEMAS ALTERNATIVOS DE GESTIÓN DE LOS CONFLICTOS.....	23
1.1. Cuestiones preliminares. El conflicto y sus medios de resolución	23
1.1.1. La crisis de la justicia ordinaria y la necesidad de sistemas alternativos de gestión de los conflictos	23
1.1.2. El paulatino incremento de los conocidos como «ADR»	30
1.1.3. La autocomposición y los sistemas alternativos a la jurisdicción para la resolución de conflictos: autotutela, y heterocomposición	37
1.1.4. Razones para la gestión de un conflicto a través de mediación.....	39
1.1.5. Panorama del sistema judicial en nuestro país	41
1.1.6. Problemas de la justicia en la actualidad	49
1.2. Los conflictos jurídicos y sus medios de resolución	52
1.2.1. El conflicto como una oportunidad y una culminación del principio de la autonomía de la voluntad	52
1.2.2. Causas de los conflictos jurídicos. Cómo se desencadenan y partes implicadas en el conflicto.	54
1.2.3. Definición de conflicto jurídico	57
1.2.4. Análisis del conflicto desde las diferentes perspectivas	58
1.2.5. Tipos de conflicto	61
1.2.6. El surgimiento del conflicto.....	62
1.2.7. El binomio conflicto-mediación y su resultado jurídico.....	63
1.2.8. Referencia a los costes de carácter jurídico cuando se produce el conflicto en las organizaciones	64
2. LA CONCILIACIÓN	69
2.1. La conciliación en el ámbito civil y mercantil	69
2.1.1. Marco legal de referencia de la conciliación	69
2.1.2. Aproximación histórica a sus orígenes	73
2.1.3. Especial referencia a los Consulados, las Ordenanzas de Comercio y la Conciliación	78
2.1.4. Antecedentes en nuestra legislación histórica	83
2.1.5. Concepto de Conciliación. Naturaleza jurídica	85
2.1.6. La conciliación y su procedencia en la Ley de la Jurisdicción Voluntaria	92
2.1.7. Exclusiones legales	94
2.1.8. Celebración del Acto de Conciliación	104
2.1.9. La Conciliación en la Ley de Enjuiciamiento Civil.....	105
2.1.10. La Conciliación previa al proceso.....	109
2.1.10.1. Cuestiones preliminares	109
2.1.10.2. Competencia territorial del órgano correspondiente	111

SUMARIO

2.1.11. Diferencias entre los Sistemas Alternativos Básicos de Resolución de Conflictos	113
2.1.11.1. Cuestiones conceptuales	113
2.1.11.2. Diferencias entre el Allanamiento, la Transacción y las Diligencias Preliminares.....	115
2.1.11.2.1. Allanamiento	115
2.1.11.2.2. Transacción.....	116
2.1.11.2.2.1. Definición.....	116
2.1.11.2.2.2. Tipos	116
2.1.11.2.3. Diligencias Preliminares.....	117
2.1.11.2.3.1. Definición.....	118
2.1.11.2.3.2. Caracteres.....	118
2.1.11.2.3.3. Procedimiento	119
2.1.11.2.3.4. Tipos de diligencias preliminares.....	123
2.1.12. Desarrollo de la conciliación	125
2.1.12.1. Escrito de presentación	125
2.1.12.2. Comparecencia tras la admisión a trámite de la conciliación	127
2.1.12.3. Celebración de la conciliación	129
2.1.12.4. Competencia	130
2.1.12.4.1. Competencia objetiva.....	130
2.1.12.4.2. Competencia territorial	130
2.1.13. Eficacia ejecutiva de la conciliación.....	132
2.1.14. Impugnación del convenio de conciliación.....	132
2.1.15. La conciliación efectuada ante notario	134
2.1.15.1. Concepto	134
2.1.15.2. Inicio, formalización y ejecución.....	136
2.1.16. La conciliación realizada ante registrador.....	138
2.2. La conciliación laboral	142
2.3. La conciliación penal	149
3. LA MEDIACIÓN. UNA OPCIÓN PRIMARIA PARA RESOLVER LOS CONFLICTOS.....	153
3.1. Delimitación previa.....	153
3.2. Ventajas jurídicas e inconvenientes de la mediación, especial referencia al principio de autonomía de la voluntad	159
3.3. Aproximación al marco legal de la mediación desde sus diferentes ámbitos de aplicación ...	164
3.3.1. Hacia un sistema europeo de mediación	165
3.3.2. La tardía e incompleta legislación estatal sobre mediación	169
3.3.3. La regulación autonómica de la mediación en un sistema plurilegislativo, con especial referencia a su diversa configuración	175
3.4. Etimología del término mediación y contribución a una definición legal	180
3.4.1. Mediación: origen y significado del término	180
3.4.2. Delimitación conceptual	185
3.5. El concepto de mediación aportado por la jurisprudencia y la doctrina	191
3.6. Apuntes históricos y culturales de la mediación que inciden en su tratamiento jurídico	194

3.7. La regulación de la mediación en los diferentes países de nuestro entorno.....	199
3.8. Fases de un proceso de mediación: objetivos y desarrollo	205
3.9. Los diferentes medios de resolución de conflictos y sus diferencias con la mediación	209
3.9.1. El arbitraje como método heterocompositivo del conflicto	211
3.9.2. El denominado «media-concilia»: la combinación de técnicas de conciliación y mediación en contextos idóneos de integración	214
3.9.3. El sistema «medarb»: combinación de mediación y arbitraje para la gestión de conflictos.....	215
3.9.3.1. «Arbmed»	217
3.9.3.2. «Medarb» con posibilidad de opción	218
3.9.3.3. «Medarb» con el mismo tercero.....	218
3.9.3.4. «Medarb» con diferente tercero	218
3.9.3.5. Mediación con arbitraje de oferta final: «medalao».....	219
3.9.3.6. «Medart» flexible	219
3.10. El articulado de la Ley 5/2012, de 6 de julio, de Mediación y avances en la regulación normativa.....	221
3.10.1. Análisis jurídico del preámbulo	221
3.10.2. Disposiciones generales.....	225
3.10.2.1. Exclusiones	227
3.10.2.2. El procedimiento de mediación y sus efectos sobre los plazos de prescripción y caducidad ..	230
3.10.2.3. Las instituciones de mediación	231
3.10.3. Principios informadores de la mediación	231
3.10.4. Las partes en el procedimiento de mediación	234
3.10.5. Estatuto del mediador	235
3.10.6. Procedimiento de mediación.....	240
3.10.6.1. Fase previa al procedimiento	240
3.10.6.2. Procedimiento de mediación	242
3.10.6.3. Ejecución de los acuerdos	245
3.11. Los principios característicos de la mediación. Enumeración legal y desarrollo práctico	249
3.12. La eficacia jurídica de los acuerdos adoptados a través de la mediación. Consideración de negocio jurídico mediado.....	253
3.12.1. Planteamiento de la cuestión.....	253
3.12.2. Concepto de acuerdo de mediación y régimen jurídico.....	255
3.12.3. La forma del acuerdo de mediación.....	256
3.12.4. Efectos del acuerdo de mediación como negocio jurídico	257
3.13. La adecuación y efectividad de la mediación en el ámbito civil y mercantil.....	258
3.14. Descripción de los diferentes modelos de mediación	261
3.14.1. El modelo Harvard. Escuela tradicional lineal	261
3.14.2. El modelo circular narrativo.....	263
3.14.3. El modelo transformativo.....	266
3.15. Aplicación jurídica de la mediación en los distintos ámbitos de regulación	268
3.15.1. Mediación familiar.....	268
3.15.2. Mediación laboral.....	271
3.15.2.1. Ventajas de utilizar mediación en las relaciones laborales.....	271

SUMARIO

3.15.2.2. Reconocimiento legislativo	274
3.16. El mediador y sus características jurídicas.....	276
3.16.1. Funciones principales del mediador en el desempeño de su labor y sus efectos jurídicos	279
3.16.2. Principios y características que regirán la actividad del mediador	282
3.16.3. Las especialidades jurídicas de las instituciones de mediación	288
3.16.4. La intervención de un mediador o un equipo interdisciplinar	289
3.16.5. La necesidad de conocimientos jurídicos en el desempeño de la tarea del mediador	290
3.16.6. El coste de la mediación	291
3.16.7. Derechos y obligaciones del mediador	292
3.16.8. Tipos de mediación	293
3.16.8.1. Mediación facilitadora	293
3.16.8.2. Mediación evaluadora.....	293
3.16.8.3. Mediación transformadora	293
3.17. Las diferencias y analogías de la mediación y la conciliación	294
3.17.1. Las ventajas de aplicar la conciliación a la gestión de los litigios: métodos eficientes	296
3.17.2. Las ventajas de aplicar la mediación a la gestión de los conflictos: buenas prácticas	297
3.17.3. Cuando la mediación es una opción jurídica más adecuada para la solución de un conflicto .	300
CONCLUSIONES.....	303
BIBLIOGRAFÍA.....	313

Resumen

Resum

Al nostre país, fins fa unes dècades es desconeixia l'existència de mètodes de gestió i resolució de conflictes reglats diferents al procediment judicial, a excepció de l'arbitratge i algunes bones pràctiques consuetudinàries en les quals s'utilitzava el bon ofici de tercers com ara el Tribunal de les Aigües a València; també existia la conciliació prèvia al desenvolupament del judici, que llevat a la jurisdicció laboral havia quedat relegada en ser un recurs residual, i molt poques vegades tenia efectes de terminació del procediment després d'haver arribat a un acord. Davant d'aquest panorama, no hi havia més remei que acudir al sistema adversarial per resoldre els conflictes jurídics que es produïen en les relacions entre les persones en el desenvolupament de la vida tant en l'àmbit individual com en el col·lectiu. I des de fa algun temps el sistema jurisdiccional es revelava insuficient per a "absorbir" la totalitat de les situacions de conflicte que es produïen de forma habitual a la societat; la complexitat de les relacions interpersonals i l'abundància de situacions on es produeixen els conflictes, donada l'evolució i les grans transformacions socials dels darrers anys.

La implantació de la mediació en l'àmbit civil i mercantil a partir de la publicació de la llei 5/2012, de 6 de juliol, de mediació en assumptes civils i mercantils, com a mètode alternatiu i / o complementari de la gestió i solució de conflictes, hauria de millorar l'eficàcia en la recerca de solució als conflictes plantejats i la seva gestió d'una manera més eficient i ràpid, evitant tots els inconvenients que es produeixen en seu judicial quan no queda més remei que acudir al procediment judicial. Els avantatges més importants són: l'estalvi de costos i temps en relació al procediment judicial tradicional; una solució que suposa una menor càrrega emocional per a les parts en conflicte i que redundarà en la possible continuació de les relacions en el futur, i tot això facilitarà establir els principis per canviar la cultura litigiosa existent al nostre país, per una més conciliadora que suposi una millor convivència i una transformació pacífica de la societat, sense oblidar la descàrrega d'assumptes amb el consegüent alleugeriment

dels òrgans jurisdiccionals. Tot això garantirà que la ciutadania pugui solucionar les seves controvèrsies de forma ràpida i eficaç i contribuirà a un millor funcionament del sistema de justícia generant un major dinamisme de la nostra economia. Tot i que no podem oblidar la urgent necessitat d'adaptar i modernitzar les nostres lleis processals i d'incrementar el nombre d'òrgans judicials per agilitzar un sistema jurisdiccional que pateix de falta de personal, lentitud excessiva per l'escassetat de mitjans i de l'abundant burocràcia per arribar a resoldre les controvèrsies plantejades davant els tribunals de justícia.

La mediació, per tant, és una alternativa diferent per a la solució dels conflictes a tots els nivells que han d'afrontar els ciutadans; es poden resoldre els conflictes de forma dialogada i amb una actitud proactiva encaminada a trobar una solució a les seves diferències amb un major grau de satisfacció i benestar, ja que seran els propis implicats els que ideen la solució al seu conflicte, creant menys friccions i evitant les situacions més doloroses i conflictives per a ells i per al seu entorn, buscant una sortida pacífica i consensuada.

I aquesta forma de resoldre els conflictes no implica només beneficis a les persones que l'utilitzen a nivell individual, per solucionar les seves controvèrsies d'una manera més útil, ràpida i eficaç, sinó que serveix perquè les controvèrsies es pacifiquin i això redundarà en unes relacions més eficients que implicaran una societat més pacífica i amb una menor tendència a la confrontació amb la consegüent reducció de l'hostilitat a la nostra societat.

RESUMEN

En nuestro país, hasta hace unas décadas se desconocía la existencia de métodos de gestión y resolución de conflictos reglados diferentes al procedimiento judicial, a excepción del arbitraje y de algunas buenas prácticas consuetudinarias en las que se utilizaba el buen oficio de terceros, como, por ejemplo, el Tribunal de las Aguas en Valencia; también existía la conciliación previa al desarrollo del juicio, que salvo en la jurisdicción laboral había quedado relegada a ser un recurso residual, y muy pocas veces tenía efectos de terminación del procedimiento tras haberse alcanzado un acuerdo. Ante este panorama, no había más remedio que acudir al sistema adversarial para resolver los conflictos jurídicos que se producían en las relaciones entre las personas en el desarrollo de la vida tanto en el ámbito individual como colectivo. Y

desde hace algún tiempo el sistema jurisdiccional se revelaba insuficiente para “absorber” la totalidad de las situaciones de conflicto que se producían de forma habitual en la sociedad; la complejidad de las relaciones interpersonales y la abundancia de situaciones donde se producen los conflictos, dada la evolución y las grandes transformaciones sociales de los últimos años.

La implantación de la mediación en el ámbito civil y mercantil a partir de la publicación de la Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles, como método alternativo y/o complementario de la gestión y solución de conflictos, debería mejorar la eficacia en la búsqueda de solución a los conflictos planteados y su gestión de un modo más eficiente y rápido, evitando todos los inconvenientes que se producen en sede judicial cuando no queda más remedio que acudir al procedimiento judicial. Las ventajas más importantes son: el ahorro de costes y tiempo en relación al procedimiento judicial tradicional; una solución que supone una menor carga emocional para las partes en conflicto y que redundará en la posible continuación de las relaciones en el futuro, y todo ello facilitará sentar los principios para cambiar la cultura litigiosa existente en nuestro país, por una más conciliadora que suponga una mejor convivencia y una transformación pacífica de la sociedad, sin olvidar la descarga de asuntos con el consiguiente alivio de los órganos jurisdiccionales. Todo ello garantizará que los ciudadanos puedan solucionar sus controversias de forma rápida y eficaz y contribuirá a un mejor funcionamiento del sistema generando un mayor dinamismo de nuestra economía. Aunque no podemos olvidar la urgente necesidad de adaptar y modernizar nuestras leyes procesales y de incrementar el número de órganos judiciales para agilizar un sistema jurisdiccional que adolece de falta de personal, lentitud excesiva por la escasez de medios y de la abundante burocracia para llegar a resolver las controversias planteadas ante los tribunales de justicia.

La mediación, por lo tanto, es una alternativa diferente para la solución de los conflictos a todos los niveles que tienen que afrontar los ciudadanos; se pueden resolver los conflictos de forma dialogada y con una actitud proactiva encaminada a encontrar una solución a sus diferencias con un mayor grado de satisfacción y bienestar, puesto que serán los propios implicados quienes ideen la solución a su conflicto, creando menos fricciones y evitando las situaciones más dolorosas y conflictivas para ellos y para su entorno, buscando una salida pacífica y consensuada.

Y esta forma de resolver los conflictos no acarrea solo beneficios a las personas que lo utilizan a nivel individual, por solventar sus controversias de una manera más útil, rápida y eficaz, sino que sirve para que las controversias se pacifiquen y esto redundará en unas relaciones más eficientes que implicarán una sociedad más pacífica y con una menor tendencia a la confrontación con la consiguiente reducción de la hostilidad en nuestra sociedad.

ABSTRACT

In our country, until recently the existence of methods of management and resolution of regulated conflicts different from the judicial procedure was unknown, with the exception of arbitration and some customary good practices in which the good office of third parties was used, such as the «Water Court' in Valencia»; there was also the conciliation prior to the development of the trial, which, let alone the labor jurisdiction, had been relegated to be a residual remedy, and very rarely had the effects of terminating the procedure after an agreement had been reached. Against this background, there was no choice but to go to the adversarial system to resolve the legal conflicts that occurred in the relationships among people in the development of life, both individually and collectively. And for some time the jurisdictional system proved to be insufficient to “absorb” all the conflict situations that take place regularly in society; the complexity of interpersonal relationships and the abundance of situations where conflicts occur, given the evolution and the great social transformations of recent years.

The implementation of mediation in the civil and commercial field as of the publication of law 5/2012, July 6, on mediation in civil and commercial matters, as an alternative and / or complementary method of conflict management and resolution, should improve the effectiveness in the search for a solution to the conflicts raised and their management in a more efficient and faster way, avoiding all the inconveniences that occur in the judicial rooms when there is no choice but to go to court proceedings. The most important advantages are: cost and time savings in relation to the traditional judicial procedure; a solution that supposes a lower emotional burden for the parties in conflict and that will result in the possible continuation of relations in the future, and all this will facilitate the establishment of the principles to change the litigious culture existing in our country, for a more conciliatory one that supposes a better coexistence and a peaceful transformation of society, not forgetting the discharge of issues with the

consequent relief of the jurisdictional bodies. All of them will ensure that citizens can resolve their disputes quickly and efficiently and will contribute to a better functioning of the system, generating greater dynamism in our economy. Although we cannot forget the urgent need to adapt and modernize our procedural laws and increase the number of judicial bodies to expedite a jurisdictional system that suffers from lack of personnel, excessive slowness due to the lack of means and the abundant bureaucracy to resolve the disputes raised before the courts of justice.

Mediation, therefore, is a different alternative for resolving conflicts at all levels that citizens have to face; conflicts can be resolved in a dialogic manner and with a proactive attitude aimed at finding a solution to their differences with a greater degree of satisfaction and well-being, since it will be those involved who will devise the solution to their conflict, creating less friction and avoiding more painful and conflictive situations for them and their environment, seeking a peaceful and consensual way out.

And this way of resolving conflicts does not only bring benefits to the people who use it individually, to solve their disputes in a more useful, fast and effective way, but it also serves to ensure that the disputes are pacified and this will result in relationships more efficient that will imply a more peaceful society and with a lower tendency towards confrontation, with the consequent reduction of hostility in our society.

Introducción

El conflicto, como elemento característico de la sociedad, ocupa un papel destacado en el estudio de las relaciones interpersonales.

La excesiva litigiosidad imperante en nuestro país es una realidad constatable en todas las estadísticas que realiza el Consejo General del Poder Judicial¹; año tras año los datos que aportan revelan un incremento del número de conflictos que se materializa en nuevas demandas judiciales que hay que resolver. Este es uno de los motivos que nos impulsan a realizar el análisis de dos de los principales sistemas alternativos de resolución de conflictos diferentes al adversarial: las instituciones de la conciliación y de la mediación como objetivo primordial de este trabajo. Nos propusimos destacar las ventajas que pueden derivarse de su uso y la ayuda que pueden aportar a la hora de resolver los conflictos, ya que el sistema judicial no tiene recursos suficientes para gestionar adecuadamente todos los litigios que se producen.

La administración de justicia funciona con unos engranajes que se mueven lentamente; por eso, cuando la ciudadanía tiene un conflicto y ha de acudir al juzgado, en ocasiones es una carga costosa y pesada en relación con el asunto que hay que gestionar.

El surgimiento de estos sistemas de solución de conflictos, cuya aplicación está poco a poco extendiéndose, aparece como una alternativa real al único medio efectivo que hasta hace poco existía de resolver una controversia, que era acudir a juicio o en su caso al arbitraje.

Esta expansión de los denominados nuevos métodos de solución de los conflictos, también conocidos como ADR pone de manifiesto que tienen innumerables ventajas que van a revertir en la mejora de la aplicación de la justicia en nuestro país; su implantación proporciona una mayor eficiencia y un considerable ahorro de

¹ Publicación anual de síntesis que ofrece un breve resumen de los datos disponible sobre la situación del sistema judicial en el año. Véase documento en línea: <<https://bit.ly/2mAdSCN>>.

recursos; porque su utilización es más eficaz al acortar los tiempos para gestionar los conflictos, son menos onerosos para las partes, y a estos efectos se añade la satisfacción de los usuarios y la descongestión que producen en los tribunales de justicia.

Otro factor relevante para su utilización es la intervención de los participantes en el conflicto, incrementando su responsabilidad² en la búsqueda de posibles soluciones y el contacto entre las partes, lo que redundará en la continuidad de las relaciones favoreciendo que estos sistemas de solución de conflictos alternativos mejoren el acceso a la justicia y complementen los sistemas jurisdiccionales.

Existen fórmulas ya establecidas en nuestra legislación en las que interviene un tercero en la toma de decisiones, como tradicionalmente ha sido la conciliación, y más recientemente se ha introducido la mediación, que podemos definir como un método de gestión positiva de los conflictos, mediante el cual, ayudados por un tercero, las partes van a poder alcanzar un acuerdo extrajudicial que contribuya a resolver su controversia.

A finales del pasado siglo hubo una gran cantidad de normas dictadas por las organizaciones internacionales que ya señalaban a la mediación como un sistema que debía extenderse a los ordenamientos jurídicos de los países, por sus beneficios y por la necesidad de llegar a resolver las disputas y conflictos que se producen ante la inoperancia y la saturación de los sistemas judiciales. Así, la Declaración y el Programa de Acción sobre una Cultura de Paz, adoptados por la Asamblea General de la ONU en la Resolución 53/243, de 13 de septiembre de 1999, o las Directrices de las Naciones Unidas para una mediación eficaz, publicadas como anexo del informe del Secretario General acerca del fortalecimiento de la función de mediación en el arreglo pacífico de controversias, la prevención de conflictos y su solución (/A/66/811, de 25 de junio de 2012) son ejemplo de ello.

² ROMÁN MAESTRE, Begoña. «La responsabilidad personal y sus límites. Del empoderamiento a la culpabilización de las víctimas», en *Determinantes personales y colectivos de los problemas de la salud (Cuadernos de la Fundació Víctor Grifols i Lucas, n.º 37, Barcelona, 2015): «La responsabilidad es el deber de hacerse cargo de las consecuencias de uno mismo y/o sobre las acciones que uno decide emprender».*

En el contexto europeo, desde las instituciones de la Unión Europea, la Recomendación 12/1986 del Consejo de Ministros Europeo a los Estados miembro para la reducción de la carga de trabajo a los tribunales de justicia mediante vías alternativas de conciliación, arbitraje y mediación ya promovía la solución pactada de los conflictos.

En el mismo sentido también destaca la Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo, sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles, presentada por la Comisión Europea el 22 de octubre de 2004, vino seguida 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 (DO de EU 24/05/2008), que define la mediación en su artículo 3; el mandato de su transposición a los Estados miembros ha dado lugar a la Ley 5/2015, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles, como culminación a un proceso de introducción de la mediación en nuestro país, que a pesar de ser tardía, ha supuesto un fuerte impulso para su difusión, tan necesaria en la actualidad y que todavía cuesta integrar como alternativa al pleito por el desconocimiento de su existencia y la cultura litigiosa de nuestra sociedad, muy proclive a acudir al juzgado para reclamar una respuesta legal frente a los problemas de relación interpersonal. Lo cierto es que esta ley aporta una legislación general común a todo el territorio español sobre la mediación, lo que facilita la aplicación uniforme de las normas de este instituto.

La promulgación de la citada Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles, supuso un auténtico revulsivo en el reconocimiento de la mediación en nuestro país como forma alternativa de resolver los conflictos frente a la tradicional vía judicial, y aportando un nuevo sistema para solventar las divergencias que se producen en las materias de derecho dispositivo que regula nuestra legislación. La mediación se había desarrollado prácticamente sin intervención del legislador hasta ese momento³. El marco de esta ley sirve especialmente para darle eficacia jurídica a los buenos usos y mejores prácticas que ya se llevaban a cabo.

³ FUENTES GÓMEZ, Julio C., *El marco jurídico de la mediación: una perspectiva desde el procedimiento de elaboración de la Ley 5/2012, de 6 de julio, de Mediación en Asuntos Civiles y Mercantiles. Manual de Mediación Civil y Mercantil y su práctica on-line*, Ed. Sepín, Madrid, 2014, p. 21.

Dentro del preámbulo de la citada ley podemos destacar la siguiente afirmación «una de las funciones esenciales del Estado de Derecho es la garantía de la tutela judicial de los derechos de los ciudadanos. Esta función abarcaría el reto de la implantación de una justicia de calidad capaz de resolver los diversos conflictos que surgen en una sociedad moderna y, a la vez, compleja», lo que debe destacarse dado que en esta declaración programática se produce un claro reconocimiento de los sistemas alternativos, como otro medio eficaz de aplicar justicia diferente del procedimiento judicial para cumplir con plena satisfacción el derecho a una tutela judicial efectiva.

Antes de la referida ley de mediación se habían aprobado múltiples leyes de carácter autonómico que regulaban sobre todo la mediación familiar. Una de las recientes reformas legislativas de los últimos años por las que se introduce la mediación en su contenido sustantivo, es a través de la Ley 7/2017, de 2 de noviembre, que incorpora al ordenamiento jurídico español la Directiva 2013/11/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de mayo de 2013, relativa a la resolución alternativa de litigios en materia de consumo⁴.

Recientemente se ha aprobado el Anteproyecto de la Ley de impulso⁵ a la mediación⁶, por el Consejo de Ministros de 11 de enero de 2019, anteproyecto que ha sido «bendecido» por el Consejo General del Poder Judicial.

En efecto, el Pleno del Consejo General del Poder Judicial ha aprobado un informe favorable al anteproyecto y la valoración general que hace al respecto es muy positiva; e incide en la necesidad de plantear medidas de impulso que vayan más allá

⁴ Publicado en: BOE núm. 268, de 4 de noviembre de 2017, p. 105693 a 105718.

⁵ BERENGUER O'SHEA, Pablo, «Anteproyecto de Ley de impulso de la mediación» Actualidad jurídica Aranzadi, nº 954, 2019, p.7-7.

⁶ En la Exposición de Motivos del Anteproyecto de la Ley de Mediación se afirma: «*Actualmente, la mediación en España se encuentra obstaculizada por una cultura ajena a esta forma particular de resolución de conflictos intersubjetivos. Continúa siendo una institución desconocida que no ha conseguido demostrar su operatividad. Por todo ello, se ha considerado que dicho proceso podría experimentar un significativo impulso a través de medidas legislativas de índole procesal sin olvidar que una labor de concienciación y de formación de todos los actores involucrados en este ámbito puede ser una solución eficaz a largo plazo.*».

del estricto ámbito normativo⁷. En definitiva, en este informe se reclaman «políticas públicas capaces de crear un sistema que garantice el acceso de los ciudadanos a la justicia».

En este momento, y dado el interés que suscita este sistema de resolución de conflictos, no hay espacio en las relaciones intersubjetivas donde no se pueda utilizar la mediación⁸, si se dan las condiciones legales requeridas y el tema es susceptible de ser tratado por individuos con un interés común en resolver por ellos mismos sus controversias, aportando sus propuestas de solución y con la responsabilidad de intentar llegar a un acuerdo conseguido de forma consensuada, ayudados por un tercero, el mediador, que acompaña profesionalmente a las partes en el proceso de búsqueda del acuerdo, a través de la regulación de la comunicación entre los participantes.

Ante este panorama hemos considerado la necesidad de realizar un estudio de la mediación⁹ conceptual, histórico y legislativo, que se inicia partiendo de la conciliación y presidido por la idea de que este último sistema alternativo al judicial debe ser trascendido por el más moderno de la mediación.

En el capítulo primero de este trabajo se abordan los sistemas alternativos de solución de conflictos en general, su utilización y las causas de su incremento, así como el concepto y los tipos de conflicto jurídico.

En el capítulo segundo valoramos la implantación de la conciliación, su origen histórico, evolución legislativa y sus funciones y cómo se introduce en el régimen

⁷ El Consejo General del Poder Judicial señaló, en el documento titulado *Diez realidades-Diez propuestas* del pasado mes de enero de 2019, que el impulso a la mediación requiere «políticas públicas» capaces de crear un sistema que garantice el acceso del ciudadano a la justicia y que cuente con la «implicación real, efectiva y coordinada» de las instituciones responsables de la mediación y también «un mayor compromiso tanto de miembros de la carrera judicial como de las administraciones competentes» [documento *on line*: <<https://bit.ly/2N6fhQ0>>].

⁸ Daniel Bustelo en el Taller de clínica en mediación n.º 16 871, impartido en Madrid el 17 de mayo de 2019 afirmó que la mediación en sus orígenes consistía en la devolución de la palabra, del poder sobre el conflicto a los actores.

⁹ *Vid.* sobre este punto, BELLOSO MARTÍN, N., «Un paso más hacia la desjudicialización. La directiva europea 2008/52/CE, sobre mediación en asuntos civiles y mercantiles», en *Revista electrónica de Derecho Processual*, 2.ª ed., Año 2, enero-diciembre 2008, p. 257-291 [documento *on line*: <<https://bit.ly/2L1uu2c>>].

jurídico español, por lo que se detalla el procedimiento, así como las materias en las que se aplica y las exclusiones.

En el capítulo tercero realizaremos un desarrollo conceptual, histórico y legislativo, en cuanto que ha llevado al estudio de la mediación partiendo de la conciliación, y teniendo como referencia también al arbitraje. En este contexto efectuamos una aproximación a sus orígenes, a su delimitación legal, a su marco legislativo, así como su aplicación actual en la resolución de los litigios y los ámbitos donde está siendo más efectiva, tanto a nivel individual como colectivo.

Una opción más al alcance del ciudadano que se adoptará en función de las necesidades y circunstancias de cada asunto se encuentra actualmente en estas vías de gestión de controversias, aunque en ningún caso es un sustitutivo a los Tribunales de Justicia.

Asimismo llevamos a cabo una aproximación a la evolución de los sistemas autocompositivos de resolución de conflictos, que, como alternativa al proceso, han coexistido hasta este momento con la mediación y analizamos los rasgos que los identifican y diferencian, sus semejanzas y divergencias, para así comprobar si estos sistemas tienen una mayor o menor eficacia respecto de la mediación y compararemos sus procedimientos, formalidades y satisfacción para las partes intervinientes, entre otros aspectos relevantes.

La mediación como proceso autocompositivo de gestión de conflictos no adversarial posee como características la voluntariedad a la hora de acudir a ella y, si culmina en acuerdo, la necesidad de protocolizarlo para que alcance fuerza ejecutiva, si no se produce dentro del ámbito de un procedimiento judicial, para equipararla así al laudo en el arbitraje, o a la sentencia en el procedimiento jurisdiccional.

El enfoque que se utiliza para la mediación de una desavenencia depende de la naturaleza del conflicto, de la experiencia, de los recursos de comunicación de quienes intervienen y de la capacidad del mediador.

El mediador, como tercero que interviene en el proceso, tiene una función imprescindible para que los interesados acerquen sus posiciones y puedan satisfacer sus necesidades e intereses y consigan, en su caso, llegar al acuerdo. No decide como los árbitros, no impone soluciones, ni asesora a las partes.

Por último, destacaremos las analogías, las diferencias, las ventajas e inconvenientes de la conciliación y de la mediación para completar un estudio que pretende ser objetivo y realista de estas materias.

En las fórmulas autocompositivas se necesita la cooperación de las partes, de modo que ambas ganen y pierdan algo, para resolver su conflicto. Esto permite que, terminado el litigio, puedan mantener una mejor relación entre ellas al haber consensuado su propio acuerdo, lo que llevará en la mayoría de los casos a una ejecución voluntaria del pacto alcanzado. La intervención de un tercero en el caso de la conciliación será el letrado de la administración de justicia y, en la mediación, el tercero será un mediador; todo esto nos lleva a preguntarnos sobre el papel que desempeñan estos terceros.

En resumen, en el ámbito de la solución de los conflictos, se han introducido grandes avances mediante el estudio de nuevos sistemas que implican un tratamiento constructivo y avanzado de la gestión de los litigios; y esto posibilita que las personas tengan otra perspectiva más amplia a la hora de solucionar sus diferencias y no sólo la de acudir al pleito en el juzgado.

Ya en el Consejo Europeo de Tampere de junio de 1999 que consolidó la creación de un espacio de libertad, seguridad y justicia en la Unión Europea¹⁰, como vía para la integración de los Estados miembros, se afirmaba que los ciudadanos deberían poder ejercer sus derechos con un mejor acceso a la justicia, y para ello incluía la promoción del acceso a los procedimientos alternativos de resolución de conflictos, tanto para los particulares como para las empresas.

La devolución de la responsabilidad a los afectados por una divergencia les proporciona cauces alternativos para su solución y les produce una gran satisfacción por la gestión realizada y la consecución del acuerdo; y además produce otro efecto positivo, que será la transformación del conflicto y una beneficiosa mejora del bienestar personal y de la comunidad al reducirse la hostilidad en las relaciones. Y esto se consigue utilizando la comunicación, el diálogo y la interacción de las partes, propiciando un nuevo escenario, que es favorecido con la ayuda de un tercero, que

¹⁰ Consejo Europeo de Tampere de 15 y 16 de junio de 1999. Conclusiones de la Presidencia: mejor acceso a la justicia en Europa.

fomenta nuevas formas de relacionarse a través de estos medios alternativos de gestión, entre los que destaca la mediación¹¹, sistema que aborda una concepción diferente del conflicto para producir cambios beneficiosos para la sociedad.

La percepción social del conflicto y el objetivo de resolverlo están en el origen del concepto de mediación, ya que lo que se intenta alcanzar es una meta o un fin social relevante, como es el de reducir, a través del uso de la mediación, el alcance los conflictos jurídicos que se plantean en nuestra sociedad.

En nuestra sociedad «superdesarrollada»¹² hay muchas personas que tienen cubiertas sus necesidades primarias; por eso los conflictos suelen provenir de la insatisfacción de las necesidades secundarias sociales. De ahí que el conflicto surja de la falta de reconocimiento, de la valoración de las acciones, o de la pertenencia a un grupo, estos ámbitos serán los detonantes de muchos de los litigios actuales que hay que resolver.

Se puede llegar a alcanzar una transformación de las relaciones tanto individuales como de conjunto en la sociedad, si se consiguen gestionar los conflictos mediante el acuerdo consensuado por las partes. Esto puede llevar a un reconocimiento y legitimación para los intervinientes en el litigio, que a través de la comunicación y de la interacción obtendrán la satisfacción de sus necesidades, y esto supone un avance en la pacificación de las relaciones que redundará en beneficios, no sólo a escala individual, sino además como logro para la sociedad, puesto que mejorará en todos los niveles la forma de relacionarnos como individuos; y cuando surjan las dificultades se podrán resolver de un modo más responsable y eficiente acudiendo de manera natural a un procedimiento de mediación.

¹¹ GARCÍA VILLALUENGA, Leticia; «Mediación en comunidades universitarias: la experiencia de la Universidad Complutense», en *Revista Conflictology* (UCM), n.º 1, 2009, p. 68: «[...] la percepción social del conflicto y el objetivo de resolverlo ha estado en la base de la conceptualización de la mediación moderna, en el sentido de tener una amplia consideración de ser un recurso para alcanzar metas sociales importantes» [documento on line: <<https://bit.ly/2HpmxCT>>].

¹² Abraham Maslow en el estudio de la «jerarquía de necesidades humanas», construyó una pirámide donde las enumera (necesidades fisiológicas, de seguridad, sociales, de estima y de autorrealización), considerando que todas ellas motivan el comportamiento. Y hasta que las de orden inferior o primarias no se encuentran satisfechas, las que están por encima o secundarias no van a constituir un impulso de actuación que motive un determinado comportamiento.

La administración de justicia ha de dar entrada a métodos alternativos de resolución de los conflictos¹³. Llegar a modernizar la justicia mediante la introducción de otros medios de gestión de las relaciones, para que cuando se producen las desavenencias en aspectos que afectan a las personas de una manera muy directa en su vida cotidiana tengan diferentes opciones para resolverlo, es uno de los desafíos de nuestro sistema de justicia.

Es una tarea complicada, y tiene que haber modificaciones relevantes en el poder judicial, porque es un poder estático, poco permeable a los cambios y con una difícil adaptación a las nuevas realidades que subyacen con este cambio de paradigma.

Es preciso, por tanto, introducir una perspectiva diferente de la concepción de la justicia, a fin de que los ciudadanos dispongan de diferentes métodos de resolución de los conflictos y se incremente la sensibilización acerca de las posibilidades que tienen cuando sea necesario acudir a ellos y se vaya transformando así la cultura del litigio por la del diálogo.

Y, para ello, también es preciso que todos los operadores jurídicos (autoridades judiciales, letrados de la administración de justicia, profesionales de la abogacía, de la procuraduría, del notariado y de los registros) vayan adquiriendo una cultura diferente; un modo de operar que ofrezca no sólo el recurso a la confrontación ante la jurisdicción, si no, además, otro tipo de opciones que permitan obtener resultados óptimos mediante las diferentes alternativas distintas a la judicial.

¹³ «[...] Se considera necesario un sistema que dé cobertura a una racionalidad orientada al consenso y a soluciones cooperadas con las que se pueda vivir, situando al conflicto y a sus protagonistas en primer plano. Es llamativo que en la facultad de derecho no se estudie el conflicto, la comunicación y las técnicas de negociación, cuando lo cierto es que el Derecho tiene su razón de ser en la necesidad de organizar y encauzar las relaciones entre los individuos, sobre todo si se problematizan. [...]» (tomado del Resumen del trabajo de MORALES FERNÁNDEZ, Gracia, *Los sistemas alternativos de resolución de conflictos, la mediación. Sistemas complementarios al proceso. Nuevo enfoque constitucional del derecho a la tutela judicial efectiva*. Tesis Doctoral dirigida por Francisco Javier Pérez Royo. Universidad de Sevilla. 2013 [on line: <<https://bit.ly/2TzLuk5>>).

Ver el conflicto desde una concepción amplia que abarque desde el ámbito internacional hasta el familiar es la óptica adecuada para reconsiderar nuestro sistema de justicia¹⁴.

Nos proponemos en definitiva analizar las instituciones de la conciliación y de la mediación como sistemas, que, teniendo semejanzas, poseen unas características propias y que se desarrollan de un modo diferente, aunque en sus resultados finales en ocasiones pueda coincidir.

Se trata, por tanto, de enfocar el conflicto desde un tratamiento jurídico alternativo en el que la solución y el modo de resolverlo va a estar en manos de las partes, de modo que consideramos a la mediación, como medio alternativo de gestión de los conflictos jurídicos, como una auténtica manera de acceder a la justicia¹⁵:

«[...] a través de la mediación, se devuelve a las personas en conflicto su protagonismo y su responsabilidad para poder decidir, por sí solas, sobre los aspectos que les afecten de una manera personal y directa. Cada uno es el que sabe qué es lo mejor para sí mismo, lo que necesita o desea»¹⁶.

¹⁴ ENTELMAN, Remo F., *Teoría de conflictos. Hacia un nuevo paradigma*, Ed. Gedisa Barcelona 2002, p. 25.

¹⁵ Los mecanismos alternativos de solución de conflictos se encuentran frecuentemente ligados a conceptos como el acceso a la justicia, por tratarse de fórmulas que permiten acceder al sistema de justicia a los excluidos de las instancias ordinarias: Cf. GARCÍA, Rosario, «Aproximación a los mecanismos de resolución de conflictos en América Latina», en *El Otro Derecho* (Colombia), 26-27 de abril 2002, p. 149-177.

¹⁶ VILLAGRASA ALCAIDE, Carlos, «Marco Jurídico de la Mediación familiar», en SORIA VERDE, Miguel Ángel, VILLAGRASA ALCAIDE, Carlos, ARMADANS I TREMOLOSA, Inma, *Mediación Familiar. Conflicto: técnicas y recursos*, Editorial Bosch, S.A, Barcelona, 2008, p. 182.

1. Los sistemas alternativos de gestión de los conflictos

«Una sociedad sin conflictos no sería una sociedad humana sino un cementerio o un museo de cera.»

Luis María Bandieri

1.1. Cuestiones preliminares. El conflicto y sus medios de resolución

1.1.1. La crisis de la justicia ordinaria y la necesidad de sistemas alternativos de gestión de los conflictos

El notable incremento de los movimientos económicos, consecuencia de la globalización, con sus correlativas transacciones complejas, así como los desplazamientos humanos, con el consiguiente aumento de las situaciones conflictivas que se pueden generar al coincidir y convivir personas de diferentes culturas y nacionalidades, provocan, en ocasiones, una congestión del sistema judicial que no consigue adaptarse de forma inmediata a los cambios; como consecuencia, se produce un ineficaz cumplimiento del derecho constitucional a la tutela judicial efectiva¹⁷ recogido en el artículo 24 de la Constitución de 1978¹⁸, que es un auténtico derecho fundamental¹⁹ de carácter autónomo y con contenido propio.

¹⁷ El derecho a la tutela judicial es el equivalente, en el Derecho angloamericano, a la obligación de respetar el «*due process of law*», que aparece asimismo contemplado en las *Enmiendas VI y XIV* de la Constitución de los Estados Unidos de América.

¹⁸ El artículo 24 de nuestra constitución, tiene una gran complejidad en su contenido dentro de la parte dogmática, y da lugar a innumerables demandas de recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional. La titularidad de este derecho es de todas las personas. La tutela judicial efectiva protege, a los individuos, personas físicas, nacionales o extranjeras, titulares de derechos e intereses legítimos, y frente a los poderes públicos. El Tribunal Constitucional ha reconocido también la titularidad de este derecho a las personas jurídicas y excepcionalmente a las personas jurídico-públicas, exigiendo en este

El Tribunal Constitucional, en relación con su naturaleza, afirma que «no es la de un derecho de libertad ejercitable sin más, directamente a partir de la Constitución, sino la de un derecho de prestación, que sólo puede ejercerse por los cauces que el legislador establece o, dicho de otro modo, es un derecho de configuración legal»²⁰.

En una reciente sentencia del Tribunal Constitucional de gran repercusión por afectar a un tema muy relevante como es el de la citación de la demanda aún no personada en relación con el empleo de los medios electrónicos para realizar los actos de comunicación, se declara que ha sido vulnerado el derecho fundamental del demandante de amparo a la tutela judicial efectiva sin indefensión del 24.1 de nuestra constitución²¹.

caso que la situación procesal de estas sea análoga a la de los particulares, por tanto, la persona pública no tendrá privilegios procesales (Cf. STC 19/1983, de 14 de marzo recurso de amparo en nombre de la Diputación Foral de Navarra, con la súplica de que se restablezca a la mencionada Corporación en el derecho a la tutela efectiva de los tribunales). Sobre el tema, véase, por todos, RUIZ-RICO RUIZ, Gerardo, *El derecho a la tutela judicial efectiva*, Tirant lo Blach, Valencia, 2013.

¹⁹ Véase, por ejemplo, la STC 19/1993, de 18 de enero (Recurso de amparo 2.545/1989. Vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva: indefensión debida a omisión del órgano judicial): la demanda de amparo desarrolla dos alegaciones, en apoyo de su pretensión. «*La alegación dominante censura que no se le hubiera citado a comparecer en juicio como acusado, asistido de los medios de prueba de que intentara valerse; lo cual, a su entender, ha provocado tanto su indefensión artículo. 24.1 constitución como la vulneración de su derecho constitucional a ser informado de la acusación del artículo 24.2, inciso 4, Constitución Igualmente afirma que se ha violado su presunción de inocencia del artículo 24.2, inciso 11, constitución, por varias razones: 1) porque, al no intervenir como acusado, el señor [...] no pudo valerse de pruebas en su defensa; 2) porque en las actuaciones no existe prueba alguna que incrimine al luego condenado; 3) porque la Sentencia fue dictada por una Juez sustituta, que no participó en ninguna de las sesiones decisivas del juicio, en las que se practicaron las pruebas, todas testificales*».

²⁰ STC 99/1985 de 5 noviembre de 1985: «[...] *En tercer término hay que señalar. a propósito, no ya del ocultamiento sino de la extranjería, Que ésta es irrelevante en relación con el derecho constitucional controvertido, que en este caso (al margen de otras alegaciones improcedentes) es el derecho fundamental a una tutela judicial efectiva*».

Véase asimismo la STC 339/2006, de 11 de diciembre de 2006: estima el recurso contra STSJ Andalucía 453/2002, 3 de Junio de 2002 (Vulneración de la Tutela Judicial Efectiva): otorga el amparo solicitado y, en consecuencia: «*1.º Reconocer su derecho a la igualdad en la aplicación judicial de la Ley del artículo 14 de la constitución 2.º Declarar la nulidad de la Sentencia de la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, con sede en Granada, de 3 de junio de 2002, recaída en el recurso contencioso-administrativo núm. 4003/97 3.º. Retrotraer las actuaciones al momento inmediatamente anterior al de dictarse la referida Sentencia a fin de que se dicte otra respetuosa con el derecho fundamental reconocido*».

²¹ STC 47/2019, de 8 de abril de 2019: en relación con el empleo de los medios electrónicos para realizar los actos de comunicación, el primer párrafo del art. 152.2 LEC establece la obligación de utilizar esos

Según ha entendido la doctrina²², el derecho a la tutela judicial efectiva comprende cuatro facetas:

En primer lugar, el derecho de acudir a la jurisdicción,²³ que reside en nuestros juzgados y tribunales. A su vez, este derecho puede deslindarse en tres aspectos, a saber: poder presentar una pretensión ante el órgano competente; que tal pretensión sea admitida, aunque posteriormente no prospere la acción por ser insostenible; y que todos puedan acceder a los jueces y tribunales sin que la situación económica precaria sea un impedimento, como así se recoge en el artículo 119 de la Constitución, que reconoce el derecho a la justicia gratuita, el cual se regula por la ley 1/1996, de 10 de enero de asistencia jurídica gratuita.

Como segunda faceta debe incluir el derecho a obtener una resolución judicial que se pronuncie acerca del litigio planteado, de modo que la controversia se ha de resolver mediante auto o sentencia²⁴.

En tercer lugar, se trata del derecho a que se produzca la ejecución de la sentencia, es decir que se garantice su cumplimiento efectivo²⁵.

medios por parte del órgano judicial siempre que, de manera obligatoria u opcional, el destinatario de esos actos deba también servirse de ellos: «Los actos de comunicación se practicarán por medios electrónicos cuando los sujetos intervinientes en un proceso estén obligados al empleo de los sistemas telemáticos o electrónicos existentes en la Administración de Justicia conforme al artículo 273, o cuando aquellos, sin estar obligados, opten por el uso de esos medios, con sujeción, en todo caso, a las disposiciones contenidas en la normativa reguladora del uso de las tecnologías de la información y la comunicación en la Administración de Justicia».

La regulación del precepto transcrito concuerda con el primer párrafo del art. 271 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (LOPJ), en la redacción dada por la Ley Orgánica 4/2018, de 28 de diciembre, de reforma de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial.

²² DE ESTEBAN, Jorge, GONZÁLEZ TREVIJANO, Pedro, *Tratado de Derecho Constitucional*, vol. III, Ed. Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 2000.

²³ La STC 223/2001 de 5 de noviembre nos dice que «desde la STC 37/1995, de 7 de febrero, este Tribunal ha venido reiterando que el núcleo del derecho fundamental a la tutela judicial proclamado por el artículo 24.1 CE consiste en el acceso a la jurisdicción»; con igual contenido, encontramos las SSTC 73/2004, 237/2005, 119/2008, 29/2010.

²⁴ En la STC 144/2003, de 14 de julio, se reconoce lesión a la tutela judicial efectiva, porque el órgano judicial argumentó la misma basando la *ratio decidendi* en la aplicación de una norma derogada (Cf. comentario de TORRES MURO, Ignacio, en *Crónica de Jurisprudencia Constitucional Española*. Segundo semestre de 2003).

Por último²⁶, en cuarto lugar, incluye el derecho a una revisión de la sentencia, es decir, que se garantice el que se puedan entablar los recursos correspondientes²⁷.

En concreto, en el ámbito civil, el artículo 469.1.4 y 469.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil regula el recurso extraordinario por infracción procesal en el proceso civil²⁸.

²⁵ Artículos 117.3 y 118 CE. Véase STC 282/2006, de 9 de octubre: Otorga a la *Associació Catalana per a la defensa dels Drets Humans* el amparo solicitado y, en consecuencia: «1.º Reconocer su derecho a la tutela judicial efectiva del artículo 24.1 de la Constitución». También la STC 20/2010, de 27 de abril, que considera vulnerado su derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, en su vertiente de intangibilidad de las resoluciones judiciales firmes artículo 24.1 de la constitución.

²⁶ Ignacio Díez-PICAZO JIMÉNEZ afirma: «[...] No obstante como casi toda sistematización ni la reputo perfecta ni cerrada», en «Reflexiones sobre algunas facetas del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva (Titularidad, ámbito y caracteres generales del derecho a la tutela judicial efectiva. Derecho de acceso a la jurisdicción. Derecho a una resolución sobre el fondo. Derecho a los recursos. Derecho a una resolución fundada en Derecho)». *Cuadernos de Derecho Público*, n.º.10 (mayo-agosto, 2000), p. 21.

²⁷ STC 37/1993, de 8 de febrero: otorga el amparo solicitado y, en consecuencia, resuelve: «1.º. Reconocer el derecho a la tutela judicial efectiva del recurrente. 2.º. Anular los Autos del Juzgado Togado Militar Territorial núm. 44 de 6 de septiembre de 1989, y del Tribunal Militar Territorial núm. 4 de 24 de noviembre y 26 de diciembre de 1989 a fin de que por el Juzgado Togado Militar se disponga la reapertura de las diligencias previas 44/19/89 del referido Juzgado Togado Militar y se efectúe el oportuno ofrecimiento de acciones al recurrente».

Véanse también: STC 111/2000, de 5 de mayo; STC 21/2002, de 28 de enero; STC 59/2003, de 24 de marzo: «[...] Los problemas jurídicos centrales que plantea este proceso constitucional de amparo consisten en determinar si, en primer lugar, la Sentencia núm. 17, de 15 de febrero de 2001, de la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, al inadmitir el recurso de apelación núm. 12-2001 por no alcanzar la cuantía del asunto la *summa gravaminis* establecida legalmente para este tipo de recursos, vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva en su vertiente de derecho de acceso a los recursos; y si, en segundo lugar, el Auto de 20 de noviembre de 2000, del Juez de lo Contencioso-Administrativo núm. 19 de Madrid, al acordar el archivo del procedimiento contencioso-administrativo ordinario núm. 132-2000 por no acompañarse al escrito de interposición del recurso copia de la resolución recurrida y no subsanarse tal defecto a pesar del requerimiento efectuado por el órgano judicial en tal sentido, y el Auto de 19 de diciembre de 2000, del referido Juez, que lo confirma en súplica, son contrarios al derecho a la tutela judicial efectiva en su dimensión de derecho de acceso a la jurisdicción».

²⁸ Art. 469 LEC: *El recurso extraordinario por infracción procesal sólo podrá fundarse en los siguientes motivos [...] 1. 4.º Vulneración en el proceso civil, de derechos fundamentales reconocidos en el artículo 24 de la Constitución.* Por ello, sólo es admisible el recurso cuando la infracción procesal o la vulneración del artículo 24 CE se haya denunciado en la instancia en que se produjo y se haya reproducido la denuncia en segunda instancia, si hubo lugar a ello. Si la infracción es subsanable o se alega la falta de motivación (artículo 469.2 LEC), la vulneración del principio de congruencia u otros vicios *in iudicando* o *in procedendo* de la sentencia recurrida, es necesario que se haya pedido la subsanación en la instancia o instancia oportunas o la aclaración, corrección, o complemento de sentencia (artículos 214 y 215 LEC).

Una vez hemos desarrollado el contenido del derecho a la tutela judicial efectiva, comprobamos su amplia extensión a todos los ámbitos necesarios en los que las personas tengan necesidad de verse atendidas por estar en situaciones de conflicto y han de acudir a la vía jurisdiccional.

No obstante, y a pesar de este contenido constitucional y de su carácter fundamental, en muchos casos se produce una gran insatisfacción del justiciable, porque acudir a la vía jurisdiccional acarrea un gran desgaste y dificultad: por la duración del litigio, que se extiende prolongadamente en el tiempo, y a lo que se añade el coste económico²⁹, personal y emocional que suele ser habitualmente elevado.

Además, los factores anteriormente destacados (v. gr, la mayor complejidad social, los innumerables desplazamientos humanos o las nuevas estructuras económicas) conllevan un elevado aumento de la litigiosidad en la vida actual, lo que se añade a que nuestro país se caracteriza, de base, por una clara tendencia tradicional a resolver los conflictos por la vía judicial.

En este contexto, España ocupa el tercer puesto de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE) en litigiosidad³⁰, solo por detrás de Rusia y de la República Checa, y este incremento del número de litigios no va en paralelo a mayores y mejores dotaciones de medios técnicos y humanos a la Administración de Justicia.

Podemos también destacar que dentro de una institución como el Foro Económico Mundial³¹, también conocido como Foro de Davos, nuestro país está

²⁹ La financiación de litigios está ligada a principios de índole constitucional y derechos básicos, como es el de utilizar cuantos mecanismos legales tenga uno a su disposición para proteger sus intereses y sus demás derechos ante los tribunales, destinados en origen a ese fin superior de atención pública. Como es sabido, esto en la práctica se traduce a la necesidad de garantizar otro principio nuclear, el de igualdad de condiciones para ese acceso y, con ello, el derecho a la tutela judicial efectiva que recoge nuestra Constitución. Consejo General de la Abogacía. 10 de mayo de 2018: Cf. GONZÁLEZ, Blas, «Financiación alternativa de conflictos», en *Abogacía Española*, 10 de mayo de 2018 [en línea: <<https://bit.ly/2tZwQXd>>].

³⁰ Diario *Expansión*, 10 de diciembre de 2013 [en línea: <<https://bit.ly/2UwMkO6>>].

³¹ Fundación sin ánimo de lucro con sede en Ginebra, que se reúne anualmente en el Monte de Davos (Suiza), y que es conocida por su asamblea anual en Davos, Suiza, dónde los líderes empresariales, políticos internacionales, periodistas e intelectuales selectos, a efectos de analizar las situaciones más

situado al mismo nivel que Botsuana en independencia judicial, En un informe elaborado por esta institución, que presenta un índice que mide la independencia del sistema judicial de los países de las influencias de los gobiernos, personas o empresas, nuestro país se halla en quincuagésima posición de entre los 137 países analizados

El *World Justice Project* (Proyecto de Justicia Mundial) mide el *Rule on Law Index* (Índice del Estado de Derecho)³², que evalúa el índice del cumplimiento de las reglas del Estado de Derecho de los países donde la calidad del sistema judicial y sus instituciones son más valoradas. En los diez primeros puestos de ese índice están Dinamarca, Noruega, Finlandia, Suecia, Holanda, Alemania, Austria, Nueva Zelanda, Singapur y Reino Unido, mientras que España figura en el puesto vigésimo tercero, en el *ranking* total, de ciento trece estados. Este índice permite desglosar la calificación sobre la eficiencia en nuestro país de las distintas categorías analizadas. Entre ellas hay tres que destacan: ocupamos el vigésimo puesto en el respeto de los derechos fundamentales y el puesto vigésimo tercero en las categorías de gobierno abierto y límites al poder del ejecutivo, mientras que, en cuanto al cumplimiento de las leyes, estamos en el número vigésimo cuarto.

Empeora notablemente la valoración que obtiene nuestro país en la evaluación sobre las categorías dedicadas a corrupción (puesto vigésimo octavo), la justicia civil (puesto vigésimo noveno) y la justicia penal (puesto trigésimo), aunque la peor nota es la que se obtiene en orden y seguridad, en la que ocupa el número trigésimo sexto del índice mundial.

No cabe duda de que deben de tener cierta incidencia en estos datos los enormes retrasos que se generan en la tramitación de los expedientes y la elevada insatisfacción y desconfianza en la resolución de los conflictos, de un modo eficiente y

apremiantes y problemáticas que afronta el mundo, y entre ellos, los sistemas judiciales del mundo, la salud y el medio ambiente.

³² El Proyecto de Justicia Mundial (WJP) publica el *Rule of Law Index*. El *WJP Rule of Law Index* mide el cumplimiento de la ley en 113 países y jurisdicciones en todo el mundo, basado en más de 110.000 encuestas de hogares y de 3.000 expertos. Con datos primarios, el Índice mide el desempeño del estado de derecho de los países a través de ocho factores: restricciones en los poderes del gobierno, ausencia de corrupción, gobierno abierto, derechos fundamentales, orden y seguridad, cumplimiento de la normativa, justicia civil y justicia penal. Año 2017-2018, *Vid. [on line: <<https://bit.ly/2HfSU3p>>]*.

satisfactorio, por medio de los tribunales de justicia para la ciudadanía³³. De los 5.873.689 asuntos ingresados en 2017; 5.748.410 se resolvieron definitivamente teniendo en cuenta los expedientes acumulados de ejercicios anteriores; 2.379.293 estaban en trámite a final de año y lo que resulta claramente alarmante, se dictaron 1.440.503 sentencias, que además, seguramente, no ponen fin, en muchos casos, al procedimiento judicial, puesto que, con toda probabilidad, muchas de ellas serán susceptibles de ejecución, de incidentes en cuanto a su cumplimiento y de diferentes recursos, dilatando los procedimientos enormemente en el tiempo.

Podemos ofrecer también los datos relativos a la jurisdicción civil, en cuanto que. en el año 2018, ingresaron 2.227.531 asuntos; 2.014.361 procedimientos fueron resueltos definitivamente; 1.422.451 seguían en trámite a final de año; y se dictaron solo 587.845 sentencias³⁴.

Ante este panorama y ateniéndonos a estos resultados³⁵, como no podía ser de otro modo consideramos necesaria la introducción y el uso de los métodos alternativos de resolución de conflictos en nuestro país, pues de los datos que acabamos de señalar deducimos que existe la necesidad de articular otros modos de gestionar o solucionar los conflictos con mayor efectividad y celeridad. Los métodos judiciales son lentos, poco eficientes, y convendría que los poderes legislativo y ejecutivo proporcionaran otras alternativas que permitieran que las dificultades de las personas se resuelvan sin tener que añadir mayores costes a aquellos que se encuentran

³³ GARCÍA ÁLVAREZ, Rosario, «El papel de la mediación en la resolución del conflicto individual de trabajo», *Diario La Ley*, n.º 8499, Sección Doctrina, 12 de marzo de 2015: el «acceso a la justicia» es un concepto que nos ofrece muchas y sugestivas connotaciones. Tanto «acceso» como «justicia» pueden tener distintos significados: justicia puede ser entendida como el servicio público estatal de resolución de conflictos (los órganos judiciales que administran justicia) ante el que se reclaman los derechos, o puede encarnar otros valores propios de la justicia social (igualdad, equidad, trabajo, seguridad, educación, sanidad, propiedad). Por su parte «acceso» es un término que representa cualquier medio, mecanismo o sistema por el que las personas reclamamos lo que es justo, jurídica o socialmente. Pese a esta amplitud de significado, el acceso a la justicia se ha vinculado tradicionalmente al correcto funcionamiento y calidad del sistema judicial.

³⁴ La Justicia Dato a Dato. Estadística Judicial. Año 2018. [on line: <<https://bit.ly/2mAdSCN>>].

³⁵ CARRETERO MORALES, Emiliano, *Mediación y resolución de conflictos. Técnicas y ámbitos*. (Capítulo 4: La necesidad de cambios en los modelos de solución de conflictos), p. 101: «[...] Las estadísticas judiciales y las manifestaciones de los propios jueces ponen de manifiesto que es prácticamente imposible, con las condiciones actuales, dar cumplida respuesta en un plazo razonable a un gran número de estos conflictos».

inmersos en un litigio y que tuvieran mejores alternativas para poder gestionar sus conflictos. Sin duda, son revelaciones de la lentitud de la justicia, la falta de medios y la situación de desamparo en que, a menudo, se ven los ciudadanos por la burocracia, el tiempo y la energía empleados para resolver cuestiones que a veces pueden solventarse de otro modo más rápido, eficiente y con mayor garantía de satisfacción para ellos; por ello, es necesario impulsar, facilitar y desarrollar otros métodos, algunos ya existentes desde hace mucho tiempo en nuestra legislación –concretamente del arbitraje o la conciliación– sistemas que ya se han incorporado con plenitud en nuestro ordenamiento y que disponen de regulación desde tiempos remotos, y otros que están incorporándose con mucha fuerza como la mediación que, aunque con regulación incipiente, aparece desde antiguo en muchas instituciones y usos de nuestro país, aunque no siempre haya sido reconocida con ese nombre exactamente.

1.1.2. El paulatino incremento de los conocidos como «ADR»

Los «ADR», acrónimo del anglicismo, «Alternative Dispute Resolution», son los sistemas alternativos de resolución de conflictos, en castellano, también identificados como MASC (siglas de métodos alternativos de solución de conflictos)³⁶ encaminados a la gestión de los conflictos que se plantean de un modo diferente al tradicional proceso judicial, reconocidos como medios más rápidos y económicos, que pretenden conseguir que las relaciones de las partes se mantengan en el futuro que es una de entre muchas de las ventajas que tienen frente al procedimiento judicial.

Aparte de ser una alternativa a la vía jurisdiccional, suponen un alivio a la carga de asuntos que en los juzgados se van acumulando³⁷ y que seguramente no encontrarán una respuesta satisfactoria tras la resolución judicial, porque en el auto o en la sentencia no está la verdadera satisfacción de las necesidades de los implicados en el conflicto que se plantea ante el orden jurisdiccional correspondiente, sino la estricta aplicación de las fuentes del derecho (*iura novit curia*). En definitiva, los medios alternativos de resolución de conflictos «*permiten a los participantes por si mismos o*

³⁶ SOLETO MUÑOZ, Helena (dir.), *Mediación y resolución de conflictos: técnica y ámbitos*, Tecnos, Madrid, 2017, p. 37.

³⁷ CARRETERO MORALES, Emiliano, *Mediación y resolución de conflictos*, cit., p. 102: «*Durante las últimas décadas se ha venido hablando con bastante frecuencia de la crisis de la Administración de Justicia y de las necesarias reformas que se precisan para mejorar el obsoleto e ineficiente sistema que la rige*».

con la asistencia de terceros, llegar a acuerdos de manera más participativa, en un marco de gran flexibilidad y en un tiempo más breve que si se opta por la vía judicial»³⁸. Son sistemas alternativos de resolución de conflictos que consisten normalmente en procedimientos extrajudiciales ayudados por un tercero imparcial.

Pueden definirse los «ADR»³⁹ como métodos de resolución de conflictos de naturaleza contractual, con forma y estructura determinada, mediante los cuales los terceros ayudan a las partes a resolver el conflicto a partir de dos modelos, el heterocompositivo o el autocompositivo⁴⁰.

Por otra parte, los «ADR» son métodos de resolución de conflictos, al margen de los tribunales de justicia, o mediante medios no judiciales⁴¹. Sin embargo, en la actualidad, los «ADR» son sistemas a los que se acude en todos los ámbitos, tanto individualmente como de manera colectiva, por parte de sociedades, empresas, entidades y organizaciones de todo tipo, incluso por países ante determinados conflictos. Y, puesto que son mecanismos que permiten mejorar el acceso a la Justicia de los ciudadanos, puede afirmarse que los «ADR» contribuyen al cumplimiento del derecho fundamental de acceso a la justicia y de tutela judicial efectiva⁴².

³⁸ CERINI, Silvana M., *Manual de Negociación*, 3.ª ed., Educa, Buenos Aires, 2004 p. 29.

³⁹ Vid. DE LA TORRE OLID, Francisco (dir.), CONDE COLMENERO, Pilar, y MÉNDEZ ROCASOLANO, María (coord.), *La solución extrajudicial de conflictos (ADR): estudios para la formación en técnicas negociadoras*, Aranzadi, Cizur Menor, 2011; BARONA VILAR, Silvia, *Nociones y principios de las ADR: solución extrajudicial de conflictos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018; CHICO DE LA CÁMARA, Pablo (dir.), *Las medidas alternativas de resolución de conflictos (ADR) en las distintas esferas del ordenamiento jurídico*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, entre otros muchos.

⁴⁰ CARNELUTTI, Francesco, *Sistema de Derecho procesal civil. Vol. I: Introducción y función del proceso civil*, Uteha, Buenos Aires, 1944, p. 197 ss.: «Basta alguna experiencia en el mundo de los negocios o en el de los juicios, para saber que muchas veces son las propias partes quienes proveen a la composición del litigio. Ello permite distinguir la composición del litigio que efectúen las partes, o autocomposición, de la que lleve a cabo el juez, o heterocomposición».

⁴¹ Leon FULLER, Frank E. A. SANDER, Roger FISHER o Howard RAIFFA (de la *Harvard Law School*) son algunos de los creadores del pensamiento teórico respecto a los procedimientos y aplicación de técnicas para la resolución de conflictos fuera de los tribunales.

⁴² El derecho a la tutela judicial efectiva fue reconocido como Derecho Humano en el artículo 6 del Convenio Europeo de Protección de los Derechos Humanos de Roma, de 4 de noviembre de 1950. Véase además el Libro Verde de la Comisión Europea sobre el acceso a la justicia y solución de litigios en materia de consumo en el mercado interior (COM [93] 576 final, de 16 de noviembre de 1993).

Asimismo, dado que la solución adoptada se pretende que se adapte mejor a las circunstancias y necesidades que cada situación controvertida, presenta, además de su flexibilidad, estos sistemas requieren de confidencialidad, celeridad y economía, en cuanto notas características.

En efecto, los conflictos son habituales en cualquier ámbito de relación. Actualmente se producen múltiples actividades económicas, profesionales, personales, que se interrelacionan, lo que da lugar a una mayor interacción entre las personas, y eso conlleva un mayor incremento de las situaciones que pueden dar lugar a fricciones y tensiones que hay que resolver. Estos conflictos pueden gestionarse muchas veces fuera de la justicia ordinaria, y cada vez es más frecuente utilizar mecanismos alternativos como la mediación y la conciliación.

La cuestión fundamental es que entre las partes que están inmersas en un litigio sean capaces de alcanzar pactos o acuerdos que sirvan a las personas para dar con una solución práctica a su situación que les permita avanzar en el conflicto, y que pueda tener una validez derivada de la toma de decisiones producida por ellas mismas y que va a satisfacer tanto a los litigantes como a los que se ven afectados a su alrededor, dejando al margen la estrategia de perdedor o de ganador en un pleito. Son sistemas que producen más satisfacción, porque el objetivo es resolver la situación de un modo menos costoso a todos los niveles, incluido el emocional, por el menor desgaste empleado al no tener que acudir a los órganos jurisdiccionales.

En efecto, el ordenamiento jurídico, en tanto que conjunto de normas jurídicas que regulan la convivencia de las personas, se constituye en un sistema de garantías donde sus miembros puedan resolver y gestionar las controversias que se planteen. Y estos métodos de resolución son idóneos para alcanzar este fin. Como ya se ha hecho referencia, hemos de subrayar que en los ordenamientos jurídicos democráticos existe el derecho a la tutela judicial efectiva como eje central para asegurar el cumplimiento de las leyes donde se protegen los derechos, tanto económicos, como sociales⁴³. Y la jurisdicción, garante de esta tutela por las dificultades que tiene al existir una situación de recursos escasos y de aplicación insatisfactoria en tiempos y costes, podría

⁴³ BLANCO CARRASCO, M., *Mediación y sistemas alternativos de resolución de conflictos una visión jurídica*, Reus, Zaragoza, 2009, p. 9 y 10.

reservarse a los asuntos cuya controversia no pueda ser resuelta por otros mecanismos alternativos, por no ser materia de libre disposición, o cuando los sistemas autocompositivos o heterocompositivos han fallado.

Las características de los sistemas «ADR» pueden destacarse en las siguientes notas:

- a) Flexibilidad. Es una característica común a este tipo de medios de resolución, y resulta esencial para poder encontrar otras vías diferentes de canalizar las diferencias surgidas.
- b) Prevalencia de la autonomía de la voluntad. Sin ella no tienen ningún sentido este tipo de mecanismos de resolución alternativa de los conflictos, puesto que estos se basan en la libertad personal y en la autorresponsabilidad sobre los derechos dispositivos.
- c) Pacto contractual. Como consecuencia de lo anterior, los «ADR» son mecanismos en los que hay un tipo de acuerdo explícito en algunos casos, tácito en otros, generador de obligaciones civiles, en cualquier caso, a fin de poder llevar a cabo la resolución de los conflictos por esta vía entre las partes.
- d) Menor duración del procedimiento. En todos los casos en que se usan estos mecanismos, el tiempo en que se lleva a cabo la tramitación siempre es menor que el de un proceso judicial.
- e) Menor coste. En cuanto a su cuantificación económica, son procedimientos menos onerosos que los del procedimiento judicial ordinario. Tal vez el arbitraje se encuentre entre los medios menos económicos dentro de los sistemas alternativos. Los árbitros suelen tener, por lo general, unas remuneraciones elevadas, sobre todo por tratarse del método más utilizado en temas de especial relevancia en el ámbito mercantil, industrial o empresarial.
- f) Protagonismo de los intereses y necesidades de las partes. A la hora de llegar a un acuerdo, se tienen en cuenta los intereses y las necesidades privadas como prioridad para resolver los conflictos en los que se encuentran inmersas.
- g) Intervención de terceros. Aunque el acuerdo resolutorio es en última instancia un producto de la autonomía de la voluntad, en estos mecanismos es una nota

característica e imprescindible la participación de terceros independientes que colaboran para que las partes encuentren la solución.

En términos generales, es muy importante para las personas afectadas por un conflicto, sea del ámbito que sea, que tengan posibilidad de resolverlo de un modo rápido, sencillo, práctico y asequible como medio alternativo a la jurisdicción. Y con el objetivo de solo acudir a esta vía, si no ha quedado más remedio, o si han fallado los sistemas alternativos⁴⁴.

A medida que se incrementa la diversidad de las relaciones sociales, debido a la creciente complejidad que empieza a adquirir la sociedad, van multiplicándose y variando los conflictos que surgen en su seno. De ahí que los sistemas judiciales no estén en condiciones de asumir toda esa carga de conflictos y situaciones de enfrentamiento que deberían llegar a los órganos judiciales. Y por este motivo fundamental comienzan a desarrollarse y a ser cada vez más utilizados los métodos alternativos de resolución de conflictos (los sistemas «ADR»), a fin de poder tratar todas aquellas controversias y desencuentros generados por las nuevas situaciones en que las personas que componen las cada vez más complejas sociedades se ven inmersas y que son fuente habitual de conflicto.

El objetivo último sería «desconflictivar»⁴⁵ la sociedad reconduciéndola a resolver sus diferencias por otros métodos. O mejor aún: que no llegaran a producirse

⁴⁴ CARRETERO MORALES, Emiliano, *Mediación y resolución de conflictos*, cit., p. 104: «[...] Hay determinados conflictos que probablemente van a encontrar una mejor solución fuera de los tribunales, por lo que hay que intentar buscar y racionalizar los modelos adecuados de solución de conflictos para poder dar más y mejores respuestas, dependiendo de la utilización de uno u otro modelo de la naturaleza y circunstancias del asunto concreto.

Un buen sistema de resolución de conflictos será más eficiente, sin duda, en tanto en cuanto disponga de diferentes mecanismos que permitan gestionar y resolver las controversias suscitadas con el menor costo posible y con el mayor nivel de satisfacción para todas las partes implicadas en las mismas».

⁴⁵ SÁDABA RODRÍGUEZ, Igor, «La conflictividad en la sociedad de la información y la globalización: De la “cuestión social” al discurso del riesgo», *Nómadas. Revista Crítica de Ciencias Sociales y Jurídicas*, n.º 5, enero-junio 2002: «La regulación de un conflicto no significa su supresión sino el pleno reconocimiento de su existencia, la resolución que hay que adoptar es funcional a la supervivencia del modelo mercantil capitalista; la continuidad de este esquema de funcionamiento requiere de la implicación y participación de todas las clases sociales. De esta forma, se cede en las concesiones sociales y se avanza en la posición favorable para la perduración de la lógica económica imperante. Las partes sociales con una confrontación brusca de intereses se ponen de acuerdo (visión idílica e ideal) en la compartición de un sistema de normas para establecer mecanismos de arbitraje y mediación sobre una realidad de

los conflictos jurídicos mediante sistemas que, como la mediación, sean capaces de evitar que una situación de fricción o dificultad pueda terminar convirtiéndose en un conflicto de una relevancia importante y alcanzar una magnitud tal que puede llegar a judicializarse⁴⁶.

El nacimiento del «movimiento ADR»⁴⁷ se produjo en Estados Unidos en la década de los años setenta. Previamente la mediación, tal y como se la conoce hoy en día, comenzó a emplearse gracias a un conjunto de factores sociales, políticos y económicos concretos del citado país durante los años treinta. En efecto, la etapa conocida como de la Gran Depresión provocó un cambio político y económico radical, materializado en el llamado «*New Deal*». La crisis causada por el crac del 29 produjo una oleada de cierres patronales y un desempleo masivo en Estados Unidos⁴⁸. En este contexto conflictivo es en el que comenzó a surgir la mediación laboral. Más tarde, en los años sesenta, Estados Unidos sufrió otro período de conflictividad generalizada, esta vez de carácter social, especialmente debido a la lucha por los derechos civiles de las minorías. Estos acontecimientos influyeron, a su vez en el inicio de la mediación comunitaria. Además, la introducción del divorcio no culpable en algunos de los Estados ayudó a la expansión de la mediación al ámbito familiar. Este cúmulo de sucesos produjo el nacimiento del «movimiento ADR», esto es, la utilización de la mediación y de otros métodos alternativos de resolución de disputas como una forma

competición explícita. El Estado, desde esta perspectiva, es el encargado de arbitrar los conflictos y ejerce el control social mediante normas y sanciones a través de un juego de mecanismos institucionales correctores y contenedores. El sistema de regulación de conflictos del fordismo pasa necesariamente por un Leviatán convertido en hada buena del cuento en el que ayuda a encajar todas las piezas de un puzzle altamente complicado. La inclusión de este agente en la lista de participantes del juego político y económico implica su reconocimiento y legitimación pública como soporte de la cooperación social. De esa manera el Estado completa el cuadro de un capitalismo milimétricamente organizado y calculado como el nuevo "agente igualador" (Bottomore en Marshall, 1998 [1950]: 131). Y los derechos de ciudadanía se encargarán de mediar la relación de los individuos con el Estado (Procacci, 1999: 17)» [on line: <<https://bit.ly/2zgrqdc>>].

⁴⁶ Vid. Pascual ORTUÑO, «Justicia sin jueces» (2018). Aborda la realidad de la judicialización de la sociedad, señalando que la confrontación legal y judicial no es, bajo ninguna causa, una buena vía para la resolución de conflictos.

⁴⁷ El éxito de los ADR, coincide con una necesidad de modernizar la justicia en determinados casos en los que los conflictos necesitan una solución que mejore y apacigüe las relaciones entre las personas, especialmente en los casos en que las partes en litigio deban seguir manteniendo la relación en el futuro; como en las relaciones de empresa, en las relaciones comerciales, o en las relaciones familiares.

⁴⁸ Por todos, GALBRAITH, John Kenneth, *El crac del 29*, 4.ª ed. Ariel, Barcelona, 1993.

de mejorar el derecho de acceso a los tribunales⁴⁹. Desde entonces, la mediación fue objeto de diversas regulaciones hasta llegar al continente europeo tras la importante «*Uniform Mediation Act*» norteamericana de 2001⁵⁰. A su vez, desde el Reino Unido, este movimiento se extendió a toda Europa⁵¹.

El Consejo Europeo, al ser el organismo que se ocupa, entre otras, de cuestiones sensibles de cooperación intergubernamental en mayo de 2000, adoptó una serie de decisiones sobre modalidades alternativas de solución de conflictos en asuntos civiles y mercantiles⁵².

Previamente, a finales de la década de los noventa, en el Consejo Europeo de Tampere⁵³ de 1999, con referencia al Espacio Europeo de Justicia, se declaró que los

⁴⁹ La *American Arbitration Association*, asociación sin ánimo de lucro fundada en 1926, que gestiona de forma eficaz los procesos de ADR. Además de utilizar el Arbitraje como medio de solución alternativa de conflictos, también incluye la Mediación, ha creado el «Commercial Mediation Rules for Financial Planning Disputes», «Construction Industry Mediation Rules», «Drafting Dispute Resolution Clauses», que son mecanismos para poder aplicar mediación antes de utilizar el arbitraje en conflictos comerciales y empresariales. Esta influencia ha llevado a multinacionales a obligar a sus letrados a acudir a fórmulas alternativas de solución de conflictos antes de ir al Juzgado.

El Centro Internacional para la Resolución de Disputas, la división internacional de la Asociación Americana de Arbitraje (AAA), ofrece una amplia gama de servicios para la resolución de disputas de carácter internacional. El CIRDS ha traducido diversos documentos, incluyendo Reglamentos, guías y otra información a un gran número de idiomas para mejorar el acceso a dichos documentos. [on line: <<https://bit.ly/2Zhf9P>>].

⁵⁰ Cf. RAUSCH, Monica, «The Uniform Mediation Act», *Ohio State Journal on Dispute Resolution*, 18/2, 2003, p. 603-618 [on line: <<https://bit.ly/30mNjC>>].

⁵¹ Vid MACHO GÓMEZ, Carolina, III. La expansión del movimiento ADR a Europa: el desarrollo de la mediación en los países europeos en «Origen y evolución de la mediación: el nacimiento del movimiento ADR en Estados Unidos y en su expansión a Europa»; ADC tomo LXVII, 2014, fasc. III p.961-973.

⁵² Estos trabajos se plasmaron en el LIBRO VERDE sobre las modalidades alternativas de solución de conflictos en el ámbito del Derecho civil y mercantil, presentado por la Comisión el 19 de abril de 2002 (COM [2002] 196 final). En su apartado 3.2.2 se establecen las garantías mínimas de calidad, fijando como principio que los ADR que se desarrollan en el marco de los procedimientos judiciales se regularán por la autoridad pública y se desarrollarán bajo el control del juez, los ADR convencionales se basarán en principios de procedimiento que las partes elijan. Deberán cumplir en todo caso las garantías de calidad, independencia o imparcialidad, transparencia, eficacia y respeto a la ley y al derecho.

⁵³ Vid. Consejo Europeo de Tampere, 15 y 16 de octubre de 1999, Conclusiones de la Presidencia: Mejor acceso a la justicia en Europa [on line: <<https://bit.ly/1lvTosZ>>].

En este Consejo, se consolida la creación de un espacio de libertad seguridad y justicia en la Unión Europea, como vía para la integración de los Estados miembros, donde los ciudadanos puedan ejercer sus derechos con un mejor acceso a la justicia, y para ello incluía la promoción del acceso a

Estados miembros deberían instaurar procedimientos extrajudiciales alternativos. Consagra el Consejo Europeo así la utilización de otros sistemas distintos al jurisdiccional para conseguir el acceso a la justicia, como derecho fundamental de toda la ciudadanía europea.

A su vez, en 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 mercantiles⁵⁴, aunque reducida a las controversias transfronterizas, se consideraba que la mediación mejoraría la justicia, y obligaba a los estados miembros a incorporarla a sus ordenamientos. Como resultado de esta Directiva, se promulgó en España la vigente Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles. Al implantarse estos sistemas alternativos de resolución de conflictos junto a la jurisdicción ordinaria, hay asuntos que podrán ser gestionados por medio de estos mecanismos sin tener que utilizar el sistema judicial.

1.1.3. La autocomposición y los sistemas alternativos a la jurisdicción para la resolución de conflictos: autotutela, y heterocomposición

Cuando acudimos al procedimiento judicial se da una controversia con transcendencia jurídica, que puede tener una solución en este ámbito mediante la aplicación de las fuentes del derecho. Así mismo cabe gestionarlo por otros cauces, por los mismos litigantes o mediante la decisión imperativa de un tercero.

Es posible que los litigantes, cediendo en parte acerca de sus intereses, puedan llegar a una adecuada solución, por lo que estaríamos en este caso ante la «autocomposición». Si existe el sacrificio de un interés ajeno, se daría la «autodefensa» o «autotutela»⁵⁵. En la heterocomposición, en cambio, es el tercero el

procedimientos alternativos de resolución de conflictos, para particulares y para empresas. El Consejo Europeo invita al Consejo a que, a partir de propuestas de la Comisión, instaure normas mínimas que garanticen un nivel adecuado de asistencia jurídica en litigios transfronterizos en toda la Unión, así como normas especiales de procedimiento comunes para la tramitación simplificada y acelerada de litigios transfronterizos relativos a demandas de consumidores o de índole mercantil de menor cuantía, así como a demandas de pensión alimenticia y a reclamaciones sin oposición. Los Estados miembros deberían instaurar asimismo procedimientos extrajudiciales alternativos.

⁵⁴ DOUE L, n.º 136, de 24 de mayo de 2008 [*on line*: <<https://bit.ly/2TSOPe2>>].

⁵⁵ Por todos, *vid.* ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, Niceto, *Proceso, autocomposición y autodefensa (Contribución al estudio de los fines del proceso)*, UNAM, México D.F., 1947 (reimpr. 2000). *Cf.* también

que va a decidir el litigio. Y se puede realizar de forma espontánea, como en los buenos oficios o mediante la solicitud de las partes –como en el caso de la conciliación y la mediación, en las cuales serán ellas mismas, las partes, las que tengan libertad de actuar–, o puede darse la intervención de un tercero con carácter vinculante como en el arbitraje.

La principal característica de los sistemas autocompositivos es que son las propias partes contendientes, las que de forma voluntaria van a alcanzar un acuerdo o «transacción» para resolver su conflicto. Por tanto, a través del consenso entre las partes, se resuelve la controversia planteada. La importante función que desempeñan es que van a ser los propios ciudadanos quienes tienen la capacidad de evitar o resolver sus conflictos por sí mismos.

La utilización de estos sistemas permite gestionar mejor los intereses de las partes en conflicto, al ser ellas mismas las que resuelven su litigio a través del diálogo, llegando a un acuerdo o transacción.

La autocomposición necesita la cooperación de las partes, de modo que ambas ganen y pierdan algo, para resolver su conflicto. Esto permite que, terminado el litigio, las partes puedan mantener una mejor relación entre ellas, al haber pactado su propio acuerdo, lo que llevará mayoritariamente a una ejecución voluntaria de la transacción.

Por lo anterior, los sistemas autocompositivos son especialmente convenientes cuando las relaciones entre las partes deben continuar tras el litigio, como es el caso de las controversias familiares, o entre vecinos, socios, alumnos, o empresas con vinculaciones más o menos permanentes. También cuando las partes buscan la confidencialidad⁵⁶, la rapidez en la resolución o un menor coste que la jurisdicción. Y por supuesto, será siempre conveniente cuando la relación tenga que seguir existiendo, para restaurar vínculos y la fluidez en los intercambios comerciales. Por eso, y aun

VADO GRAJALES, Luis Octavio, «Medios alternativos de resolución de conflictos», en *Estudios en homenaje a Marcia Muñoz de Alba Medrano*, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, México D. F., 2006, p. 369-389 [on line: <<https://bit.ly/2nVw9KX>>].

⁵⁶ MORETÓN TOQUERO, M. Aránzazu, «El secreto profesional y el deber de confidencialidad del mediador», en BELLOSO MARTÍN, Nuria (coord.), *Estudios sobre mediación: la Ley de mediación familiar de Castilla y León*, Consejería de Familia e Igualdad de Oportunidades, Junta de Castilla y León, Valladolid, 2006, p. 213: «el fundamento de la confidencialidad estriba en el derecho a la intimidad objeto principal de la mediación familiar».

reconociendo que no siempre es posible acudir a la mediación, realmente no hay prácticamente ninguna materia donde no se pueda acudir a los ADR, aplicando los criterios de voluntariedad, flexibilidad y buena fe en todos aquellos conflictos en los que las partes puedan resolver sus diferencias por medio de la comunicación y el diálogo, siempre, claro está, que la materia sea disponible y susceptible de un acuerdo pactado mutuamente.

1.1.4. Razones para la gestión de un conflicto a través de mediación

Los sistemas autocompositivos son la negociación, la conciliación y la mediación⁵⁷. Centrándonos en concreto en esta última, podemos destacar cuatro razones principales por las que recurrir a ese medio resulta más atractivo para resolver el conflicto que aferrarse al mecanismo jurisdiccional. Son las siguientes:

a) Menores costes económicos:

El gasto económico se reduce considerablemente, y es un procedimiento al que acudir sin que la vía judicial se vea perjudicada en caso de no alcanzarse un acuerdo. Debemos tener en cuenta que normalmente desaparecen los gastos de abogados, procuradores, peritajes y todos los costes asociados al desarrollo de un procedimiento judicial.

b) Reducción del tiempo de resolución:

La mayor agilidad en la resolución del conflicto porque los tiempos empleados se reducen considerablemente, y esto redundará en que las personas que afrontan sus dificultades en mediación evitan incertidumbre, tensión y estrés producido por la prolongada duración del procedimiento judicial.

c) Confidencialidad:

⁵⁷ ORTUÑO MUÑOZ, José Pascual, y HERNÁNDEZ GARCÍA, Javier, *Sistemas alternativos a la resolución de conflictos (ADR): la mediación en las jurisdicciones civil y penal* (Laboratorio de alternativas, Documento de trabajo 110/2007).

Acudir a mediación garantiza una absoluta confidencialidad de la situación por la que se produce el conflicto.

En efecto, el proceso de mediación, una vez iniciado, conlleva un plus de seguridad, porque las partes intervinientes, el mediador, e incluso los terceros intervinientes, si los hubiera, han de firmar un compromiso de confidencialidad, que implica que todo lo que en las sesiones se trate, será secreto para las personas ajenas al procedimiento. Esto lo convierte en un mecanismo especialmente indicado en conflictos familiares, o entre empresas que quieren mantener la discreción respecto a sus conflictos. Además, cuando se llega a mediación se produce una mejora en las relaciones interpersonales, ya que facilitar la comunicación y el diálogo entre las partes va a producir una situación idónea para que, tras la mediación, todo sea más fluido, y puedan resolver sus diferencias llegando a un acuerdo, e incluso es muy probable que acudan de nuevo a la mediación, si surgieran otras (teniendo como premisa, claro está, que han de ser materias disponibles)⁵⁸.

d) Control del proceso por las partes:

Acudir a la mediación para resolver las diferencias supone hacerse responsable del proceso por las partes y, por tanto, si se consigue gestionar el conflicto y alcanzar un acuerdo, este habrá de ser el más beneficioso para ellas, puesto que son las partes las que han trabajado para conseguir resolver su conflicto, lo que conlleva una propensión a un mayor cumplimiento de lo pactado. Derivado de este trabajo realizado surgirá una solución a medida para los implicados, porque son ellos los que mejor conocen la situación, los que actúan para que se resuelva. De ahí que sea una solución flexible, en la medida que se adaptará a las necesidades e intereses de los intervinientes.

Este acuerdo a su justa medida va a proporcionar un espacio donde cabe todo aquello que ellos necesiten para alcanzar la mejor posición frente a la disputa entre ambas partes. Asimismo, las circunstancias en que se alcanza ese acuerdo hacen que

⁵⁸ SAN CRISTÓBAL REALES, Susana, «Sistemas alternativos de resolución de conflictos: negociación, conciliación, mediación, arbitraje, en el ámbito civil y mercantil», en *Anuario Jurídico y Económico Escorialense*, 46, 2013, p. 39-62.

pueda ser todo lo moldeable y modificable que ellos necesiten en función de las circunstancias y de los imprevistos y problemas que surjan en el futuro.

En esa flexibilidad podemos encontrar la posibilidad de adaptar horarios para negociar, conseguir todas aquellas situaciones posibles para poder llegar al entendimiento y al acuerdo adaptado a las partes y a sus intereses. Por eso las posturas pueden negociarse y generar las opciones que permitan satisfacer todas aquellas circunstancias necesarias para conseguir, si no la plena satisfacción de los participantes en el proceso, sí la situación más ventajosa para ambos, con un elevado grado de satisfacción por ser ellos mismos los que resuelven sus dificultades y alcanzan la solución al problema que se ha producido y que los ha llevado a realizar un procedimiento de mediación.

Debemos añadir a estas razones la seguridad jurídica que el acuerdo alcanzado tiene tras la promulgación de la Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles⁵⁹.

1.1.5. Panorama del sistema judicial en nuestro país

La Administración de Justicia en España, debido a su colapso en algunos órdenes, está alejada de cumplir las expectativas de las personas que necesitan una solución rápida, idónea y eficaz a sus conflictos, que muchas veces, por ser de escasa cuantía o por afectar intereses más allá de lo puramente económico, no se verán satisfechos con la resolución judicial correspondiente.

Recurriendo a los datos disponibles en este momento, en el año 2016 se produjeron 10.720 denuncias, sugerencias y peticiones acerca de la indebida actuación general de la Justicia que se han visto incrementadas a 14.457 en el año 2017, es decir, un 25,85% más. También cabe señalar la suma de 7.276 quejas y reclamaciones por motivo del inadecuado funcionamiento de los juzgados y tribunales en el año 2017⁶⁰.

⁵⁹ Título V. Ejecución de los acuerdos. Artículo 25. Formalización del título ejecutivo. «1. Las partes podrán elevar a escritura pública el acuerdo alcanzado tras un procedimiento de mediación».

⁶⁰ Fuente: Datos 2016 de la Unidad de Atención al ciudadano del CGPJ.

Hay un «*jurisdiccionalización*» o una «*hiperjudicialización*» de las sociedades occidentales actuales, como consecuencia de un concepto de Estado de carácter protector, a lo que contribuye también el desarrollo económico, social y cultural, que provoca un enorme incremento de la actividad reguladora⁶¹. Por eso los sistemas alternativos de gestión de conflictos, se plantean como unos métodos ágiles, económicos y eficaces en contraposición con la vía jurisdiccional, mucho más lenta, gravosa y, en ocasiones, carente de una solución real al conflicto para el que se plantea.

Esta situación planteada no corresponde con la efectiva implantación de estos métodos en nuestro sistema actual, que sigue reconduciendo toda la conflictividad importante a una solución basada en la actividad jurisdiccional⁶².

Si nos centramos en las cifras de la Justicia encontramos datos altamente ilustrativos para nuestra investigación. En cuanto al número de plazas orgánicas de autoridades judiciales por cada 100.000 habitantes, se pone de manifiesto que hay una ratio que dista de ser la idónea⁶³. España cuenta con la mitad de fiscales y jueces de la media de los Estados europeos por cada 100.000 habitantes, según los datos del último informe publicado por la Comisión Europea para la eficiencia de la Justicia (CEPEJ) en 2016⁶⁴. Analizando asimismo los índices de 45 países europeos, en el

⁶¹ MACHO GÓMEZ, Carolina, «Origen y evolución de la mediación: el nacimiento del “movimiento ADR”, en Estados Unidos y su expansión a Europa», en *Anuario de Derecho Civil*, 67, 2014, p. 934: «Fenómeno que en EE.UU. se denominó “litigation explosion” o “hyperlexis”. Esta noción define el gran número de demandas que, hoy en día, se interponen, colapsando el sistema judicial y generando excesivos retrasos en los tribunales. Es evidente que esta multiplicación de causas planteadas ante los órganos jurisdiccionales no ha podido ser manejada, ni gestionada apropiadamente, por el método clásico: el proceso judicial».

⁶² ORTUÑO MUÑOZ, José Pascual, y HERNÁNDEZ GARCÍA, Javier, *Sistemas alternativos a la resolución de conflictos (ADR)*, cit.: «[...] A pesar de que su utilidad está acreditada y ha sido contrastada, en especial en países de tradición de Common Law, los juristas del viejo continente mantienen un escepticismo benevolente sobre el tema, cuando no un radical posicionamiento contrario a la viabilidad de su inserción en las estructuras del enjuiciamiento contencioso, heredado de la Ilustración. En algunos casos el déficit de comprensión de lo que son estas metodologías está en el origen del rechazo inicial que suscitan. Se suele temer a lo desconocido, especialmente cuando se ostenta una situación de privilegio en el sistema que se pretende modificar».

⁶³ Fuente: CGPJ. Datos a 1 de enero de 2016. En el dato de España se incluyen los de los órganos centrales. Sin contabilizarlos el dato sería 11,9.

⁶⁴ «La Comisión Europea para la Eficacia de la Justicia, CEPEJ, adscrita al Consejo de Europa, ha presentado los resultados de su ciclo de evaluación de los sistemas judiciales en Europa 2018 (datos

último año del que hay datos con cifras armonizadas (2014), en España tenemos 12 jueces por cada 100.000 habitantes, cuando la media europea es de 21. Los fiscales son cinco por cada 100.000 frente a los once de la media europea.

En cambio, en la línea en la que precisamente nos situamos a la cabeza de Europa, junto con Irlanda y Portugal, es en la de los recortes de presupuestos destinados a los recursos para el sistema judicial, como consecuencia de la crisis económica iniciada en el año 2008⁶⁵.

2016), proporcionando una imagen detallada del desempeño de los sistemas judiciales, sus presupuestos, la situación con respecto a los jueces, fiscales y abogados, y la organización de los tribunales en los 45 Estados miembros participantes y en un Estado observador de la CEPEJ (Israel). El informe y la base de datos constituyen un punto de referencia para todos los legisladores y profesionales de la justicia, que se utilizarán al desarrollar políticas públicas sobre la organización de los sistemas judiciales.

La información se ha organizado a través de dos elementos: 1. El informe “Sistemas judiciales europeos – Eficiencia y calidad de la justicia – Edición 2018”, que presenta datos y cifras clave que permiten evaluar el estado de los sistemas judiciales y su evolución; se completa con un documento que proporciona una visión general; el informe se centra en las cuestiones de género dentro del poder judicial y en el tratamiento de los usuarios de los tribunales. 2. La disposición a los responsables políticos (ministerios de justicia, parlamentos, etc.), profesionales de la justicia e investigadores de una base de datos interactiva y dinámica (CEPEJ-STAT), accesible en Internet. La base de datos hace posible seleccionar datos específicos para países específicos (para comparar un país con otros países comparables), para cruzar datos de referencia y generar tablas, figuras y mapas al instante. Puede acceder en este enlace.

Respecto a la Abogacía, las conclusiones del informe 2018 (datos de 2016), recogidas en el capítulo 3.5 (página 171) indican que el número de abogados sigue aumentando en Europa, con diferencias significativas entre los Estados y las entidades. El aumento en el número de abogados en varios estados de Europa Central y Oriental refleja el desarrollo del Estado de Derecho. El desarrollo generalizado de la asistencia jurídica gratuita, aunque desigual en todos los países y organismos que la desarrollan, también puede explicar parte del aumento en el número de abogados. Todavía hay un gran número de abogados en los países del sur de Europa, donde la sociedad tiende a estar más judicializada. El monopolio de la Abogacía no es una tendencia marcada, especialmente en primera instancia. Tiende a aumentar al nivel de la instancia más alta.» (Cf. «Nuevo informe CEPEJ sobre la eficacia y la calidad de los sistemas judiciales de Europa», *Abogacía Española*, 9 de octubre de 2018 [on line: <<https://bit.ly/2TSWCIO>>].

⁶⁵ CARRETERO MORALES, Emiliano, *Mediación y resolución de conflictos*, cit., p. 101: «[...] Además la crisis económica global que está afectando a nuestro país desde hace algunos años, no ha hecho sino agudizar, más si cabe, los acuciantes problemas de la justicia española, haciendo que la demanda haya aumentado de forma notable en todos los órdenes jurisdiccionales, siendo dicho aumento significativo en algunas jurisdicciones como la mercantil o la laboral lo que, a su vez, ha provocado una mayor lentitud en la resolución de los procedimientos».

Por otro lado, es muy relevante, a la hora de destacar el grado de litigiosidad de la sociedad española, que el número de abogados en España se sitúe en 291 por cada 100.000 habitantes, frente a los 149 de media en Europa, lo que nos ofrece un dato sobre la excesiva oferta de abogados frente a la precariedad de otros operadores jurídicos como jueces y fiscales en relación con las cifras de otros países menos litigiosos que el nuestro.

Por eso, poco a poco, se va viendo cada vez más necesario introducir en nuestra sociedad otros medios para que las situaciones de controversia se resuelvan de un modo diferente al método adversarial de gestión de los litigios entre las personas. Acudir al juzgado, que es la respuesta más habitual frente a cualquier conflicto, se comprueba que no es la fórmula más rápida, eficiente, económica y además, en muchos de los casos, lejos de resolver el problema, lo perpetúa a lo largo del tiempo, incluso aunque se haya obtenido una sentencia favorable: a través de la segunda instancia, con el sistema de recursos, se provoca que haya situaciones que se prolongan durante años, porque incluso pueden heredarse los pleitos y las rencillas de unas generaciones a otras en algunos ámbitos

Se va evidenciando, pues, que frente a la vía jurisdiccional debe existir la posibilidad de acudir a diversos medios alternativos en función de las necesidades y de las características de cada conflicto y del ámbito en el que se produzca. Y, además, lo ideal es que no solo haya una vía diferente para acudir a la gestión de los asuntos distinta de la judicial, sino que además haya varias opciones que se puedan estudiar y valorar en cada momento⁶⁶.

Los sistemas alternativos de gestión de conflictos más frecuentes son: el arbitraje, la mediación y la conciliación, sin perjuicio de que se deba mencionar también por su importancia práctica la negociación y la transacción⁶⁷. Se diferencian entre ellos por el procedimiento a seguir, así como por sus resultados. En unos casos la solución proviene de un tercero, como en el arbitraje, en otros se puede llegar a ella mediante el

⁶⁶ Dice el profesor CARRETERO MORALES (Ibidem): «[...] a veces por la naturaleza del conflicto a tratar, la resolución judicial no es la más adecuada o no ofrece la mejor solución y que quizás podría ser más conveniente la utilización de vías alternativas a la jurisdiccional para la gestión de este».

⁶⁷ FERNÁNDEZ-BALLESTEROS LÓPEZ, Miguel Ángel, *Avenencia o ADR: negociación, mediación, peritajes, conciliación, pactos y transacciones*, Iurgium, Madrid, 2013.

acuerdo de las partes implicadas, como ocurre en la mediación. Esto determina que se incluyan como métodos autocompositivos o heterocompositivos de solución de conflictos a unos u otros en función de la intervención de tercero en el procedimiento que decide sobre la cuestión principal o que sean los propios interesados los que toman las decisiones.

Las diferencias entre unos y otros mecanismos alternativos de resolución de conflictos («ADR»), no son siempre conocidas, aunque sí debemos destacar ciertas características comunes a todas ellas a partir de la voluntariedad, su impacto económico, su eficacia, la intervención de terceras personas distintas a las partes y su consideración como alternativa a la vía judicial:

- a) En cuanto a la elección voluntaria del método de gestión de los conflictos, hay que tener presente que es imprescindible, a la hora de acudir a los sistemas alternativos de resolución de conflictos, tener en cuenta el principio de autonomía de la voluntad de las partes, y también es muy importante tener un buen conocimiento, o un buen asesoramiento, a la hora de elegir cuál de ellos es el más idóneo para dar satisfacción a la controversia, puesto que de la elección de uno u otro depende que, finalmente, si no se satisface el interés o la necesidad concurrentes, se pueda acudir a la vía jurisdiccional o no. Por ejemplo, en el caso del arbitraje, su elección puede determinar que el laudo cierre esa vía jurisdiccional.
- b) Por lo que respecta al aspecto económico, es evidente que muchas personas no pueden acceder o no escogen la vía judicial como modo eficaz y adecuado para resolver sus conflictos, por los importantes costes que supone un proceso, a menos que se cuente con el beneficio de justicia gratuita. En algunos casos, estos métodos son gratuitos, como ocurre en los sistemas de conciliación laboral, o en ciertos supuestos de mediación familiar intrajudicial y en los conflictos de consumo. Así se garantiza una posibilidad, en muchos casos, de acceder a una solución de los conflictos concretos de un modo más asequible y adecuado que en el caso de los procedimientos judiciales reglados.
- c) En cuanto a su eficacia, En estos sistemas, por ejemplo, no se precisa postulación o representación mediante abogado ni procurador: la defensa de los propios intereses se realiza directamente por los interesados, con sus propias

palabras, sobre los hechos, las motivaciones y las pretensiones presentes. Así se posibilita la resolución del conflicto positivamente, se fomenta el diálogo y se refuerza el conocimiento de los derechos y de las obligaciones de las partes.

Precisamente la vinculación para las partes de lo acordado resulta fundamental, ya que puede ser viable a través de un acuerdo o laudo, ambos de cumplimiento obligatorio, o de un acta que refleje los compromisos adquiridos a los que se ha llegado, que tiene carácter contractual y, por tanto, eficacia entre las partes, en virtud del artículo 1091 del código civil. Si el acta se eleva a escritura pública, además puede tener carácter ejecutivo⁶⁸.

d) La intervención de un tercero imparcial resulta común a todos esos mecanismos alternativos ante la ausencia de un consenso generando de forma natural y directa entre las partes, de modo que puede ser que ese tercero decida o que ayude a acercar las posiciones entre ellas para poder resolver la controversia, ya sea a través de un acuerdo entre ambas no impuesto, como ocurre en la mediación y en la conciliación, o mediante una solución impuesta por el tercero, como en el caso del arbitraje. Ninguno es mejor, ni más recomendable que otro, puesto que depende de la naturaleza de la controversia, de las necesidades de las partes implicadas en el conflicto, de la rapidez que se requiera para su resolución o de los recursos económicos de que se disponga. De ahí que haya otras opciones a la vía judicial y otras posibilidades que pueden ser más eficientes y ventajosas para dirimir los asuntos controvertidos.

⁶⁸ Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles. Título V. Ejecución de los acuerdos. Artículo 25. Formalización del título ejecutivo. «1. *Las partes podrán elevar a escritura pública el acuerdo alcanzado tras un procedimiento de mediación. El acuerdo de mediación se presentará por las partes ante un notario acompañado de copia de las actas de la sesión constitutiva y final del procedimiento, sin que sea necesaria la presencia del mediador.*

2. *Para llevar a cabo la elevación a escritura pública del acuerdo de mediación, el notario verificará el cumplimiento de los requisitos exigidos en esta Ley y que su contenido no es contrario a Derecho.*

3. *Cuando el acuerdo de mediación haya de ejecutarse en otro Estado, además de la elevación a escritura pública, será necesario el cumplimiento de los requisitos que, en su caso, puedan exigir los convenios internacionales en que España sea parte y las normas de la Unión Europea.*

4. *Cuando el acuerdo se hubiere alcanzado en una mediación desarrollada después de iniciar un proceso judicial, las partes podrán solicitar del tribunal su homologación de acuerdo con lo dispuesto en la Ley de Enjuiciamiento Civil».*

e) Su carácter alternativo al sistema judicial supone una consideración positiva, dado que la vía judicial sufre un atasco considerable y, por tanto, una saturación que impide la satisfacción deseable de los que tienen un conflicto, de un modo eficaz, rápido y viable⁶⁹.

Consideramos relevante, por tanto, realizar una aproximación a los diversos sistemas autocompositivos o heterocompositivos de resolución de conflictos que, como alternativos al proceso judicial, han coexistido hasta este momento junto con la mediación, destacando los rasgos que los identifican y los diferencian, así como sus semejanzas y sus divergencias. El análisis sobre si estos sistemas tienen mayor o menor eficacia, comparándolos con la mediación, a través de la descripción de cuáles son sus procedimientos, formalidades, y el grado de satisfacción para las partes intervinientes.

Al analizar la resolución del conflicto, desde el punto de vista judicial, en muchas ocasiones constatamos que el resultado es insuficiente para lograr una satisfacción de las necesidades e intereses de los individuos que están inmersos en un pleito, incluso para quien la resolución judicial es favorable. Se constata que, en muchos de los casos, no satisface ni resarce sus necesidades, pues el verdadero motivo del conflicto sigue latente, por ser imposible su exposición y valoración real en el marco de una demanda judicial. Se ha dado una solución jurídica, sí, es cierto, y puede ser favorable para una de las partes e incluso para ambas, pero es la respuesta que seguramente ni siquiera satisface plenamente a aquel al que supuestamente favorece, por reconocer la resolución judicial sus pretensiones, pero desconoce sus emociones.

En estos casos, en el fallo de la sentencia con la absolución o pronunciamiento de condena a la otra parte, se llega realmente a la insatisfacción de lo que se pretende conseguir, puesto que es un conflicto de otra índole, mental o emocional, que no llega a materializarse en un escrito ante el juzgado, ni a gestionarse mediante el proceso

⁶⁹ SOSPEDRA NAVAS, Francisco José, *Mediación y arbitraje. Los sistemas alternativos de resolución de conflictos*, Aranzadi, 2014, p.39-41. Estos sistemas se ubican fuera de la jurisdicción estatal, y consisten en modos de resolución de litigios por cauces privados o cuasiprivados. Salvo los implementados en sede de Colegios Profesionales y Organismos Administrativos, o en la propia Administración de Justicia: Ejemplos: Institutos de Mediación creados en Colegios Profesionales de Abogados, o la Mediación Intrajudicial en los Juzgados donde ya se ha implementado. No se trataría, según Sospedra, de suplantar a la administración de justicia ni una alternativa a esta, sino una Justicia Alternativa.

judicial. Al acudir al sistema adversarial no se llega al núcleo de la cuestión, puesto que las verdaderas situaciones conflictivas, en muchos casos, no se pueden subsumir en ningún supuesto tipificado o regulado en uno de nuestros códigos o de nuestras leyes vigentes: Las necesidades e intereses de las partes no pueden resarcirse mediante demanda, sino que hay que considerarlas desde otros puntos de vista, y con otros tratamientos, y para ello los sistemas alternativos de resolución de conflictos, en especial, la conciliación y la mediación, pueden resultar más idóneos y más adecuados para que las personas encuentren solución a las divergencias que surgen en el desenvolvimiento de su vida en su incidencia social, económica y personal y que muchas veces puede alcanzarse con mayor satisfacción para ellos.

Para conseguirlo, «*autorresponsabilizándose*»⁷⁰ de las consecuencias derivadas de los actos realizados y encontrando, de modo dialogado y pacífico, una solución más racional y acorde al modo de ser de cada individuo, se producirá la circunstancia que deje a las personas satisfechas y reafirmadas frente a su problema, asumiendo sus consecuencias y encontrando una salida a su situación conflictiva que en el juzgado nunca va a hallar, aunque la resolución judicial por la que acabe el procedimiento sea la más favorable a sus peticiones en congruencia con la pretensión expuesta en la demanda que se ha presentado en el Juzgado correspondiente Como se ha señalado, a través de la mediación,

«[...] se devuelve a las personas en conflicto su protagonismo y su responsabilidad para poder decidir, por sí solas, sobre los aspectos que les afecten de una manera

⁷⁰ ROMÁN MAESTRE, Begoña, *La responsabilidad personal y sus límites. Del empoderamiento a la culpabilización de las víctimas* [on line: <<https://bit.ly/30q9fO2>>].

«La responsabilidad es el deber de hacerse cargo de las consecuencias sobre uno mismo y/o sobre otros de las acciones que uno decide emprender. Con ella se atiende a la llamada del otro, o de uno mismo, a reparar las consecuencias. Aunque en principio las consecuencias pueden ser buenas e igualmente uno puede responder de la valía de un trabajo, normalmente se pide responsabilidad por los desperfectos, no por lo “perfecto”, es decir, se suele exigir la responsabilidad cuando hay un daño, un perjuicio, primando así una connotación negativa de aquella. La responsabilidad supone una valoración de las consecuencias como buenas o malas; y supone la consideración de respeto a la fragilidad del “objeto de cuidado”, todo lo cual supone un marco normativo».

personal y directa. Cada uno es el que sabe qué es lo mejor para sí mismo, lo que necesita o desea»⁷¹.

El acuerdo en mediación será tan válido y ejecutivo como el reflejado en una resolución judicial. Y respecto a las consecuencias jurídicas serán «[...] *adecuadas al tipo de acuerdo que se adopte, teniendo la consideración de negocio jurídico inter-partes*»⁷². El contenido del artículo 25 de Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles, da la posibilidad de formalizar el acuerdo, que se convertirá en título ejecutivo cuando se eleve a escritura pública, cuya ejecución podrá instarse directamente ante los tribunales, añadiéndose en la exposición de motivos que «en la regulación del acuerdo de mediación radica el tercer eje de la mediación, que es la desjuridificación, consistente en no determinar de forma necesaria el contenido del acuerdo restaurativo o reparatorio» y podemos afirmar que el acuerdo de mediación es semejante al contrato de transacción, cuyo fin es «dirimir controversias, autocomponiéndolas los propios interesados, sin necesidad de que juzgue sobre ellas el órgano judicial»⁷³.

1.1.6. Problemas de la justicia en la actualidad

Con relación a la percepción de la ciudadanía respecto del poder judicial y de la administración de justicia⁷⁴ en el momento actual, para hacernos una idea solo

⁷¹ VILLAGRASA ALCAIDE, Carlos, «Marco Jurídico de la Mediación familiar», en SORIA VERDE, Miguel Ángel, Villagrasa Alcaide, Carlos, ARMADANS I TREMOLOSA, Inma, *Mediación Familiar. Conflicto: técnicas y RECURSOS*, Editorial Bosch, Barcelona, 2008, p. 182.

⁷² VILLAGRASA ALCAIDE, Carlos, «Marco Jurídico de la Mediación familiar», *cit.*, p. 182: «[...] *aunque dependerán del tipo de acuerdo y de la situación, la decisión final se encuentra calificada como un negocio jurídico en el que los partícipes, a través de su autonomía privada, de su voluntad, se sienten vinculados, lo que permite cierta eficacia jurídica y su posible incorporación al proceso judicial mediante los cauces procesales oportunos. Las consecuencias materiales derivan del hecho de que el acuerdo se pueden tomar decisiones patrimoniales o medidas de cualquier tipo que interesen a las partes con posterioridad y a las que, una vez alcanzados los correspondientes compromisos les resulten aplicables*».

⁷³ TAMAYO HAYAS, Silvia, «El acuerdo de mediación y la formalización del título ejecutivo», en GARCÍA VILLALUENGA, Leticia, y ROGEL VIDÉ, Carlos (coords.), *Mediación en asuntos civiles y mercantiles. Comentarios a la Ley 5/2012*, Ed. Reus, Madrid, 2012, p. 331-362.

⁷⁴ MAYORAL DÍAZ-ASENSIO, Juan Antonio, y MARTÍNEZ I COMA, Ferrán, *La calidad de la Justicia en España: ¿Cómo evalúan los españoles el funcionamiento de las instituciones judiciales y qué se puede hacer para mejorarlas?* (Estudios de progreso, Fundación Alternativas, 2013).

tenemos que consultar algunas de las encuestas existentes acerca de su funcionamiento y las respuestas de los ciudadanos para llegar a la conclusión de que es una de las instituciones o servicios públicos peor valorada por la sociedad⁷⁵.

Algunos de los problemas que la aquejan desde esta negativa la aceptación social, son la excesiva duración de los procedimientos judiciales ya que, como consecuencia de ello, la obtención de la resolución correspondiente puede prolongarse durante años, por la enorme carga de trabajo que tienen los juzgados y tribunales ante el exceso de litigios que tienen que tramitar y su constante incremento año tras año⁷⁶.

El resultado estadístico refleja una clara insatisfacción que se evidencia tanto para las personas que trabajan en el ámbito de la administración de justicia, por su saturación e impotencia para abordar el trabajo cada vez más ingente con los medios escasos y precarios, con la consiguiente decepción, y a veces desesperación, de la ciudadanía que acude al juzgado para resolver sus problemas frente a la larga duración que incide en la intranquilidad al no poder cerrar las situaciones problemáticas que padecen, el coste de abogados y de procuradores y la sensación de que no se resuelve su conflicto oportunamente⁷⁷.

Si consideramos a las personas como seres humanos autónomos y capaces de gestionar sus propias dificultades, otorgándoles el conocimiento y la asimilación de los medios adecuados, podemos concluir que el sistema judicial resulta insuficiente e inadecuado para canalizar todas las situaciones que necesitan ser gestionadas, por lo que urge implantar mecanismos diferentes que sean idóneos para satisfacer las demandas de los ciudadanos de un modo menos gravoso y más eficiente.

Por tanto, es necesaria la implantación de otros sistemas diferentes al judicial que permitan a los ciudadanos acudir a ellos como alternativa al mismo, y reconocerles ese margen de autonomía y de responsabilidad para que puedan alcanzar un método

⁷⁵ Con datos de 2013, en relación a la confianza de la ciudadanía europea en el sistema jurídico, España alcanza una puntuación de 3,1, frente a los 7,5 de países como Dinamarca, o 7,2 de Suecia, Noruega, Finlandia y 7 de Suiza (Cf. *Confianza en el sistema judicial [Indicadores de calidad de vida de la Unión Europea]*: [on line: <<https://bit.ly/2uSmGbp>>].

⁷⁶ La Justicia Dato a Dato. Estadística Judicial. Año 2017 [on line: <<https://bit.ly/2P9OiWz>>].

⁷⁷ CARRETERO MORALES, Emiliano, *Mediación y resolución de conflictos*, cit., p. 106.

efectivo, de un modo más racional, que permita acudir a ellos sin tener que llegar a iniciar un procedimiento judicial con todos los inconvenientes y los costes económicos y emocionales que ello supone, especialmente cuando las personas consideren y reconozcan que no es el sistema adecuado para su situación, por la índole del conflicto y por las consecuencias que su incoación puede suponer para los implicados y para la situación que se va a dilucidar⁷⁸. Como acertadamente ha señalado Redorta Lorente, «el acceso a la Justicia por los ciudadanos debe ser considerado como el derecho de acceso a los medios apropiados de resolución de conflictos en función de las circunstancias del caso»⁷⁹.

En suma, la persona, como una manifestación de sus derechos y de su autonomía propia, ha de poder escoger el mejor método, a su consideración, de gestión de sus conflictos, que pueda dar la respuesta más adecuada a sus necesidades concretas con relación a la situación que se tenga que resolver en cada momento⁸⁰.

En el Libro Verde de la Comisión Europea sobre las modalidades alternativas de resolución de conflictos en el ámbito del Derecho civil y mercantil⁸¹ se expresa que el

⁷⁸ RAMOS MÉNDEZ, Francisco, *El sistema procesal español*, Ed. Atelier, Buenos Aires, 2016.

⁷⁹ REDORTA LORENTE, Josep, «Entorno de los métodos alternativos de solución de conflictos», *Revista de Mediación*, Año 2, n.º 3, marzo 2009. Véase también «*La justicia del futuro*». *Simposio sobre Tribunales y Mediación. Nuevos caminos para la Justicia*. (Comunicaciones), Gemme, Barcelona, 2009.

⁸⁰ La segunda Recomendación 2001/310/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de abril de 2001, relativa a los principios aplicables a los órganos extrajudiciales de resolución consensual de litigios en materia de consumo, se refiere a los procedimientos que se limitan a una simple tentativa de acercamiento de las partes con el fin de convencerlas de que busquen una solución de común acuerdo; no obstante, puede suceder que el tercero en cuestión tenga que proponer, de manera informal, una solución. En el ámbito del Derecho relacionado con el consumo, el tercero puede verse obligado a pronunciarse de manera formal sobre la solución del litigio adoptando una decisión que puede ser vinculante para una parte —es el caso de los «Ombudsmen» del cliente creados por algunos sectores profesionales como los bancos y los seguros, cuyas decisiones se imponen a las empresas asociadas al sistema. En este caso, la eficacia de la decisión tomada se plantea esencialmente en términos de marketing—. En efecto, si estos profesionales no dan ningún curso a estas decisiones, corren el riesgo de que la decisión se publique o si están asociados a un sistema comercial que concede, por ejemplo, etiquetas de calidad se arriesgan a que se les excluya del sistema.

⁸¹ Presentado por la Comisión Europea el 19 de abril de 2002 (COM [2002] 196 final). La Comisión expresa que estos nuevos métodos están incardinados en las Políticas de la Unión Europea para establecer un espacio de libertad, seguridad y justicia, que incluya la posibilidad de acceder tanto a métodos judiciales como extrajudiciales de resolver los litigios.

desarrollo de las nuevas formas de resolución de conflictos no ha de verse como un remedio al mal funcionamiento o al atasco de los Tribunales, sino como un elemento de pacificación social⁸². Además, como hemos destacado, según las circunstancias y el objeto del litigio, en muchos casos será más adecuado y conveniente para las partes en conflicto; incluso a veces, en algunos países, por necesidad económica o por la índole del conflicto, puede llegar a ser la única posible y, por lo tanto, será otro modo de acceder a la Justicia⁸³.

1.2. Los conflictos jurídicos y sus medios de resolución

1.2.1. El conflicto como una oportunidad y una culminación del principio de la autonomía de la voluntad

Podemos dar diferentes conceptos acerca del conflicto intersubjetivo. Aparte de la definición general que ofrece el diccionario de la Real Academia Española⁸⁴, podemos definirlo con más precisión como una «situación compleja en la que unos actores bien persiguen metas diferentes o defienden valores contradictorios o tienen interés opuestos o distintos, o bien persiguen de forma simultánea o competitiva una misma meta, siendo común en estas situaciones la pretensión de controlar la conducta del oponente ya sea como medio para conseguir los objetivos, ya sea como objetivo mismo»⁸⁵. Asimismo, desde un punto de vista más técnico, puede definirse como «la

⁸² «Es particularmente conveniente hacer hincapié en el papel de las ADR como instrumentos al servicio de la paz social. En efecto, en las formas de ADR en que los terceros no toman ninguna decisión, las propias partes no se enfrentan, sino que, al contrario, emprenden un proceso de aproximación, eligen el método de resolución del conflicto y desempeñan un papel más activo en este proceso para intentar descubrir por sí mismas la solución que más les conviene. Una vez resuelto el conflicto, este enfoque consensual incrementa para las partes la posibilidad de que las partes sigan manteniendo relaciones de carácter comercial o de otro tipo.» (Libro Verde, 10).

⁸³ «Una de las razones del desarrollo de las ADR es de carácter práctico y coyuntural: las ADR constituyen una respuesta a las dificultades de acceso a la justicia a las que se enfrentan muchos países.» (Libro Verde, 5).

⁸⁴ Definición del DRAE: (Del lat. *conflictus*). 1. m. Combate, lucha, pelea. U. t. en sent. fig. 2. m. Enfrentamiento armado. 3. m. Apuro, situación desgraciada y de difícil salida. 4. m. Problema, cuestión, materia de discusión.

⁸⁵ TOUZARD, Hubert, *La mediación y la solución de los conflictos*, Herder, Barcelona, 1980.

percepción que tienen las partes en interacción sobre la incompatibilidad de las metas, de tal forma que lo que quiere una, es considerado por la otra como perjudicial»⁸⁶.

El conflicto en el ámbito jurídico se denomina a menudo «controversia», que presenta sinónimos como «diferencia», «litigio», «disputa» y también, ocasionalmente, «conflicto». Cuando la controversia se da entre dos Estados tendrán carácter internacional. La Corte Permanente de Justicia Internacional, a su vez, definió «controversia» como «desacuerdo sobre un punto de derecho o, de hecho, una contradicción, una oposición de tesis jurídicas o de intereses entre dos personas»⁸⁷. Pero para probar la existencia de un litigio, no solo hay que demostrar que hay una divergencia de puntos de vista entre dos partes respecto de un punto de hecho o de derecho. Sino también, es necesario probar que la pretensión de una de las partes está en total oposición a la pretensión de la otra⁸⁸.

El conflicto es inherente a la condición humana, y la vida social lleva inserto el conflicto en muchas de sus situaciones cotidianas, tanto en la vida familiar, laboral o de relaciones. Por supuesto es habitual dentro de los grupos y colectividades. Es un hecho constatado que «la vida humana en sociedad no siempre transcurre por vías pacíficas, sino que las relaciones entre los diferentes miembros de una comunidad con frecuencia están marcadas por la tensión. Los seres humanos entran en contienda con sus semejantes por las más variadas razones, que van desde simples problemas derivados del carácter de dos sujetos hasta disputas por el poder y la dominación en un ámbito social o político determinado»⁸⁹. Por lo tanto, es inevitable que el conflicto se produzca y exista, aunque lo razonable es darle una salida para su resolución. Desde un punto

⁸⁶ SMITH, ELIOT R., MACKIE, Diane M., y CLYPPOOL, HEATHER M., *Social Psychology*, 4.ª ed., Psychology Press, New York, 2007. Este libro recoge una síntesis de las influencias cognitivas y sociales, individuales y grupales que dan forma al comportamiento social y sus conflictos.

⁸⁷ CPJI, Caso Mavrommatis en Palestina, 1924.

⁸⁸ VILLALTA VIZCARRA, Ana Elizabeth, *Solución de conflictos en el Derecho Internacional* [on line: <<https://bit.ly/2Ab32KF>>].

⁸⁹ MORENO CATENA, Víctor, y CORTÉS DOMÍNGUEZ, Vicente, *Introducción al Derecho Procesal*, 6.ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2012, p. 35.

de vista pragmático podemos suscribir la siguiente afirmación «el conflicto es inevitable, pero su falta de solución no puede serlo», y ha de existir una vía de pacificación⁹⁰.

El conflicto se produce cuando entre dos o más individuos existen diferentes intereses y entran en colisión; la confrontación puede ser de muy diversa índole, incluso solo de carácter verbal. Pero también podemos enfocarlo como una oportunidad, con un valor positivo. Nos ayudará a aprender mejores caminos para resolver los problemas, a construir relaciones mejores y más duraderas, a descubrir más sobre nosotros mismos y sobre los demás⁹¹. Resolver de forma constructiva un conflicto va a beneficiar a todo el conjunto social y a cada persona individualmente, porque va a propiciar que la cohesión y las relaciones de los grupos mejores, así como la identidad y el sentido de crecimiento⁹².

1.2.2. Causas de los conflictos jurídicos. Cómo se desencadenan y partes implicadas en el conflicto

Puede haber muchas causas de confrontación en el contexto social (cuestiones de estatus, poder, recursos escasos, entre otras)

Podemos encontrar, en síntesis, tres grupos de causas del conflicto. En primer lugar, puede haber conflictos sobre *recursos*: la competencia por la(s) misma(s) cosa(s); estos son relativamente fáciles de identificar y resolver. En segundo lugar, pueden darse conflictos sobre *necesidades psicológicas*: son más difíciles de resolver si no se identifican las necesidades en juego, las cuales a menudo se manifiestan sobre cosas materiales. Y en un tercer grupo, por fin, encontramos conflictos sobre

⁹⁰ CARRETERO MORALES, Emiliano, La mediación civil y mercantil en el sistema de justicia, Dykinson, Madrid, 2016, p. 19: «Esta necesidad de pacificación ha llevado a las sociedades a lo largo de la historia a la búsqueda permanente de diferentes sistemas o vías de composición de conflictos. Desde la forma más básica, que consistía en la imposición de la solución por parte del más fuerte, se fue evolucionando hacia métodos donde la solución ya no se hacía depender de una sola de las partes, sino que eran éstas las que de mutuo acuerdo intentaban buscar una solución de forma consensuada o bien delegaban la misma en un tercero».

⁹¹ ALZATE SÁEZ DE HEREDIA, Ramón, «La dinámica del conflicto», en HELENA SOLETO (dir.), *Mediación y resolución de conflictos: técnica y ámbitos*, cit., p. 179 ss.

⁹² ALZATE SÁEZ DE HEREDIA, Ramón, *Análisis y resolución de conflictos: una perspectiva psicológica*, Servicio Editorial de la Universidad del País Vasco, Bilbao, 1998.

valores: son los conflictos más complicados de resolver, ya afectan al sistema de creencias y valores de todos los integrantes del grupo social⁹³.

Desde la sociología de los conflictos⁹⁴ se ha destacado una serie de causas de conflicto más extensa que la precedente, y que incluye a su vez a los grupos anteriores:

- a) Choque entre los objetivos, perspectivas, valores e intereses personales.
- b) Recursos limitados e insuficientes para desempeñar el trabajo.
- c) Aspiraciones de mejorar las condiciones laborales
- d) Procesos de cambio violentos o no-violentos.
- e) Problemas en las relaciones interpersonales y choques de personalidad.
- f) Incapacidad de llegar a un acuerdo entre dos partes que debaten.
- g) Problemas de comunicación. Estilo de liderazgo ineficaz.
- h) Desconfianza entre la gente.
- i) Grupos que tratan de imponer su criterio sobre los demás.

Podemos decir, asimismo, que el conflicto implica no sólo a las partes afectadas sino también a los que rodean a estas personas e incluso a terceros.

En todo conflicto social deben darse las siguientes circunstancias⁹⁵:

⁹³ ALZATE SÁEZ DE HEREDIA, Ramón, «La dinámica del conflicto», *cit.*, p. 158.

⁹⁴ Sobre la sociología de los conflictos, véase HAGEN, Everett E., *La teoría del cambio social*, Tercer Mundo, Buenos Aires, 1965; LAZARSELD, Paul F., *La sociología y el cambio social*, Paidós, Buenos Aires, 1971; JOHNSON, Harry M. *et al.*, *El cambio social*, Paidós, Buenos Aires, 1976; ETZIONI, Amitai y Eva (comp.), *Los cambios sociales: Fuentes, tipos y consecuencias*, FCE, México D. F., 1984; BERNARD, Jessie, *La sociología del conflicto*, UNAM, México D.F., 1985; REX, John, *El conflicto social*, Siglo XXI, Madrid, 1985; DEL PINO ARTACHO, Juan, *El conflicto social*, UNED, Málaga, 1988; Galtung, Johan, *Paz por medios pacíficos. Paz, conflicto y civilización*, Gernika Gogoratuz, Bilbao, 1996, entre otros muchos.

⁹⁵ FERNÁNDEZ MILLÁN, José M., y ORTIZ GÓMEZ, María del Mar, *Los conflictos. Cómo desarrollar habilidades de mediador*, Pirámide, Madrid, 2006.

- a) Interacción de al menos dos individuos o grupos. (Puede haber un conflicto intrasubjetivo, pero este no será objeto de nuestra consideración).
- b) Incompatibilidad entre las metas, conductas, intereses o valores propios del uno y del otro.
- c) Percepción de la situación como injusta o incompatible para al menos una de las partes.

Hay muchas teorías acerca del origen del conflicto⁹⁶. El ser humano, como animal social, responde tanto a tendencias de competición como de cooperación. El conflicto social pone de manifiesto la necesidad de establecer un orden. Surge el conflicto⁹⁷ cuando una de las partes percibe que la otra va a impedir la consecución de sus objetivos, intereses y necesidades por ser incompatible su obtención por ambos.

La idea básica desde la que habría que partir para resolver un conflicto social de manera adecuada es que el conflicto empieza con una emoción desbordada. Asimismo, el conflicto social pone de manifiesto la necesidad de establecer un orden. La coerción y los consensos son la clave para articular este orden social.

Todo conflicto social se puede estructurar en tres partes, siguiendo el denominado *diagrama de las tres «P»* de Lederach⁹⁸, sobre las que hay que actuar de manera diferente:

- Las personas son los seres involucrados y afectados. Tenemos que investigar qué papel desempeñan, cómo se relacionan y qué influencia tienen. Aquellos sujetos que participan del conflicto son esenciales. Pueden formar grupos, pero estos siempre estarán compuestos por personas.

⁹⁶ Vid. LORENZO CADARSO, Pedro Luis. «*Principales Teorías sobre el Conflicto Social*», en *Revista de Historia*, Cáceres, 2001, p. 237-254.

⁹⁷ LEDERACH, John Paul, *El abecé de la paz y los conflictos. Educación para la paz*, Catarata, Madrid, 2000, define el conflicto como la interacción de las personas con objetivos incompatibles. la percepción de incompatibilidad, de escasez de recursos o recompensas, y con la interferencia del otro. Es muy importante recordar que en cualquier conflicto la percepción de los involucrados es lo principal. Su forma de percibir el conflicto, los objetivos, las intenciones y los motivos del otro determinarán casi siempre la intensidad de la contienda.

⁹⁸ Cf. LEDERACH, Juan Pablo, *Enredos, pleitos y problemas. Una guía práctica para ayudar a resolver problemas*, Ed. Clara-Semilla, Guatemala, 1992, p. 20-34.

- El problema es el hecho de divergencia entre las partes. Es necesario distinguir entre conflictos reales (aquellos que la satisfacción de una parte impide la otra) o conflictos innecesarios. Es preciso identificar las causas de los conflictos.
- El proceso es la forma como el conflicto se desarrolla y cómo las partes intentan resolverlo o zanjarlo. Esta idea tiende a registrar dos nociones, que hacen referencia al aspecto dinámico del conflicto, relacionado con proceso de comunicación de las partes y con el proceso de evolución del conflicto.

1.2.3. Definición de conflicto jurídico

El conflicto, normalmente, cuando se produce en nuestro entorno, tendemos a gestionarlo como una situación desagradable, lo vivimos desde la angustia y el miedo y cuando esto se produce tiene consecuencias psíquicas y físicas más que relevantes en las personas que lo padecen.

De hecho, como concepción tradicional el conflicto «es sinónimo de desgracia, de mala suerte; se considera como algo aberrante o patológico, como disfunción, como violencia en general, como una situación anímica desafortunada para las personas que se ven implicadas en él»⁹⁹. Para que esta situación exista es necesario que exista un desacuerdo que no haya sabido resolverse. De ahí que el conflicto se vea también como «un proceso social en el cual dos o más personas o grupos contienden, unos contra otros, a causa de tener intereses, objetos y modalidades diferentes, con lo que se procura excluir al contrincante considerado como adversario»¹⁰⁰.

Un conflicto es una situación universal que solo puede solucionarse a partir de un cambio social¹⁰¹, si lo expresamos desde el punto de vista sociológico, que afecta a una amplia franja de la sociedad. Asimismo, surge para algunos autores el origen del

⁹⁹ FUQUEN ALVARADO, María Elina, *Los conflictos y las formas alternativas de resolución*, Ed. Universidad Colegio Mayor de Cundinamarca, Bogotá, 2003.

¹⁰⁰ ANDER-EGG, Ezequiel, *Diccionario del Trabajo Social*, Lumen, Buenos Aires, 2003.

¹⁰¹ DAHRENDORF, Ralf Gustav, Barón de Dahrendorf (Hamburgo, 1 de mayo de 1929 - Colonia, 17 de junio de 2009). Sociólogo fundador de la teoría del conflicto social. Véase, sobre todo, su obra *Las clases sociales y su conflicto en la sociedad industrial*, Rialp, Madrid, 1976.

conflicto situado en la dialéctica del materialismo y la lucha de clases¹⁰². De ahí surge, según esta corriente, la necesidad del Estado y la solución jurisdiccional del conflicto¹⁰³.

Una brillante y certera definición del conflicto la proporciona Marinés Suares al delimitarlo como «una incompatibilidad entre conductas, percepciones, objetivos, y/o afectos entre individuos y grupos, que definen sus metas como mutuamente incompatibles. Puede existir o no una expresión agresiva de esta incompatibilidad social»¹⁰⁴.

1.2.4. Análisis del conflicto desde las diferentes perspectivas

Existen diferentes enfoques de análisis del conflicto. Si lo planteamos desde una perspectiva moral o de justicia, nos centramos en el aspecto más destructivo, porque es muy difícil calibrar si el desencadenante de un conflicto está dentro de la justicia o de la moral y cuál de los implicados en el mismo es la que tiene la posición más justa.

¹⁰² «Cuando el hombre era autosuficiente, se alimentaba de lo que producía [...] había una autonomía casi total de los individuos, con la aparición de las primeras sociedades surge la dependencia; el “trueque” sistema de intercambio definido por Adam Smith, donde se intercambiaban bienes o trabajo. Marx afirma que este sistema de intercambio llevó a la especialización del trabajo, y esta especialización (o “profesión”) fuese cual fuese, de trabajador agrícola o terrateniente hereditario, determinaba dónde vivía, qué comía y cómo vestía, así como con quién compartía intereses sociales y con quién entraba en conflicto a causa de estos. Con el tiempo, esto provocó la formación de clases socioeconómicas que luchaban entre ellas. Para Marx, la historia humana ha tenido cuatro grandes etapas basadas en cuatro formas diferentes de propiedad: el sistema tribal originario de propiedad común, el antiguo sistema de propiedad comunal o estatal (en el que tienen comienzo la esclavitud y la propiedad privada), el sistema de propiedad feudal o patrimonial y el actual sistema de producción capitalista. Cada una de estas etapas representa una forma diferente de sistema económico o “modo de producción”, y las transiciones entre ellas están marcadas en la historia por períodos políticos agitados, con conflictos extremos: guerras y revoluciones, en los que una clase opresora se ve sustituida por otra. El Manifiesto comunista popularizó la idea de que la comprensión del sistema de propiedad de cualquier sociedad, y en cualquier época, nos proporciona la clave para llegar a comprender sus relaciones sociales y sus conflictos» (AA.VV. *El libro de la filosofía*, Akal, Madrid, 2011, p. 251). Sobre las contribuciones de Marx a la teoría del conflicto social, véase ROCHER, Guy, *Introducción a la sociología general*, Herder, Barcelona, 1980, p. 493-496.

¹⁰³ URIARTE, Edurne, «Estado, Gobierno, Nación», en EAD, *Introducción a la ciencia política: la política en las sociedades democráticas*, Madrid, Tecnos, 2008, p. 63.

¹⁰⁴ El conflicto se construye en forma recíproca entre dos o más partes que pueden ser personas, grupos grandes o pequeños, en cualquier combinación; en esta situación predominan interacciones antagónicas sobre las interacciones cooperativas, llegando en algunas ocasiones a la agresión mutua, donde quienes intervienen lo hacen como seres totales con sus acciones, pensamientos, afectos y discursos, así pues identifica, de esta manera, la conducta y el afecto como elementos esenciales del conflicto. Cf. SUARES, Marinés, *Mediación: Conducción de disputas, comunicación y técnicas*, Paidós, Madrid, 1996.

Podemos darle un enfoque positivo en cuanto que motor del cambio social, puesto que normalmente las conquistas de derechos y el avance de las sociedades ha surgido o se ha conseguido por medio de los conflictos¹⁰⁵.

Si nos centramos en el ámbito de la persona, como individuo, los conflictos son habituales en el desenvolvimiento cotidiano de la vida. Existen conflictos de pareja, de familia, entre amigos, por relaciones de vecindad o en el ámbito laboral, por ejemplo. Y todos los que se producen allí donde nos relacionamos con otras personas son los conflictos interpersonales, también los que se producen entre los países en las relaciones internacionales pueden catalogarse de conflictos diplomáticos, políticos e incluso bélicos y en cualquier contexto de relación social.

Los conflictos pueden incentivar y promover nuevas oportunidades para crear alternativas frente a las diferencias, pueden ser una vía de cambio que permita modificar el marco actual donde se manifiesta el conflicto y crear una realidad distinta donde se construya un entorno social diferente que suponga consolidar espacios, realidades que realmente satisfagan los intereses y las necesidades de las personas.

La nota común de todos estos tipos de conflicto es que, normalmente, sean del tipo que sean, tendrán una trascendencia y consecuencias jurídicas, y ese es el alcance que a nosotros nos atañe a la hora de su análisis, y de ello vamos a tratar en los siguientes capítulos.

De ahí que el conflicto sea un motor de cambio, una oportunidad de aprender, de construir nuevas circunstancias cuando se ha producido una disensión, tensiones que faculden un mejor sistema social de convivencia. Se ha dicho con acierto que «gracias a los conflictos la sociedad inventa, se transforma, no se estanca»¹⁰⁶. El conflicto es

¹⁰⁵ A lo largo de la historia, los conflictos, ya sean guerras o levantamientos populares, se han producido a menudo como reacción a un tratamiento inhumano y a la injusticia. La Declaración de derechos inglesa de 1689, redactada después de las guerras civiles que estallaron en este país, surgió de la aspiración del pueblo a la democracia. Exactamente un siglo después, la Revolución Francesa dio lugar a la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano. Esta Declaración aprobada por la Asamblea Nacional Constituyente francesa el 26 de agosto de 1789, es uno de los documentos fundamentales de la Revolución francesa (1789-1799) en cuanto a definir los derechos personales y los de la comunidad, además de los universales. Estará influida por la doctrina de los derechos naturales, los derechos del hombre se entienden como universales. y su proclamación de igualdad para todos.

¹⁰⁶ BANDIERI, Luis María, «Análisis del conflicto», en SOLETO MUÑOZ, Helena, y OTERO PARGA, Milagros M.^a (coord.), *Mediación y solución de conflictos. Habilidades para una necesidad emergente*, Tecnos,

consustancial al hecho de vivir de modo que puede ser un elemento propulsor de desarrollo de la persona o derivar en una situación crónica y patológica.

Podemos sintetizar los distintos aspectos del conflicto¹⁰⁷ de esta manera:

Cuadro n.º 1. Aspectos positivos y negativos de los conflictos

Aspectos positivos	Aspectos negativos
Facilita el cambio	Desgasta las relaciones
Posibilita reivindicaciones justas	Gasto de energía excesivo
Permite crecer a las personas	Provoca: escalada del conflicto
Fomenta la solidaridad y unión	Produce emociones negativas
Satisface los intereses y necesidades de las personas	

Fuente: Elaboración propia a partir de criterios de Fernández Ríos¹⁰⁸.

Madrid, 2007, p. 61-69: «En la sociedad tienen que darse conflictos porque en ella viven hombres reales, diversos, con sus propias iniciativas y sus propias pasiones. Una sociedad sin conflictos no sería una sociedad humana sino un cementerio o un museo de cera. Y los hombres competimos unos con otros y nos enfrentamos unos contra otros porque los demás nos importan, y damos trascendencia a la vida en común que llevamos con ellos. A fin de cuentas, tenemos conflictos unos con otros por la misma razón por la que ayudamos a los otros y colaboramos con ellos: porque los demás seres humanos nos preocupan. Y porque nos preocupa nuestra relación con ellos, los valores que compartimos y aquellos en que discrepamos, la opinión que tienen de nosotros. [...] Esto es muy importante, lo de la opinión: exigimos que nos quieran, o que nos admiren, o al menos que nos respeten o si no que nos teman, lo que nos dan y lo que nos quitan. Según los hombres vamos siendo más numerosos, las posibilidades de conflicto aumentan; y también aumentan los jaleos cuando crecen y se diversifican nuestras actividades o nuestras posibilidades. Compara la tribu amazónica de apenas un centenar de miembros, cada cual con su papel masculino o femenino bien determinado, sin muchas opciones de salirse de la norma, con el torbellino complicadísimo en el que viven los habitantes de París o Nueva York [...]».

¹⁰⁷ FERNÁNDEZ RÍOS, Manuel, «Aspectos positivos y negativos del conflicto», en *El grupo y sus conflictos*, YUBERO JIMÉNEZ, Santiago y MORALES, Francisco J. (coordinadores), 1999. Universidad Castilla-La Mancha, p. 25-46.

¹⁰⁸ *Ibidem*.

1.2.5. Tipos de conflicto

Existen muchos tipos de conflictos. Una primera forma de clasificarlos es por su conexión recíproca o sinalagmática en unilaterales y bilaterales. En un conflicto unilateral sólo una de las partes está en desacuerdo con la otra; en el bilateral ambas partes esperan algo de la otra.

Si un profesional ha realizado una prestación de servicios a un cliente y este no le paga, el problema lo tiene el profesional porque no recibe su contraprestación: sería, por tanto, de carácter unilateral; pero si el particular que ha solicitado los servicios del profesional no realiza el pago porque este no ha cumplido con lo pactado en el contrato de prestación de servicios íntegramente, aquí el conflicto es bilateral, de los dos, porque ambos necesitan algo de la otra parte.

Los agentes del conflicto son aquellos que están directamente involucrados en el mismo, realizan actos u omisiones por los que se les puede hacer responsables de una situación de conflicto. Se pueden distinguir cuatro niveles de conflicto¹⁰⁹:

- El primero, sería el conflicto intrapersonal o intrapsíquico: El origen del conflicto está en uno mismo en sus ideas, pensamientos, emociones valores, predisposiciones, o impulsos, que entran en colisión unos con otros llegando a producir frustración e insatisfacción.
- El segundo, sería conflicto interpersonal: Este tipo de conflictos ocurre entre dos o más personas individuales.
- El tercero, sería el conflicto intragrupal: Este nivel de conflicto se da dentro de un grupo, ya sea familiar, dentro de una organización, en una empresa, entre otras agrupaciones. Estos conflictos son un obstáculo para el avance del grupo porque afectan a la eficacia de la consecución de metas grupales.
- El cuarto, sería el conflicto intergrupalo: Este conflicto se produce entre diferentes grupos, como, por ejemplo, entre Estados, entre sindicatos y

¹⁰⁹ LEWICKI, Roy, LITERRER, Joseph A., MINTON, John W., y SAUNDERS, David, *Negotiations*, Burr Ridge, Irwin, 1994.

patronal, entre diferentes empresas o partidos políticos etc. La resolución del conflicto es muy complicada, por la diversidad existente y la multitud de personas implicadas.

Lo cierto es que hay diversas situaciones que provocan que el conflicto se conciba como negativo: Los mensajes que hemos recibido en la infancia sobre los conflictos. Los modelos de conducta de los progenitores, del profesorado y de las amistades. Las actitudes y las conductas vistas en medios de comunicación también influyen sobre nuestras propias experiencias con los conflictos.

Necesitamos cambiar la forma de entender el conflicto para que sea una oportunidad de mejorar y de poder cambiar y para ello es preciso: tomar conciencia, tener buena disposición, potenciar nuestras habilidades, y conseguir un apoyo consistente.

1.2.6. El surgimiento del conflicto

La expresión verbal articulada mediante palabras manifestadas, complementada por el lenguaje no verbal o gestual transmite mensajes que influyen de forma positiva o negativa en la actuación de la otra parte en el surgimiento del conflicto; proporciona información sobre la opinión del otro y coadyuva a provocar rechazo o adhesión y conduce a actuar de una determinada manera por reacción ante la posición que manifiesta la parte contraria.

La disputa por un derecho u objetivo es el detonante del desacuerdo provocado porque una de las partes considere que se haya producido la vulneración del derecho o se haya producido una dificultad de conseguir el objetivo que se pretendía alcanzar, impedido por la acción u omisión del contrario.

La hostilidad hace su aparición cuando el conflicto ha escalado lo que dificulta la posibilidad de una solución. La violencia se produce, si las partes implicadas en el conflicto alteran su lenguaje realizando una comunicación agresiva, no manteniéndose una comunicación pacífica y en casos extremos se puede llegar al empleo de la fuerza para hacer valer su posición. De ahí que para que se produzca un conflicto habrá necesariamente un enfrentamiento por un derecho u objetivo.

1.2.7. El binomio conflicto-mediación y su resultado jurídico

El conflicto es consustancial al ser humano, todos los días afrontamos una gran cantidad de conflictos, empezando por conflictos con nosotros mismos, acerca de nuestra organización cotidiana, quehaceres, gestión del tiempo, del trabajo; esto genera con mucha frecuencia una gran cantidad de disonancias que, si no somos capaces de resolver, van a contribuir a que las relaciones con los demás sean más complicadas y la convivencia sea una fuente cotidiana de conflictos y enfrentamientos, que en su gran mayoría vienen generados por una comunicación errónea y los estados emocionales alterados que no somos capaces de reconocer y reducir, provocando dificultades en muchas ocasiones innecesarias con nuestros compañeros, amigos, allegados y las personas que día a día forman parte de nuestra vida de relaciones, tanto personales como profesionales.

La necesidad de gestionar bien los conflictos y de reconducirlos a buen puerto da lugar a la exigencia de tener acceso o de utilizar diferentes medios de resolución que ayuden a conseguir la buena gestión de los diferentes intereses cuando hay discrepancias, y más aún cuando hay consecuencias jurídicas. Y por tanto la mediación resulta idónea para este cometido.

No se puede transmitir la idea errónea de que, a través de la mediación, y con el buen hacer de los mediadores y su profesionalidad, se resuelvan todos estos conflictos. La cuestión es más bien que los conflictos sean manejados desde otra perspectiva más humanista, con una visión constructiva de las personas. Y, puesto que los conflictos son inevitables, se impone la obligación de llegar a un entendimiento para resolver la situación que afecta a los interesados de una manera equilibrada, donde las partes implicadas se vean reconocidas y tengan la sensación de que su situación ha mejorado ostensiblemente y, si bien a veces no se pueda alcanzar una satisfacción total de las pretensiones de las dos partes, sí se puede al menos conseguir un acercamiento de las posiciones tal que sea la mejor opción para que las relaciones se restituyan o, si no es posible, al menos cese el enfrentamiento entre las partes para poder alcanzar un entendimiento ventajoso.

No se trata de aplicar el pacifismo bienintencionado con una actitud voluntarista que pretende alcanzar la utopía de la modificación de la sociedad y la erradicación de todo conflicto, sino de aplicar con sensatez las técnicas y conocimientos sobre el

comportamiento humano, las emociones, los métodos de rebajar la tensión en los momentos de máxima conflictividad, ayudar a que las personas que se encuentren en situaciones difíciles, en las que tengan que resolver cuestiones relevantes, sean ayudadas a que por ellas mismas puedan alcanzar esa meta. El objetivo es que no sea un tercero el que tenga que decidir por ellos, pero para ello hay que sacarles de las situaciones de debilidad emocional provocadas por el conflicto. Hay que «rescatar al ser humano de su conflicto». Y la mediación es un medio que, si es correctamente aplicado, por personas profesionalmente bien preparadas, con la formación requerida para cada tipo de mediación, puede contribuir a alcanzar el objetivo de que no todos los enfrentamientos sean judicializados y se utilicen sistemas menos gravosos en costes económicos, emocionales y de consecuencias negativas en las futuras relaciones, como es el caso de la mediación.

Superar que tengamos que acudir a la vía judicial para todo tipo de conflicto es el último fin de la mediación. O que la autoridad judicial sea quien decida hasta el último detalle de la vida de las personas, como sucede en los procedimientos de Jurisdicción Voluntaria en el caso del artículo 90 de la Ley 15/2015, de 2 de julio¹¹⁰. Es bastante sorprendente que tengamos que acudir a que un juez decida aspectos tan privados y personales como la fijación del domicilio en este caso, o si un menor de edad puede ir o no a una actividad extraescolar, o situaciones similares que los juzgados de familia admiten que cada vez se da con más frecuencia en caso de progenitores separados o divorciados.

1.2.8. Referencia a los costes de carácter jurídico cuando se produce el conflicto en las organizaciones

El tratamiento de los conflictos en el ámbito de las organizaciones se enmarca frecuentemente dentro de los departamentos de recursos humanos, y normalmente se realiza dentro del marco sindical establecido.

¹¹⁰ Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria. Capítulo III *De la intervención judicial en los casos de desacuerdo conyugal y en la administración de bienes gananciales*. Artículo 90. Ámbito de aplicación, competencia, postulación y tramitación. «1. Se seguirán los trámites regulados en las normas comunes de esta Ley cuando los cónyuges, individual o conjuntamente, soliciten la intervención o autorización judicial para: a) Fijar el domicilio conyugal o disponer sobre la vivienda habitual y objetos de uso ordinario, si hubiere desacuerdo entre los cónyuges. b) Fijar la contribución a las cargas del matrimonio, cuando uno de los cónyuges incumpliere tal deber [...]».

El objetivo pretendido es resolver el conflicto de modo rápido, aunque esta necesidad de celeridad implica que no siempre se van a tener en cuenta los factores que los han originado, no habrá ni diálogo ni consenso. Por tanto, no suelen resolverse de forma eficaz, y con mucha frecuencia quedan enquistados. Las organizaciones sindicales, plantean el conflicto desde variables profesionales, con un enfoque claramente competitivo, que tampoco tiene una visión completa del conflicto ni favorece una resolución satisfactoria para todas las partes.

Por último, hay personas que son más propensas a generar conflictos; también los valores individuales influyen en la formación de prejuicios, criterios de trabajo, circunstancias que son determinantes de las relaciones humanas. La historia personal condiciona nuestro modo de generar y resolver conflictos. Y así gestionado tiene unos costes muy elevados.

Veamos los diversos tipos¹¹¹ que se nos plantean tanto en costes directos, como en costes indirectos, e incluso en los que podemos calificar como costes de oportunidad:

En cuanto a los costes directos pueden identificarse los siguientes:

- a) El tiempo empleado por gerentes, jefes de servicio, supervisores que dedican entre un 30 y un 50% de sus jornadas laborales a la gestión del conflicto. Tiempo que restan de sus tareas profesionales.
- b) La utilización de medios extraordinarios para la resolución del conflicto. El temor al conflicto y la tensión que genera supone duplicar esfuerzos y agotar recursos de forma inadecuada.
- c) Los costes legales. Si el conflicto no se resuelve adecuadamente su gestión acabará en la vía judicial produciendo un aumento de costes legales para la organización, con el consiguiente desgaste en las relaciones profesionales entre las personas implicadas.

En cuanto a los costes indirectos, pueden relacionarse los siguientes:

¹¹¹ LEÓN GARRIDO, Carlos Alberto, *La gestión del conflicto en las organizaciones complejas*, Universidad Internacional de Andalucía, 2016. [Disponible *on line* <<https://bit.ly/2TQ4OYO>>].

- a) La pérdida de valor en la toma de las decisiones. Las actitudes negativas que se derivan del conflicto reducen la capacidad de un equipo para avanzar.
- b) La reestructuración de procesos con tendencia a la evitación. Las decisiones que se toman tienden a resolver los conflictos ya existentes más que a prevenirlos.
- c) La pérdida y reemplazo de personal cualificado. A consecuencia de los conflictos se pierden profesionales cualificados. Son frecuentes las rotaciones de personal, para suplir las bajas que se ocasionan o la necesidad de traslados. A veces es preciso formar a un nuevo profesional que lo va a reemplazar.
- d) Los costes emocionales. Los costes de tipo emocional y psíquico, como lo son el absentismo laboral, bajo rendimiento y bajas laborales.
- e) La pérdida de confianza en el equipo, líderes y en la propia organización.
- f) El sabotaje interno. Finalmente, la presencia de un conflicto prologado en el tiempo y se cronifica, conlleva que los trabajadores afectados muestren desmotivación y falta de compromiso con la organización, lo que a su vez se traduce en actos de negligencia que pueden derivar en resultados dañosos, sabotajes e incluso robos dentro de las áreas de trabajo.

Por lo que respecta a los costes de oportunidad, podemos identificar básicamente de dos tipos:

- a) Pérdida de nuevos proyectos, trabajos u oportunidades.
- b) Negativa a trabajar en proyectos de innovación, o de investigación.

En conclusión: hay que tratar los conflictos con inteligencia emocional, asertividad y capacidad de negociación que exploren soluciones pactadas, para evitar los costes del conflicto, siendo preciso promover interacciones positivas que maximicen las relaciones sociales y garanticen la operatividad y competitividad de la organización en la sociedad en la que se encuentra inmersa.

En cuanto a las fuentes del conflicto entre organizaciones¹¹² principalmente pueden señalarse los siguientes:

- a) Metas opuestas. Cuando los intereses de las partes son divergentes, es muy fácil que se produzcan conflictos. En el caso de conflictos de intereses en las organizaciones es frecuente si existen recursos escasos o los objetivos de las áreas son contrapuestos.
- b) Dependencia de una parte. Cuando una parte confía a otra la realización de una tarea o el abastecimiento de recursos, aumenta la posibilidad de existencia de un conflicto. Se refiere tanto a la participación de las partes en la toma de decisiones como a las relaciones entre ellas. Cuando las partes deben tomar una decisión conjunta consensuada, es probable que surjan desacuerdos.
- c) Regulaciones del comportamiento. Los mecanismos reguladores incluyen los procedimientos, reglas y políticas.

Estas cumplen dos funciones: primera reducen la probabilidad de conflicto al predecir las relaciones y la toma de decisiones arbitrarias. Segunda, aumentan el grado de control.

Si las partes gozan de gran autonomía, es posible que se opongan a límites marcados, y surgirán nuevos conflictos.

- d) No señalar los límites. Si los límites son ambiguos, el conflicto es mayor. Si las personas responsables de diferentes áreas tienen competencias relacionadas, y no delimitadas, las posibilidades de conflicto son seguras, en cambio si las responsabilidades están definidas, hay menos oportunidades para los malentendidos y la invasión de los ámbitos profesionales de unos y otros será menos frecuente, se darán menos conflictos.
- e) Conflictos previos no resueltos. Si estos existen, se produce una situación proclive al conflicto. La situación no resuelta afectará la resolución de futuros conflictos. Las experiencias previas crean las condiciones futuras. Resolver los

¹¹² YUBERO JIMÉNEZ, Santiago, «El conflicto entre grupos profesionales», en *El grupo y sus conflictos*, YUBERO JIMÉNEZ, Santiago y MORALES, Francisco J. (coords.), 1999. Universidad Castilla-La Mancha, p. 117-136.

conflictos utilizando el poder y no cumplir los compromisos es el caldo de cultivo para posteriores conflictos.

- f) Problemas de comunicación. La mayoría de los conflictos implican dificultades en la comunicación, se originan a partir de diferencias en la percepción y la escucha, y son producto de las diversas interpretaciones que cada uno otorga a los mensajes que recibe. Las dificultades en la comunicación son la esencia misma de los conflictos.

2. La conciliación

2.1. La conciliación en el ámbito civil y mercantil

«Meglio una magra transazione che una grassa sentenza.»

Francesco Carnelutti¹¹³

2.1.1. Marco legal de referencia de la conciliación

Como premisa inicial debe destacarse que, tras la modificación introducida por la Ley 34/1984, de 6 de agosto, de reforma urgente de la ley de enjuiciamiento civil¹¹⁴, la conciliación deja de ser obligatoria para las partes; dato especialmente relevante, puesto que ya no se exige como requisito previo y necesario para iniciar un proceso judicial, y así apareció reflejado con total claridad en la exposición de motivos de esa misma ley, en la que literalmente se recoge que

«como modificaciones o simples matizaciones que se incorporan a la Ley de Enjuiciamiento Civil figuran [...] conferir al acto de conciliación, que, como demuestra la experiencia, ha dado resultados poco satisfactorios, un carácter meramente facultativo».

La conciliación se incluye dentro de las llamadas «Alternativas del proceso civil», junto con la transacción, el arbitraje, el reconocimiento y la renuncia¹¹⁵. Los denominados «equivalentes jurisdiccionales» se consideran modos de resolución diferentes y alternativos de carácter autocompositivo o heterocompositivo¹¹⁶, que

¹¹³ CARNELUTTI, Francesco, *Sistema de Derecho procesal civil*, vol. I *Introducción y función del proceso civil*, Uteha, Buenos Aires, 1944.

¹¹⁴ BOE, núm. 188, de 7 de agosto de 1984, p. 22917 a 22934.

¹¹⁵ CARNELUTTI, Francesco, *Teoría General del Derecho*, Gedisa, Madrid, 1941.

¹¹⁶ La Autocomposición representa un mecanismo intermedio para la solución de conflictos que se caracteriza por ser las partes en litigio quienes, bien por un sacrificio unilateral, bien por mutuo acuerdo en sus respectivas posiciones iniciales mantenidas al tiempo del planteamiento del conflicto, deciden

intentan ser un procedimiento más para la defensa y tutela de los derechos e intereses legítimos de las personas.

La conciliación también podría encuadrarse, dentro de los negocios de carácter jurídico-privado¹¹⁷, con unos efectos semejantes a la transacción, y que, por tanto, ha de contener los requisitos de perfección y validez que recoge el artículo 1261 del Código civil.

En cuanto a su regulación, hasta la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la jurisdicción voluntaria, que entró en vigor parcialmente el 23 de julio de 2015, la conciliación aparecía recogida en la Ley de enjuiciamiento civil de 1881, a través de su título primero del libro II, en los artículos 460 a 480¹¹⁸, que seguían en vigor a tenor de lo dispuesto en la nueva Ley 1/2000, de 7 de enero, de enjuiciamiento civil, según se establecía en la Disposición Derogatoria Única 1. Actualmente, la regulación de la conciliación se encuentra en el título IX de la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la jurisdicción voluntaria, desde el artículo 139, sobre la «procedencia de la conciliación», hasta el artículo 145, sobre la «acción de nulidad».

Podemos señalar, por la trascendencia que tiene para la aplicación y desarrollo de la conciliación, quién tiene la competencia de la función conciliatoria en el ámbito judicial: en el artículo 1 de la Ley 13/2009, de 3 de noviembre, de reforma de la

ponerle fin. La heterocomposición, en cambio, se caracteriza por ser un medio que opera a través de la intervención de un tercero imparcial, a quien las partes han acudido cuya decisión siempre de carácter vinculante, impone la solución al conflicto; Cf. MORENO CATENA, Víctor, *Introducción al Derecho procesal*, 7.ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.

¹¹⁷ CARNELUTTI, Francesco, *Estudios de derecho procesal* (tr. esp. Santiago Sentis Melendo), Vol. I, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1952. De la doctrina italiana se ha tomado la categoría de actos procesales, lo que conocemos como negocio procesal. Incluye esta categoría, aquellos actos en el proceso que necesitan un acuerdo de voluntades para constituir un derecho. En el acto procesal, basta la manifestación de una voluntad individual, mientras que en el negocio procesal se requiere la concurrencia de dos voluntades; un acuerdo, un convenio, como en el negocio privado. La doctrina italiana llama negocios procesales al compromiso arbitral, a la prórroga de la competencia y a la transacción. La transacción es un contrato regulado por el Código civil por medio del cual las partes, haciéndose mutuas concesiones, terminan una controversia presente o previenen una futura. Es cierto que un procedimiento judicial puede terminar con una transacción, pero no es un acto procesal, sino un contrato celebrado para terminar un proceso cuyo contrato o convenio sí es un negocio, pero de carácter privado y no procesal

¹¹⁸ Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (BOE, núm. 7, de 08/01/2000). Entrada en vigor: 08/01/2001. Referencia: BOE- A-2000-323.

legislación procesal para la Implantación de la nueva oficina judicial¹¹⁹, se le va a dar una nueva redacción al artículo 460 de la Ley de enjuiciamiento civil, donde se recoge la posibilidad de intentar la conciliación antes de promover un procedimiento judicial. Se modifican los artículos relativos a los órganos competentes para conocer de la conciliación, las cuestiones de competencia que se susciten y los requisitos procedimentales necesarios para instarla, así como su notificación, celebración y el acta que recoge el acuerdo alcanzado tras su celebración. En la nueva regulación atribuye la competencia íntegra a jueces de paz y letrados de la administración de justicia, que es la nueva denominación que sustituye a la de secretarios judiciales a partir de la Ley orgánica 7/2015, de 21 de julio¹²⁰. Por Ley orgánica 19/2003, de 23 de diciembre¹²¹, en su Disposición Final segunda regula la adecuación de las normas a los preceptos de la Ley orgánica del poder judicial que habían sido modificadas, ya que desde este momento van a ser los letrados de la administración de justicia los que desempeñen las competencias de la conciliación cuando así lo establezcan las leyes procesales, según se recoge en el artículo 456 de la Ley orgánica del poder judicial¹²².

¹¹⁹ Artículo primero. Modificación de la Ley de Enjuiciamiento Civil aprobada por Real Decreto de 3 de febrero de 1881. «*Se modifica la Ley de Enjuiciamiento Civil aprobada por Real Decreto de 3 de febrero de 1881 en los siguientes términos [...]*».

¹²⁰ Tras la reforma de la Ley Orgánica del Poder Judicial por Ley Orgánica 7/2015, de 21 de julio, por la que se modifica la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial (publicada en el BOE de 22 de julio de 2015), los Secretarios Judiciales pasarán a ser denominados «Letrados de la Administración de Justicia». Además de esta nueva denominación, contarán con nuevas competencias y funciones en el proceso civil.

¹²¹ El artículo 440 de la Ley Orgánica del Poder judicial (y el artículo 1 del Reglamento Orgánico del Cuerpo de Secretarios Judiciales) intentan una suerte de definición de lo que son Letrados de la Administración de Justicia al decir: «*Los Letrados de la Administración de Justicia son funcionarios públicos que constituyen un Cuerpo Superior Jurídico, único, de carácter nacional, al servicio de la Administración de Justicia, de «Letrados de la Administración de Justicia», dependiente del Ministerio de Justicia, y que ejercen sus funciones con el carácter de autoridad, ostentando la dirección de la Oficina judicial*».

¹²² Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial (BOE, núm. 157, de 02/07/1985. Ref. BOE-A-1985-12666). Artículo 456. (Redactado conforme a la corrección de errores publicada en BOE, núm. 264, de 4 de noviembre de 1985. Ref. BOE-A-1985-22752): *Se modifica por el art. único. 68 de la Ley Orgánica 7/2015, de 21 de julio. (Ref. BOE-A-2015-8167) y por el art. único. 123 de la Ley Orgánica 19/2003, de 23 de diciembre (Ref. BOE-A-2003-23644): «1. El Letrado de la Administración de Justicia impulsará el proceso en los términos que establecen las leyes procesales. [...] 2. A tal efecto, dictará las resoluciones necesarias para la tramitación del proceso, salvo aquéllas que las leyes procesales reserven a Jueces o Tribunales. Estas resoluciones se denominarán diligencias, que podrán ser de ordenación, de constancia, de comunicación o de ejecución. 3. Se llamará decreto a la resolución que*

Así, los letrados de la administración de justicia, según el apartado tercero del artículo 456 de la Ley orgánica del poder judicial– van a dictar resoluciones en forma de decreto cuando se admita una demanda y pongan fin a un procedimiento cuya competencia tengan atribuida de forma exclusiva, y también en los casos en que sea «preciso o conveniente razonar su decisión»¹²³.

El procedimiento judicial se rige por unos principios que derivan de la Constitución y que, por incidir sobre derechos fundamentales, pueden ser defendidos por los cauces que la propia Constitución permite a través del recurso de amparo¹²⁴.

La Constitución española no recoge expresamente todos los principios que deben regir en los procedimientos judiciales, pero sí los más importantes: el principio de garantía constitucional recogido en el artículo 24, el principio de defensa del artículo 24.1, el principio de audiencia y el principio de legalidad, recogidos en los artículos 25 y 9, respectivamente, y los principios de contradicción y de igualdad de partes.

Aunque nuestra Constitución no alude expresamente a la conciliación¹²⁵, hay que señalar, por último, en cuanto a su tratamiento legal, que podrá ser impugnada

dicte el Letrado de la Administración de Justicia con el fin de admitir la demanda, poner término al procedimiento del que tenga atribuida exclusiva competencia, o cuando sea preciso o conveniente razonar su decisión. Será siempre motivado y contendrá, en párrafos separados y numerados, los antecedentes de hecho y los fundamentos de derecho en que se basa. 4. Las diligencias de ordenación y los decretos serán recurribles en los casos y formas previstos en las leyes procesales. 5. Las resoluciones de carácter gubernativo de los Letrados de la Administración de Justicia se denominarán acuerdos. 6. Los Letrados de la Administración de Justicia, cuando así lo prevean las leyes procesales, tendrán competencias en las siguientes materias: a) Ejecución, salvo aquellas competencias que exceptúen las leyes procesales por estar reservadas a Jueces y Magistrados. b) Jurisdicción voluntaria, asumiendo su tramitación y resolución, sin perjuicio de los recursos que quepa interponer. c) Conciliación, llevando a cabo la labor mediadora que les sea propia. d) Tramitación y, en su caso, resolución de los procedimientos monitorios. e) Mediación. f) Cualesquiera otras que expresamente se prevean».

¹²³ La implantación de la nueva oficina judicial supuso una modificación muy importante, ya que la atribución por la Ley Orgánica 13/2009 de las funciones de conciliación a los Secretarios Judiciales implica una nueva concepción de su figura y una necesidad de adaptarse a esta nueva función y a su protagonismo por todos los operadores jurídicos del sistema.

¹²⁴ Título I. *De los derechos y deberes fundamentales*
Capítulo cuarto. *De las garantías de las libertades y derechos fundamentales.* Artículo 53.3: «El reconocimiento, el respeto y la protección de los principios reconocidos en el Capítulo tercero informarán la legislación positiva, la práctica judicial y la actuación de los poderes públicos. Sólo podrán ser alegados ante la Jurisdicción ordinaria de acuerdo con lo que dispongan las leyes que los desarrollen.

según los artículos 1301¹²⁶ y siguientes del código civil, teniendo en cuenta que, una vez celebrada la conciliación, el convenio que recoge los términos de lo acordado no proviene de un acto decidido por la autoridad judicial, sino que es un contrato o negocio jurídico –por tanto, una transacción–, por lo que no cabe recurso alguno contra el mismo, de modo que solo cabría ejercitar una acción de nulidad por las mismas causas de invalidez de los contratos¹²⁷.

2.1.2 Aproximación histórica a sus orígenes

La conciliación tiene un origen relativamente reciente como institución jurídica, aunque es evidente que no todas las materias pueden ser objeto de conciliación, del

¹²⁵ La Constitución de 1812 recogía en su artículo 284 la regulación de la Conciliación. El precepto, aparte de otorgarle relevancia constitucional, imponía de forma obligatoria su realización antes del correspondiente procedimiento. Sin la constancia previa del intento de conciliación, no podía iniciarse el proceso judicial.

¹²⁶ “La acción de nulidad sólo durará cuatro años. Este tiempo empezará a correr: En los casos de intimidación o violencia, desde el día en que éstas hubiesen cesado. En los de error, o dolo, o falsedad de la causa, desde la consumación del contrato. Cuando la acción se refiera a los contratos celebrados por los menores o incapacitados, desde que salieren de tutela. Si la acción se dirigiese a invalidar actos o contratos realizados por uno de los cónyuges sin consentimiento del otro, desde el día de la disolución de la sociedad conyugal o del matrimonio, salvo que antes hubiere tenido conocimiento suficiente de dicho acto o contrato”.

El artículo 1301 señala un plazo para el ejercicio de la acción de nulidad. La doctrina es hoy acorde en considerar que este plazo de cuatro años es propio, únicamente, de la acción de anulación, de modo que no se aplica a la nulidad de pleno derecho. Lo que sucede más exactamente es que el artículo 1301 se refiere tan sólo a la acción de restitución procedente por ser anulable el contrato por alguno de los motivos en él enumerados –incapacidad, vicios del consentimiento, contratos de un cónyuge sin consentimiento del otro cuando tal consentimiento es necesario–, dejando imprevistas todas las demás cuestiones (entre ellas, si hay plazo o no para hacer valer la nulidad absoluta).

¹²⁷ SAP 227/2008 Zaragoza, Sección 4.ª, de 22 de abril de 2008, rec. 533/2007. La sentencia estima la demanda en la que se solicitaba el cumplimiento de una obligación de hacer en base a lo acordado en acto de conciliación en fecha 11-3-05, resolución frente a la que la parte demandada interpone recurso de apelación por considerar que se ha producido una errónea apreciación y valoración de las pruebas, así como infracción de las normas aplicables, art 24 CE, artículos 216, 217 y 218, LEC y artículos 1062 [...] El acto de conciliación se regula en los artículos 460 y ss. de la anterior LEC, no derogados según la disposición derogatoria única de la nueva LEC. En cuanto a la naturaleza de ese acto, se ha manifestado que tiene un contenido negocial según establece el art 476 de la anterior LEC (SSTS 10-2-00, RJ 2000/2424); [...] En cuanto a la validez del acto, el art 477 de la anterior LEC permite ejercitar la acción de nulidad de los contratos frente a lo convenido en acto de conciliación por las causas que los invaliden 1114, 1258, 1261, 1274 y 1275 CC.

mismo modo que tradicionalmente se afirma que no puede haber transacción «por razones de moralidad o de otras consideraciones no menos atendibles»¹²⁸.

El origen de la conciliación podríamos situarlo en la incorporación a las diferentes legislaciones estatales de las que pasó a formar parte de su procedencia de los postulados del Derecho internacional.

En teoría, aunque otra cuestión es cómo se produce en la realidad, los estados están obligados a solucionar sus diferencias y conflictos por métodos pacíficos, como se recoge en el derecho internacional, y, en concreto, en la Carta de las Naciones Unidas, al considerar que los medios para abordar estas diferencias serán elegidos por los Estados que tienen que resolverlas (artículo 33.1).

Los métodos internacionales de resolución pacífica de conflictos se clasifican por su contexto geopolítico y jurídico en dos tipos:

- Por un lado, la llamada negociación *directa*, que se basa en los buenos oficios, en la mediación, en la investigación, en la conciliación, y que, por tanto, se articula mediante métodos «políticos o diplomáticos».
- Por otro lado, las sentencias o laudos dictados por un tribunal internacional o arbitral, ante la jurisdicción internacional y el arbitraje, en los que se concentran los métodos *jurídicos*¹²⁹.

Al plantear los orígenes más remotos de la conciliación en nuestra cultura, nos podemos remitir a épocas de la antigüedad griega y romana.

Así, hay referencias a magistrados de la Grecia clásica, los llamados *thesmotes*, cuya función judicial permitía que las partes pudieran llegar a una transacción sobre sus diferencias¹³⁰. Estaría dentro de la esencia natural del hombre

¹²⁸ MANRESA Y NAVARRO, José M.^a, *Comentarios al Código Civil español*, Tomo XII, Imprenta de la Revista de Legislación, Madrid, 1907, donde se refiere a las excepciones o limitaciones a la facultad de transigir.

¹²⁹ VILLALTA VIZCARRA, Ana Elizabeth, «Solución de controversias en el Derecho internacional», en *Actas del XLI Curso de Derecho Internacional de la UNAM* [disponible *on line*: <<https://bit.ly/2Ab32KF>>].

¹³⁰ CADAVID GUERRERO, Iván Andrés, «La justicia en el marco del Estado griego», *Revista Ratio Juris*, vol. 7, núm. 15 (julio-diciembre 2012), p. 19-36.

ceder en sus posiciones para llegar a un acuerdo que le permita convivir en armonía con los demás.

En el Derecho Romano, aunque no estaba regulada por ley, si bien sí había un respeto por lo que las partes habían conseguido obtener mediante la conciliación, según las Doce Tablas¹³¹.

En nuestro histórico derecho patrio, en el *Liber Iudiciorum* (o *Lex Visigothorum*)¹³² aparece la figura del *pacis adsertor*¹³³, que era un enviado del Rey

¹³¹ Las Tablas I, II, III contenían el Derecho procesal privado. El procedimiento que regulan es el de las acciones de la ley (*legis actiones*), acciones judiciales en que en virtud de la Ley de las XII Tablas u otras *leges publicae* podrían ejercer los ciudadanos romanos para la defensa de sus derechos. El proceso se caracterizaba por su excesivo formalismo, las partes debían pronunciar obligatoriamente determinadas palabras, a veces muy complicadas, si querían tener posibilidades de ganar el litigio, o debían realizar determinados ritos rigurosamente prescrito. Detrás de este formalismo estaba la impronta religiosa.

El pretor era el magistrado que presidía el proceso, encauzándolo y fijando la controversia, pero el juez (*iudex* o *arbiter*) que dictaba sentencia era un ciudadano privado elegido de común acuerdo por las partes. Cicerón aconsejaba la conciliación, fundado en el aborrecimiento que hay que tenerles a los pleitos, pues era un acto de liberalidad digna de elogio y provecho para quien lo realizaba. La propia ley era partícipe de esta idea; así, la Tabla I, 6 dice: *Rem ubi pacunt, orato* («Cuando haya pacto sobre la cosa [litigiosa] proclámese»).

¹³² El *Liber Iudiciorum* o *Lex Visigothorum* (*Lex gothica*) es un código legal visigodo promulgado primero por Recesvinto en el año 654 y posteriormente, en una versión completada, por Ervigio (681). Constituye un ingente trabajo de recopilación de leyes propias y de los monarcas precedentes. Como *antiquae* se califican las de los reyes anteriores a Recaredo, y podían proceder del código atribuido a Eurico o del *Codex revisus* de Leovigildo, o haber sido recogidas directamente de las fuentes romanas. Algunas se califican de *antiquae emmendatae*, lo que indica que habrían sido corregidas, bien al tiempo de su recopilación o en algún momento anterior. Las leyes de Recaredo y de los reyes posteriores van encabezadas, por lo general, con el nombre del rey legislador, lo que facilita la identificación de su origen. Esta versión romance se ha atribuido tradicionalmente a Fernando III, podría haber sido concluido en 1241, por la aparición de un documento de la misma fecha, destacar que no es la primera versión romance de este código, pues hay una versión catalana del siglo XII de la que se conservan tres folios procedentes de dos manuscritos distintos en los archivos de la catedral de la Seu de Urgell y de la Abadía de Montserrat. Vid. Ureña y Smenjand, Rafael, *Legislación gótico-hispana (Leges antiquiores – Liber Iudiciorum)*. Estudio crítico (ed. Carlos Petit), Urgoiti ed., Pamplona, 2003.

¹³³ La institución de los «*pacis adsertores*» se remonta al imperio romano. En su estudio «La “Pax” Romana» (en Beatriz MOLINA RUEDA [coord.], *Cosmovisiones de paz en el Mediterráneo antiguo y medieval*, Universidad de Granada, Granada, 1998, p. 191-228), el autor Francisco A. MUÑOZ IBÁÑEZ relata cómo una gran parte del legado del Imperio Romano en general y del latín en, particular, fue depositado en la Iglesia Romana, que de esta forma transmitía el mensaje de la paz entre los hombres y la paz y el respeto, a las instituciones y el Estado. Numerosas expresiones nos dan muestra de ello *pax vobis, pax domini, pacem dare, pax bandita, pax dei et ecclesiae, pax beatae mariae, pax ordo, pax eclesiae, pax totius hebdomadae, pax firma, pax regis, ad pacem redire, pacem jurare, pacem plocamare, littera pacis, pax curae regis, pax santi petri, pax parva et melior, pax imperii, paz villae, paces, paciarus, pacis adsertores, salva vestra pace*.

para que las partes se avinieran a un acuerdo para dirimir sus diferencias; esta figura aparece de nuevo en el Fuero Juzgo¹³⁴. Su trabajo consistía en solucionar pacíficamente las causas para las que era nombrado especialmente por el rey. Su función podría ser equivalente a la que hoy realizaría un juez de paz, aunque la palabra «*adsertor*», no implicaba realizar concretamente las funciones de una autoridad judicial, sino las de representante o procurador de las partes en litigio. Podría equiparse, por tanto, a un funcionario, con tareas específicas de carácter judicial, aunque sin estar investido de la potestad de un magistrado¹³⁵. Los *adsertores* no tenían carácter permanente y solo tenían participación en el asunto que concretamente les era encargado por el Monarca; incluso, la misma legislación prohibía la transacción de los litigios una vez iniciados (*Liber Iuridiciorum* II.1.17).

Consiguientemente, en los orígenes del Reino de León y de sus instituciones políticas también existe una mención al *pacis adsertor*. Como afirma el historiador Julio Puyol:

*«Indudable es que el precedente de esta función hállase en la de **adsertor** del Fuero Juzgo [FJ II-2-15], nombre que tiene en él dos significaciones: La primera de ellas, para denotar al juez nombrado por el rey con el único fin de restablecer la concordia entre los litigantes y al cual llámase en romance mandadero de paz “a quien envía el rey solamiente por meter paz entre las partes”, función que era, como se ve, la de un verdadero juez con facultad de entender y fallar en los pleitos que le fuesen encomendados y la segunda para denotar al personero propiamente dicho, cual lo confirma la ley según la cual, si alguno no pudiera o no quisiera comparecer por sí,*

¹³⁴ El Fuero Juzgo es una traducción romance del *Liber Iudiciorum* o *Lex gótica*, junto con otros elementos tomados de las leyes visigodas, incluido el Código de Eurico. Este código (el Fuero Juzgo) fue la ley personal de los cristianos durante la dominación musulmana y reglamentó la vida de los primeros reinos cristianos que se reformaron con la Reconquista reguló materias políticas, civiles y penales. Establece esta ley los delitos castigados generalmente en la Edad Media tales como la hechicería, adivinación, lesiones, robo, daños, venta de hombres, implemento de la fuerza, etc.

¹³⁵ COLMEIRO; Manuel, *De la constitución y el gobierno de los Reinos de Castilla y León*, tomo I, Librería de don Ángel Calleja, ed., Madrid y Santiago/Casa de A. Calleja y Cía., Lima y Valparaíso, 1855 (reimpr. Máxtor, Valladolid, 2005), p. 410.

debería dar poder a un adsertor por escrito firmado de su mano y otorgado ante testigo para que compareciese en su nombre»¹³⁶.

En las Partidas aparece la figura de los «amigables componedores» (*auenidores*)¹³⁷, en cuanto que se expresa que

«Razones ciertas pusieron los sabios antiguos que escusan directamente a los auenidores, de non librar los pleitos que rescibieron en su mano, si non quisieren [...]. Pero si una de las partes despues de haber metido el pleito en manos de auenidores moviese aquel mismo pleito en juyzio delante el Ordinario contra voluntad de la otra, caería por ende en la pena¹³⁸ que fuesse puesta sobre aquel pleito, cuando lo metieron en mano de auenidores»¹³⁹.

A este respecto, parece ser que, si había un compromiso adquirido de avenencia, ya no cabía separarse de este criterio; incluso si una de las partes en la demanda judicial divergía del «*arbitramiento del amigable compromiso adquirido*», podría la otra parte oponerse por vía de excepción¹⁴⁰.

¹³⁶ PUYOL, Julio, *Orígenes del Reino de León y sus instituciones políticas* (Tomo XII de las Memorias de la Real Academia de las Ciencias Morales y Políticas), Imprenta Viuda e Hijos de Jaime Ratés Martín, Madrid, 1926 (reimpr. Máxtor, Valladolid, 2006), p. 311.

¹³⁷ Definición de «*amigables componedores*» que encontramos en el *DRAE*: «1. m. y f. Der. Persona a la que las partes de un conflicto confían la solución equitativa de él. 2. m. y f. Der. Árbitro nombrado expresamente por las partes para decidir en equidad un litigio».

¹³⁸ «¿Tendrá, empero, esto indistintamente lugar, ya se trate de una sentencia de árbitros o de un arbitramiento de amigables componedores?» (Glosa a «*Caería porende en la pena*» a Part. III.4.30 de Gregorio López, trad. esp.).

¹³⁹ Partida III *Que habla de la lusticia, e como fe ha de fazer ordenadamente en cada logar por palabra de luyzio, e por obra de fecho para defembar los Pleytos*, Título IV *De los juezes, e de las cosas que deuen fazer e guardar*, Ley 30 *Porque razones no deuen fer apremiados los Juezes de auenencia, para librar los pleytos que les metieren en mano si non quisieren*.

¹⁴⁰ *Ibid.*

2.1.3. Especial referencia a los Consulados, las Ordenanzas de Comercio y la Conciliación

Debemos señalar que los intercambios comerciales se realizaron durante la Edad Media según los usos y las costumbres existentes entre los comerciantes, que sin estar compiladas servían para regular sus relaciones¹⁴¹.

En Medina del Campo, el día 21 de julio de 1494 se concede a Burgos por Real Pragmática la creación de un Consulado¹⁴². Al igual que Burgos, el día 22 de junio de 1511 Bilbao se convertiría asimismo en tribunal mercantil.

La mayor relevancia jurídica de este hecho es que se producía la división de las jurisdicciones mercantil y ordinaria. El hecho supuso dar una gran entidad jurídica a todas las transacciones mercantiles que se producían en los intercambios comerciales de la época en Castilla y crear el entramado jurídico necesario para el futuro comercio que se iba a desarrollar tras la llegada de los españoles a América, produciéndose así un importante desarrollo del Derecho mercantil desde la Edad Moderna hasta nuestros días.

En nuestro país, uno de los primeros consulados fue el de Valencia (en el año 1283), que acabó siendo un tribunal permanente. Después fueron los de Mallorca (en

¹⁴¹ GARCÍA GUZMÁN, David, «Los consulados de comerciantes en Nueva España. La *Lex Mercatoria*», en *Alegatos de la Universidad Autónoma Metropolitana, Unidad de Azcapotzalco* (México), núm. 9, 1988. Las relaciones comerciales se fueron organizando a medida que se generalizó el comercio con la mejora y desarrollo de las comunicaciones y el aumento de los intercambios comerciales. Ya el *Ius gentium* en el Imperio Romano tenía un cierto carácter comercial. En la Edad Media se generalizaron las ferias de carácter internacional, donde irá surgiendo el *Ius Mercatorum*, como un conjunto de reglas que regulaban los intercambios comerciales. A partir de aquí muchos autores señalan el origen del Derecho Mercantil que va unido al de los gremios: que son asociaciones de mercaderes que se organizan en las ciudades comerciales medievales para defender sus derechos de clase. Cf. Petit, Carlos (ed.), *Del Ius Mercatorum al Derecho mercantil* (III Seminario de Historia del Derecho Privado, Sitges, 28-30 de mayo de 1992), Marcial Pons, Madrid, 1997

¹⁴² Bien conocido y justamente ensalzado por los especialistas en la historia económica de la Época Moderna, el archivo personal y de la casa de comercio de Simón Ruiz constituye, sin duda, un conjunto documental único en su género en España, ya que no se conserva ningún otro perteneciente a un importante hombre de negocios español del siglo XVI. Por su riqueza y contenido tan solo puede ser comparado con el del italiano Francesco di Marco Datini, conservado en Prato, ciudad cercana a Florencia (con documentación mercantil de las dos últimas décadas del siglo XIV y la primera del XV), o con el de los Fugger, conservado en Dillingen an der Donau, muy cerca de Augsburgo. Vid. CARANDE, Ramón, «Un banquero de Felipe II en Medina del Campo», *Moneda y crédito*, 49, 1954 (reimpr. Biblioteca Virtual Cervantes, Alicante, 2015).

1343); Barcelona (en 1347); *Perpignan* (en 1388); Burgos (en 1494); Bilbao (en 1511); Sevilla (en 1543); San Sebastián (en 1682).

El consulado de Sevilla o «Universidad de los Cargadores de Indias» congregaba a los principales navieros dedicados a comerciar con América. Tras la promulgación del Código de Comercio en el año 1829, con la supresión de las jurisdicciones especiales y gremiales, los consulados desaparecieron y se extinguieron.

Los mercaderes tenían unos estatutos que recogen las prácticas mercantiles y por los que crean los tribunales de mercaderes, cuya función era resolver las diferencias que surgían en las relaciones comerciales entre los que pertenecían a estas asociaciones mediante la aplicación de las costumbres y los usos del comercio. A estos tribunales se les llamó consulados y «universidades de comerciantes»¹⁴³.

Los comerciantes, organizados en estamentos gremiales, crearon estos tribunales que se encargaban de resolver las diferencias entre ellos según sus propios usos y costumbres. Por eso, el derecho que se creó es el adecuado a las reglas que se aplicaban en ejercicio del comercio y se adaptó a sus necesidades; y una vez se recogieron, van a ser los estatutos y ordenanzas que eran reconocidas como derecho vigente en amplias zonas, así destacan: el Libro del Consulado del Mar, los *Rôles d'Oléron*¹⁴⁴, o las leyes de Visby.

La relevancia del hecho tiene una gran transcendencia jurídica, puesto que los usos y costumbres de nuestro entorno mediterráneo se fundieron con los del atlántico, dando lugar a la legislación indiana y al fortalecimiento del comercio lo que contribuirá al desarrollo del derecho mercantil.

¹⁴³ En Barcelona se creó en 1347 el Consulado del Mar, que resolvía todas las controversias que se producían en casi todos los puertos del Mediterráneo.

¹⁴⁴ SERNA VALLEJO, Margarita, *Los Rôles d'Oléron. El Coutumier marítimo del Atlántico y del Báltico de época medieval y moderna*, Centro de Estudios Montañeses, Santander, 2003. Los *Rôles d'Oléron* no fueron el único texto marítimo en vigor en las costas atlánticas y bálticas a partir de los siglos bajo medievales. Sin embargo, a diferencia de otros de ámbito local, este *coutumier* se aceptó como Derecho marítimo común en todos los territorios europeos bañados por el Atlántico y el Báltico, superando con ello los límites territoriales del suroeste francés, donde se había redactado. Lo que evidencia que su contenido, lejos de contemplar una serie de costumbres marítimas locales o regionales, incorpora un conjunto consuetudinario común a las costas atlánticas y bálticas [*on line*: <<https://bit.ly/2RQEn9k>>].

Las Ordenanzas de Burgos datan del año 1538, aunque el Consulado se creó en el año 1494. En el consulado de Sevilla, sus primeras ordenanzas son de 1556. Todas ellas serán modificadas sucesivamente.

El Consulado de Bilbao fue creado en el año 1511. Sus primeras ordenanzas generales datan del año 1531, y segundas se aprobaron en el año 1560 por Felipe II¹⁴⁵. Posteriormente, entre 1665 y 1737, fueron confirmadas y completadas. Estas compilaciones de normas son de un gran valor, dado que recogían las viejas ordenanzas y las costumbres comerciales no escritas junto con la legislación extranjera. Ellas fueron las primeras que servirán de modelo para el resto de los consulados de la península y de Las Indias¹⁴⁶.

En las ordenanzas de Bilbao se contemplaba la conciliación como obligatoria ante el prior y los cónsules, siempre que las partes «*pudieran ser habidas*»; se establecía que no se tramitará ningún juicio hasta que los cónsules llamasen a las partes y les propusiesen una transacción, e hiciesen lo posible para que esta sea aceptada.

Con carácter previo, expondrían las partes las acciones y excepciones con las que contaban, y después se intentaría que hubiese avenencia entre las mismas; de no llegarse a la avenencia, se debían admitir las acciones y excepciones, iniciándose entonces el procedimiento judicial.

Se trataba de una conciliación previa a la demanda, en un tribunal propio e independiente, donde se conocían todas las causas planteadas entre mercaderes, los

¹⁴⁵ Los orígenes de las Ordenanzas de Bilbao están en las peticiones de los mercaderes, que obtienen en 1511 el privilegio de administrar justicia para asuntos de carácter mercantil, la llamada *Universidad de capitanes, maestros de naos, mercaderes y tratantes de la villa de Bilbao*, los cuales solicitaron a la Corona el reconocimiento de Consulado, de modo que se le concedió jurisdicción propia en asuntos de comercio y del puerto. Se crea así el *Consulado, casa de contratación, juzgado de negocios de los hombres de mar y tierra y Universidad de Bilbao*, constituido por un fiel, dos cónsules más cuatro personas como consultores y conciliadores del juzgado de la contratación. Todos ellos eran elegidos por todos los gremios.

¹⁴⁶ PETIT, Carlos, *Historia del Derecho mercantil*, Marcial Pons, Madrid, 2016.p.255,279,287.

factores y sus compañeros. Las materias contenidas en las ordenanzas hacían referencia a trueques, compras, ventas, cambios y seguros¹⁴⁷.

Existía la posibilidad además de acudir a la «apelación», que se trataba de un recurso que era resuelto por el corregidor, asistido de dos mercaderes¹⁴⁸.

Las ordenanzas de Burgos del año 1766¹⁴⁹ y las de Sevilla del año 1784 fueron las más tardías.

La ciudad de Burgos, a finales del siglo XV, destacaba por ser un fuerte enclave comercial; de ahí su elección como sede del primer consulado de la Corona de Castilla, y que propició la extensión de los mercaderes castellanos por las plazas mercantiles del Atlántico Norte, principalmente en Brujas. Burgos era una encrucijada en el camino de Santiago, y la proximidad de los puertos cantábricos, le da relevancia y la convierte en un fuerte enclave mercantil¹⁵⁰.

La conciliación en estas ordenanzas se regula en el capítulo XVII en la ordenanza de Burgos y en el capítulo XII en la de Sevilla.

En estas ordenanzas encontramos la conciliación voluntaria, también realizada por los cónsules y el prior que sigue el mismo procedimiento que las de Bilbao.

¹⁴⁷ ARROYO MARTÍNEZ, Ignacio, «La aportación de las ordenanzas del consulado de Bilbao al desarrollo del Derecho marítimo», en *Anuario de derecho marítimo*, 27, 2000, p. 25-81.

¹⁴⁸ CELIS BROMGREN, Luis Gerardo, *El tratamiento jurídico de los créditos marítimos privilegiados y la hipoteca naval: análisis comparativo del Derecho salvadoreño y el Derecho marítimo internacional* (tesis doctoral, dir. María Isabel Martín Jiménez, Universidad Autónoma de Barcelona, Bellaterra-Barcelona, 2012), p. 51 y 52.

¹⁴⁹ GARCÍA DE QUEVEDO Y CONCELLÓN (ed.), *Ordenanzas del Consulado de Burgos* (edición facsímil de las Ordenanzas de 1538, 1572 y 1766), Imprenta de la Diputación, Burgos, 1905 (reimpr. facsímil Editorial Lex Nova, Valladolid, 1988).

¹⁵⁰ DEL VAS MINGO, Marta Milagros, «Los Consulados en el tráfico indiano 2000», en ANDRÉS-GALLEGO, J. (dir.), *Tres Grandes Cuestiones de la Historia de Iberoamérica; ensayos y monografías: Derecho y justicia en la historia de Iberoamérica. Afroamérica, la tercera raíz. Impacto en América de la expulsión de los jesuitas*, 2005 [ed. electrónica en CD-ROM], p. 36 [on line: <<https://bit.ly/2JBCM3q>>].

Dentro de estas ordenanzas se podría contener el antecedente de los denominados «hombres buenos»¹⁵¹ si bien, no se especifica su función si es la de arbitraje, la de conseguir un acuerdo, o la de avenencia fuera del proceso.

En las ordenanzas de Burgos se regulaban principalmente aspectos corporativos y procesales. No se hacía referencia en estas ordenanzas, a si la partes, «*pueden ser habidas o no*».

Las ordenanzas de Sevilla, formadas por el Consulado de Sevilla¹⁵² establecido en el año 1539, fueron aprobadas por Carlos I en el año 1554.

¹⁵¹ «*Por hombre bueno se entiende en derecho el juez ordinario del distrito; y de ahí es que siempre que se halla escrito en ley o contrato que alguna cosa se ha de librar por albedrío de hombre bueno, se entiende que ha de librarse o decidirse por el juez ordinario. Así lo establece La regla 31, tít. 34, Part. 7.^a. Mas ahora no suele entenderse por hombre bueno sino el árbitro o arbitrador a quien cometen las partes la decisión de algún negocio. Llamábase también hombre bueno cualquiera de los individuos del estado general que pagaba pechos y tributos reales, a diferencia del noble o hijodalgo que estaba exento de ellos. Hombre bueno se denominaba igualmente todo hombre adornado de las calidades necesarias para dar testimonio en juicio: «En todo pleito, dice la ley 1.^o, tít. 8.^o, lib. 2.^o del Fuero Real, vala testimonia de dos ornes buenos.» ciertos sujetos de honradez e integridad que había distribuidos en los pueblos por collaciones, esto es, por barrios o parroquias, y que en unión con el alcalde nombraban tres de su mismo seno para hacer en el término de seis días la pesquisa y averiguación de los homicidios y de las personas que los habían cometido, cuando no había acusador o no se sabía quién fuese el delincuente. Presentadas las pruebas por los tres hombres buenos, debían los alcaldes dar su sentencia dentro de tres días: ley 3.^a, tít. 8.^o, lib. 2.^o del Fuero Real. según la ley de Enjuiciamiento civil, en el acto o juicio de conciliación, se entiende por hombres buenos los dos que se nombran, uno por cada parte, para que en unión con el juez municipal procuren averirlas en aquel acto. Pueden ser hombres buenos en los actos de conciliación todos los españoles que estén en el pleno ejercicio de sus derechos civiles: arts. 211 y 212 de dicha ley. V. Conciliación, tomo 2.^o de esta obra, p. 448, columna 2.^a.*»

La ley de Enjuiciamiento criminal de 1872 califica de “hombres buenos” a los mayores de edad que sepan leer y escribir, los cuales pueden actuar como secretarios de los juzgados municipales y de los jueces de instrucción cuando faltan aquellos funcionarios, jurando guardar fidelidad y secreto: arts. 220 y 223 de ley [...]» (ESCRICHE, Joaquín, Diccionario razonado de legislación y jurisprudencia, Imp. de Eduardo Cuesta, Madrid, 1874-1876, s. v. «Hombres buenos»).

¹⁵² BERNAL RODRÍGUEZ, Antonio Miguel, «Las corporaciones mercantiles de Sevilla. Del Consulado (1543) a la Cámara de Comercio (1886)», en *Anuario de Estudios Atlánticos*, 59, 2013, p. 10-11: «*La Universidad de Cargadores de Indias, o el Consulado de Comercio de Sevilla respondería a la pretensión de sus mercaderes por tener consulado propio, bajo un doble objetivo: el de lograr una mayor participación, defensa de intereses y responsabilidad en la organización y gestión de la negociación colonial y la de establecer un tribunal de comercio con jurisdicción privativa, al estilo de lo que sucedía en otras plazas mercantiles europeas de primer rango, donde ventilar y resolver las diferencias surgidas entre ellos.*»

En España, la institución del consulado de mar, siguiendo la práctica de las plazas mercantiles de la Europa medieval, aparece a finales del siglo XIII en ciudades de la Corona de Aragón: antes de 1450

Según las ordenanzas de Sevilla, del año 1784,¹⁵³ la conciliación se realizaba en el momento posterior a la declaración de los testigos y antes de la votación de la sentencia, por tanto, esta conciliación tenía la característica esencial de evitar en todo lo posible la sentencia.

2.1.4. Antecedentes en nuestra legislación histórica

Establece la Real Cédula de Carlos IV que contiene la Instrucción de 15 de mayo de 1788¹⁵⁴ dirigida a los corregidores y alcaldes mayores del Reino el siguiente mandato:

está establecido en Barcelona, Valencia, Mallorca y Zaragoza, como plazas principales, aunque también estuviese establecido en Rosellón, Perpiñan, Tortosa, Gerona y San Feliú de Guixols.

En Castilla, la aparición de consulados, es posterior al reinado de los Reyes Católicos y se inspiran en el modelo catalán caracterizado por las atribuciones judiciales de los cónsules. El primer Consulado que se establece en el Reino de Castilla es el de Burgos (1494) y, poco después, el de Bilbao (1511), que agrupa a mercaderes, navieros y tratantes relacionados con el negocio exportador de las lanas de la Mesta Castellana a Flandes; en ambos casos, existía previamente un gremio de mercaderes, con privilegios y reglamentación específica, de modo que la institución consular lo que vino fue a dotar de brazo judicial a la organización gremial preexistente. En esa lógica mercantil, aunque tras muchos años de demora, los comerciantes y navieros de Sevilla que negociaban con América desde 1492 alcanzaron, al fin, el establecimiento de la institución consular en 1543.

A grandes rasgos se conocen los hitos que jalonaron su establecimiento, aunque todavía quedan en penumbra importantes aspectos relacionados con la implantación del Consulado en Sevilla. Las primeras referencias las aporta el historiador de Indias Antonio Herrera, quien alude a la disposición del emperador Carlos V en 1525 para que se atienda la súplica de los mercaderes sevillanos para poder elegir prior y dos cónsules».

¹⁵³ El *Consulado Terrestre y Marítimo*, más conocido como «Consulado Nuevo de Sevilla», denominación que se le dio para diferenciarlo del *Consulado de Cargadores a Indias*, fue creado por Real Cédula de Carlos III de 24 noviembre de 1784. Como organismo independiente al consulado trasladado a Cádiz, recibiría una serie de disposiciones que le serían propias, y obedecería a los deseos de la Corona de promover la actividad comercial. Como tribunal privativo le correspondía resolver litigios de todos los asuntos relativos al comercio tanto terrestre como marítimo, de entre los que destaca asuntos sobre ventas, compras y tratos mercantiles, portes, fletes, averías, quiebras, compañías y seguros. Además, le correspondía al Consulado la inspección sobre los Corredores de Lonja, para lo que debía acordar con la ciudad los individuos que serían admitidos para desempeñar tales oficios, con lo demás que pudiera contribuir a asegurar la fe pública de los contratos. Tales funciones seguirán vigentes hasta 1829 con la publicación del Código de comercio que, entre otras novedades, introduce la división de las actividades de todos los Consulados: la administración y fomento seguirá dependiendo de ellos a través de las Juntas de Comercio y la administración de justicia pasará a los Tribunales de Comercio, con total independencia.

¹⁵⁴ Real Cédula de S. M, y Señores del Consejo (De 15 de mayo de 1788) en que se aprueba la instrucción inserta de lo que deberán observar los Corregidores, y Alcaldes Mayores del Reyno. En

«Evitarán en quanto puedan los pleytos, procurando que las partes se compongan amiftosa y voluntariamente, escusando procesos en todo lo que no sea grave, fiempre que pueda verificarse fin perjudicar los legitimos derechos de las partes, para lo qual se valdran de la persuafion, y de todos los medios que les dictáre su prudencia, haciéndoles ver el interés que á ellas mismas les resulta, y los perjuicios, y dispendios inseparables de los litigios, aun quando se ganan.»

En la Constitución de 1812 se recoge expresamente en el Título V, Capítulo II, que no podrá celebrarse el juicio sin haberse intentado previamente la conciliación, que en este caso va a ser previa a la celebración de un procedimiento judicial. Se establece textualmente en el artículo 284: *«Sin hacer constar que se ha intentado el medio de la conciliación, no se entablará pleito alguno»*¹⁵⁵.

Durante el mes de marzo de 1814 una comisión de expertos redactó un proyecto de ordenanzas para todos los consulados, denominado «Ordenanza de Consulados general para todos los de la Monarquía»¹⁵⁶. En el mismo se recoge, para la primera instancia, el requisito de la conciliación previa, en su artículo 78, que establece que procederán los cónsules a convocar a las partes para que se avengan en cualquier momento de la tramitación de la causa¹⁵⁷.

Entre nuestros países vecinos, en cuanto a los antecedentes históricos de la mediación, por su proximidad e influencia sobre el nuestro, debemos destacar el papel de Francia, donde la conciliación quedó establecida por la Asamblea Nacional a través de las leyes del 6 y del 24 de agosto de 1790. La conciliación se regulaba como una

Madrid: En la Imprenta de Don Pedro Marin. Reimpreso en Bilbao: Por la Viuda de Antonio de Egusquiza, Impresora del M.N. y M.L. Señorío de Vizcaya, 1788 (Instrucción III, p. 6).

¹⁵⁵ *Constitución Política de la Monarquía Española*. Promulgada en Cádiz a 19 de marzo de 1812. Título V. *De los Tribunales y de la Administración de Justicia en lo Civil y en lo Criminal*. Capítulo II. *De la Administración de Justicia en lo Civil*.

¹⁵⁶ Que resultaba muy conveniente para poder eliminar el variadísimo régimen jurídico existente en materias procedimentales y de todo tipo y de paso eliminar poderes fiscales y aumentar el control estatal. *Vid.* PETIT, Carlos, «Arreglo de consulados» y revolución burguesa en los orígenes del moderno Derecho mercantil», en *Historia, Instituciones, Documentos*, 11, 1984, p. 255-312.

¹⁵⁷ Artículo 78. *«No se admitirá ninguna sin llamar primero a las partes a comparecencia para conciliarlas, haciendo los cónsules formal empeño en conseguir una prudente avenencia»*.

actividad previa al nacimiento del proceso civil, y su realización tenía lugar en una oficina denominada *Bureau de paix et de conciliation*¹⁵⁸.

Es bastante probable que esta regulación sea uno de los antecedentes más conexos con la conciliación recogida en la Constitución española de 1812, aunque en ese momento no se podía exponer la influencia afrancesada por razones obvias, ya el momento histórico que atravesaba nuestro país era muy delicado por la invasión gala, y estaba en plena Guerra de la Independencia contra Francia.

2.1.5. Concepto de Conciliación. Naturaleza jurídica

Podemos encontrar diversas definiciones doctrinales y jurisprudenciales de la conciliación. «conciliar», según la definición del diccionario de la Real Academia Española, proviene del latín *conciliare* y significa: «Componer y ajustar los ánimos de los que estaban opuestos entre sí. Conformar dos o más doctrinas al parecer contrarias. Granjear los ánimos y la benevolencia».

Según la doctrina jurídica, la conciliación es «la intervención de un tercero entre los portadores de dos intereses en conflicto, con objeto de inducirlos a una composición justa»¹⁵⁹.

En esa línea, «la conciliación es un “equivalente jurisdiccional”, al referirse a un medio de solución de un conflicto cuando ya existe como litigio o proceso, y se desea que se resuelva antes de llegar al laudo o resolución jurisdiccional o arbitral, agregando que estos medios son distintos del proceso jurisdiccional y que, mediante ellos (donde se encuentra la conciliación), el litigio se resuelve o compone, es decir, se concilia por obra de las partes mismas o de un tercero distinto del oficio judicial»¹⁶⁰.

¹⁵⁸ Lois des 16 et 24 août 1790 sur l'organisation judiciaire, Titre X.-*Des Bureaux de paix et du tribunal de famille* Article Première: «*Dans toutes les matières qui excéderont la compétence de juge de paix, ce juge et ses assesseurs formeront un bureau de paix de conciliation*». Cf. LEVASSEUR, Nicolas, *Manuel des Justices de Paix, ou Traité des fonctions et attributions des Juges de Paix*, Nouvelle édition, Librairie enc. De Roret, Paris, 1833, p. 17.

¹⁵⁹ CARNELUTTI, Francesco, *Instituciones del Derecho Procesal Civil*, 5.ª Edición, Pedagógica Iberoamericana Buenos Aires, 1997.

¹⁶⁰ GÓMEZ ALCÁNTARA, Antonio Isaac, «Conciliación y mediación en el Derecho del Trabajo», en KURCZYN VILLALOBOS, Patricia, y TENA SUCK, Rafael (Coords.), *Temas selectos de derecho laboral*. Liber

Algunos autores también la definen como «un verdadero proceso de eliminación», que tendrá el fin de evitar el procedimiento, y lo hará mediante el arreglo o avenencia de las partes¹⁶¹.

De hecho, doctrinalmente se llegó a estudiar la conciliación como un acto de jurisdicción voluntaria que, teniendo lugar ante el órgano judicial, no suponía una actividad jurisdiccional propiamente dicha, e incluso se llegó a mantener que era un procedimiento especial.¹⁶²

Otra definición doctrinal de conciliación es la que la reconoce como «un proceso de cognición especial por razones jurídico-procesales, por el que se tiende a eliminar el nacimiento de un proceso principal ulterior, también de cognición, mediante el intento de una avenencia o arreglo pacífico entre las partes»¹⁶³.

Otra interesante aportación es la que la define como «procedimiento con el que la ley quiere que se intente que las partes entre las que exista una discrepancia o disceptación lleguen a una avenencia, con un convenio evitador del proceso que en otro caso sería objetivamente necesario»¹⁶⁴.

La jurisprudencia da un concepto causal: «Acto pre-procesal de sustancia jurisdiccional a medio camino entre la existencia pacífica del Derecho y su

amicorum, *homenaje a Hugo Ítalo Morales Saldaña*, UNAM/Instituto de Investigaciones Jurídicas, México D.F., 2016 [Libro electrónico], p. 123-139 [on line: <https://bit.ly/2J2BEnr>].

¹⁶¹ PLAZA GOLVANO, Sagrario, y ALBERT EMBUENA, Vicente, *Conciliación civil y laboral en la Nueva Oficina Judicial*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, p. 21.

¹⁶² ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, Niceto, *Proceso, autocomposición y autodefensa (Contribución al estudio de los fines del proceso)*, UNAM, México D.F., 1947 (reimpr. 2000).

¹⁶³ GUASP, Jaime, *Derecho Procesal Civil*, Tomo II, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1968, p. 574

¹⁶⁴ Vid. PRIETO-CASTRO FERRÁNDIZ, Leonardo, *Tratado de Derecho procesal civil*, Aranzadi, Pamplona, 1985.

desenvolvimiento patológico en forma de litigio»¹⁶⁵. Así pues, la función procesal ha de combinar los elementos de paz y justicia¹⁶⁶.

Lo cierto es que nos encontramos ante un medio de resolver los conflictos por autocomposición, esto es, a propuesta de las partes y con terminación acompañada de la renuncia total o parcial de sus posiciones iniciales, cuando los interesados lo decidan, por lo que es un procedimiento facultativo.

Se trataría, por tanto, de «una comparecencia facultativa de las partes en un conflicto de intereses, ante una autoridad designada por el Estado, ya sea órganos judiciales (Juez de Paz o Secretario Judicial), como no judiciales (Órganos Administrativos), para que en su presencia traten de resolver el conflicto que les separa, regulada por el ordenamiento jurídico que atribuye determinados efectos jurídicos a lo convenido en la misma»¹⁶⁷.

Nos encontraríamos así ante un negocio jurídico particular, que se asemeja a la transacción en cuanto a los efectos jurídicos que produce. No obstante, en la práctica, la conciliación se ha utilizado como un requerimiento notarial, constituyendo el precedente o presupuesto del juicio posterior que se inicie.

En definitiva, podríamos definirla como *un expediente de jurisdicción voluntaria, cuya finalidad es poner fin a una controversia privada, mediante la conformidad de las partes, evitando que la misma adquiera carácter contencioso*.

De ahí que, aunque no se lleve a término una conciliación en todos sus términos, deberá tenerse en cuenta lo que las partes voluntariamente acuerden, y así quedará recogido y acreditado, para lo que sea necesario¹⁶⁸.

¹⁶⁵ La conciliación prejudicial, aunque alivie el atasco de los juzgados, no garantiza necesariamente que la solución del problema se realice con respeto cabal de la justicia, aún cuando, sí puede lograr la paz; Cf. ZOLEZZI IBÁRCENA, Lorenzo, «La teoría general del proceso», en *Derecho PUCP: Revista de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú*, núm. 52, 1999, p. 713.

¹⁶⁶ CARNELUTTI, Francisco, *Sistema de Derecho Procesal*, Tomo I, UTEHA Argentina, Buenos Aires, 1944, p. 286.

¹⁶⁷ PLAZA GOLVANO, Sagrario, y ALBERT EMBUENA, Vicente, *ob. cit.* (p. 21 y ss).

¹⁶⁸ STS de 31 de octubre de 1989, Sala 1.ª, Ponente: Mariano Martín Granizo Fernández (Ref. TOL 1.731.921): «[...] sus representados tienen derecho a retraer en la proporción arriba indicada la

En Derecho procesal civil, antes de entrar en el procedimiento se pueden realizar dos tipos de actuaciones judiciales con relevancia en este ámbito:

En primer lugar: las diligencias previas, que son las actividades iniciales que sirven para diseñar el procedimiento reguladas en los artículos 256 a 263 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de enjuiciamiento civil¹⁶⁹.

Y, en segundo lugar, el acto de conciliación, regulado concretamente en los artículos 139 a 148 de la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la jurisdicción voluntaria¹⁷⁰. La conciliación es «común a todas las actividades previas al proceso, en ellas no se ejerce jurisdicción, no son actividades propiamente jurisdiccionales[...]»¹⁷¹. Consiste, por tanto, en un intento de evitar el procedimiento de una manera negociada.

Como hemos mantenido, tras la Ley 34/1984, de 6 de agosto, de reforma urgente de la ley de enjuiciamiento civil¹⁷², el acto de conciliación, que era de obligado cumplimiento y requisito previo de admisibilidad de la demanda, se convierte en opcional y voluntario, puesto que, analizando su eficacia, se llegó a la conclusión que, en realidad, no era más que un mero formalismo; que carecía de virtualidad, puesto que no se llegaba a acuerdos en la práctica y sólo conseguía un alargamiento temporal

*participación dominical de las fincas a que se refiere el cuerpo de esta demanda, condenando al comprador don José Ángel a que dentro del tercer día otorgue a favor de sus principales la correspondiente escritura de venta, bajo apercibimiento de otorgarla de oficio si no la hiciera a cuyo fin se confiera a dicho don José Ángel traslado de esta demanda, luego que se presente la certificación del correspondiente **acto de conciliación**; con expresa imposición de costas de este juicio al demandado».*

¹⁶⁹ BOE, núm. 7, de 08/01/2000. Ref. BOE-A-2000-323.

¹⁷⁰ BOE, núm. 158, de 3 de julio de 2015, p. 54068 a 54201. Ref. BOE-A-2015-7391. Preámbulo X. «*El Título IX se contiene el régimen jurídico del acto de conciliación de forma completa, trasladando y actualizando a esta Ley lo hasta ahora establecido en la anterior Ley de Enjuiciamiento Civil, sin perjuicio de que, en ejercicio de su autonomía de la voluntad, las personas tengan la posibilidad de obtener acuerdos en aquellos asuntos de su interés de carácter disponible, a través de otros cauces, por su sola actuación o mediante la intervención de otros intermediarios u operadores jurídicos, como los Notarios o Registradores*».

¹⁷¹ DIEZ-PICAZO GIMÉNEZ, I., *Derecho Procesal Civil* (con DE LA OLIVA SANTOS, A.), *cit.*, p. 257; MONTERO AROCA, J. (con GÓMEZ COLOMER, J. L., MONTÓN REDONDO, A. y BARONA VILAR, S.), *Derecho jurisdiccional II*, 12.ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia 2003, p. 154.

¹⁷² Ley 34/1984, de 6 de agosto, de reforma urgente de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Exposición de Motivos: «[...] *Por lo demás como modificaciones o simples matizaciones que se incorporan a la Ley de Enjuiciamiento Civil figuran [...] conferir al acto de conciliación, que, como demuestra la experiencia, ha dado resultados poco satisfactorios, un carácter meramente facultativo [...]*».

del procedimiento. Por eso, dada la incapacidad de cumplir la función que tenía de evitar el procedimiento, a tenor de estas circunstancias, se suprimió su obligatoriedad.

Este cambio en la regulación supone un paso atrás, puesto que pasó de ser preceptiva a ser una opción de elección voluntaria. Aunque seguramente fue el resultado de un análisis exhaustivo en aras de la celeridad del proceso, sin embargo, el hipotético mantenimiento como obligatorio del trámite conciliatorio en la legislación hubiera facilitado de forma notoria la implantación en el procedimiento civil de la mediación, porque contaríamos con un «antecedente» de carácter heterocompositivo consolidado ya, que hubiera favorecido la solución de los litigios dentro de un marco de negociación; y, aprovechando el temprano reconocimiento constitucional que tuvo en 1812, su consideración de trámite voluntario le da un contenido de accesoriedad, y parece que su transformación en opcional no propicia el espíritu de diálogo y la posibilidad de avenimiento que necesitan las partes en conflicto para llegar a acuerdos, tanto sea en caso de conciliación como de mediación.

Así, pensamos que fue una pérdida de oportunidad para propiciar, desde la perspectiva del legislador, la transformación del modo de afrontar los conflictos y de reducir la beligerancia litigante en nuestro país y, por tanto, entendemos que fue una ocasión desaprovechada.

La mayor parte de la doctrina considera que no se trata de un proceso contencioso, sino de un acto de jurisdicción voluntaria¹⁷³, aunque debemos señalar al respecto que no hay interposición de una demanda, y tampoco concluye con una resolución judicial; así se recoge a nivel de jurisprudencia¹⁷⁴, y ahora en la referida Ley de la jurisdicción voluntaria.

¹⁷³ A partir de la nueva Ley 15/2015, de 2 de julio, de Jurisdicción Voluntaria, se trata de una «desjudicialización» porque otorga competencias a letrados de la administración de justicia, a los notarios y a los registradores de la propiedad para el conocimiento y resolución de algunos expedientes. No obstante, afortunadamente se han dejado procedimientos en los que cuando no hay controversia, es necesaria la tutela del órgano jurisdiccional en defensa de derechos e intereses privados.

¹⁷⁴ El Tribunal Constitucional, en relación a la declaración de inconstitucionalidad de normas autonómicas que introducían el arbitraje como equivalente jurisdiccional, ha establecido en STC 18/2011, de 3 de marzo: «[...] el art. 13 b) de la Ley del sector eléctrico canario ha de ser declarado inconstitucional y nulo por cuanto no establece un instrumento de autocomposición extrajudicial como la **conciliación** o la composición (en cuyo caso no merecería objeción alguna en su confrontación con el art. 149.1.5.ª y 6.ª de la Constitución, como se advierte en la STC 31/2010, de 28 de junio, FJ 54), sino

La conciliación intraprocesal, atendiendo a los artículos 415 y 428.2 de la Ley de enjuiciamiento civil, tiene razón de ser en el procedimiento ordinario y estaría encaminada a cumplir una función más dentro de la audiencia previa¹⁷⁵.

Tanto el acto de conciliación como las diligencias preliminares no tienen naturaleza jurisdiccional, aunque su desarrollo se produzca ante un órgano judicial¹⁷⁶. Sin embargo, tanto las diligencias preliminares como el acto de conciliación son «actos previos al proceso». Es un procedimiento de jurisdicción voluntaria que trata de que el procedimiento judicial no llegue a celebrarse, alcanzando acuerdos por la vía de la autocomposición. En definitiva, sería un acuerdo de voluntades acerca de los términos en conflicto o sobre los términos en los que se produce controversia. Las diligencias preliminares, siendo también de naturaleza voluntaria y realizándose ante un órgano judicial, tienen una finalidad totalmente diferente, al ser una actividad preparatoria del juicio en ciernes, pues en las diligencias preliminares se va a obtener información acerca de determinadas situaciones que van a facilitar el enfoque con éxito del procedimiento.

que articula un procedimiento de arbitraje, que comporta un “equivalente jurisdiccional”, cuyo establecimiento queda reservado a la competencia exclusiva del Estado en materia de legislación procesal civil (art. 149.1.6.ª y 8.ª de la Constitución), relacionada, en cuanto a los efectos del laudo arbitral y al sistema de recursos, con la competencia estatal en materia de Administración de Justicia (art. 149.1.5.ª de la Constitución)».

¹⁷⁵ SANTOS MARTÍNEZ, Alberto M., «La conciliación tras la entrada en vigor de la Ley 15/2015, de 2 de julio, de Jurisdicción Voluntaria», en *Revista Jurídica de Castilla y León*, 38, 2016 [on line: <<https://bit.ly/2YD9Uus>>].

Después de la reforma del art. 442 LEC por Ley 42/2015, de 5 de octubre, no es descartable que pueda producirse la conciliación en el acto de juicio verbal, pues las partes pueden poner fin al pleito alcanzando un acuerdo susceptible de ser homologado judicialmente.

¹⁷⁶ Esta circunstancia solo sería así en el caso de las Diligencias Preliminares, porque la conciliación ya hemos visto que, tras la Ley de Jurisdicción Voluntaria, se realiza ante los ahora Letrados de la Administración de Justicia y ante los Jueces de Paz. La actual regulación de la conciliación viene recogida en el Título IX de la Ley 15/2015 (arts. 139 a 148), sin grandes novedades en relación con la versión anterior; así, se mantiene el carácter facultativo del modelo (a diferencia de lo que sucedía en la versión original de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881, que estuvo vigente hasta 1984, donde la conciliación era obligatoria si se quería demandar después) y se atribuye la función conciliadora (aunque permanece como residual la competencia de los Jueces de Paz) a los Letrados de la Administración de Justicia (nueva denominación de los antiguos Secretarios Judiciales), con un esquema similar al anteriormente previsto.

En Derecho procesal civil, «es común a todas estas actividades previas al proceso que en ellas no se ejerce jurisdicción, no son actividades propiamente jurisdiccionales [...]»¹⁷⁷. Por eso, para algunos autores la conciliación carecía de carácter jurisdiccional, y tampoco tendría la naturaleza de los actos de jurisdicción voluntaria, puesto que la inexistencia de demanda, postulación en juicio y sentencia la separan de la naturaleza jurisdiccional¹⁷⁸. Difiere de la mayoría de los expedientes de jurisdicción voluntaria porque ya existe un litigio.

El fin de las diligencias preliminares es la preparación del futuro procedimiento y para ello se va a obtener información acerca del demandado o del objeto litigioso que tenga una gran relevancia, de tal modo que no puede negarse a facilitarlas, pues su negativa tendría unas consecuencias poco favorables para él.

La conciliación es una actividad pre-procesal¹⁷⁹.

¹⁷⁷ STC 155/2011, Sala Segunda, Recurso de amparo 5702-2009, de 17 de octubre de 2011, dispone que: «[...] la **conciliación pre-procesal civil** no persigue el ejercicio de jurisdicción en sentido estricto, esto es, que uno resuelva un determinado conflicto de intereses mediante la realización del derecho objetivo, sino sólo que se propicien las condiciones para una comunicación directa entre las partes, encaminada a facilitar un acuerdo entre ellas».

¹⁷⁸ LIÉBANA ORTIZ, Juan Ramón, «Jurisdicción voluntaria, conciliación y mediación: notas para su delimitación dogmática», en *Revista Electrónica del Departamento de Derecho de la Universidad de la Rioja* (REDUR), 9.12.2011, p. 147-164.

¹⁷⁹ STC 155/2011, de 17/10/2011, Recurso de amparo 5702-2009: la demandante de amparo solicitó la apertura del procedimiento de **conciliación voluntaria pre-procesal** reclamando una indemnización por los daños personales sufridos en un accidente que atribuye a las demandadas. Dicha solicitud le fue inadmitida a trámite por entender los órganos judiciales que lo pedido excedía del procedimiento de conciliación civil.

Se estima la demanda de amparo y se declara vulnerado el derecho a la tutela judicial en su vertiente de acceso a la jurisdicción, ya que el Tribunal extiende las garantías del artículo 24 y, en concreto, del principio *pro actione* a la conciliación civil. Según el principio *pro actione*, procede la admisión a trámite de una demanda si, tras un juicio de proporcionalidad que ha de ponderar, de una parte, los fines que intenta preservar la resolución cuestionada y, de otra, los intereses que con ella se sacrifican, la resolución de inadmisión resulta arbitraria, irrazonable y desproporcionada por su formalismo excesivo. En este caso, el Tribunal entiende que, si bien las dos primeras peticiones formuladas en la demanda de conciliación podrían exceder de este procedimiento de naturaleza voluntaria por considerarse diligencias preliminares, la tercera petición relativa a la demanda de indemnización sí se ajustaba a dicho procedimiento y, por lo demás, las dos primeras cumplían la función de tratarse de informaciones útiles que podían contribuir al éxito del acto de conciliación a celebrar. De ahí que, en aplicación del principio *pro actione*, el Tribunal entiende que la inadmisión a trámite de la totalidad de la demanda que se insta por el interesado de manera facultativa es desproporcionada y vulnera los derechos del artículo 24 de la CE.

Partiendo de que es una actividad anterior al proceso, de carácter jurisdiccional, procesal y facultativa para las partes intervinientes en el futuro procedimiento, esta actividad va a dar la posibilidad, a los que se encuentran inmersos en un conflicto jurídico, de aprovechar la oportunidad de resolverla dentro de la propia jurisdicción, sin juicio, aunque sea previo al desarrollo del proceso.

Si la conciliación termina con acuerdo, las consecuencias son muy positivas para las partes, puesto que llegarán a darle solución al litigio con las garantías jurisdiccionales que implica una resolución judicial, con las características de celeridad, economía y efectividad y sin los inconvenientes de la celebración del proceso.

Sin embargo, como hemos visto ampliamente, esta posibilidad fue eliminada en cuanto que forma obligatoria, y se dejó prácticamente como una figura en desuso, que rara vez y de forma extraordinaria se ha utilizado en el procedimiento civil, y que finalmente se ha recogido en la ley de jurisdicción voluntaria¹⁸⁰, situación que parece más razonable tras la consideración y el uso que se hace dentro de la estrategia procesal por parte de los profesionales del Derecho.

Por eso, la realidad es que la utilización en el proceso civil no es muy habitual, pasando a tener una función casi excepcional y de carácter extraordinario. Salvo que por estrategia procesal se considere adecuado por parte del abogado utilizarla en su procedimiento, no es muy frecuente que se haya llegado a una situación de acuerdo para resolver el litigio previamente mediante el instituto de la conciliación

2.1.6. La conciliación y su procedencia en la Ley de la Jurisdicción Voluntaria

La conciliación aparece regulada en el artículo 139 de la ley de la jurisdicción voluntaria y recoge, además, la enumeración de los supuestos en los que la conciliación está excluida. Este artículo regula la procedencia de la conciliación y habla del intento de realizarla con arreglo a las previsiones de este título para alcanzar un acuerdo con el fin de evitar un pleito. Utilizar la conciliación para finalidades distintas de la prevista en esta ley y que suponga un manifiesto abuso de derecho o entrañe fraude

¹⁸⁰ Ley 34/1984, de 6 de agosto, de reforma urgente de la Ley de Enjuiciamiento Civil (BOE, núm. 188, de 7 de agosto de 1984, p. 22917 a 22934. Ref. BOE-A-1984-17580).

de ley o procesal tendrá como consecuencia la inadmisión total de la petición de conciliación¹⁸¹.

No cabe solicitar las peticiones de conciliación relacionadas con los juicios en que estén interesados los menores y las personas con capacidad modificada judicialmente para la libre administración de sus bienes. Tampoco cabe en los juicios en que estén interesados el Estado, las Comunidades Autónomas y las demás administraciones públicas, corporaciones o instituciones de igual naturaleza. Y en ningún caso, se puede solicitar conciliación en el proceso de reclamación de responsabilidad civil contra jueces y magistrados. Por lo tanto, no cabe la conciliación en supuestos en los que se promuevan sobre materias no susceptibles de transacción o de compromiso.

La actual regulación no contiene supuestos diferentes a los contenidos en la anterior normativa de la ley de enjuiciamiento civil, manteniendo su carácter facultativo, a diferencia de la idea original de su contenido en la ley procesal civil del año 1881 que estuvo vigente más de un siglo, hasta el año 1984, en la que la conciliación tenía un carácter obligatorio previo a la demanda del proceso judicial.

La matización que puede hacerse respecto de la regulación anterior radica en la competencia que se atribuye ahora a los letrados de la administración de justicia (antes llamados secretarios judiciales por la ley) y a la competencia que permanece residual en los jueces de paz.

Vamos a destacar una de las novedades más importantes en materia de conciliación introducidas con la Ley del Notariado y la Ley Hipotecaria en dos Capítulos:

- El Capítulo VII del Título VII de la Ley del Notariado¹⁸², denominado «*De los expedientes de conciliación*», artículos. 81 a 83.

¹⁸¹ La STC 155/2011, de 17 de octubre de 2011, anuló sendas resoluciones dictadas por un Juzgado de Primera Instancia y la Audiencia Provincial sobre la inadmisión a trámite de una solicitud de conciliación. En el asunto en cuestión se solicitó al Juzgado tuviera por promovido acto de conciliación a fin de que los demandados: «1) *Manifestaran el título en virtud del cual ostentaban la posesión del inmueble; 2) si existía póliza de seguro contratada, y en su caso señalaran la Compañía Aseguradora, número de póliza y condiciones generales y particulares de la misma, y 3) se avinieran a indemnizar al mandante por los daños y lesiones descritos, cuya cuantía se determinaría en el momento procesal oportuno*».

- Y un nuevo título IV bis, titulado «*De la conciliación*», concretado en el artículo 103 bis.

A partir de ahora, en el ámbito notarial y registral, se realizarán también las conciliaciones con las mismas o similares atribuciones que los letrados de la administración de justicia.

Esta circunstancia, pues, va a dar una doble posibilidad a las personas que se planteen realizar una conciliación, puesto que a partir de ahora pueden elegir ir al juzgado, para que les atienda el letrado de la administración de justicia, o a la notaría o al registro, en su caso, con el fin de que sea este el lugar donde se realice la conciliación.

Así se señala en la Exposición de Motivos que en el Título IX se contiene el régimen jurídico del acto de conciliación de forma completa, trasladando y actualizando a esta ley lo hasta ahora establecido en la anterior ley de enjuiciamiento civil, sin perjuicio de que, en ejercicio de su autonomía de la voluntad, las personas tengan la posibilidad de obtener acuerdos en aquellos asuntos de su interés de carácter disponible, a través de otros cauces, por su sola actuación o mediante la intervención de otros intermediarios u operadores jurídicos, como los notarios o registradores.

2.1.7. Exclusiones legales

Con el acto de conciliación se intenta evitar acudir al pleito, a la contienda judicial, dado que se lleva a cabo con carácter previo, para intentar alcanzar un acuerdo y llegar a una solución entre las partes; por eso, la conciliación será efectiva y ajustada a la ley sólo en aquellos casos en que los intereses contrapuestos que se debaten sean de derecho disponible y susceptibles de transacción.

Pero no siempre se puede intentar llevar a cabo la conciliación porque hay cuestiones que se consideran indisponibles.

¹⁸² Ley del Notariado, de 28 de mayo de 1862 («Gaceta de Madrid», núm. 149, de 29/05/1862. Ref.: BOE-A-1862-4073). Capítulo VII. *De los expedientes de conciliación* (Texto añadido por la disposición final 11.1 de la Ley 15/2015, de 2 de julio, publicado el 3 de julio de 2015, en vigor a partir del 23 del mismo mes. Ref. BOE-A-2015-7391): Artículo 81. «1. *Podrá realizarse ante Notario la conciliación de los distintos intereses de los otorgantes con la finalidad de alcanzar un acuerdo extrajudicial*».

Ya anteriormente, en el artículo 460, apartado b), de la antigua ley de enjuiciamiento civil se contenía un *numerus clausus* de materias excluidas de conciliación. En la actualidad, el artículo 139.2. establece que no se van a admitir a trámite las peticiones de conciliación relacionadas con juicios en que estén interesados los menores y las personas con capacidad modificada judicialmente para la libre administración de sus bienes.

En esta primera exclusión, el principio del interés del menor representa el bien jurídico a proteger, y por eso se precisa obtener la autorización judicial.

La regulación del artículo 164 del código civil¹⁸³ establece que la administración de los bienes de los hijos por los progenitores se hará con la misma diligencia que emplearían con sus propios bienes, cumpliendo las obligaciones implícitas de todo administrador y las que se establecen especialmente en la ley hipotecaria, a través de sus artículos 190 y 191, y en los artículos 250; 266 y 267 del reglamento hipotecario.

En los supuestos en que exista un peligro real sobre el patrimonio del menor de edad, se prevé en el artículo 167 del código civil¹⁸⁴ la intervención judicial instada por el propio hijo, por el Ministerio Fiscal o por cualquier pariente del menor de edad.

En estos casos la autoridad judicial puede: adoptar las medidas que estime necesarias para la seguridad y recaudo de los bienes; exigir caución o fianza para la continuación en la administración; nombrar un administrador.

El procedimiento que se deberá seguir para adoptar estas medidas será el regulado en los artículos 87 a 89 de la Ley 15/2015, de jurisdicción voluntaria.

Las limitaciones para disponer de los bienes de personas menores de edad con su capacidad limitada judicialmente repercuten en sus representantes legales y, en

¹⁸³ Capítulo III. *De los bienes de los hijos y de su administración* (Modificado por el art. 2 de la Ley 11/1981, de 13 de mayo. Ref. BOE-A-1981-11198).

¹⁸⁴ Art. 167. «*Cuando la administración de los padres ponga en peligro el patrimonio del hijo, el Juez, a petición del propio hijo, del Ministerio Fiscal o de cualquier pariente del menor, podrá adoptar las providencias que estime necesarias para la seguridad y recaudo de los bienes, exigir caución o fianza para la continuación en la administración o incluso nombrar un Administrador*». (Modificado por el art. 2 de la Ley 11/1981, de 13 de mayo. Ref. BOE-A-1981-11198).

concreto, determinan la necesidad de obtención de la oportuna autorización judicial en virtud de los artículos 166, 271.3, 273, 290, 298, 1810 y 1811 del código civil.

Como hemos indicado, la regla general es que los progenitores deben encargarse de la administración de los bienes de sus hijos menores, según lo dispuesto en el artículo 154 y 164 del código civil. Este último precepto establece tres excepciones a la administración paterna:

a) Los bienes adquiridos a título gratuito por herencia, legado o donación. Con relación a estos, cuando el disponente lo hubiere ordenado de manera expresa, la ley determina que se cumpla estrictamente la voluntad del causante sobre la administración de tales bienes y el destino de sus frutos. Por ejemplo, en referencia a las disposiciones testamentarias, el Tribunal Supremo ha dejado sentada la validez y la eficacia de las cláusulas en las que un progenitor excluye al otro de la administración de los bienes atribuidos *mortis causa* al hijo¹⁸⁵.

b) Los bienes adquiridos por sucesión en que uno o ambos de los que ejerzan la patria potestad hubieran sido justamente desheredados o no hubieran podido heredar por causa de indignidad. Estos serán administrados por la persona designada por el causante y, en su defecto y sucesivamente, por el otro progenitor o por un administrador judicial especialmente nombrado.

¹⁸⁵ STS 724/2005, Sala de lo Civil, Sección 1, Recurso 748/1999 de 6 de octubre de 2005 (Ref. CENDOJ: 28079110012005100699): «*La cuestión litigiosa está en la determinación de si procede o no declarar la nulidad, o, subsidiariamente, la ineficacia, de una cláusula del testamento de quien cuando falleció se hallaba separada de su esposo, el actor, y había instituido como su heredera a la hija de ambos, pero con el nombramiento de un hermano de la testadora como administrador de los bienes objeto de la herencia, hasta que la hija alcanzara la edad de 23 años. La sentencia de instancia no ha considerado que la excepción del art. 164.1.º se refiere a bienes adquiridos inter vivos o mortis causa de un tercero ajeno a la relación paterno filial, pues si no fuese así resultaría superflua la segunda de las exclusiones, dado que bastaría “lo ordenado de forma expresa”, sin necesidad de desheredación, para desposeer a la patria potestad de una de las facultades de su función- se desestima porque no cabe interpretar el citado precepto en el sentido que se efectúa en el motivo, debido a que la ley no precisa que el disponente ha de ser exclusivamente un tercero, y cabe que uno de los padres en su testamento pueda ordenar de manera expresa la exclusión de que se trata. Por otra parte, la segunda de las excepciones a la administración de los padres se refiere a los bienes adquiridos por sucesión en que el padre, la madre o ambos hubieran sido justamente desheredados o no hubieran podido heredar por causa de indignidad. Lo expuesto determina la desestimación del recurso interpuesto».*

c) Los bienes que el hijo mayor de dieciséis años hubiera adquirido con su trabajo o industria. Los actos de administración ordinaria serán realizados por el hijo, que necesitará el consentimiento de los progenitores para los que excedan de ella.

La segunda exclusión habla de los juicios en que estén interesados el Estado, las Comunidades Autónomas y las demás administraciones públicas, corporaciones o instituciones de igual naturaleza¹⁸⁶. El texto legal hace referencia a organismos públicos y a cualquier otra administración territorial, al referirse a corporaciones e instituciones de igual naturaleza, lo que no comprende sociedades estatales, ni en general aquellos institutos que actúan conforme al orden jurídico privado y cuya regulación se rige por el derecho privado¹⁸⁷.

¹⁸⁶ STS 0950/1992, de 29 de octubre de 1992. Recurso 1083/1990. Fundamento Segundo: «[...] Aunque el artículo 460 del texto procesal dispone la inadmisión a trámite de las peticiones de conciliación solicitadas en relación con los juicios en que estén interesados el Estado, las Comunidades Autónomas y las demás Administraciones públicas, Corporaciones o Instituciones de igual naturaleza, en cuya dicción se encuentra comprendido el “Insalud”, no puede menos de reconocerse que en el caso concreto de autos se instó el acto conciliatorio contra dicha entidad, que la misma compareció en el procedimiento, contestó la demanda y se opuso a la misma y que en la comparecencia celebrada, las partes actora y demandadas se limitaron a ratificarse en sus respectivos escritos y solicitar el recibimiento a prueba, cuando, a tenor de la regla 3.ª del artículo 693 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, se podía haber intentado subsanar o corregir la falta del presupuesto correspondiente a la indicada reclamación previa administrativa. Lo así expuesto, evidencia que al “Insalud” no se le produjo ninguna indefensión, y que si en el actual trámite procesal, después de haberse agotado dos instancias, se acogiese el motivo para dar curso a la meritada vía administrativa, se produciría un notorio quebranto para la justicia por las dilaciones que llevaría consigo, lo cual, supondría desconocer el derecho constitucional prevenido en el artículo 24.2 de la Constitución. Como se dijo en la sentencia de 27 de marzo de 1992, nada ha de objetarse a la vigencia del artículo 138 de la Ley de Procedimiento Administrativo que, en efecto, no ha sido expresamente derogado y, menos aún, al principio constitucional de sometimiento de los Tribunales al imperio de la ley, pero ello no impide, obviamente, que aquel precepto deba ser interpretado conforme a los criterios contenidos en el artículo 3-1 del código civil y, en esta línea, se tiene que: a La jurisprudencia ha venido declarando que, aun reconociendo las diferencias entre la reclamación previa y el acto de conciliación pueden asimilarse desde el momento que aquella viene a sustituir a éste identificándose su finalidad y, consecuentemente, sus efectos (SS. de 20 de junio de 1.889, 20 de mayo de 1941, 23 de marzo de 1961, 17 de febrero de 1972, 20 de marzo de 1975, 27 de febrero de 1987 y 26 de mayo de 1988, entre otras), de donde se infiere que la falta de reclamación previa es un defecto subsanable».

¹⁸⁷ La vigente Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, en el artículo 113, regula que las sociedades mercantiles estatales se registrarán por lo previsto en esta ley, y por lo previsto en la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, del patrimonio de las Administraciones Públicas, y por el ordenamiento jurídico privado, salvo en las materias en que le sea de aplicación la normativa presupuestaria, contable, de personal, de control económico-financiero y de contratación.

Aunque no hay una prohibición expresa de otorgar un contrato de transacción en estos casos, hay que tener en cuenta que se requeriría cumplir con los requisitos legales recogidos en el artículo 86.1 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, de procedimiento administrativo común de las administraciones públicas¹⁸⁸.

Ha de atenderse también al artículo 7 de la Ley 52/1997, de 27 de noviembre, de asistencia jurídica al Estado e instituciones públicas¹⁸⁹.

Esta ley exige que los abogados del Estado soliciten la oportuna autorización a la dirección del servicio jurídico del estado para desistir de acciones o recursos, apartarse de querellas o allanarse a las pretensiones de la parte contraria; y el artículo 7.3 de la Ley 47/2003, de 26 de noviembre, general presupuestaria establece que *«sin perjuicio de lo establecido en el apartado 2 del artículo 10 de esta Ley, no se podrá transigir judicial ni extrajudicialmente sobre los derechos de la Hacienda Pública estatal, ni someter a arbitraje las contiendas que se susciten respecto de los mismos,*

¹⁸⁸ «Las Administraciones Públicas podrán celebrar acuerdos, pactos, convenios o contratos con personas tanto de Derecho público como privado, siempre que no sean contrarios al ordenamiento jurídico ni versen sobre materias no susceptibles de transacción y tengan por objeto satisfacer el interés público que tienen encomendado, con el alcance, efectos y régimen jurídico específico que, en su caso, prevea la disposición que lo regule, pudiendo tales actos tener la consideración de finalizadores de los procedimientos administrativos o insertarse en los mismos con carácter previo, vinculante o no, a la resolución que les ponga fin».

¹⁸⁹ Ley 52/1997, de 27 de noviembre, de Asistencia Jurídica al Estado e Instituciones Públicas (BOE, núm. 285, de 28/11/1997. Entrada en vigor: 18/12/1997. Ref. BOE-A-1997-25338). Artículo 7. *«Disposición de la acción procesal. 1. Sin perjuicio de lo dispuesto en leyes especiales, para que el Abogado del Estado pueda válidamente desistir de acciones o recursos, apartarse de querellas, o allanarse a las pretensiones de la parte contraria, precisará autorización expresa de la Abogacía General del Estado - Dirección del Servicio Jurídico del Estado que deberá, previamente, en todo caso, recabar informe del Departamento, Organismo o entidad pública correspondiente.*

2. El informe deberá ser emitido por la unidad competente por razón de la materia y, en su caso, por el órgano autor del acto objeto del proceso. Los informes deberán contener los motivos jurídicos que fundamentan la disposición de la acción procesal. En los procesos en los que se ventilen pretensiones sobre derechos de la Hacienda Pública de cuantía superior a un millón de euros, el Departamento, organismo o entidad pública deberá acompañar al informe sobre la propuesta de allanamiento o desistimiento una memoria con la estimación de sus consecuencias económicas para la Hacienda Pública. La memoria deberá ser emitida por la unidad competente por razón de la materi». Modificado por la disposición final 8 de la Ley 6/2018, de 3 de julio. Ref. BOE-A-2018-9268.

sino mediante Real Decreto acordado en Consejo de Ministros, previa audiencia del Consejo de Estado en pleno»¹⁹⁰.

En cualquier caso, con todo, la Administración podría presentar la petición de conciliación frente a un particular¹⁹¹.

El proceso de reclamación de responsabilidad civil contra Jueces y magistrados impide realizar la conciliación en estos procedimientos, porque afectan al orden público.

Debemos señalar que la responsabilidad civil directa de jueces y magistrados se ha suprimido en la ley orgánica 7/2015, de 21 de julio, por la que se modifica la Ley orgánica 6/1985, de 1 de julio, del poder judicial, la cual recoge en su preámbulo que tal eliminación se ha producido por ser «*escasísimamente utilizada en la práctica*»¹⁹². Con esta supresión, realmente se ha realizado la equiparación de la responsabilidad de los

¹⁹⁰ Ley 47/2003, de 26 de noviembre, General Presupuestaria (BOE, núm. 284, de 27/11/2003. Entrada en vigor: 01/01/2005. BOE-A-2003-21614).

¹⁹¹ Auto 520/2003, de 13 de noviembre, dictado por la Audiencia Provincial de Cádiz, Sección 6.^a.

¹⁹² Ley Orgánica 7/2015, de 21 de julio, por la que se modifica la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial (BOE, núm. 174, de 22 de julio de 2015, páginas 61593 a 61660). Preámbulo. «*También se elimina la responsabilidad civil directa de los Jueces y Magistrados, escasísimamente utilizada en la práctica. Con ello se alinea la responsabilidad de los Jueces con la del resto de los empleados públicos y se da cumplimiento a las recomendaciones del Consejo de Europa en esta materia. Esa exención de responsabilidad no excluye lógicamente, que la Administración pueda repetir, en vía administrativa, contra el Juez o Magistrado si éste ha incurrido en dolo o culpa grave*».

V. Cuarenta y dos. «*Se modifica el artículo 296, que queda redactado como sigue: "Artículo 296.*

1. Los daños y perjuicios causados por los Jueces y Magistrados en el ejercicio de sus funciones darán lugar, en su caso, a responsabilidad del Estado por error judicial o por funcionamiento anormal de la Administración de Justicia sin que, en ningún caso, puedan los perjudicados dirigirse directamente contra aquéllos. 2. Si los daños y perjuicios provinieran de dolo o culpa grave del Juez o Magistrado, la Administración General del Estado, una vez satisfecha la indemnización al perjudicado, podrá exigir, por vía administrativa a través del procedimiento reglamentariamente establecido, al Juez o Magistrado responsable el reembolso de lo pagado sin perjuicio de la responsabilidad disciplinaria en que éste pudiera incurrir, de acuerdo con lo dispuesto en esta Ley.

El dolo o culpa grave del Juez o Magistrado se podrá reconocer en sentencia o en resolución dictada por el Consejo General del Poder Judicial conforme al procedimiento que éste determine. Para la exigencia de dicha responsabilidad se ponderarán, entre otros, los siguientes criterios: el resultado dañoso producido y la existencia o no de intencionalidad"».

Cuarenta y tres. «*Se suprime el artículo 297*».

jueces con la del resto de los empleados públicos y se da cumplimiento a las recomendaciones del Consejo de Europa en esta materia¹⁹³.

La persona afectada por esta situación ya no podrá reclamar, por tanto, la responsabilidad civil directamente al Juez o Magistrado, al suprimirse el artículo 297 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, pudiendo tan solo reclamar la responsabilidad patrimonial por error judicial o por funcionamiento anormal de la administración de justicia, que se tramitará con arreglo a las normas reguladoras de la responsabilidad patrimonial del estado. Su regulación se encuentra dentro de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del procedimiento administrativo común de las administraciones públicas

Por último, tenemos que mencionar todos aquellos asuntos que se promuevan sobre materias no susceptibles de transacción ni compromiso, que configuran una cláusula abierta que recogería las situaciones que quedan fuera del poder de disposición de las partes y en que es inapropiado realizar una transacción. Estos

¹⁹³ STS 549/2006, de 7 de junio, Sala Primera, de lo Civil, Recurso 3577/1999. Ponente: Juan Antonio Xiol Ríos (Ref. SP/SENT/94216).

Para poder declarar la responsabilidad hay que ver, en primer lugar, la regulación de la responsabilidad patrimonial del Estado por el funcionamiento de la Administración de Justicia, y, en segundo lugar, el criterio seguido respecto a las autoridades y demás personal al servicio de las Administraciones Públicas.

Con esta reforma de 2015 se equiparan jueces y magistrados al resto de empleados, por tanto, se elimina el capítulo II del Título III, que comprendía de los artículos 411 a 413, el artículo 297, y se modifica el artículo 296 LOPJ que pasa a tener la siguiente redacción:

«1. Los daños y perjuicios causados por los Jueces y Magistrados en el ejercicio de sus funciones darán lugar, en su caso, a responsabilidad del Estado por error judicial o por funcionamiento anormal de la Administración de Justicia sin que, en ningún caso, puedan los perjudicados dirigirse directamente contra aquéllos.

Si los daños y perjuicios provinieren de dolo o culpa grave del Juez o Magistrado, la Administración General del Estado, una vez satisfecha la indemnización al perjudicado, podrá exigir, por vía administrativa a través del procedimiento reglamentariamente establecido, al Juez o Magistrado responsable el reembolso de lo pagado sin perjuicio de la responsabilidad disciplinaria en que éste pudiera incurrir, de acuerdo con lo dispuesto en esta Ley.

El dolo o culpa grave del Juez o Magistrado se podrá reconocer en sentencia o en resolución dictada por el Consejo General del Poder Judicial conforme al procedimiento que éste determine. Para la exigencia de dicha responsabilidad se ponderarán, entre otros, los siguientes criterios: el resultado dañoso producido y la existencia o no de intencionalidad».

supuestos estarían referidos, por ejemplo, a la propia declaración de incapacidad, y también al estado civil¹⁹⁴.

Por eso, no puede haber conciliación cuando la materia verse sobre el estado civil de las personas, las cuestiones matrimoniales o sobre alimentos futuros Tampoco sería posible en materias sobre las que haya una resolución judicial firme y definitiva; sí podría realizarse, en cambio, en aspectos derivados de la ejecución; cuestiones unidas a otras sobre las que no se tiene poder de disposición; o cuando deba intervenir el Ministerio Fiscal en representación legal y defensa de quienes no puedan actuar por sí mismos.

Con la conciliación se pretende evitar, por tanto, el procedimiento judicial.

Así, podemos citar el artículo 415 de la Ley de enjuiciamiento civil¹⁹⁵ donde se regula el intento de conciliación o transacción, sobreseimiento por desistimiento bilateral, homologación y eficacia del acuerdo¹⁹⁶.

¹⁹⁴ Aquí cabría citar el artículo 1814 del Código Civil y el artículo 2 de la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje.

¹⁹⁵ «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 apartado 4 del artículo 19, para someterse a mediación. 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 [...].*

2. El acuerdo homologado judicialmente surtirá los efectos atribuidos por la ley a la transacción judicial y podrá llevarse a efecto por los trámites previstos para la ejecución de sentencias y convenios judicialmente aprobados. Dicho acuerdo podrá impugnarse por las causas y en la forma que se prevén para la transacción judicial.

3. Si las partes no hubiesen llegado a un acuerdo o no se mostrasen dispuestas a concluirlo de inmediato, la audiencia continuará según lo previsto en los artículos siguientes. 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».

Por la actual regulación de la LEC:

- Se modifica el apartado 1 por el art. único.47 de la Ley 42/2015, de 5 de octubre. Ref. BOE-A-2015-10727.

- Se modifican los apartados 1 y 3 por la disposición final 3.11 de la Ley 5/2012, de 6 de julio. Ref. BOE-A-2012-9112.

-
- Se modifican los apartados 1 y 3 por la disposición final 2.11 del Real Decreto-ley 5/2012, de 5 de marzo. Ref. BOE-A-2012-3152.

¹⁹⁶ A.P. Tarragona, Sección 3.^a, Auto de 23 junio 2005 (Ref. La Ley Juris: 2078386/2005): «También, que el concepto de desistimiento bilateral se apunta en el art. 415 de la Ley de Enjuiciamiento Civil en sede de juicio ordinario. Precepto del que se puede extraer la idea del legislador sobre el instituto: Intento de conciliación o transacción. Sobreseimiento por desistimiento bilateral. Homologación y eficacia del acuerdo:

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

Llegados a este punto, conviene preguntarse, si el juez puede considerar comprobado que no existe litigio entre las partes, cuando el acuerdo de éstas no abarca en su integridad las consecuencias legalmente previstas por el instituto (el desistimiento bilateral implica la no imposición de costas) defendiendo la demandada que las soporte la parte actora.

Si estamos con la doctrina mayoritaria: defiende que es suficiente como interés legítimo para oponerse al desistimiento al interés por las costas; es obvio que la discrepancia sobre este aspecto accesorio aunque exista acuerdo sobre la terminación anticipada del proceso, impedirá afirmar que no subsiste litigio entre ellas, y también apreciar el consentimiento que requiere el instituto del desistimiento bilateral, tal y como es concebido por el legislador, es decir, un consentimiento completo y sin reservas que abarque tanto la voluntad de dar por terminado anticipadamente el proceso reconociendo al demandante la posibilidad de volver a plantearlo, como la aceptación de las consecuencias legales previstas en materia de costas, es decir su no imposición a las partes (el art. 415 debe completarse con el art. 396.2 y 20.3). Si el demandado acepta que el proceso termine anticipadamente por desistimiento, pero no acepta las consecuencias legalmente previstas para este caso, interesando la imposición de costas para el demandante, el caso no encaja en el instituto del desistimiento bilateral, previsto por el legislador, y no se da el supuesto de hecho para la aplicación del art. 396.2.

Es más, sostener que un consentimiento incompleto (llamamos así al que no abarca las consecuencias legales previstas, en materia de costas), es suficiente para afirmar la existencia de consentimiento propia del instituto del desistimiento bilateral, es opuesto al principio de economía procesal y coloca al demandando en una difícil situación, propiciando su reserva mental, en contra de las exigencias de la buena fe en el marco del procedimiento, para conseguir la continuación del procedimiento y una resolución sobre el fondo en sentencia, con el único fin de que no le sean impuestas las costas (mediando reserva y consiguiendo la continuación del procedimiento). Esta solución tampoco parece conforme con el principio dispositivo de las partes, porque la verdadera voluntad de ambas partes, en atención a su respectivo interés era la terminación anticipada del procedimiento, y la solución probable que se da sobre el fondo, no va a convenir al demandante que propuso el desistimiento. Es más, la actitud procesal del demandado que se propicia coloca al Juzgador en una complicada y enredada situación de conflicto de intereses, difícil de componer y equilibrar y resolver con justicia a la hora de determinar las consecuencias económicas del proceso. En definitiva, como ya se dijo al comentar la sentencia de la Audiencia Provincial de la Rioja, el resultado final se teñirá con frecuencia de incertidumbre, pues dependerá de la habilidad de las partes y de la perspicacia del juez la solución que proceda del caso, al tomar el juez la decisión correspondiente de conformidad con el art. 20.3, vista la oposición manifestada.

Quinto. Llegados a este punto dos son las soluciones que teóricamente ofrece la cuestión.

La primera, concordando con la doctrina que defiende la interpretación a sensu contrario del art. 396.2, es decir el consentimiento incompleto lo equipara a falta de consentimiento y remite a la aplicación del art. 396.1, por considerar que nos encontramos ante un desistimiento unilateral y su consecuencia es la imposición de costas al demandante, se concreta así el criterio general de causalidad en la imposición de costas generalizándolo a todo caso de desistimiento sin consentimiento.

De aplicarse esta doctrina, la respuesta al recurso debería ser la confirmación del auto por estos argumentos sin entrar a conocer las consideraciones contenidas en dicho auto ni de las partes en el recurso.

La segunda, concuerda con la doctrina que sostiene que en tal caso, se da el vacío legal por no haber previsto el legislador, las consecuencias en materia de costas, cuando el demandado se opone al desistimiento, lo que reconduce la decisión a la discrecionalidad del juez al amparo del art. 20.3 in fine, quien deberá resolver la cuestión, en función de las circunstancias de cada caso atendiendo a los principios tradicionales trazados por la jurisprudencia en materia de costas (causalidad-imputabilidad, lealtad, buena o mala fe procesal).

Ante esta disyuntiva este Tribunal se inclina por tomar la segunda de las vías; no sólo porque sea la que permite atender las razones del auto recurrido para alcanzar su conclusión y los motivos de discrepancia de las partes.

También, porque en aquellos casos en que no proceda aplicar sin más el criterio de causalidad, la solución que se dé, se ajustará en mayor medida a los postulados de la justicia material, al permitir esta segunda vía huir de la tentación de generalizados criterios, para ajustar la decisión a los principios que según las circunstancias concretas, sean más adecuados; permitiendo este camino entroncar con los criterios tradicionales que en materia de costas ha venido consolidando la jurisprudencia anterior a la entrada en vigor de la Ley de Enjuiciamiento Civil, lo que propicia huir de esquemas preconcebidos y cumplir el designio más propio de la labor jurisdiccional, la aplicación de la Ley al caso concreto y con ello, completando los postulados de la justicia material, ahondar en el derecho a la tutela judicial efectiva, en un marco de discrecionalidad posible, permitido y amparado por el art. 20.3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Pues bien, a la luz de la doctrina expuesta a cuyo tenor corresponde valorar al Tribunal, en materia de costas, aquello que de satisfacción al derecho a la tutela judicial efectiva.

Conforme a los postulados de la justicia intrínseca al caso debe sostenerse que el desistimiento obedece y ha obedecido al exclusivo interés de la parte actora, por ello la llamada a la entidad demandada ha sido innecesaria. Esa falta de necesidad obedece únicamente a causas imputables a la parte demandante, la que por su cuenta decidió demandar y después desistir. La causa del desistimiento es consecuencia de un hecho producido a posteriori revelador de la falta de previsión con que se presentó la demanda; la demanda se basaba en la existencia de un defecto grave en la vivienda adquirida apto para causar la ruina (aluminosis), el alcance de tal defecto estaba por determinar, pues pendía una resolución del Ayuntamiento de Salou, sobre la gravedad del mismo; sin embargo, la parte actora no dudo, a pesar de ello, en demandar a la entidad vendedora por este motivo, sin esperar a determinar el alcance del vicio o defecto. Determinada la gravedad del vicio (después de la contestación a la demanda), a la parte demandada ya no le interesa la resolución, ni la nulidad del contrato. Es obvio que la demanda se presentó con falta de previsión, imprevisión que ha dado lugar a la comparecencia en juicio del demandante generándole unos gastos, que son debidos a la actitud precipitada de la parte y a su imprevisión, por ello aunque no puede calificarse la presentación de la demanda de temeraria o efectuada con mala fe; sin embargo, si se dio con una precipitación negligente; por ello, de conformidad con los postulados de la justicia material, las costas procede imponerlas a la demandante por su

La Autoridad Judicial será la encargada de esta función, y así, al inicio de la audiencia previa en el juicio ordinario, se comprobará si subsiste la controversia entre las partes. Estaríamos, pues, ante una conciliación intraprocesal, dado que el juez va a desempeñar el papel de conciliador.

Si se consigue llegar a un entendimiento, tras haberse iniciado el procedimiento, el acuerdo, homologado judicialmente, surtirá los efectos atribuidos por la ley a la transacción judicial y podrá llevarse a efecto por los trámites previstos para la ejecución de sentencias y convenios judicialmente aprobados, en virtud del artículo 415.2. de la Ley de enjuiciamiento civil.

En caso de que no haya entendimiento en esta fase, se continuará con el procedimiento según sus cauces y según se recoge en el artículo 428.1 de la Ley enjuiciamiento civil tras resolver las cuestiones procesales y las alegaciones realizadas por las partes. Debe la autoridad judicial exhortarles a alcanzar el acuerdo tras haber delimitado el objeto de la controversia¹⁹⁷.

2.1.8. Celebración del Acto de Conciliación

El acto de conciliación está regulado en el artículo 145 de la Ley de la Jurisdicción Voluntaria¹⁹⁸. El acto de conciliación se celebrará tras haber expuesto

desistimiento, tal como se hace en el auto recurrido, lo que implica la corrección de la decisión objeto de recurso».

¹⁹⁷ Artículo 428. *Fijación de los hechos controvertidos y posible sentencia inmediata.* «[...] 2. A la vista del objeto de la controversia, el tribunal podrá exhortar a las partes o a sus representantes y a sus abogados para que lleguen a un acuerdo que ponga fin al litigio. En su caso, será de aplicación al acuerdo lo dispuesto en el artículo 415 de esta Ley».

¹⁹⁸ Artículo 145. *Celebración del acto de conciliación.* «1. En el acto de conciliación expondrá su reclamación el solicitante, manifestando los fundamentos en que la apoye; contestará el requerido lo que crea conveniente y podrán los intervinientes exhibir o aportar cualquier documento en que funden sus alegaciones. Si no hubiera avenencia entre los interesados, el secretario judicial o el Juez de Paz procurará avenirlos, permitiéndoles replicar y contrarreplicar, si quisieren y ello pudiere facilitar el acuerdo. 2. Si se alegare alguna cuestión que pueda impedir la válida prosecución del acto de conciliación se dará por terminado el acto y se tendrá por intentada la conciliación sin más trámites.

3. Si hubiere conformidad entre los interesados en todo o en parte del objeto de la conciliación, se hará constar detalladamente en un acta todo cuanto acuerden y que el acto terminó con avenencia, así como los términos de la misma, debiendo ser firmada por los comparecientes. Si no pudiere conseguirse acuerdo alguno, se hará constar que el acto terminó sin avenencia

quien lo solicita sus peticiones, apoyadas en los fundamentos en los que se basa su pretensión. Una vez presentadas por el solicitante sus peticiones, la otra parte expondrá lo que a su situación o derecho convenga, con sus respectivas alegaciones, pudiendo ambas incluir todos aquellos documentos que les sirvan de apoyo a sus posturas.

Después de intervenir ambos, finalizará el trámite mediante decreto si hubiera podido alcanzarse un acuerdo, archivándose las actuaciones iniciadas judicialmente, o bien finalizará el acto sin avenencia.

La celebración de la conciliación pretende alcanzar un acuerdo que convenza a las dos partes y que evite llegar al procedimiento, aunque es lógico que la parte que tenga mejores expectativas a la hora de lograr una sentencia favorable, a la hora de llegar al acuerdo en la conciliación, tendrá la mejor posición. Los gastos que ocasionare el acto de conciliación serán de cuenta del que lo hubiere promovido¹⁹⁹.

2.1.9. La Conciliación en la Ley de Enjuiciamiento Civil

La conciliación se encuentra regulada en los artículos 403, 415 y 428 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de enjuiciamiento civil.

El artículo 403²⁰⁰ recoge la admisión y casos excepcionales de inadmisión de la demanda.

4. El desarrollo de la comparecencia se registrará, si fuera posible, en soporte apto para la grabación y reproducción del sonido y de la imagen, de conformidad con lo dispuesto en la Ley de Enjuiciamiento Civil. Finalizado el acto, el secretario judicial dictará decreto o el Juez de Paz dictará auto haciendo constar la avenencia o, en su caso, que se intentó sin efecto o que se celebró sin avenencia, acordándose el archivo definitivo de las actuaciones».

¹⁹⁹ Artículo 146 de la Ley de Jurisdicción Voluntaria. *Testimonio y gastos.* «Las partes podrán solicitar testimonio del acta que ponga fin al acto de conciliación».

²⁰⁰ Ley Orgánica 7/2015, de 21 de julio, por la que se modifica la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, Disposición final cuarta. Modificación de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil. La Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, que queda modificada en los siguientes términos: [...] *Once. Se modifica el artículo 403, que queda redactado como sigue:*

«1. Las demandas sólo se inadmitirán en los casos y por las causas expresamente previstas en esta Ley.

Hasta la reforma de la Ley orgánica 7/2015, de 21 de julio, de modificación de la Ley orgánica del poder judicial, la inadmisión de la demanda se producía cuando no se hubiera realizado la preceptiva conciliación, como así se destacaba en el apartado tercero. Este artículo fue modificado por esta Ley 7/2015, de modificación de la Ley orgánica del poder judicial, con entrada en vigor a partir del día 1 de octubre del año 2015, por la que se modificaba la Ley orgánica 6/1985, de 1 de julio, del poder judicial.

El contenido del artículo 415²⁰¹ regula el intento de conciliación o transacción, el sobreseimiento por desistimiento bilateral, la homologación y la eficacia del acuerdo.

2. No se admitirán las demandas cuando no se acompañen a ella los documentos que la ley expresamente exija para la admisión de aquéllas o no se hayan intentado conciliaciones o efectuado requerimientos, reclamaciones o consignaciones que se exijan en casos especiales.»

La redacción hasta el 1 de octubre de 2015 del Artículo 403 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (*Admisión y casos excepcionales de inadmisión de la demanda*) era la siguiente:

«1. Las demandas sólo se inadmitirán en los casos y por las causas expresamente previstas en esta Ley.

2. No se admitirán las demandas de responsabilidad contra Jueces y Magistrados por los daños y perjuicios que, por dolo, culpa o ignorancia inexcusable, irrogaren en el desempeño de sus funciones mientras no sea firme la resolución que ponga fin al proceso en que se suponga causado el agravio. Tampoco se admitirán estas demandas si no se hubiera reclamado o recurrido oportunamente en el proceso contra el acto u omisión que se considere causante de los daños y perjuicios.

3. Tampoco se admitirán las demandas cuando no se acompañen a ella los documentos que la ley expresamente exija para la admisión de aquéllas o no se hayan intentado conciliaciones o efectuado requerimientos, reclamaciones o consignaciones que se exijan en casos especiales.»

²⁰¹ Este artículo está redactado conforme al Real Decreto-ley 5/2012, de 5 de marzo, de Mediación en Asuntos Civiles y Mercantiles (BOE núm. 56 de 6-3-2012, p. 18783-18799). La Ley 5/2012, de 6 de julio, de Mediación en Asuntos Civiles y Mercantiles (BOE núm. 162, de 07-07-2012, p. 49224-49242) hace referencia, de nuevo, en su disposición final tercera, a esta misma modificación.

La redacción anterior a la reforma por la Ley de Mediación era la siguiente:

Artículo 415. Intento de conciliación o transacción. Sobreseimiento por desistimiento bilateral. Homologación y eficacia del acuerdo.

«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.

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.

En primer lugar, una vez comparecidas las partes, la autoridad judicial declarará abierto el acto y comprobará si subsiste el litigio entre ellas.

Si las partes manifestaran haber llegado a un acuerdo o se mostrasen dispuestas a concluirlo de inmediato, podrán desistir del proceso o solicitar del órgano judicial que homologue lo acordado.

Las partes, de común acuerdo, podrán también solicitar la suspensión del proceso de conformidad con lo previsto en el artículo 19.4 de la Ley de enjuiciamiento civil, para someterse a mediación o arbitraje.

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

En segundo lugar, el acuerdo homologado judicialmente surtirá los efectos atribuidos por la ley a la transacción judicial y podrá llevarse a efecto por los trámites previstos para la ejecución de sentencias y convenios judicialmente aprobados. Tal acuerdo podrá impugnarse por las causas y en la forma que se prevén para la transacción judicial²⁰².

2. El acuerdo homologado judicialmente surtirá los efectos atribuidos por la ley a la transacción judicial y podrá llevarse a efecto por los trámites previstos para la ejecución de sentencias y convenios judicialmente aprobados. Dicho acuerdo podrá impugnarse por las causas y en la forma que se prevén para la transacción judicial.

3. Si las partes no hubiesen llegado a un acuerdo o no se mostrasen dispuestas a concluirlo de inmediato, la audiencia continuará según lo previsto en los artículos siguientes».

²⁰² MARTÍNEZ MARTÍNEZ, María, «Impugnar la transacción judicial (Aportación al estudio de los presupuestos para la impugnación por nulidad y anulabilidad del acuerdo homologado judicialmente de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 2000)», en *Nul: Estudios sobre invalidez e ineficacia*, 2007, p. 12 y 13. (Estudios) [on line: <<https://bit.ly/2PadKuO>>].

Dice el artículo 415.2 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil: «*el acuerdo homologado judicialmente surtirá los efectos atribuidos por la ley a la transacción judicial y podrá llevarse a efecto por los trámites previstos para la ejecución de sentencias y convenios judicialmente aprobados. Dicho acuerdo podrá impugnarse por las causas y en la forma que se prevén para la transacción judicial*». A pesar del texto del precepto, no hay normas que expresamente aludan a las causas y formas para su impugnación. Para el contrato de transacción en general, la doctrina civilista es unánime al admitir la acción de invalidez ejercitable en el juicio declarativo que corresponda, tanto antes como después de entrar en vigor la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil. Consecuencia de la lectura del artículo 1817 con la remisión expresa que contiene al 1265 e implícita a los preceptos concordantes: GULLÓN, *La transacción...*, *cit.*, p. 165 y ss.; RUIZ-RICO, «El error...», *cit.*, LACRUZ, *Elementos...*, II-2,

Y, en tercer lugar, por último, si las partes no hubiesen llegado a un acuerdo o no se mostrasen dispuestas a concluirlo de inmediato, la audiencia continuará en la forma regulada por los artículos 416 y siguientes.

Con todo, 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.

En el artículo 428 se determina la necesaria fijación de los hechos controvertidos y posible sentencia inmediata²⁰³.

Dentro del contenido de este artículo se determina que, según sea el objeto de la controversia, el tribunal podrá exhortar a las partes o a sus representantes y a sus abogados para que lleguen a un acuerdo que ponga fin al litigio. En su caso, será de aplicación al acuerdo lo dispuesto en el artículo 415 de esta Ley.

La fijación concreta de los hechos objeto de controversia puede ayudar a poner fin al procedimiento. Se produce una nueva oportunidad para llegar a una conciliación, y es una función adicional de la celebración de la audiencia previa.

Cuando se inicia la audiencia previa, la autoridad del órgano judicial tendrá que comprobar si han comparecido las partes. Puede ocurrir que se llegue a alcanzar un acuerdo entre las mismas, el cual, por tanto, se verá reflejado en el expediente judicial por el desistimiento bilateral, lo que supone que se dictará el correspondiente auto de sobreseimiento, o la homologación judicial de lo acordado, dictándose un auto con efectos de cosa juzgada que va a tener los mismos efectos que la transacción judicial. La ejecución se hará según los trámites previstos para sentencia y para convenios aprobados judicialmente por constituir un título ejecutivo²⁰⁴.

Dykinson (2002), p. 365 a 368; LUNA, «La ineficacia...», *cit.*, páginas 121 a 148; TAMAYO, *El contrato...*, *cit.*, p. 484 y ss.; VIOLA, *El contrato...*, *cit.*, p. 356 y ss. y 485 y su nota 76.

²⁰³ Audiencia Provincial de Granada, Sec. 3.ª, Sentencia 173/2012, de 30 de noviembre (Ref. SP/AUTRJ/713690): «No procede invalidar el acuerdo por el que se termina el procedimiento mediante transacción, por la falta de firma del abogado del actor, al haberse cumplido las formalidades extrínsecas, y no probarse maquinación o fraude alguno».

²⁰⁴ Audiencia Provincial de Cádiz, Sección 6.ª, Sentencia de 18 de diciembre de 2014: «Se puede impugnar mediante un nuevo proceso declarativo, por concurrencia de vicios del consentimiento del Artículo 1817 del Código Civil que implica su anulabilidad».

2.1.10. La Conciliación previa al proceso

2.1.10.1. Cuestiones preliminares

Con carácter previo, y como ya habíamos indicado anteriormente, ha de señalarse lo que se recoge en el artículo 139 de la Ley de jurisdicción voluntaria. La utilización de este expediente para una finalidad diferente, que vaya a implicar un abuso de derecho manifiesto, o que suponga fraude de ley o procesal, tiene como grave consecuencia la inadmisión de la petición.

Tras la Ley orgánica 13/2009, de 3 de noviembre, de reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva oficina judicial, se les ha dado mayor protagonismo a los secretarios judiciales, hoy letrados de la administración de justicia²⁰⁵.

Audiencia Provincial de Córdoba, Sección 1.ª, Sentencia de 2 de abril de 2014: «*Se puede impugnar por las causas que implican la inexistencia o nulidad absoluta de lo acordado, de acuerdo a normas de derecho contractual*».

²⁰⁵ Los secretarios judiciales pasarán a ser «Letrados de la Administración de Justicia» a partir de la reforma de la Ley Orgánica del Poder Judicial, mediante la Ley Orgánica 7/2015, de 21 de julio, por la que se modifica la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial (BOE de 22 de julio de 2015). Además de esta nueva denominación, contarán con nuevas competencias y funciones en el proceso civil, a tenor del Art. Único, Cincuenta y seis a Setenta y siete, de la LO 7/2015, que modifica arts. 440 a 469 LOPJ:

«• *Será responsabilidad del Letrado de la Administración de Justicia organizar la dación de cuenta, que se realizará en los términos establecidos en las leyes procesales.*

• *El Letrado de la Administración de Justicia impulsará el proceso en los términos que establecen las leyes procesales.*

A tal efecto, dictará las resoluciones necesarias para la tramitación del proceso, salvo aquéllas que las leyes procesales reserven a Jueces o Tribunales. Estas resoluciones se denominarán diligencias, que podrán ser de ordenación, de constancia, de comunicación o de ejecución.

Se llamará decreto a la resolución que dicte el Letrado de la Administración de Justicia con el fin de admitir la demanda, poner término al procedimiento del que tenga atribuida exclusiva competencia, o cuando sea preciso o conveniente razonar su decisión. Será siempre motivado y contendrá, en párrafos separados y numerados, los antecedentes de hecho y los fundamentos de derecho en que se basa.

Las diligencias de ordenación y los decretos serán recurribles en los casos y formas previstos en las leyes procesales.

Las resoluciones de carácter gubernativo de los Letrados de la Administración de Justicia se denominarán acuerdos.

Esta circunstancia también se produce en la conciliación laboral, en la que se desplaza el protagonismo a los letrados de la administración de justicia. Los letrados y graduados sociales, tras la conciliación previa o administrativa, deberán conseguir un acuerdo previo al juicio, esta vez ante el letrado de la administración de justicia.

Desde mayo de 2010 se produjo una nueva distribución de las competencias entre los jueces y letrados de la administración de justicia: Estos últimos, desde esta regulación, pasaron a tener mayores funciones atribuidas, y entre ellas la función de conciliar. Así pues, ellos serán los que dentro de la Oficina Judicial tengan la competencia de realizar la conciliación si es solicitada por las partes del procedimiento.

También será el letrado de la administración de justicia quien se encargue, según se desprende de esta normativa, de llevar a cabo la función de mediación dentro del juzgado.

Ha de destacarse que, aunque cada vez hay mayor capacitación profesional, impartida tanto en los cursos de formación de acceso al cuerpo de letrados de la administración de justicia, como a la judicatura y fiscalía, en honor a la verdad, en nuestro sistema judicial, la mayoría de los profesionales del Derecho –no los de nuevo ingreso que sí reciben formación específica– siguen adoleciendo de una falta de preparación suficiente para realizar cabalmente una conciliación, y *a fortiori* una mediación, con las condiciones de eficiencia y rigor exigible. A veces hay una imperiosa necesidad de urgir a los letrados de las partes a llegar a un acuerdo del modo menos ortodoxo, a fin de evitar el procedimiento, mientras que otras se les expone de forma

• *Los Letrados de la Administración de Justicia, cuando así lo prevean las leyes procesales, tendrán competencias en las siguientes materias:*

a) *Ejecución, salvo aquellas competencias que exceptúen las leyes procesales por estar reservadas a Jueces y Magistrados.*

b) *Jurisdicción voluntaria, asumiendo su tramitación y resolución, sin perjuicio de los recursos que quepa interponer.*

c) *Conciliación, llevando a cabo la labor mediadora que les sea propia.*

d) *Tramitación y, en su caso, resolución de los procedimientos monitorios.*

e) *Mediación.*

f) *Cualesquiera otras que expresamente se prevean».*

cruda y abierta las consecuencias de no llegar al acuerdo. Pero esto no puede ser considerado propiamente «conciliar».

Asimismo, salvo algunas excepciones, los órganos judiciales carecen de las aptitudes necesarias para que las conciliaciones en los procedimientos judiciales sean lo habitual, teniendo en cuenta el grado de insatisfacción que existe en la oficina judicial por la carencia de medios materiales y humanos capaces de por sí para afrontar la carga de trabajo que tienen los juzgados²⁰⁶.

Después de comprobar el funcionamiento habitual de los juzgados, tras lo expuesto estamos en condiciones de afirmar que, en términos generales, en el actual estado de nuestro sistema de justicia los operadores jurídicos carecen de una cultura natural conciliadora.

2.1.10.2. Competencia territorial del órgano correspondiente

El artículo 140 de la Ley de jurisdicción voluntaria recoge la competencia del domicilio del requerido, señalando a los jueces de paz y a los letrados de la administración de justicia de los juzgados de primera instancia o juzgados de lo mercantil, cuando se trate de materias de su competencia.

En cuestiones en las que la cuantía no sea superior a 6.000 euros y que no competan a los juzgados de lo mercantil por razón de la materia, el órgano competente serán los juzgados de paz.

Cuando el requerido sea una persona jurídica, la competencia recaerá en el juzgado del lugar del domicilio del solicitante, cuando haya una delegación, sucursal, establecimiento u oficina abierta al público en dicha demarcación o de algún representante autorizado y acreditado para actuar en nombre de la entidad.

Una vez que se hayan realizado todas las averiguaciones acerca del domicilio, y estas no fueran efectivas, o el que es requerido a la conciliación residiera en otro

²⁰⁶ Una de las mayores quejas del personal que trabaja al servicio de la administración de justicia, desde los jueces y letrados de la administración de justicia al resto de miembros de la Oficina Judicial, es precisamente la carencia de suficientes recursos para desempeñar eficazmente su trabajo: *Vid. CARRETERO MORALES, Emiliano, La mediación civil y mercantil en el sistema de justicia*, Editorial Dykinson, Madrid, 2016, p. 63.

partido judicial, el letrado de la administración de justicia, o el juez de paz, dictará decreto o auto, respectivamente dando por terminado el expediente; esta circunstancia se hará constar, y el solicitante de la conciliación tiene derecho a promover un nuevo expediente ante el juzgado competente que corresponda.

El párrafo segundo del artículo 140 de la Ley de jurisdicción voluntaria regula las cuestiones de competencia o recusación²⁰⁷, con un contenido sorprendente, ya que, una vez se suscitan alguna de estas dos cuestiones relativas al letrado de la administración de justicia o juez de paz correspondiente, se tiene por intentada la comparecencia sin más trámites. Se establece en el párrafo segundo que, si se suscitaren cuestiones de competencia del juzgado o de recusación del secretario judicial o juez de paz ante quien se celebre el acto de conciliación, se tendrá por intentada la comparecencia sin más trámites.

²⁰⁷ ALONSO FURELOS, Juan Manuel, «Parte general y principios de la vigente Ley de la Jurisdicción Voluntaria», *Revista de Derecho de la UNED*, 17, 2015, p. 46 y 47:

«ABSTENCIÓN Y RECUSACIÓN. No se prevén en la ley de la jurisdicción voluntaria estos incidentes con carácter general por lo que son de aplicación las reglas generales. Por tanto, la ley orgánica del poder judicial para jueces y letrados de la administración de justicia. O la ley de régimen jurídico de las administraciones públicas y procedimiento administrativo común para los funcionarios y en su caso estar a la normativa específica de notarios y registradores si la hubiera.

Existe sin embargo una norma especial para la recusación en caso de conciliación para impedir la sustanciación y decisión de este incidente en el art. 140-2 de la Ley de la Jurisdicción Voluntaria que dispone que si se suscitan cuestiones de recusación del letrado de la administración de justicia o del juez de paz ante quien se celebre el acto de conciliación se tendrá por intentada la comparecencia sin más trámites, es decir, por intentada la conciliación sin efecto.

Este precepto se refiere a la recusación y no a la abstención, lo que supone que si se abstiene el juez de paz o el letrado de la administración de justicia se sustanciará y decidirá el incidente, para en su caso designar a otro juez o letrado de la administración de justicia, si concurren las causas legales de abstención.»

2.1.11. Diferencias entre los Sistemas Alternativos Básicos de Resolución de Conflictos

2.1.11.1. Cuestiones conceptuales

Como ya se ha indicado repetidamente, los sistemas alternativos de resolución de los conflictos –conciliación, negociación, mediación–, normalmente se desarrollan por cauces que no necesitan la intervención del órgano jurisdiccional²⁰⁸.

La negociación se realiza mediante la puesta en práctica de técnicas y a través de los propios interesados, o sus representantes o letrados, quienes van a hallar la situación idónea que contenga los beneficios que pueden obtener, y para ello realizarán las cesiones, concesiones o renunciaciones concretas para llegar al acuerdo.

La mediación aporta la intervención del tercero en el acercamiento de las partes, y serán ellas mediante la cesión de posiciones, en función de sus intereses, las que alcanzarán en su caso el acuerdo en el conflicto.

En la mediación pueden diferenciarse siete fases, que son las siguientes:

La primera supone el acercamiento inicial, tratando de alcanzar un cierto nivel de confianza.

La segunda consiste en la exposición de los hechos y delimitación de dónde radica el conflicto.

La tercera se centra en la generación de diferentes opciones posibles de acuerdo.

La cuarta incluye la negociación de las posiciones y la toma de una decisión.

La quinta culmina con la posibilidad de llevar a cabo el acuerdo.

La sexta pivota en la determinación de las posibilidades legales del acuerdo.

Y la séptima se dirige a la puesta en práctica, y al ofrecimiento de un margen de revisión.

²⁰⁸ Véase *supra* Cap. I.1.3.

En la conciliación los terceros intervinientes, van a llegar a un acuerdo mediante la comunicación de las posturas que previamente hayan puesto en conocimiento de las partes; los terceros proporcionan un principio de acuerdo que someterán a su aprobación.

La diferencia radica que en la conciliación y en la mediación hay una intervención del tercero, pero en la primera este último va a tener un papel destacado, porque va a ser protagonista de que las partes alcancen el acuerdo, al ser quien transmite las posiciones y los intereses de cada una de las partes, que son también quienes alcanzarán finalmente el consenso definitivo que zanje en su caso la cuestión.

En la mediación, sin embargo, los terceros intervinientes únicamente van a acercar y conducir el diálogo entre las partes, creando un marco adecuado para que puedan solventar sus diferencias: no son ellos los que van a aportar las ideas o las posibilidades que conduzcan a la resolución de la situación. Es un sistema con mayor implicación o protagonismo de los interesados. Y una diferencia sustancial entre conciliación y mediación es la interrupción de la prescripción en el caso de la conciliación²⁰⁹, mientras que la mediación no produce este efecto en ningún caso.

El arbitraje, por lo demás, es un sistema sustitutivo del proceso²¹⁰; por eso, se accederá a él de manera voluntaria, como no podía ser de otro modo, por afectar directamente al derecho a la tutela judicial efectiva.

En cambio, la conciliación, como hemos apuntado, ha venido impuesta por la ley en muchos momentos. Así, por ejemplo, sostiene que en la Constitución de 1812 «*la conciliación no desempeña un papel sustitutivo del proceso, sino elusivo del*

²⁰⁹ STS 3022/2017, de 20 de julio de 2017: Procedimiento Error Judicial: «*En efecto, el tema jurídico que plantea la parte demandante se refiere a la eficacia interruptora de la prescripción del acto de conciliación, considerando que los efectos interruptivos tienen lugar desde la celebración del acto (en este caso 16 de mayo de 2012), mientras que esta Sala, interpretando jurídicamente los preceptos indicados, entiende que dichos efectos interruptivos tienen lugar con la presentación de la papeleta de conciliación (3 de mayo de 2012 en el asunto que ahora nos ocupa)*».

²¹⁰ PEDRAZ PENALVA, Ernesto, «El proceso y sus alternativas», *Cuadernos de Derecho Judicial*, núm. 27, 1995.p. 9-45.

proceso»²¹¹. Podríamos afirmar, por tanto, que el arbitraje y el proceso judicial resuelven jurídicamente la controversia, mientras que la conciliación la extingue²¹².

2.1.11.2. Diferencias entre el Allanamiento, la Transacción y las Diligencias Preliminares

El acto de conciliación previo al proceso es un tipo de acto preparatorio del juicio que a diferencia de los demás –de las diligencias preliminares, de la anticipación de la prueba, del aseguramiento de la prueba y de las medidas cautelares– presenta la peculiaridad que trata de evitar el proceso contradictorio por el coste que ello comporta²¹³.

2.1.11.2.1. Allanamiento

En el allanamiento, se parte de la premisa de que se tiene un procedimiento iniciado, puesto que hay un demandante que defenderá unas pretensiones que constituyen el objeto de la demanda. En la conciliación, en cambio, aún no se ha iniciado el procedimiento; de hecho, lo que se pretende es que ni siquiera se ponga en marcha, sino que se llegue a un entendimiento antes de realizarse el acto del juicio. Se trata de que las circunstancias y situaciones que han provocado llegar a la vía contenciosa puedan neutralizarse y que, mediante el diálogo y la negociación, las partes puedan adoptar un nuevo modelo de relación que les permita llegar a un acuerdo para evitar que se produzca la celebración de la vista.

La finalidad del allanamiento es cerrar el procedimiento judicial en ciernes mediante un acuerdo. Tampoco va a llegar a celebrarse la vista, sino que las partes, dando o cediendo en sus posiciones, van a lograr llegar a un acuerdo que consigue

²¹¹ PEDRAZ PENALVA, Ernesto, *ob.cit.*

²¹² Negociación: Las partes negocian directamente, sin la intervención de terceros. Mediación: El tercero facilita el diálogo y la comunicación, si bien no decide ni propone. Conciliación: El tercero se implica más y puede hacer propuestas. Arbitraje: EL tercero resuelve a través del laudo, las partes pueden escoger al árbitro. Juicio: El tercero decide con aplicación del Derecho.

²¹³ «La Jurisprudencia ha enmarcado un concepto causal del acto de conciliación definiéndolo como un verdadero proceso de eliminación, cuya finalidad esencial es la de evitar el nacimiento de un proceso principal posterior, mediante el intento de avenirlo o arreglarlo entre las partes, lo cual, si se consigue, origina el efecto jurídico-material de un convenio análogo a la renuncia, al desistimiento, al allanamiento y sobre todo a la transacción» (Cf. PLAZA GOLVANO, Sagrario, y ALBERT EMBUENA, Vicente, *ob. cit.*, p. 21).

que no se lleve adelante el procedimiento correspondiente, dando por finalizado el litigio. Es, por tanto, una de las formas de finalización de los procedimientos.

En la conciliación, pues, todavía no se ha iniciado el proceso.

2.1.11.2.2. Transacción

En este caso, las dos partes están afectadas por una controversia, y para poder acabar con ella van a realizar concesiones sobre los intereses afectados por dicho conflicto. Se ha producido una situación de confrontación cuya consecuencia puede ser la de terminar en un litigio ante los Tribunales.

2.1.11.2.2.1. DEFINICIÓN

La transacción puede conceptuarse como un contrato mediante el cual los afectados por el conflicto pactan una solución negociada para llegar a resolverlo. A veces puede producirse dentro de un procedimiento jurisdiccional, aunque no es preciso que así sea, puesto que las diferencias pueden haber surgido sin que la demanda judicial se haya siquiera llegado a presentar.

El artículo 1809 del código civil²¹⁴ define la transacción como un contrato por el cual las partes, mediante recíprocas concesiones, terminan un litigio pendiente o previenen un litigio eventual.

2.1.11.2.2.2. TIPOS

Existen dos figuras diferentes en términos de transacción:

La transacción *judicial*, que es la que pone fin al juicio pendiente.

La transacción *extrajudicial*, que simplemente está dirigida a evitar que un conflicto se convierta en litigioso²¹⁵.

²¹⁴ Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil. (Gaceta de Madrid, núm. 206, de 25 de julio de 1889. Entrada en vigor, el 16 de agosto del mismo año. Referencia: BOE-A-1889-4763). Título XIII. *De las transacciones y compromisos*. Capítulo I. *De las transacciones*. Artículo 1809. «La transacción es un contrato por el cual las partes, dando, prometiendo o reteniendo cada una alguna cosa, evitan la provocación de un pleito o ponen término al que había comenzado».

La transacción extrajudicial pertenece al campo de la solución alternativa de conflictos, en tanto que la transacción judicial, una vez homologada, es un modo de finalización del juicio, con fuerza de cosa juzgada. En el caso de la transacción contractual, su validez está sujeta, no solo a las disposiciones del código civil, sino a las reglas generales de la validez de los contratos. Así, será nula la transacción que carezca de causa, o será anulable aquella cuyo consentimiento haya sido arrancado con violencia (artículo 1817, en relación con el artículo 1265, ambos del código civil).

La transacción extrajudicial no está rodeada de formalidades. Sin embargo, con respecto a la transacción judicial, debemos distinguir la que se celebra en el propio expediente de la que se realiza fuera del mismo, pero pendiente el proceso, la cual es también judicial. En este caso debe constar en documento auténtico, y puede ser traída al expediente por cualquiera de las partes para su homologación por el juez.

En la conciliación puede existir o no existir una determinada relación jurídica que obligue a las partes mientras en la transacción forzosamente existe una relación jurídica constituida.

2.1.11.2.3. DILIGENCIAS PRELIMINARES

La Ley de enjuiciamiento civil prevé instrumentos de preparación del proceso, a través de los cuales se permite al solicitante, o bien obtener algún dato o documento necesario y esencial para el mismo, o bien incluso el intento de evitarlo. Tales instrumentos son el acto de conciliación y las diligencias preliminares, cuyo denominador común estriba en que se trata de un procedimiento sin proceso, «sin

²¹⁵ STS 205/2018, Sala 1.ª, de lo Civil, de 11 de abril de 2018. Ponente: Ignacio Sancho Gargallo. Número de Recurso: 751/2017. Procedimiento: Civil. Historial del Caso: Estima el recurso de casación contra la Sentencia n.º 601/2016 de AP Zaragoza, Sección 5.ª, 13 de diciembre de 2016:

«CLÁUSULA SUELO. VALIDEZ DE LA TRANSACCIÓN EXTRAJUDICIAL. Es válida la transacción suscrita por las partes tras la STS de 9 de mayo de 2013, en la se acordaba reducir el límite mínimo del interés al 2,25% y que no se discutiría la validez de las cláusulas suelo contenidas en el contrato originario. A pesar de que no necesariamente la transcripción manuscrita de la cláusula equivale a su comprensibilidad real por el consumidor, sí contribuye a permitir la constatación de su propia existencia y a resaltar su contenido. Se desestima el recurso extraordinario por infracción procesal. Se estima el recurso de casación».

verdadera cognición», pero cuya utilidad práctica se sustenta precisamente en su relación con el futuro y eventual proceso²¹⁶.

Es importante distinguir la figura, en cuanto al contenido y a los objetivos del acto de conciliación con respecto de las diligencias preliminares como diligencias preparatorias que son del juicio posterior y en las que la capacidad coercitiva de los tribunales actúa con todas sus consecuencias. En el artículo 261 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de enjuiciamiento civil se contempla que la persona citada y requerida para realizar las diligencias no atendiese al requerimiento ni formulare oposición.

Las diligencias preliminares son un acto preparatorio del juicio declarativo y como tal aparecen reguladas en los artículos 256 a 263 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de enjuiciamiento civil.

2.1.11.2.3.1. DEFINICIÓN

Las diligencias preliminares en un procedimiento civil conforman el conjunto de actuaciones de carácter jurisdiccional por las que se pide al juzgado de primera instancia que sea competente, y que lleve a cabo actuaciones para poder recabar los datos indispensables para que el futuro juicio tenga eficacia. Es preciso que la parte que las solicita no pueda obtenerlas por sí misma²¹⁷.

2.1.11.2.3.2. CARACTERES

Estas actuaciones se dirigen a aclarar cuestiones anteriores al proceso principal. Es, por tanto, un proceso aclaratorio, que no tiene carácter ejecutivo²¹⁸. La persona que va a formar parte del futuro litigio puede utilizarlas para poder preparar el procedimiento, y así dejar claros los elementos que puedan no estarlo respecto de los

²¹⁶ VIDAL PÉREZ, María Fernanda. «El juicio ordinario y la instancia: de la demanda a la sentencia», en *Diario La Ley*, núm. 6480, 11 de mayo de 2006.

²¹⁷ STS de 3 de diciembre de 2002.

²¹⁸ STS 8148/1986, de 20 de junio, Sala 1.ª, de lo Civil, Sección 1. (Ref. Cendoj: 28079110011986101406):

«Fundamento de Derecho. 1. [...] A) Que la doctrina más autorizada concibe las diligencias preliminares, reguladas en los artículos 497 y siguientes de la Ley Procesal Civil como un conjunto de actuaciones judiciales que se dirigen a aclarar las cuestiones que pudieran surgir antes del nacimiento de un proceso principal, por lo que este proceso aclaratorio carece de ejecutabilidad».

elementos subjetivos o de fondo. Su relevancia está en que su planteamiento supone que la persona a la que afecta adquiere una obligación, de tal modo que su incumplimiento tiene efectos para el proceso posterior y para la propia diligencia.

No sucede así en la conciliación, pues la incomparecencia no produce efectos jurídicos.

Las diligencias preliminares no son ejecutables, ni tienen ningún efecto sobre la caducidad y la prescripción. Se pueden solicitar en todo tipo de procedimientos, según el artículo 256²¹⁹ de la Ley de enjuiciamiento civil, abarcando tanto el proceso de declaración, como el cautelar o el de ejecución. Siempre habrá que justificar por qué es necesaria su adopción y qué requisitos pueden dar lugar a ellas y el proceso del que son antecedentes.

2.1.11.2.3.3. PROCEDIMIENTO

Las diligencias preliminares se pueden solicitar antes de presentar la demanda, en un escrito motivado para justificar la necesidad de su realización para los fines de preparar el proceso (artículo 256.2 de la Ley de enjuiciamiento civil)²²⁰.

²¹⁹ Audiencia Provincial de Valladolid, Sección 3.ª, Auto 8 julio 2004 (Ref. La Ley Juris: 1845807/2004): «Segundo. Un nuevo examen de todo lo actuado, no permite sino refrendar la decisión judicial. La tesis del Juzgador de Instancia, aunque razonada sucintamente, se ajusta a las prescripciones legales. Considera, con buen criterio, que las diligencias preliminares cuya práctica desestima, no son adecuadas a la finalidad perseguida ni concurre justa causa para su adopción. Añade esta Sala, que los solicitantes –con la diligencia acordada– disponen de elementos de conocimiento suficientes para poder formular su demanda y además, que ninguna de las rechazadas encuentra un claro encaje en alguna de las diligencias legalmente previstas en el artículo 256.1 LEC, lo cual resulta exigible, habida cuenta el carácter tasado o limitado de estas medidas (Exposición de Motivos de la nueva ley, apartado x, “[...] se amplían las diligencias que cabe solicitar, aunque sin llegar al extremo de que sean indeterminadas”) y la interpretación restrictiva que sobre su admisibilidad ha venido manteniendo la doctrina mayoritaria, precisamente para evitar que se utilice esta vía de las diligencias preliminares a fin de hacer acopio anticipado de un acervo probatorio al margen del íter procesal común, y de los supuestos excepcionales de prueba anticipada, regulados en los artículos 293 y concordantes de la Ley procesal civil.»

²²⁰ Podemos referirnos a las pruebas que podrían ir dirigidas a preparar el juicio posterior, las cuales requiriesen alguna actividad *ex ante* por parte del órgano jurisdiccional, por no poder ser aportadas enteramente por la parte que las proponga, en las diligencias preliminares, reguladas en la LEC, y que juzgamos compatibles con la naturaleza del acto de conciliación previa, dado el tenor del artículo 256 LEC y la STC 155/2011, que por primera vez trata de la cuestión favorablemente a la admisión de solicitud de diligencias preliminares.

Será competente el Tribunal del domicilio de la persona que ha de cumplir el contenido de la diligencia (artículo 257), salvo supuestos especiales como el establecido en el apartado 6.º del artículo 256.1 (petición para concretar los integrantes de un grupo de perjudicados), para el que será competente el Tribunal ante el que haya de presentarse la demanda de acción de grupo. El Tribunal controlará de oficio su competencia, no permitiéndose la declinatoria. Si se declara incompetente resuelve el Tribunal superior común (artículo 60 Ley enjuiciamiento civil).

Las diligencias preliminares pueden adoptarse siempre de un modo flexible, respetando en todo caso la ley, para adaptarse a los casos que, de no acordarse, podría verse puesto en entredicho el valor del artículo 24 de la Constitución, (derecho a la Tutela Judicial Efectiva).

Si la adopción de las medidas provisionales ocasiona algún gasto, deberá el solicitante acarrear con la carga de soportarlo. Para ello ofrecerá una caución, tal y como se establece en el artículo 256.3 de la Ley de enjuiciamiento civil. Si no hace frente a la caución que señala, el juzgado, procederá al archivo de las actuaciones.

Tras la realización de las diligencias, si transcurrido un mes no se interpone la demanda sin causa justificada, se pierde la caución a favor de las personas que hubieron de soportar la diligencia.

El juzgado ha de resolver sobre la solicitud o procedencia de la diligencia preliminar según la finalidad prevista en la Ley, y ha de existir un interés legítimo y justa causa.

En relación con el órgano judicial ante el que se llevan a cabo, la competencia para decidir sobre la adopción de las diligencias preliminares recae legalmente Juez de Primera Instancia o de lo Mercantil del domicilio de la persona que hubiera de declarar, exhibir o intervenir en las actuaciones que se acordaran para preparar el juicio. Si son varias personas, cabe plantearse cuál fuere el lugar, aunque asimismo se sostiene que no caben diligencias preliminares frente a varios según lo establecido en los artículos 50 y 51 de la Ley de enjuiciamiento civil.

Carece de recurso el auto que acuerda las diligencias, pero sí es posible la apelación en caso de denegación (de conformidad con el artículo 258 de la Ley de enjuiciamiento civil).

Una vez sean acordadas las diligencias preliminares, habrá un plazo de diez días para que se cumplan, tras el requerimiento a los interesados. Tras ser requerido, el demandado puede oponerse en el plazo de cinco días. Las diligencias preliminares no interrumpen la caducidad ni la prescripción. (artículos 259 y 260 de la Ley de enjuiciamiento civil).

Una vez acordadas, se llevarán a cabo en los diez días después de dictarse el auto correspondiente. Una vez realizadas, tienen aplicación y rigen dentro del mes siguiente una vez se hayan finalizado las diligencias, y su resultado quedará en el Juzgado.

Transcurrido ese tiempo sin interponerse la oportuna demanda, quedarán sin efecto las actuaciones realizadas.

En cuanto a la cuestión sobre cuáles son las consecuencias que se producen por no atender a la petición, a este respecto, el artículo 261 de la Ley de enjuiciamiento civil²²¹ prevé las siguientes normas, atendiendo a la petición formulada²²²:

²²¹ Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 4.ª, Sentencia de 27 noviembre 2003 (Ref. La Ley Juris: 1519764/2003). Negativa de la práctica de las diligencias acordadas:

«Primero. La resolución impugnada desestimaba la demanda de desahucio por precario a la vista de la presentación de título que fue considerado bastante para ocupar la finca, pues presentaron un contrato de alquiler que había suscrito la fallecida usufructuaria de la finca con una de las demandadas, así como recibos acreditativos del pago de las mensualidades correspondientes a tal contrato. El apelante recuerda que en las diligencias preliminares que al amparo del art. 261 de la nueva LECiv 1/2000 de 7 de enero fueron por él solicitadas, se requería de las demandadas la exhibición del título que pudiese justificar la posesión, y que las demandas no respondieron al requerimiento, habiendo quedado probado durante el juicio que no lo hicieron por las malas relaciones que entre ambos existían ya en aquel momento. El apelante entiende que ampara al juzgador la posibilidad de entender acreditada la inexistencia de título y, en consecuencia, estimar íntegramente la demanda. Las demandadas se oponen a las argumentaciones del apelante, e impugnan a su vez la condena en costas respecto de la parte que no fue requerida a la presentación.

Segundo. El problema aquí suscitado se refiere al alcance de las diligencias preliminares incorporadas a la nueva ley procesal civil, con un talante distinto al que anteriormente habían tenido, lo que en definitiva supone cuestionar el alcance de las decisiones que el juzgador tiene que acordar conforme a la propia naturaleza del acto ad exhibendum de títulos solicitado.

Tercero. Esa es la situación producida en el supuesto de autos, y esa la solución adoptada por el juzgador de instancia. Chocaría con el más sencillo sentido de la justicia entender que está en precario en la finca quien ha aportado un contrato de alquiler cuya veracidad no ha sido destruida, y en virtud del cual está pagando merced, que es lo que la ley exige. Si eso es así, la única solución que es dable al caso es la que ha adoptado el juez a quo, esto, desestimar la demanda, pero entender que debe pechar

En cuanto a la negativa a llevar a cabo las diligencias:

Cuando la persona citada y requerida no atendiera al requerimiento²²³ ni formulara oposición, el tribunal va a acordar, las siguientes medidas de tal manera que sean proporcionadas a la situación, y lo hará en forma de auto, en el que expresará las razones que las han motivado:

En primer lugar, si lo solicitado es una declaración sobre hechos relativos a la capacidad, representación o legitimación del citado, se tendrán por afirmativas las preguntas que el solicitante pretendiera formularle y los hechos, se considerarán admitidos a efectos del juicio posterior.

En segundo lugar, cuando la solicitud consiste en la exhibición de títulos y documentos y el tribunal apreciare que existen indicios suficientes de que pueden hallarse en un lugar determinado, se ordenará la diligencia de entrada y registro de dicho lugar, y se encuentran tales documentos, se procederá a ocuparlos y ponerlos a disposición del solicitante, siempre en la sede del tribunal.

En tercer lugar, si se requiere la exhibición de una cosa, conociéndose o presumiéndose con certeza el lugar en que se encuentra, también se va a realizar también la ocupación y se presentará al solicitante, que podrá pedir su depósito o medida de garantía adecuada para que la cosa se conserve adecuadamente.

En cuarto lugar, si se hubiera solicitado la exhibición de documentos contables, se tendrán por ciertos, a los efectos de juicio posterior, tanto las cuentas como los datos que presente el solicitante.

con las costas quien con su actitud renuente la provocó, actitud que también merece un juicio de reprobabilidad suficiente como para que opere aquí una penalización por fraude procesal. La sentencia debe, pues, ser confirmada».

²²² Este artículo está redactado conforme a la Ley 19/2006, de 5 de junio, por la que se amplían los medios de tutela de los derechos de propiedad intelectual e industrial y se establecen normas procesales para facilitar la aplicación de diversos reglamentos comunitarios (BOE, núm.134, de 6-6-2006, p. 21230-21238).

²²³ Vid. GONZÁLEZ POVEDA, Bienvenido, «Relaciones entre jurisdicción voluntaria y jurisdicción contenciosa a través del régimen jurídico de la contradicción u oposición en los procedimientos de jurisdicción voluntaria», en *Cuadernos de Derecho Judicial*, núm. 16, 1996, p. 15-56.

En quinto lugar, y último, y tratándose de las diligencias previstas en el artículo 256.1.6, si se produjese la negativa del requerido o de cualquier otra persona que colaborase con él, el tribunal podrá ordenar que se adopten las medidas necesarias, como puede ser la de entrada y registro con el fin de localizar los documentos o los datos que se precisen, pudiendo incurrir responsabilidad penal por desobediencia a la autoridad judicial. Se adoptarán las mismas medidas por el tribunal en los casos de los números 5 bis, 7.º y 8.º del apartado 1 del artículo 256, si el requerido se negase a la exhibición de documentos.

A la vista de lo expuesto, se puede concluir que la conciliación se utiliza como las diligencias preliminares. Pero existen, no obstante, ciertas diferencias claras entre las diligencias preliminares y la conciliación en el ámbito civil:

En la Conciliación, ya están determinadas las personas y las situaciones²²⁴.

En el acto de conciliación la incomparecencia del demandando no tiene efectos jurídicos.

Es ejecutable e interrumpe la caducidad y la prescripción.

2.1.11.2.3.4. TIPOS DE DILIGENCIAS PRELIMINARES

Enumeradas en el artículo 256 de la Ley de enjuiciamiento civil, no implica que no exista la posibilidad de adoptar otras que cumplan con la finalidad prevista para preparar el proceso.

Son diligencias preliminares típicas la petición de las siguientes actividades:

En primer lugar, la declaración de hechos o de circunstancias que afecten a la capacidad o a la representación y a la legitimación de la persona a quien se dirigiría la demanda (artículo 256.1. 1.º Ley de enjuiciamiento civil).

²²⁴ ATC 9/1992, de 14 de enero de 1992, acordando la inadmisión a trámite de la cuestión de inconstitucionalidad 2.160/1991. El Juzgado de Primera Instancia núm. 46 de los de Madrid promueve la presente cuestión de inconstitucionalidad en relación con el art. 11 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (LEC), por posible contradicción con los arts. 14 y 24 de la Constitución. El citado precepto resulta del siguiente tenor literal: «*Tanto los Procuradores como los Abogados podrán asistir, con carácter de apoderados o de hombres buenos, a los actos de conciliación, o con el de auxiliares de los interesados, a los juicios a que se refieren las excepciones del núm. 2 del artículo anterior, cuando las partes quieran valerse espontáneamente de ellos*».

En segundo lugar, la exhibición de la cosa mueble a que haya de referir el juicio (artículo 256.1. 2.º).

En tercer lugar, la exhibición del acto de última voluntad (artículo 256.1. 3.º).

En cuarto lugar, exhibición de documentos y cuentas de sociedades o comunidades (artículo 256.1. 4.º).

En quinto lugar, la exhibición del contrato de seguro de responsabilidad civil (artículo. 256.1. 5.º).

En sexto lugar, la petición de historia clínica al centro sanitario o profesional bajo cuya custodia esté (artículo 256.1. 5.º bis).

En séptimo lugar, la solicitud de medidas de averiguación de los integrantes del grupo de afectados en procesos para la defensa de intereses colectivos de consumidores y usuarios (artículo 256.1. 6.º).

En octavo lugar, la solicitud por quienes pretenden ejercitar la acción por infracción de derecho de propiedad industrial o derecho de propiedad intelectual para obtención de datos cometidos a escala comercial, diligencias de obtención de datos sobre el origen y redes de distribución de las mercancías o servicios que infringen el derecho de propiedad intelectual o industrial (artículo 256.1, 7.º).

En noveno lugar, la petición por parte de quien pretenda ejercitar una acción por infracción de derecho de propiedad industrial o un derecho de propiedad intelectual cometidas por actos desarrollados a escala comercial, de la exhibición de documentos bancarios, financieros, comerciales o aduaneros producidos en un determinado tiempo y que se presuman en poder de quien sería el demandado como responsable (artículo 257.1. 8.º).

En décimo lugar, se entienden actos desarrollados a escala comercial para obtener beneficios económicos o comerciales directos e indirectos (ex artículo 256.1.7.º y 8.º).

Y en undécimo lugar, podrá solicitarse las diligencias previstas en leyes especiales (artículo 256.1. 9.º)²²⁵.

2.1.12. Desarrollo de la conciliación

2.1.12.1. Escrito de presentación

La regulación de la conciliación²²⁶, que se contiene en el artículo 141 de la Ley de jurisdicción voluntaria, determina que se iniciará con el escrito de presentación.

Es una actividad pre-procesal, aunque jurisdiccional y facultativa para las partes. Es una oportunidad de solventar las diferencias con carácter previo al desarrollo del procedimiento judicial. Si se llegase a alcanzar un acuerdo pondrá fin a la controversia entre las partes y se evitará llegar al proceso.

En este escrito figurarán los datos identificativos del solicitante y de la persona que vamos a requerir para realizar el acto de conciliación. Por tanto, figurarán en dicho escrito:

- los datos de filiación.
- el domicilio o domicilios donde pueda ser citado.
- el objeto de la conciliación, qué es lo que se intenta obtener cuando se solicita.
- la fecha.

²²⁵ Ley 19/2006, de 5 de junio (BOE, núm. 134, de 6 de junio de 2006, p. 21230 a 21238. BOE-A-2006-9960), por la que se amplían los medios de tutela de los derechos de propiedad intelectual e industrial y se establecen normas procesales para facilitar la aplicación de diversos reglamentos comunitarios (en vigor desde el 7 de junio de 2006):

«Artículo primero. Modificación de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, se modifica en los siguientes términos: Uno. En el apartado 1 del artículo 256, el actual número 7.º pasa a ser el 9.º y se introducen dos nuevos números, el 7.º y el 8.º, con la siguiente redacción [...]. Se introdujo el número 5 bis y los apartados 7 y 8, el 9 será el que contenga la redacción anterior del apartado 7».

²²⁶ La conciliación es una institución que pueden utilizarse tanto por las personas físicas como por las personas jurídicas, estas en el ejercicio de la autonomía de su voluntad, alcanzando acuerdos en asuntos sobre materias que sean de derecho disponible, y al amparo de la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria, norma que actualmente y de forma completa regula el acto de conciliación, ha venido a actualizar lo que hasta ahora venía establecido sobre conciliaciones en la Ley de Enjuiciamiento Civil.

- cuál es la circunstancia que necesitamos resolver realizando el acto de la conciliación, o cual será el objeto de la avenencia o del acuerdo que pueda alcanzarse.

El que solicita la conciliación podrá efectuarla a través de los impresos normalizados que estarán disponibles para su uso en el órgano que corresponda. A este escrito de solicitud pueden acompañarse todos los documentos necesarios, adecuados para poder apoyar la pretensión solicitada.

En cuanto a la postulación, en los expedientes de conciliación no es preceptivo abogado ni procurador.

Respecto al desarrollo de la petición, señala el artículo 142 de la Ley de Jurisdicción Voluntaria que el letrado de la administración de justicia o el juez de paz, dentro de los cinco días hábiles siguientes, después de presentada la solicitud ha de dictar resolución sobre si se admite o no.

No es posible llegar a una conciliación previa al proceso en materias o asuntos en los que la transacción o el compromiso están prohibidos (como así se dispone en el artículo 1814 del código civil)²²⁷. El letrado de la administración de justicia, o el juez de paz, no admitirá a trámite la petición de conciliación si se dan las circunstancias descritas en esos supuestos porque implica la nulidad de todo lo actuado si se ha admitido indebidamente. Asimismo, va a citar a los interesados y señalará día y hora para el acto de conciliación. Desde que se produce la fecha de presentación hasta el acto de la conciliación habrá cinco días. Y también tenemos que señalar que no puede retrasarse más de diez días desde la admisión de la solicitud.

La presentación y admisión de la solicitud de conciliación interrumpe la prescripción de carácter adquisitivo y extintivo. Así lo recoge el artículo 143 de la Ley

²²⁷ No se puede transigir sobre el estado civil de las personas, ni sobre las cuestiones matrimoniales, ni sobre alimentos futuros. Existe la prohibición de transacción sobre el estado civil de las personas, porque sólo actúa y tiene poder en las relaciones patrimoniales, y por ello no se puede transigir sobre las condiciones personales constitutivas del estado de las personas. El estado civil es de orden público, pues la condición en que el ciudadano vive dentro de la sociedad no interesa sólo a éste, sino al derecho social mismo, y como no está en el dominio exclusivo del particular, no puede ser materia de transacción. Como ejemplos, la nacionalidad, la filiación, la patria potestad, la tutela, etc. Este es el fundamento racional y jurídico de esta prohibición, que tiene sus precedentes en el Derecho romano, en el pasaje del Digesto, lib. II, tít. 15, 8, y en la Ley 24, Tít. 4.º de la Partida III.

de jurisdicción voluntaria²²⁸. Este plazo de prescripción se reanudará tras dictarse el decreto por el letrado de la administración de justicia o el auto del juez de paz que pongan fin al expediente. Figurarán los datos y circunstancias de identificación del solicitante y del requerido o requeridos de conciliación. Y se podrán adjuntar a la solicitud todos los documentos que el solicitante considere oportunos. También podrá formularse la solicitud de conciliación mediante impresos normalizados, que estarán a disposición en el órgano correspondiente.

2.1.12.2. Comparecencia tras la admisión a trámite de la conciliación

Analizando el artículo 144 de la Ley de jurisdicción voluntaria, y una vez se ha admitido a trámite la solicitud de conciliación, comparecerán las partes²²⁹ por sí mismas o por medio de Procurador, aplicándose las normas establecidas en el Título I del Libro I de la Ley 1/200, de 7 de enero, de enjuiciamiento civil.

En caso de que el solicitante no compareciese ni alegase justa causa para no hacerlo, la persona que ha sido requerida puede solicitar indemnización de daños y

²²⁸ STS 62/2018, Sala 1.ª, de lo Civil, de 5 de febrero de 2018, Recurso: 1767/2015 contra Sentencia de la Audiencia Provincial de Badajoz de 10 de octubre de 2014. (Ref. roj: STS 221: 2018). Prescripción de acciones. interrupción por acto de conciliación. se produce desde el momento de la presentación de la solicitud con independencia de la fecha de celebración la parte recurrente, el demandante, en disconformidad con la sentencia impugnada se refieren en realidad a la cuestión sustantiva propia del recurso de casación; esto es, si la interrupción del plazo de prescripción se produce por la mera presentación de la demanda de conciliación o si el efecto interruptivo no tiene lugar hasta el momento de la celebración de éste. sentencia declarando la inexistencia de prescripción de la acción entablada, con devolución de las actuaciones a la Audiencia Provincial a fin de que dicte nueva sentencia resolviendo el recurso de apelación con respeto a la anterior declaración.

²²⁹ El Profesor Santos Martínez (*ob. cit.*, p. 16) afirma «Las partes tienen la obligación de comparecer por sí mismas al acto de conciliación. No obstante, la comparecencia en forma personal solamente será válida para quienes se hallen en pleno ejercicio de sus derechos civiles. Cuando éste no fuera el caso, la comparecencia personal se hará a través de las personas que los representen. Igualmente, por las personas jurídicas, masas patrimoniales o entidades sin personalidad comparecerán quienes los representen. Asimismo, la LJV permite la válida comparecencia de la parte a través de Procurador [...] La LJV no establece si es necesario que el Procurador se encuentre especialmente apoderado. La aplicación supletoria de la LEC haría preceptiva la intervención por medio de poder especial. El art. 25.2 LEC será necesario poder especial para, entre otros supuestos, la renuncia, la transacción, el desistimiento, el allanamiento, el sometimiento a arbitraje y las manifestaciones que puedan comportar sobreseimiento del proceso por satisfacción extraprocesal o carencia sobrevenida de objeto. Toda vez que tanto la **conciliación** como la transacción implican la existencia de un acuerdo, cualquier actuación que comportara una disposición sobre los derechos de las partes haría exigible que el Procurador se hallara especialmente habilitado».

perjuicios²³⁰, siempre que se produjese este último caso, es decir, el de que concurra la falta de justa causa para justificar la falta de asistencia:

En tal circunstancia, se le tiene por desistido, archivándose el expediente y fijándose la cuantía de la indemnización a la otra parte a que haya dado lugar la incomparecencia. Se le da traslado al interesado en un plazo de cinco días, contra el que no cabe recurso. Resolverá el letrado de la administración de justicia o el juez de paz.

De este modo, si se produce la incomparecencia del solicitante, se tiene por intentada la conciliación a los efectos legales oportunos.

Si hubiere varias personas requeridas y sólo alguno de ellos comparece; se celebrará el acto solo con éstos, teniéndose por intentada en cuanto a los demás que no han comparecido. Si se produjere una justificación eficiente de la incomparecencia, es decir, si hubiese una justa causa, se señalará nuevamente día y hora para celebrar el acto de conciliación dentro del plazo de cinco días siguientes a la suspensión

En resumen: con respecto a los efectos de la incomparecencia de la persona que ha solicitado la conciliación o del requerido se pueden dar dos casos distintos:

a) Si quien ha solicitado la conciliación no comparece, las consecuencias pueden ser:

- Se le va a tener por desistido.
- Se producirá el archivo del expediente.
- El requerido solicitará indemnización por daños y perjuicios al que ha solicitado la conciliación

b) Si el requerido no comparece, las consecuencias que proceden serían:

- Pondrá fin al acto.

²³⁰ Es una redundancia, afirma el profesor Santos Martínez (*ob. cit.*, p. 17), que se hable de indemnizar al requerido los gastos ocasionados por la suspensión si se ha producido por inasistencia del solicitante, porque el art. 146 LJV establece que los gastos que ocasionare el acto de conciliación serán de cuenta del que lo hubiere promovido. Así el derecho a ser indemnizado ya está previsto legalmente y no es preciso que hubiera que repetirlo.

- La conciliación se tiene por intentada a todos los efectos.
- Si son varios los requeridos y solamente comparece uno o una parte de ellos, se celebrará el acto solo con estos, y con los que no se tendrá por intentada la conciliación.

2.1.12.3. Celebración de la conciliación

La celebración del acto de conciliación se desarrolla del modo siguiente, según viene recogido en el artículo 145 de la Ley de jurisdicción voluntaria:

a) Comienza el solicitante exponiendo su reclamación, manifestando los fundamentos en que la apoya. La persona requerida ha de manifestar lo que considere conveniente a su derecho, aportando cualquier documento que le sirva para reforzar y verificar sus alegaciones.

b) Si no hay avenencia espontánea, el Letrado de la Administración de Justicia o el Juez de Paz debe intentar avenir a las partes, y para ello pueden replicar y contrarreplicar, si considera que con ello se puede llegar al acuerdo.

c) Si se llega a la conformidad entre las partes, total o parcialmente, respecto del objeto, se hará constar en un acta de forma precisa, y contendrá todo lo que se ha acordado, dará cuenta de los términos en los que se ha alcanzado el acuerdo y será firmada por las partes que han comparecido.

Si no se llega a un acuerdo, se habrá celebrado la conciliación sin avenencia, lo que es un acto que tiene una naturaleza procesal específica, es decir, que no implica un acto de sumisión tácita, puesto que no es preceptiva su celebración.

Se tendrá por finalizado el acto de conciliación, si se alegan cuestiones que puedan impedir válidamente su continuación. En tal caso, se tendrá por intentada sin avenencia.

El desarrollo de la comparecencia va a ser registrado en soporte apto para la grabación y reproducción del sonido y de la imagen, de acuerdo con lo dispuesto en la ley de enjuiciamiento civil.

Una vez ha terminado el acto de conciliación, el letrado de la administración de justicia dicta decreto o el juez de paz dicta auto haciendo constar la avenencia o, en su

caso, que se intentó sin efecto o que se celebró sin avenencia, acordándose el archivo definitivo de las actuaciones. Así se establece en el artículo 145 de la Ley de la Jurisdicción Voluntaria.

2.1.12.4. Competencia

2.1.12.4.1. Competencia objetiva

Si la cuantía de la petición formulada es inferior a 6.000 euros, y no son materias que haya de conocer un juzgado de lo mercantil (artículo 86 ter ley orgánica 6/1985, de 1 de julio del poder judicial²³¹), serán competentes los juzgados de paz de las conciliaciones en su demarcación judicial. Como contiene el artículo 47 de la Ley de enjuiciamiento civil, conocerán en primera instancia de asuntos civiles de cuantía no superior a 90 euros no comprendidos en ninguno de los casos a que, por razón de la materia, se refiere el apartado primero del artículo 250 de la misma Ley. Así entenderemos que se tratarán asuntos según la cuantía, aunque no se indique en el enunciado del artículo, puesto que son los únicos competencia de los juzgados de paz²³².

En los demás casos, es competente el Letrado de la Administración de Justicia del juzgado de primera instancia, o del juzgado de lo mercantil en las materias de su competencia: de este modo aparece contenido en el artículo 140 de la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la jurisdicción voluntaria.

2.1.12.4.2. Competencia territorial

Como regla, es competente el juzgado de paz o juzgado de primera instancia, o de lo mercantil en su caso, del domicilio del requerido, cuando se trate de materias de su competencia; y si el domicilio del requerido no fuera el territorio nacional, sería el de

²³¹ Ley Orgánica 7/2015, de 21 de julio, por la que se modifica la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial (Ref. BOE-A-2015-8167). Veintitrés: Se modifican los apartados 1 y 2 del artículo 86 ter.

²³² Auto de la Audiencia Provincial de Valladolid, Sección 1.ª (Ref. Tol 673152). Los Juzgados de Paz pueden realizar conciliaciones, aunque no pueden llevar a cabo las ejecuciones. Citaremos al respecto donde se decía que la ejecución instada en autos, mediante demanda de fecha 10/09/2004, se presenta al amparo y vigencia de la nueva LEC, sobre acuerdo, avenencia alcanzado en acto de conciliación, celebrada el 14 de noviembre de 2003, ante el Juzgado de Paz, sobre materia, realización de obras que no pueden superar los 18.000 euros.

su última residencia en España. Si es una sociedad, habrá de presentarse en el domicilio del solicitante, si esta sociedad tiene oficina o sucursal. Si hay varios sujetos, o afecta a diversos asuntos, habrá que aplicar las reglas que se contienen en la Ley de enjuiciamiento civil, en su artículo 53, que se aplica de forma subsidiaria al artículo 8 de la Ley 15/2015, de 2 de julio de la jurisdicción voluntaria.

Si el requerido fuere persona jurídica, será asimismo competente el del lugar del domicilio del solicitante, siempre que en dicho lugar tenga el requerido delegación, sucursal, establecimiento u oficina abierta al público o representante autorizado para actuar en nombre de la entidad, debiendo acreditar dicha circunstancia (artículo 140.1, III de Ley de jurisdicción voluntaria).

Además de la competencia del letrado de la administración de justicia para controlar de oficio la competencia territorial del Juzgado al analizar la solicitud (artículo 16), se prevé en el mismo artículo 140 un control posterior para el supuesto de que se comprobara que el requerido de conciliación no tiene su domicilio o residencia en el partido judicial. El carácter imperativo de la norma de competencia territorial supone que, si el requerido es localizado en otro partido judicial o se verifica que no reside en el indicado, el órgano judicial perderá la competencia. Esta circunstancia deberá constar y podrá el solicitante de nuevo presentar el expediente en el juzgado que le corresponda por competencia territorial²³³.

Si no se logra identificar el domicilio o residencia, el letrado de la administración de justicia dictará decreto -el juez de paz, auto-, dando por terminado el expediente.

Si se producen cuestiones de competencia del juzgado o de recusación del letrado de la administración de justicia o del juez de paz ante quien se celebre el acto de conciliación, se tiene por intentada la comparecencia sin más trámites.

²³³ ATS de 30 de noviembre de 2018, Sala 1.ª, de lo Civil, Sección 1. N.º de Recurso: 1036/2016. Procedimiento: CIVIL. Ponente: Francisco Javier Orduña Moreno (Ref. Tol 5917451. Id Cendoj: 28079110012016203698). Se plantea conflicto de competencia territorial entre un juzgado de L'Hopitalet de Llobregat y otro de Jerez de la Frontera, en relación al conocimiento de una solicitud de conciliación formulada por la Sociedad General de Aguas de Barcelona S.A, frente a un consumidor...

2.1.13. Eficacia ejecutiva de la conciliación

La eficacia ejecutiva de la conciliación está plenamente reconocida.

Según se establece en el artículo 147 de la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la jurisdicción voluntaria, el testimonio del acta, en compañía con el decreto dictado por el letrado de la administración de justicia donde conste la avenencia de las partes en el acto de conciliación, llevará aparejada ejecución junto con los efectos del artículo 517.2.9 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de enjuiciamiento civil²³⁴.

La ejecución se efectuará como recoge la Ley de enjuiciamiento civil de acuerdo con lo establecido para la ejecución de sentencias y convenios judicialmente aprobados: así se regula en los artículos 517.2.9 y 415 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de enjuiciamiento civil.

La competencia corresponderá al juzgado que llevó a cabo la conciliación si son asuntos de su competencia. En el resto de los asuntos, la competencia será del juzgado de primera instancia que hubiera conocido de la demanda.

2.1.14. Impugnación del convenio de conciliación

Como ya hemos destacado en el marco legal, el convenio al que se llegue como consecuencia de la celebración de la conciliación, según su naturaleza contractual, tendrá una eficacia y validez condicionada a la concurrencia de los requisitos exigidos para todo contrato o convenio que se establecen en el artículo 1261 del código civil vigente, que regula el consentimiento, objeto y causa de los contratos, en relación con el artículo 1300, y también puede fundarse en lo establecido en los artículos 6.3, 1255,

²³⁴ Artículo 147. 1 LJV: «A los efectos previstos en el artículo 517.2. 9.º de la ley de enjuiciamiento civil, el testimonio del acta junto con el del decreto del secretario judicial o del auto del juez de paz haciendo constar la avenencia de las partes en el acto de conciliación, llevará aparejada ejecución.

A otros efectos, lo convenido tendrá el valor y eficacia de un convenio consignado en documento público y solemne.

2. Será competente para la ejecución el mismo juzgado que tramitó la conciliación cuando se trate de asuntos de su propia competencia. En los demás casos será competente para la ejecución el juzgado de primera instancia a quien hubiere correspondido conocer de la demanda.

3. La ejecución se llevará a cabo conforme a lo establecido en la ley de enjuiciamiento civil. 1/2000 de 7 de enero, para la ejecución de sentencias y convenios judicialmente aprobados».

1275 y 1271 del código civil, así como en la infracción de lo establecido en el artículo 139.2 de la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la jurisdicción voluntaria, en materia de improcedencia de la conciliación²³⁵.

Y este convenio pondrá fin al litigio, siendo susceptible de impugnación: así se establece en el artículo 148 de la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la jurisdicción voluntaria, que indica que esta impugnación se realizará por las causas que aparecen reguladas en el código civil en su libro IV, título II, capítulo VI («De la Nulidad de los Contratos»), que abarca los artículos 1301 y siguientes.

Se interpondrá la demanda en el plazo de quince días, una vez celebrada la conciliación ante el tribunal competente, y se sustanciará por los trámites del juicio correspondiente a la materia o cuantía.

Si se hubiese interpuesto la acción de nulidad ejercitada conforme a los artículos 477.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y 1301 del código civil, la ejecución del convenio realizado mediante la conciliación quedará en suspenso hasta que se resuelva el incidente²³⁶.

²³⁵ La jurisprudencia ha venido declarando que, aun reconociendo las diferencias entre la reclamación previa y el acto de conciliación pueden asimilarse desde el momento que aquella viene a sustituir a éste identificándose su finalidad y, consecuentemente, sus efectos (STS. de 20 de junio de 1889, 20 de mayo de 1941, 23 de marzo de 1961, 17 de febrero de 1972, 20 de marzo de 1975, 27 de febrero de 1987 y 26 de mayo de 1988, entre otras), de donde se infiere que la falta de reclamación previa es un defecto subsanable.

²³⁶ ATS 7096/2016, Sala 1.ª, de lo Civil, Sección Primera, Número de Recurso 1/16. Demanda de Revisión contra el auto que aprueba una transacción judicial. Inadmisión a trámite. Comunidad de propietarios. Reservas. Junta de propietarios. «En relación con la naturaleza de la transacción judicial, en la Sentencia 199/2010, de 5 de abril, afirmamos: “La transacción judicial tiene una naturaleza dual, ya que, manteniendo su carácter sustantivo, la aprobación judicial le confiere un carácter procesal como acto que pone fin al proceso, con el efecto de hacer posible su ejecución como si se tratara de una sentencia artículos 1816 CC y 517 LEC”. En esta circunstancia radica la diferencia entre la transacción judicial y la extrajudicial, ya que esta última no puede ser ejecutada forzosamente si no se obtiene, con carácter previo, un pronunciamiento judicial sobre su existencia y eficacia que sirva de título ejecutivo. La homologación judicial, sin embargo, no modifica la naturaleza consensual de la transacción como negocio jurídico dirigido a la autorregulación de los intereses de las partes y, por tanto, aunque las transacciones judiciales puedan hacerse efectivas por la vía de apremio, el artículo 1817 CC no las elimina de la impugnación por vicios del consentimiento STS de 26 de enero de 1993. De modo semejante, cabe ejercitar contra el acto de conciliación con avenencia, que es susceptible de ejecución, la acción de nulidad mediante el juicio declarativo que corresponda artículos 476 y 477 LEC 1881 y DD 2.ª LEC».

2.1.15. La conciliación efectuada ante notario

2.1.15.1. Concepto

La conciliación realizada en sede notarial aparece regulada en el Título VII sobre la Intervención de los Notarios en expedientes y actas especiales, dentro del capítulo VII («*De los expedientes de conciliación*»), con tres artículos el 81, 82 y 83 de la Ley del notariado de 1862.

Una definición que podríamos dar de conciliación efectuada ante notario podría ser la siguiente: método de finalizar una controversia jurídica de carácter privado que, con el acuerdo de las partes y mediante intervención notarial, otorgará efectos jurídicos al convenio resultante.

El artículo 81 citado expone que «la conciliación podrá realizarse sobre cualquier controversia contractual, mercantil, sucesoria o familiar siempre que no recaiga sobre materia indisponible». Se abre así a una gran cantidad de materias la opción de acudir a la conciliación efectuada ante notario²³⁷. Y destacamos la novedad de que, en la actualidad, se pueden resolver muchos conflictos por vía notarial, sin necesidad de acudir a la jurisdicción.

La conciliación realizada ante notario puede efectuarse, aunque ya haya un procedimiento judicial en curso.

El objeto de lograr llegar a un pacto o acuerdo extrajudicial que resuelva la situación conflictiva, no sólo no impide realizar la conciliación tras la iniciación de un pleito judicial –acudiendo al artículo 19 de La ley 1/2000, de enjuiciamiento civil, donde se regula que los litigantes pueden disponer del objeto del juicio, renunciar, desistir, allanarse, someterse a mediación o arbitraje y transigir, sin más límites que lo establecido en la ley–, sino que puede llevarse a cabo en cualquier momento de la

²³⁷ Con razón afirma el notario Fernando Rodríguez Prieto el problema de la saturación de los tribunales es uno de los más graves de los que afectan al Estado de Derecho. El exceso de litigación que lo ha generado es un fenómeno que comenzó en los Estados Unidos ya en los años sesenta del pasado siglo y que se ha extendido a la mayor parte de los países del mundo. El desarrollo de los sistemas alternativos de resolución de conflictos –como la mediación y la conciliación– puede ser una parte importante de la solución a dicha saturación (véase el documento de cláusula del seminario sobre «Jurisdicción Voluntaria: expedientes notariales» del Consejo General del Notariado [disponible *on line*: <<https://bit.ly/2MAGFpU>>].

primera instancia, de los recursos o de la ejecución de la sentencia. Y así, una vez se haya alcanzado un acuerdo, es decir, que se haya realizado la conciliación con avenencia, puede comunicarse al Tribunal correspondiente, finalizando de ese modo el procedimiento por haberse producido el final del litigio mediante satisfacción extraprocesal.

Vamos a subrayar este aspecto positivo de la nueva regulación, aunque indicaremos también que no deja de ser un reconocimiento al cuerpo notarial de funciones que antes no estaban dentro de sus competencias, abriéndose así el camino de la desjudicialización de ciertos ámbitos de las relaciones que antes se regulaban exclusivamente dentro del ámbito de la jurisdicción²³⁸ y que ahora entran dentro de las funciones notariales. Eso conlleva necesariamente la consecuencia de que será la capacidad económica de los que tienen recursos suficientes el elemento decisivo que discriminará a quienes están en condiciones de decidir acudir a la notaria para gestionar sus conflictos y los que no podrán optar por este sistema.

No podrán, sin embargo, ser objeto de conciliación notarial las situaciones que se prevén en la ley concursal. Asimismo, se considerarán indisponibles según el artículo 81.2 de la citada Ley de 28 de mayo de 1862 del notariado las siguientes materias:

- todas aquellas cuestiones en las que se encuentren interesados menores y personas con capacidad modificada judicialmente para la libre administración de sus bienes;
- las cuestiones en las que estén interesados el Estado, las Comunidades Autónomas y las demás administraciones públicas, corporaciones o instituciones de igual naturaleza y los juicios sobre responsabilidad civil contra jueces y magistrados;

²³⁸ Esta nueva situación que inicialmente resulta óptima y favorable por dar más opciones para acudir a una solución de los conflictos alternativa a la judicial, nos hace pensar que siendo innegable que existe una posibilidad más de resolver los litigios de un modo consensuado; con esta apertura a la gestión de conflictos en sede notarial, se produce una privatización encubierta de la justicia, al darle unas competencias a los notarios que antes estaban en manos de la jurisdicción.

- y, por último, todos aquellos acuerdos que pretendan realizarse sobre materias no susceptibles de transacción ni compromiso.

2.1.15.2. Inicio, formalización y ejecución

En cuanto a la competencia notarial para realizar la conciliación, no existe regulación alguna al respecto, cualquier notario es competente. No obstante, según el artículo 140,1 de la Ley de la jurisdicción voluntaria, debería acudir a un notario del domicilio de las personas interesadas, ya que todas ellas tendrán que comparecer, o por lo menos al del domicilio del requerido. Si hay varios requeridos y alguno de ellos no reside en el domicilio del notario designado, hay que acudir al artículo 53 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de enjuiciamiento civil, donde se recoge la pluralidad de demandados; así, la conciliación notarial se podrá realizar ante notario con competencia en el domicilio de cualquiera de los requeridos²³⁹.

Respecto a la formalización de la conciliación y qué documento deberá adoptar el expediente, debe acudir a las reglas generales establecidas en el artículo 49 de la Ley del notariado. Los notarios van a intervenir en los expedientes especiales autorizando actas o escrituras públicas: Si el expediente tiene por objeto la declaración de voluntad o la realización de un acto jurídico que suponga una prestación de consentimiento, el notario va a autorizar una escritura pública. Y cuando el expediente constata o verifica un hecho, o su percepción, y los juicios y calificaciones, el notario va a extender y autorizar un acta.

Si acudimos al artículo 82.1 de la Ley del notariado de 1862, establece que la escritura pública que formalice la avenencia entre los interesados o, en su caso, que se intentó sin efecto, se someterá a los requisitos de autorización establecidos en la legislación notarial. Normalmente adoptará la forma de escritura donde se añadirán las diligencias necesarias hasta su terminación.

²³⁹ La notificación debería realizarse al resto de los requeridos por medio de requerimiento notarial, no valdría la remisión mediante correo certificado con acuse de recibo, según regula el artículo 201 del Reglamento Notarial, porque no le faculta al requerido una posibilidad o derecho a contestar. Por tanto, la notificación para acudir a la conciliación notarial deberá ajustarse a las disposiciones de los artículos 202 a 206 del Reglamento Notarial y según algunos notarios, como Fernando Rodríguez Prieto, incluso aplicarse por analogía las reglas de los artículos 70.3 de la Ley del Notariado, relativas a la reclamación de deudas dinerarias no contradichas o monitorio notarial

Puede concluirse, por tanto, que, cuando se haga el requerimiento inicial para acudir a la conciliación, junto con las notificaciones al requerido, va a adoptarse la forma de acta. Y cuando se celebre el acto de conciliación, se llegue o no al acuerdo, es decir, con avenencia o sin ella, se va a recoger en una escritura. Si se diera la circunstancia de no llegar a realizarse el acto de conciliación, se hará constar la diligencia del cierre mediante acta. Y si se ha realizado la conciliación, en esta diligencia constaría el número de protocolo que tiene la escritura, en ésta constará si se ha producido conformidad con el objeto de la conciliación, si se ha alcanzado el acuerdo en su totalidad o solo en parte.

En cuanto al plazo de celebración de la conciliación notarial, entendemos que se debería aplicar el artículo 142 de la Ley 15/2015, de 2 de julio: entre la citación y el acto de conciliación tendrán que transcurrir al menos cinco días, y no debería demorarse la celebración del acto de conciliación más allá de diez días desde que se admitió la solicitud²⁴⁰.

Respecto a la ejecución del acto de conciliación notarial, para poder ejecutar el acuerdo alcanzado en escritura pública va a ser precisa la asistencia del juzgado para la ejecución de dicho acuerdo: por tanto, la parte interesada en el cumplimiento acudirá al juzgado correspondiente para que se ejecute el acuerdo contenido en la escritura. Este tendrá, según dispone el artículo 83.1 de la Ley del notariado de 1862²⁴¹, «*eficacia*

²⁴⁰ Como la Ley del Notariado nada dice al respecto, el notario Fernández Rodríguez Prieto considera que se debe interpretar en el sentido de que el notario conciliador no tendrá necesariamente que aplicar las normas del expediente ante órganos judiciales, sino que dispondrá de amplias facultades para organizar la conciliación notarial de la forma que estime conveniente; y entre ellas, la de fijar la fecha o fechas en que se desarrollará el acto de conciliación

²⁴¹ El profesor SANTOS MARTÍNEZ (*ob. cit.*, p. 29-39) afirma que «*La previsión del art. 83.1 está relacionada con el contenido del art. 1816 del Código civil, que establece “la transacción tiene para las partes la autoridad de la cosa juzgada; pero no procederá la vía de apremio sino tratándose del cumplimiento de la transacción judicial”. Si bien pareciera que la conciliación notarial no podría gozar de eficacia ejecutiva, no debe dudarse del carácter de título ejecutivo de la escritura pública por expresa previsión tanto de la Ley del notariado como de la ley de enjuiciamiento civil. Y aunque no se hace mención expresa en el art. 517.2 de la ley de enjuiciamiento civil a la escritura de conciliación notarial como título ejecutivo, ésta tiene cabida en la previsión del art. 517.2.9.º LEC, que refiere las demás resoluciones judiciales o documentos que, por expresa disposición legal, lleven aparejada ejecución. Y si no se hiciera expresa remisión al art. 517.2. 9.º LEC, podría plantearse el carácter ejecutable de la conciliación extrajudicial sobre la base de lo previsto en el art. 517.2. 2.º LEC, por cuanto se otorga fuerza ejecutiva a los acuerdos de mediación cuando hubieran sido elevados a escritura pública, según aparece recogido en el artículo 25 Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles. [...]. En este sentido, cualquiera de las partes podrá solicitar del Notario copia autorizada de*

ejecutiva en los términos del número 9.º del apartado 2 del artículo 517 de la Ley de Enjuiciamiento Civil». En cuanto a la eficacia de la escritura acudiremos a los artículos 1218 y siguientes del vigente código civil. Por tanto, la escritura hará prueba aparte del objeto que ha motivado el hecho de otorgar la escritura, también de la fecha en que se produjo. Y respecto al contenido de lo acordado, será eficaz entre las partes que hayan realizado dicho el acuerdo.

2.1.16. La conciliación realizada ante registrador

La conciliación realizada ante registrador, como en el caso de la conciliación notarial, puede efectuarse tanto en el marco de un procedimiento judicial, como en el ámbito de la gestión de un conflicto de forma previa y antes de que la cuestión litigiosa alcance el carácter de judicial, llegando el procedimiento ante el juzgado.

La Ley Hipotecaria, por Disposición Final 12.^a.2 de la Ley 15/2015, de 2 de julio, que entró en vigor a partir del 23 de julio de 2015, incorpora un artículo 103 bis, que otorga competencia a los registradores de la propiedad para conocer de los actos de conciliación sobre cualquier controversia inmobiliaria, urbanística y mercantil o que verse sobre hechos o actos inscribibles en el registro de la propiedad, mercantil u otro registro público que sean de su competencia²⁴², siempre que no recaiga sobre materia indisponible, con la finalidad de alcanzar un acuerdo extrajudicial. Se trata, por tanto, de un ámbito de competencia limitado a cuestiones registrales, siendo preciso que se trate de materias disponibles y, asimismo, como menciona el enunciado del artículo 103 bis citado, las cuestiones previstas en la Ley concursal no podrán conciliarse siguiendo este trámite.

la escritura matriz dotada de carácter ejecutivo. Toda vez que el legislador ha previsto la posibilidad de modificar el contenido pactado, para que el título sea formalmente válido deberá hacerse constar en ella que no consta en la matriz nota relativa a la modificación de su contenido. Igualmente, al expedir la copia autorizada el Notario deberá hacer constar nota de que no se ha procedido a la ejecución de lo convenido».

²⁴² En el momento actual, se puede realizar una conciliación civil ante notario, registrador de la propiedad y letrado de la administración de justicia, según los requisitos establecidos para acudir a uno u otro según las circunstancias se planteen para que las partes opten por una u otra opción.

Esta modalidad de conciliación no contiene una regulación precisa en cuanto a su forma de celebración o la ejecutividad del acto que se realice por este medio, por eso lo lógico es acudir a las normas ya explicadas de la conciliación notarial.

En cuanto a la ejecutividad, deberá tenerse en cuenta que el objeto específico serán las inscripciones registrales, y ese va a ser exclusivamente el ámbito de actuación de esta actividad conciliadora y será ahí donde surta efectos.

Cuadro n.º 2. Esquema de la conciliación civil

Título IX de la Ley 15/2015, de 2 de Julio, de la Jurisdicción Voluntaria		
Procedencia	Artículo 139.1	Tratar de alcanzar un acuerdo y evitar el litigio
Exclusiones	Artículo 139.2	Rechazado su uso para propuestas que supongan abuso de derecho y fraude de Ley o procesal. Inadmisión acerca de: 1.-Juicios que estén interesados menores y personas con capacidad modificada judicialmente para administrar libremente sus bienes. 2.-Juicios en que estén interesados Estado, CCAA y demás AAPP, Corporaciones o Instituciones de análoga naturaleza. 3.-Responsabilidad Civil contra Jueces y Magistrados. 4.-Materias que no puedan ser objeto de transacción o compromiso.
Competencia	Artículo 140	<ul style="list-style-type: none"> • Objetiva: Juez Paz (-6.000€ y no atribuido al Juez de lo Mercantil) o Secretario Juzgado Primera Instancia o Mercantil. • Territorial: <u>Personas físicas</u>: el del domicilio del

2. LA CONCILIACIÓN

		<p>requerido. Si no tiene el de la última residencia en España. <u>Personas jurídicas</u>: también domicilio del solicitante si tiene en dicho lugar delegación, sucursal, establecimiento o agente autorizado.</p> <ul style="list-style-type: none"> • Las averiguaciones infructuosas o si el requerido se localiza en otro partido conllevan decreto o auto de archivo podrá promoverse de nuevo ante el competente.
Postulación	Artículo 141.3	No será preceptivo abogado y procurador.
Solicitud	Artículo 141	1. Solicitud escrita: datos y circunstancias del solicitante y requerido; domicilios de ambos, objeto de conciliación, la fecha y el objeto de la avenencia. 2. Impresos normalizados.
Documentos	Artículo 141.2	Acompañarán a la solicitud los documentos que se estimen oportunos.
Efectos	Artículo 142	<p>Interrupción de la prescripción, adquisitiva y extintiva, en los términos y con los efectos establecidos en la ley, desde su presentación.</p> <p>El plazo para la prescripción volverá a computarse desde que recaiga decreto del Letrado de la Administración de Justicia o auto del Juez de Paz poniendo término al expediente.</p>
Tramitación	Artículos 143 a 145	<p>1.- Solicitud.</p> <p>2.- Citación a comparecencia.</p> <p>3.- Comparecencia: Expondrá su reclamación el solicitante, manifestando los fundamentos en que la apoye.</p> <p>Contestará el requerido lo que crea conveniente. •</p>

		<p>Podrán los intervinientes exhibir o aportar cualquier documento en que funden sus alegaciones. • Si no hubiera avenencia entre los interesados, el Secretario Judicial o el Juez de Paz procurará avenirlos.</p> <p>Réplicas y contrarréplicas, si quisieren y ello pudiere facilitar el acuerdo. Si se alegare alguna cuestión que pueda impedir la válida prosecución del acto de conciliación se dará por terminado el acto y se tendrá por intentada la conciliación sin más trámites.</p> <p>4.- Con conformidad. Hay conformidad entre los interesados en todo o en parte del objeto de la conciliación, se hará constar detalladamente en un acta todo cuanto acuerden y que el acto terminó con avenencia, así como los términos de la misma, debiendo ser firmada por los comparecientes.</p> <p>5.- Sin conformidad. Si no pudiere conseguirse acuerdo alguno, se hará constar que el acto terminó sin avenencia.</p>
Testimonio y gastos	Artículo 146	Podrán solicitar testimonio del acta. Los gastos serán de cuenta del que lo haya promovido
Ejecución	Artículo 147	<p>Título Ejecutivo del art. 517.2.9 LEC.</p> <p>Testimonio del acta +Decreto del Secretario o Auto del Juez.</p> <p>A otros efectos: Eficacia de convenio en documento público y solemne.</p> <p>Competencia:</p> <p>El mismo Juzgado que tramitó la conciliación si es competente. El Juzgado de Primera Instancia que</p>

		habría conocido de la demanda. Trámites: ejecución prevista en LEC de sentencias y convenios judicialmente aprobados.
Acción de nulidad	Artículo 148	Causas: las que invalidan los contratos Plazo: quince días desde la celebración conciliación. Trámites: declarativo por materia o cuantía. Efectos: suspende la ejecución de lo convenido.

Fuente: REGIS PRO. es ²⁴³.

2.2. La conciliación laboral

En el ámbito laboral la conciliación es una institución esencial, pues es un requisito previo al proceso.

Los artículos 460 a 480 de la anterior Ley de enjuiciamiento civil siguieron en vigor tras dictarse la nueva ley 1/2000, de 7 de enero. Después de la reforma de 1984, la conciliación había dejado de ser imprescindible, antes del proceso, pasando a ser meramente facultativa.

Dentro de la jurisdicción civil, por tanto, podemos realizar o no la conciliación previa. Sin embargo, en el procedimiento laboral es un requisito ineludible²⁴⁴, según se recoge en el artículo 63.1 de la Ley reguladora de la jurisdicción social:

La conciliación previa, en la jurisdicción social, es un acto que ha de realizarse con carácter obligatorio y antes de la presentación de la demanda, y no un acto voluntario de los interesados²⁴⁵.

²⁴³ REGIS PRO. es. contenidos útiles para la práctica registral. Editor: Joaquín Delgado (Registrador de la Propiedad. Notario).<<https://bit.ly/32dXEC5>>.

²⁴⁴ Dado el contenido social de esta materia, dentro de la cual se buscan las mejores soluciones para el trabajador y el empresario, se considera un acierto contar con un sistema autocompositivo como es la conciliación, puesto que, en una relación de carácter laboral, el entendimiento entre las dos partes va a favorecer la buena convivencia tras el litigio, que si no produce la extinción de la relación laboral, será imprescindible.

Por eso se justifica este epígrafe, puesto que es importante destacar que hay un orden jurisdiccional en nuestra legislación donde la conciliación tiene un papel imprescindible, y ese es el de la jurisdicción social.

En la Ley de tribunales industriales de 19 de mayo de 1908²⁴⁶, los artículos 17 y 18 nombraban el «antejuicio» o conciliación como uno de los deberes que recaían en el Juez, sobre quien descansaba la obligación de intentarla, una vez presentada la demanda. Posteriormente tuvo lugar una modificación de la Ley de tribunales industriales, de 22 de julio de 1912, que contenía en su artículo 27 la normativa referente a la conciliación, que reproducía lo recogido en la ley anterior²⁴⁷.

Cuando el derecho sea disponible, los sistemas alternativos de resolución de conflictos (negociación, conciliación, mediación y arbitraje) son muy adecuados para que los trabajadores puedan resolver sus controversias en el marco laboral por otros medios diferentes al de la jurisdicción. Es necesario que exista esta opción en el ámbito laboral; implica, además de una oportunidad previa para solventar el problema, una mayor agilidad en los trámites, con menor coste económico, con el valor añadido de darles protagonismo y relevancia a las dos partes; y, finalmente, a la validez jurídica del acuerdo, igual a la de una sentencia, se une el carácter confidencial que tiene la información dada al conciliador.

²⁴⁵ Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la Jurisdicción Social (BOE núm. 245 de 11 de octubre de 2011). TÍTULO V *De la evitación del proceso*. CAPÍTULO I. *De la conciliación o mediación previas y de los laudos arbitrales*. Artículo 63 «*Conciliación o mediación previas: Será requisito previo para la tramitación del proceso el intento de conciliación o, en su caso, de mediación ante el servicio administrativo correspondiente o ante el órgano que asuma estas funciones que podrá constituirse mediante los acuerdos interprofesionales o los convenios colectivos a los que se refiere el artículo 83 del Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, así como mediante los acuerdos de interés profesional a los que se refieren el artículo 13 y el apartado 1 del artículo 18 de la Ley del Estatuto del trabajo autónomo*».

²⁴⁶ GARCÍA QUIÑONES, Juan Carlos, *La Conciliación Judicial en el Proceso Laboral*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2007, p. 25-28

²⁴⁷ El 7 de marzo de 1908, el Ministro de la Gobernación, Juan de la Cierva, presentó a las Cortes un paquete con tres proyectos de ley: sobre Huelgas y Coaliciones, sobre Consejos de Conciliación y sobre Tribunales industriales 1908... los Tribunales Industriales en los que se integraban jurados paritarios para elaborar el veredicto, estuvo imbuida de un espíritu transaccional, que se llevaría a sus máximas consecuencias con la atribución de funciones jurisdiccionales plenas a los Comités Paritarios y a los Jurados Mixtos: Cf. MARÍN MARÍN, José, *Orígenes de la Magistratura del Trabajo en España. Especial referencia a su implantación en Murcia (1939-1940)* (tesis doctoral de la Universidad de Murcia, 2016) [disponible on line: <<https://bit.ly/322Z1Uh>>], p. 89 y 877.

Los conflictos fruto de las relaciones laborales pueden resolverse de forma pública o privada:

La opción pública puede ser administrativa, de carácter excepcional, o judicial.

La opción privada se plantea desde el momento en que las partes lo resuelven por sí mismos, o adoptan el recurso de acudir a los diferentes sistemas alternativos de resolución de conflictos como son el arbitraje, la conciliación y la mediación. En estos métodos, va a haber intervención de un tercero con diferentes formas de realizar su labor.

La diferenciación entre estos tres métodos de solución en relación con el papel que desempeña el tercero interviniente es la siguiente:

- El arbitraje: los que se someten a él han de acatar la decisión que adopta la forma de laudo arbitral y que está tomada por el tercero, y que tiene carácter obligatorio.
- La conciliación, en ella el tercero será un mero facilitador del diálogo, ya que las propuestas vendrán lanzadas desde las partes intervinientes en el conflicto; normalmente son los letrados que intervienen en el procedimiento quienes suelen plantear las mejores soluciones, para que se pueda llegar a un acuerdo y evitar un conflicto. El tercero no tiene carácter decisivo como en el arbitraje.
- La mediación es distinta de la conciliación, porque el tercero (mediador) trata de que ambas partes formulen las propuestas de solución.

Debemos destacar que existe en el ámbito laboral también la doble posibilidad de resolver los conflictos laborales tanto en vía judicial como extrajudicial. Dentro de la vía extrajudicial tenemos la mediación y el arbitraje, que se configuran como sistemas complementarios a la vía judicial²⁴⁸.

²⁴⁸ BALLESTER CASANELLA, Blanca, «Las TIC como instrumento aplicado a la conciliación, mediación y arbitraje en el ámbito laboral», en *Revista de Internet, Derecho y Política* (Universitat Oberta de Catalunya), núm. 25 (septiembre, 2017) [on line: <<https://bit.ly/2NmLfri>>].

En la derogada Ley 42/1997, de 14 de noviembre, ordenadora de la inspección de trabajo y seguridad social, en sus artículos 1, punto 2, y 3²⁴⁹, se confería a los inspectores de trabajo las funciones de arbitraje, conciliación y mediación.

En la vigente Ley 23/2015, de 21 de julio, ordenadora del sistema de inspección de trabajo y seguridad social, también se recoge en su artículo 1 (*Definición y objeto del Sistema de Inspección de Trabajo y Seguridad Social*), en su punto número 2, que la Inspección de Trabajo y Seguridad Social es un servicio público al que corresponde ejercer la vigilancia del cumplimiento de las normas del orden social y exigir las responsabilidades pertinentes, así como el asesoramiento y, en su caso, conciliación, mediación y arbitraje en dichas materias. Asimismo, en el artículo 12, con el enunciado de la función inspectora en el punto 3 (*De conciliación, mediación y arbitraje*) se prescribe que es función de la Inspección de Trabajo y de la Seguridad Social:

- a) La conciliación y la mediación tanto en las huelgas como en otros conflictos si es aceptada por las partes.
- b) El arbitraje tanto en las huelgas y en otros conflictos laborales si expresamente las partes así lo han solicitado, y en los supuestos que aparecen establecidos en la ley. Esta función de arbitraje va a ser incompatible con el ejercicio de la actividad inspectora de forma simultánea; sí puede compatibilizarse con labores técnicas de información y asesoramiento a solicitud de las partes.

²⁴⁹ Ley 42/1997, de 14 de noviembre, Ordenadora de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social (BOE, núm. 274, de 15 de noviembre de 1997, p. 33539 a 33548. Ref.: BOE -A-1997-24432). (disposición derogada):

Artículo 1. «2. [...] *La Inspección de Trabajo y Seguridad Social es un servicio público al que corresponde ejercer la vigilancia del cumplimiento de las normas de orden social y exigir las responsabilidades pertinentes, así como el asesoramiento y, en su caso, arbitraje, mediación y conciliación en dichas materias, que efectuará de conformidad con los principios del Estado social y democrático de Derecho que consagra la Constitución Española, y con los Convenios números 81 y 129 de la Organización Internacional del Trabajo [...]*».

Artículo 3. De la función inspectora. «3. *De arbitraje, conciliación y mediación. 3.1. La conciliación y mediación en los conflictos y huelgas cuando la misma sea aceptada por las partes, sin perjuicio de lo dispuesto en la Ley de Procedimiento Laboral. 3.2. El arbitraje, a petición de las partes, en conflictos laborales y huelgas, u otros que expresamente se soliciten*».

- c) Los inspectores de trabajo y seguridad social están obligados a reservarse la información obtenida cuando realicen estas actividades de arbitraje o mediación, por lo tanto, no será comunicada a la inspección.

Estas funciones de arbitraje, de conciliación y de mediación de la inspección de trabajo y seguridad social se van a desarrollar sin perjuicio de las que estén atribuidas a otros órganos para la solución de conflictos laborales que estén apoyados en la autonomía colectiva y que se atribuyan a otros órganos de las Administraciones Públicas.

Con la vigente ley 36/2011 de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social²⁵⁰, se abordan de un modo diferente los procedimientos de mediación y arbitraje, cuyo contenido se concentra en el Libro I, Título V («De la evitación del proceso»). El Capítulo I regula la materia «De la Conciliación o Mediación previas y de los Laudos Arbitrales».

Con carácter general, tras la introducción de esta Ley, pueden señalarse algunas diferencias significativas entre la conciliación laboral y la civil y mercantil:

Así, podemos sostener que, en la conciliación civil, en el régimen anterior a la reforma de 1984, el juez o magistrado tramitaba la conciliación obligatoria y, posteriormente, el juicio si la conciliación no había tenido éxito, con las consecuencias de contaminación y riesgo de conocer el asunto previamente. Con la atribución al letrado de la administración de justicia de la función de conciliación, a partir de la Ley de la jurisdicción voluntaria de 2015, ya no existen estos inconvenientes.

La conciliación laboral tiene una distinción frente a la civil en cuanto a los tiempos de celebración, puesto que, tras la conciliación ante el letrado de la administración de justicia, si no hay acuerdo se pasa a la celebración del juicio²⁵¹.

²⁵⁰ Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la Jurisdicción Social.

²⁵¹ La conciliación previa tiene otra gran ventaja, pues lo que se acuerde en el acto de conciliación va a tener carácter de título ejecutivo sin necesidad de que haya una ratificación ante un Juez, y también se puede impugnar, equiparando lo acordado en conciliación a una sentencia, ambos tienen la misma fuerza ejecutiva.

Desaparece además la audiencia pública en la conciliación laboral, que se mantuvo hasta el último momento en el Proyecto de reforma de la legislación procesal y que, sin embargo, ha desaparecido en el texto definitivo de la ley.

Es una mediación activa, especializada, técnica y pública. Puede iniciarse de oficio a instancia del propio inspector o de un superior jerárquico, o a instancia de cualquiera de las partes.

El artículo 64²⁵² recoge las excepciones del requisito del intento de conciliación o, en su caso, de mediación previas, ampliando los supuestos de excepción a los procesos de anulación de laudos arbitrales, los de impugnación de acuerdos de conciliaciones, de mediaciones y de transacciones. Así, se exceptúan:

- a) Procesos que exijan reclamación previa en vía administrativa u otra forma de agotamiento de esta vía.

²⁵² Artículo 64. Excepciones a la conciliación o mediación previas:

«1. Se exceptúan del requisito del intento de conciliación o, en su caso, de mediación los procesos que exijan el agotamiento de la vía administrativa, en su caso, los que versen sobre Seguridad Social, los relativos a la impugnación del despido colectivo por los representantes de los trabajadores, disfrute de vacaciones y a materia electoral, movilidad geográfica, modificación sustancial de las condiciones de trabajo, suspensión del contrato y reducción de jornada por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción o derivadas de fuerza mayor, derechos de conciliación de la vida personal, familiar y laboral a los que se refiere el artículo 139, los iniciados de oficio, los de impugnación de convenios colectivos, los de impugnación de los estatutos de los sindicatos o de su modificación, los de tutela de los derechos fundamentales y libertades públicas, los procesos de anulación de laudos arbitrales, los de impugnación de acuerdos de conciliaciones, de mediaciones y de transacciones, así como aquellos en que se ejerciten acciones laborales de protección contra la violencia de género.

2. Igualmente, quedan exceptuados:

a) Aquellos procesos en los que siendo parte demandada el Estado u otro ente público también lo fueren personas privadas, siempre que la pretensión hubiera de someterse al agotamiento de la vía administrativa y en ésta pudiera decidirse el asunto litigioso.

b) Los supuestos en que, en cualquier momento del proceso, después de haber dirigido la papeleta o la demanda contra personas determinadas, fuera necesario dirigir o ampliar la misma frente a personas distintas de las inicialmente demandadas.

3. Cuando por la naturaleza de la pretensión ejercitada pudiera tener eficacia jurídica el acuerdo de conciliación o de mediación que pudiera alcanzarse, aun estando exceptuado el proceso del referido requisito del intento previo, si las partes acuden en tiempo oportuno voluntariamente y de común acuerdo a tales vías previas, se suspenderán los plazos de caducidad o se interrumpirán los de prescripción en la forma establecida en el artículo siguiente».

- b) Procesos sobre Seguridad Social.
- c) Procesos relativos al disfrute de vacaciones.
- d) Procedimientos relativos a materia electoral.
- e) Procesos iniciados de oficio.
- f) Procesos de impugnación de convenios colectivos.
- g) Procesos de impugnación de los estatutos de los sindicatos y de su modificación.
- h) Procesos de tutela de la libertad sindical y demás derechos fundamentales.
- i) Impugnación de acuerdos de conciliación, mediación y transacción.
- j) Acciones laborales de protección contra la violencia de género.
- k) Procesos relativos a la movilidad geográfica y modificación sustancial de las condiciones de trabajo.
- l) Procesos relativos a los derechos de conciliación de la vida personal, familiar y laboral a los que se refiere el artículo 139.
- m) Supuestos que cumplen determinados requisitos (art. 64.2 Ley reguladora de la jurisdicción social).

En el artículo 65 se preceptúa que cuando se presente la solicitud de conciliación y de mediación se producirán los siguientes efectos: se suspenderán los plazos de caducidad y se producirá la interrupción de la prescripción. El plazo de caducidad se reanudará al día siguiente tras el intento de la conciliación o la mediación, o cuando han transcurrido quince días hábiles, eliminando del cómputo los sábados una vez se haya presentado la solicitud y no se haya celebrado.

El artículo 66 recoge las consecuencias de no asistir por las partes al acto de conciliación o mediación, ya que, según su punto 1.º, *«la asistencia al acto de conciliación o de mediación es obligatoria para los litigantes»*.

Respecto a la impugnación del acto de conciliación, aparece regulada en el artículo 67 ley 36/2011 de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social²⁵³.

Por último, el artículo 68 recoge la ejecutividad del acuerdo de conciliación o de mediación y de los laudos arbitrales firmes²⁵⁴.

2.3. La conciliación penal

Los sistemas alternativos de resolución de conflictos en el ámbito penal se recomiendan por la Asamblea General de las Naciones Unidas desde el año 1985, a través de la «Declaración sobre los Principios Fundamentales de Justicia para las Víctimas de Delito y del Abuso de Poder», que establece siguiente: Se van a utilizar si es procedente mecanismos para la solución de controversias, tales como la mediación,

²⁵³ Artículo 67. Impugnación del acuerdo de conciliación o de mediación:

«El acuerdo de conciliación o de mediación podrá ser impugnado por las partes y por quienes pudieran sufrir perjuicio por aquél, ante el juzgado o tribunal al que hubiera correspondido el conocimiento del asunto objeto de la conciliación o de la mediación, mediante el ejercicio por las partes de la acción de nulidad por las causas que invalidan los contratos o por los posibles perjudicados con fundamento en su ilegalidad o lesividad.

2. La acción caducará a los treinta días hábiles, excluidos los sábados, domingos y festivos, siguientes a aquel en que se adoptó el acuerdo. Para los posibles perjudicados el plazo contará desde que lo pudieran haber conocido».

²⁵⁴ Artículo 68. Ejecutividad del acuerdo de conciliación o de mediación y de los laudos arbitrales firmes:

«1. Lo acordado en conciliación o en mediación constituirá título para iniciar acciones ejecutivas sin necesidad de ratificación ante el juez o tribunal, y podrá llevarse a efecto por los trámites previstos en el Libro Cuarto de esta Ley.

2. Se entenderán equiparados a las sentencias firmes a efectos de ejecución definitiva los laudos arbitrales igualmente firmes, individuales o colectivos, dictados por el órgano que pueda constituirse mediante los acuerdos interprofesionales y los convenios colectivos a que se refiere el artículo 83 del Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, los laudos arbitrales establecidos por acuerdos de interés profesional de los trabajadores autónomos económicamente dependientes conforme al apartado 4 del artículo 18 de la Ley del Estatuto del trabajo autónomo, así como los laudos recaídos en materia electoral, los que pongan fin a la huelga o a conflictos colectivos u otros cuyo conocimiento corresponda al orden social, exclusivamente en los concretos pronunciamientos de condena que por su naturaleza sean susceptibles de dicha ejecución y salvo los pronunciamientos que tengan eficacia normativa o interpretativa».

el arbitraje y las prácticas de justicia consuetudinaria o autóctonas, a fin de que se pueda realizar la conciliación y la reparación del daño para favorecer a las víctimas²⁵⁵.

También el Consejo Europeo se refiere al uso de estos medios alternativos en la Decisión Marco, de 15 de marzo de 2001, relativa al estatuto de la víctima en el proceso penal²⁵⁶.

En España, en el artículo 804 de la Ley de enjuiciamiento criminal²⁵⁷, la conciliación penal previa al juicio está reducida a las injurias y calumnias contra particulares, que son delitos privados donde el querellante puede disponer sobre el objeto del proceso penal, y se establece este mecanismo autocompositivo para la resolución privada de la controversia como alternativa para evitar el proceso penal. De ese modo, la conciliación penal es preceptiva si se quiere interponer una querrela por injurias o calumnias.

La conciliación penal pretende resolver los conflictos sociales del orden penal dentro del marco del acuerdo de voluntades, devolviéndole a la víctima un rol preponderante y proporcionándole al autor la posibilidad de comprender su acto equivocado y contrario al Derecho, propiciando su arrepentimiento que se traducirá en una manifestación de confianza en las normas jurídicas, conllevando seguridad y restableciendo la paz social²⁵⁸.

²⁵⁵ El Consejo Económico y Social de Naciones Unidas (en su Resolución ECOSOC 1999/26, de 28 de julio de 1999 y Resolución ECOSOC 2002/12, de 24 de julio de 2002) recomienda implantar tipos de procedimientos que faciliten el encuentro víctima y ofensor, la compensación por los daños sufridos o la realización de servicios comunitarios por el delincuente. También señalan una serie de principios básicos para la aplicación de programas de Justicia Restaurativa en materia penal.

²⁵⁶ Publicado en el DOCE el 15 de marzo de 2011 (Ref. CELEX: 32001F0220) [*on line*: <<https://bit.ly/2ZmWR47>>].

²⁵⁷ Real Decreto de 14 de septiembre de 1882, por el que se aprueba la Ley de Enjuiciamiento Criminal. (BOE, núm. 260, de 17/09/1882).

TÍTULO IV. *Del procedimiento por delitos de injuria y calumnia contra particulares.*

Artículo 804. «*No se admitirá querrela por injuria o calumnia inferidas a particulares si no se presenta certificación de haber celebrado el querellante acto de conciliación con el querellado, o de haberlo intentado sin efecto*».

²⁵⁸ *Vid.* ARÁN MARTÍNEZ, María Paz, voz «Conciliación», en *Crimipedia* [publicación *on line*: <<https://bit.ly/1PXF8kV>>], publicado el 22/07/2015].

Los Estados de tradición jurídica anglosajona e influencia del *Common Law*, como Canadá, EEUU, Inglaterra o Australia, fueron los primeros en implementar programas de justicia reparadora debido a que en ellos rige con menor rigor el principio de legalidad y, en cambio, es más importante el principio de oportunidad que permite dejar de aplicar una sanción por razones de utilidad o conveniencia para la comunidad.

En España, la conciliación penal no tiene un procedimiento *ad hoc*, ya que el mencionado art. 804 Ley de enjuiciamiento criminal, prescribe simplemente la obligación de las partes de acudir al acto de conciliación con carácter previo al inicio del proceso. El Tribunal Supremo ha resuelto que en esta materia se aplicará lo previsto para la conciliación civil²⁵⁹.

Teniendo en cuenta que nos hallamos ante delitos cuyos bienes jurídicos protegidos pertenecen a la esfera del honor, la fama y la buena reputación de las personas²⁶⁰, consideramos que la obligatoriedad de la celebración de la conciliación penal con carácter previo a la interposición de querrela por un delito de injuria o calumnia contra particulares tipificado en los arts. 205 a 216 del código penal obedece solamente a una razón: tratar de evitar la excesiva onerosidad que representa el proceso penal para el querrellado.

Igual que en la conciliación civil, la conciliación penal no es muy efectiva, sobre todo en el delito de injurias. La tutela al honor se debilitó con la promulgación del vigente código penal al reducirse las penas (pasando estas de las privativas de libertad previstas en el código penal de 1973 a las penas de multa recogidas en la regulación actual artículo 209 del código penal de 1995)²⁶¹.

Como conclusión final cabe decir que la conciliación se puede definir como la actividad desarrollada por las partes en un conflicto de intereses y ante un tercero que se señala en la Ley para tratar de solucionar el conflicto que les separa, dándosele

²⁵⁹ SSTS de 25 de mayo de 1977 (RJ 19772448) y de 18 de marzo de 1992 (RJ 19922368).

²⁶⁰ CORTÉS DOMÍNGUEZ, V., GIMENO SENDRA, V. y MORENO CATENA, V., Derecho procesal penal, 3.ª ed., Colex, Madrid, 1997. p 832.

²⁶¹ Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal (BOE, núm. 281, de 24 de noviembre de 1995. Ref.: BOE-A-1995-25444). CAPÍTULO II. De la injuria Artículo 209. «Las injurias graves hechas con publicidad se castigarán con la pena de multa de seis a catorce meses y, en otro caso, con la de tres a siete meses».

efectos jurídicos al resultado obtenido: por tanto, es un medio autocompositivo realizado por las partes y, por último, es un presupuesto procesal.

3. La mediación. Una opción primaria para resolver los conflictos

«El éxito de una mediación no debe medirse por el número de acuerdos conseguidos, sino por las repercusiones emocionales que el proceso produce en las partes.»

Ignacio Bolaños

3.1. Delimitación previa

«Desde el nacimiento del Estado de Derecho, se ha entendido que el poder judicial, independiente y diferenciado del poder legislativo y ejecutivo; es el encargado de aplicar las normas jurídicas con el fin de resolver los conflictos [...] trae una consecuencia inevitable: los órganos jurisdiccionales deben detentar el monopolio de la Administración de Justicia, y para ello tienen como instrumento principal el proceso»²⁶².

En la primera parte de este trabajo, hemos delimitado cuál es el papel actual de la justicia y cómo sufre un enorme atasco provocado por diferentes causas relacionadas con la economía y la escasez de recursos para abordar las situaciones a las que tiene que enfrentarse el orden judicial en estos momentos, entre las cuales podemos citar: el volumen de asuntos; la excesiva judicialización de la vida en general; las diferentes culturas que conviven por el fenómeno de la globalización; la crisis económica y también otra de las causas, a saber, «[...] que el mundo jurídico español

²⁶² MACHO GÓMEZ, Carolina, «Origen y evolución de la mediación: el nacimiento del “movimiento ADR” en Estados Unidos y su expansión a Europa», en *Anuario de Derecho Civil*, 67, 2014, p. 934.

está bastante estancado, ha sido, hasta la fecha, profundamente conservador, en el sentido de que los operadores jurídicos persiguen mantener un statu quo en lo concerniente al Derecho y la forma de resolver los conflictos [...]»²⁶³.

Podríamos afirmar, que existe una crisis del modelo heterocompositivo de carácter jurisdiccional, a consecuencia de su lentitud, rigidez y coste económico, y a todo esto se suma el progresivo aumento de los conflictos y la complejidad de las causas²⁶⁴.

La aplicación de métodos alternativos de resolución de conflictos, y, en concreto, la mediación, se plantea, no sólo como una forma amplia de entender la aplicación del concepto de justicia del jurista romano Ulpiano, que la definió como la «*constans et perpetua voluntas ius suum cuique tribuendi*» («la continua y perpetua voluntad de dar a cada cual lo que le corresponde», Dig. 1.1.10 pr.), es decir, dar a cada uno lo suyo, sino que, dada la complejidad y variedad de situaciones que se producen en nuestra sociedad, la mediación es una necesidad para solventar de un modo más lógico, racional y de forma consensuada los conflictos que no necesariamente han de resolverse por la vía judicial, porque, considerando la dificultad en muchas ocasiones de establecer y delimitar lo que ha de entenderse exactamente por lo que es justo o equitativo, se trataría al menos de pacificar y de que las partes obtuviesen una solución adecuada a sus necesidades que les dejara en una posición de satisfacción y que permitiera seguir la relación y convivencia en paz entre los afectados por el conflicto, y esto, como es notorio, no ocurre frecuentemente en la confrontación ante los tribunales de justicia.

En nuestra sociedad cada vez hay más personas conviviendo con diferente procedencia, con distintas costumbres y con valores dispares. Parece, pues, apropiado para acercarnos a un resultado aproximado a lo que Ulpiano nos proponía, dar cabida a que estas personas, como partes de los conflictos, sean ayudadas a conducir el diálogo, para desactivar las situaciones de enfrentamiento que les afecten y para que la

²⁶³ SOLETO, HELENA, «Presente y futuro de la resolución de conflictos», en SOLETO, Helena (dir.) *Mediación y resolución de conflictos: técnicas y ámbitos*, 2.ª ed., Tecnos, Madrid, 2013, p. 32.

²⁶⁴ SOSPEDRA NAVAS, Francisco José, *Mediación y arbitraje: los sistemas alternativos de resolución de conflictos*, Editorial Aranzadi, Cizur-Menor, 2014, p. 38.

solución a sus problemas sea la adecuada o la más cercana a la respuesta que ellos necesitan.

De ahí, que, aunque sea un sistema que tiene resistencias a introducirse en nuestra sociedad²⁶⁵, es imprescindible para que la tutela judicial efectiva²⁶⁶ del artículo 24 de nuestra Constitución²⁶⁷ se ejerza de una manera efectiva²⁶⁸.

Podemos también reseñar que el mandato a cumplir por los abogados, reflejado en su código deontológico²⁶⁹, si se aplicase de forma rigurosa sería un factor que favorecería que este medio de resolución de conflictos, la mediación, fuera utilizado

²⁶⁵ Consejo General del Poder Judicial, *Informe Anteproyecto de Ley de Mediación en Asuntos Civiles y Mercantiles*: «Cabe pues calificar al arbitraje en asuntos civiles y mercantiles como una institución madura, sobradamente conocida, suficientemente analizada y frecuentemente utilizada en la práctica. Frente a él, la mediación se presenta como un mecanismo novedoso y desconocido, que suscita por ello muchos interrogantes y no pocos recelos. No obstante, quizás debemos relativizar esa novedad y desconocimiento, pues la carencia de tratamiento legal no significa que la mediación no haya sido empleada de facto como método para alcanzar la resolución de controversias, naturalmente sobre la base de una absoluta libertad para articular el procedimiento de mediación y para diseñar el modo y alcance de la intervención del mediador, y sin que los acuerdos adoptados pudieran beneficiarse de la nota de la ejecutividad».

²⁶⁶ Se ha discutido si la tutela judicial efectiva es un auténtico derecho de carácter subjetivo, o si ha de ser considerado como un mecanismo de «aplicación y defensa» de otros derechos fundamentales. Un sector Doctrinal, entre ellos Luis Díez-Picazo, afirma que se trata de un auténtico derecho fundamental, que ha de ser considerado como uno de los más relevantes garantizados por nuestra Constitución.

²⁶⁷STC 133/2013, 5 de junio de 2013: Se alega por parte de los recurrentes la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva del artículo 24.1 de la CE.

²⁶⁸STC Sala Segunda núm. 173/2002, de 9 de octubre: «Los derechos y garantías previstos en el artículo 24 CE no garantizan, ciertamente, la justicia de la decisión o la corrección jurídica de la actuación o interpretación llevada a cabo por los órganos judiciales comunes, pues no existe un derecho al acierto [...]. Y tampoco aseguran la satisfacción de la pretensión de ninguna de las partes del proceso [...]. Ahora bien, lo que en todo caso sí garantiza el precepto es el derecho a que las pretensiones se desenvuelvan y conozcan en el proceso establecido al efecto, con observancia de las garantías que permitan el derecho de defensa, y a que finalice con una resolución fundada en Derecho, la cual podrá ser favorable o adversa a las pretensiones ejercitadas [...]».

²⁶⁹ Código Deontológico. Adaptado al Estatuto General de la Abogacía Española, aprobado por Real Decreto 658/2001, de 22 de junio, en su Artículo 13, señalaba: «Relaciones con los clientes [...] 9. El Abogado tiene la obligación de poner en conocimiento del cliente, incluso por escrito, cuando éste lo solicite del mismo modo: [...] e) La evolución del asunto encomendado, resoluciones trascendentes, recursos contra las mismas; posibilidades de transacción, conveniencia de acuerdos extrajudiciales o soluciones alternativas al litigio» (en línea: <<https://bit.ly/2TLdcbP2>>). (Ha sido sustituido por el nuevo aprobado por el Pleno del Consejo General de la Abogacía Española el 6 de marzo de 2019).

como una alternativa real al método tradicional de gestión de conflictos: el procedimiento judicial.

Los abogados, como operadores jurídicos relacionados con la gestión del conflicto, tanto en el ámbito judicial como extrajudicial, tienen un deber intrínseco relacionado con el ejercicio de su profesión y que tiene que ver con su compromiso deontológico en la labor que desempeñan, que es el de proporcionar las respuestas jurídicas a las cuestiones planteadas por sus clientes, facilitándoles todas las posibilidades para la resolución de la controversia que les plantean.

Estas posibilidades de gestión del conflicto pueden encontrarse dentro del ámbito de la jurisdicción correspondiente o alternativamente a la misma, así se establece en la regulación de sus normas deontológicas²⁷⁰.

De ahí la importancia de los abogados como profesionales que pueden contribuir al aumento de los asuntos que se resuelvan en mediación, puesto que, en el desempeño de su labor de asesoría, están estrechamente relacionados con las situaciones que pueden resolverse, no sólo en sus despachos, sino en los de mediación. Y deberían ser los principales derivadores de asuntos desde sus bufetes profesionales a los de mediación; pues ya hemos visto cuál es su deber deontológico: Los abogados tienen que analizar la naturaleza del conflicto y decidir cuál es el método más adecuado para poder gestionarlo de forma más efectiva, eficaz y adaptada a las necesidades del cliente.

Se ha planteado por algunos autores, e incluso está en la propia ley que la implantación de la mediación tendría como objetivo la reducción de la carga de trabajo de los juzgados, atascados con situaciones que claramente no van a obtener solución rápida y satisfactoria dentro de un procedimiento judicial, prolongado en el tiempo y costoso para las partes, tanto desde la perspectiva económica, como a nivel emocional

²⁷⁰ *Nuevo Código deontológico*. Aprobado por el Pleno del Consejo General de la Abogacía Española el 6 de marzo de 2019, Artículo 12: «*Relaciones con los clientes B. Deberes de identificación e información. [...] 2. Se debe poner en conocimiento del cliente: [...] e) La evolución del asunto encomendado, resoluciones transcendentales, los recursos, las posibilidades de transacción, la conveniencia de acuerdos extrajudiciales o las soluciones alternativas al litigio*».

y de satisfacción de las necesidades que pretenden cubrir con el procedimiento planteado²⁷¹.

Este es un argumento muy beneficioso para el funcionamiento de los órganos jurisdiccionales y tribunales de justicia: la posibilidad de que las causas que se diriman en los juzgados, sean las que necesariamente sea preciso resolver, porque ningún otro método es válido o apropiado; sin embargo, este argumento no pone en valor a la mediación bajo ningún punto de vista, pues se le da un lugar supletorio de descarga de trabajo para que las cifras y los medios de la maltrecha justicia no sigan creciendo en negativo de una manera tan clara y desorbitada²⁷².

La Directiva Comunitaria 2008/52/CE²⁷³, planteaba la mediación como un sistema para dar solución extrajudicial de un modo más rápido y efectivo, a la vez que económico, a los litigios de carácter civil y mercantil, con unos procedimientos que sean más adecuados a las partes.

El objeto de la Directiva se limitaba a la mediación de litigios transfronterizos en materia civil y mercantil. Aunque se extendería a los Estados miembros en la medida en que regularán sus procedimientos de mediación.

La Directiva concebía la mediación como un procedimiento estructurado, sea cual sea el nombre o denominación, en el que dos o más partes en litigio intentan alcanzar un acuerdo por sí mismas ayudados por un mediador²⁷⁴.

²⁷¹ Preámbulo de la Ley 52/2015, de 6 de julio, de Mediación en Asuntos Civiles y Mercantiles: «[...] Como institución ordenada a la paz jurídica, contribuye a concebir a los tribunales de justicia en este sector del ordenamiento jurídico como un último remedio, en caso de que no sea posible componer la situación por la mera voluntad de las partes, y puede ser un hábil coadyuvante para la reducción de la carga de trabajo de aquéllos, reduciendo su intervención a aquellos casos en que las partes enfrentadas no hayan sido capaces de poner fin, desde el acuerdo, a la situación de controversia. [...]».

²⁷² CONFORTI, Franco Óscar Daniel La sesión informativa obligatoria en la mediación intrajudicial en España Diario La Ley, ISSN 1989-6913, N.º 8486, 2015, afirma que: «La preocupación principal del Estado no debería ser descongestionar los juzgados y tribunales, sino incorporar la mediación al sistema de justicia de forma tal de no generar tensiones».

²⁷³ La Directiva se traspuso en la mayor parte de los Estados miembros. Aunque algunos países ya habían regulado la mediación como el Reino Unido (1998), Bélgica (2005), Austria (2003).

²⁷⁴ El inicio de la mediación puede producirse a instancia de las partes, por un órgano jurisdiccional que esté conociendo de dicho litigio, o puede estar recogido en la legislación reguladora de la materia objeto del litigio, regulado, por tanto, por el Derecho.

La Directiva contiene elementos como la ejecutividad de los acuerdos, los efectos de la mediación sobre los plazos de caducidad, prescripción.

Será la trasposición de esta Directiva a la Ley 5/2012, de 6 de abril, de mediación en asuntos civiles y mercantiles, la que va a proporcionar cobertura legal y una base jurídica reconocida para poder realizar mediaciones que estén amparadas en la norma y, por lo tanto, con un reconocimiento legislativo, y dejará de ser una mera práctica que sólo tenía virtualidad para que los que intervenían acercasen posturas y disolviesen sus diferencias sin un reconocimiento legal del esfuerzo y el trabajo realizado por las personas que acudían a mediación y por los mediadores.

Ha sido una ley que tardó en llegar, pero afortunadamente se implementó como punto de partida de un sistema de gestión y resolución de conflictos que nuestro país ya no puede obviar, y que se ha introducido con muchos años de retraso, como suele ser lo habitual en nuestra legislación, respecto a otros países de la Unión Europea²⁷⁵, aunque poco a poco va calando y extendiéndose su uso entre los ciudadanos que van a resolver sus dificultades de un modo más pacífico en cuanto a las posibilidades de gestionarlo mediante el diálogo.

La Comisión Europea ha publicado en 2016 un informe²⁷⁶ sobre la implementación de las normas sobre mediación para asuntos civiles y mercantiles establecidas en la Directiva 2008/52/CE, con el objetivo específico de examinar cómo

²⁷⁵ El *Tribunal de Grande Instance d'Evry*, desarrolló un programa piloto, con el objetivo de favorecer y desarrollar métodos alternativos de resolución de conflictos, para facilitar la búsqueda de soluciones «amistosas». Esta medida se produce bajo la ley de modernización de la justicia del siglo XXI en Francia, contempla la mediación previa obligatoria, para litigios relacionados con el ejercicio de la autoridad parental y las pensiones de alimentos. Desde el 1 de septiembre hasta el 31 de diciembre de 2019, las partes realizarán un intento de mediación, antes de acudir a los juzgados de familia de Bayonne, Bordeaux, Cherbourg-en Contentin, Nantes, Nîmes, Montpellier, Pontoise, Rennes, Saint Denis, Tours y Evry. No se admitirá la demanda, si no se realiza previamente el intento de mediación [véase, documento *on line*: <<https://bit.ly/33OJwke>>].

²⁷⁶ *Rapport de la Commission sur l'application de la directive 2008/52/CE sur certains aspects de la médiation en matière civile et commerciale*. Bruxelles, le 26.8.2016: «[...] L'objectif de garantir un meilleur accès à la justice, qui fait partie de la politique de l'Union européenne visant à instituer un espace de liberté, de sécurité et de justice, comprend l'accès aux modes de règlement des litiges tant judiciaires qu'extrajudiciaires. La médiation permet un règlement extrajudiciaire rapide et peu coûteux des litiges relevant des droits civil et commercial grâce à des procédures adaptées aux besoins des parties. La probabilité est plus grande que les parties respectent volontairement les accords issus de la médiation. Ces avantages sont encore plus patents dans les situations transfrontières» [véase documento en línea: <<https://bit.ly/2MC6YNe>>].

se ha desarrollado la mediación en los países de la Unión Europea y cuál ha sido realmente su impacto en los Estados miembros. La fecha límite de su incorporación era la de mayo de 2011; por lo tanto, nuestra ley del 2012 rebasa de la fecha límite, y nuestro país, por tanto, no la cumplió.

Según este informe, las dificultades con que se ha encontrado la implantación de la mediación en los diferentes países es la falta de una «cultura de mediación» y la falta de conocimiento para afrontar los asuntos transfronterizos. Ante estas trabas plantean cómo mejorar los sistemas de cada país para que las autoridades que tengan las competencias en la materia correspondiente promuevan este sistema alternativo de gestión de conflictos. Es muy importante destacar que la voluntad de la Comisión Europea es seguir cofinanciando aquellos proyectos relacionados con la mediación a través del Programa Justicia. Y se muestra dispuesta también a proporcionar financiación de sistemas de alta calidad sobre mediación, teniendo en cuenta a la Red Judicial Europea en materia civil y mercantil²⁷⁷.

3.2. Ventajas jurídicas e inconvenientes de la mediación, especial referencia al principio de autonomía de la voluntad

Podemos empezar indicando que el Consejo General del Poder Judicial en un informe para la Comunidad Autónoma de Cantabria afirma:

«Nadie duda de las bondades de la mediación como método que puede contribuir a aliviar la congestión de los juzgados y tribunales, los cuales no deberían operar como única instancia de solución de conflictos intersubjetivos, sobre todo en ciertos ámbitos. La mediación representa una nueva forma de arreglo amistoso de las controversias con la que los particulares deberían contar más a menudo, dejando el recurso a la vía jurisdiccional como última ratio»²⁷⁸.

²⁷⁷ Informe de la Comisión Europea sobre la Directiva de Mediación [en línea: <<https://bit.ly/2KIMuQb>>].

²⁷⁸ «Informe al Proyecto de Ley de mediación de la Comunidad Autónoma de Cantabria», publicado en Iustel. *Diario del Derecho* [en línea: <<https://bit.ly/2R3Dzu1>>].

En el análisis de las ventajas, señalaremos las siguientes: en primer lugar, una menor utilización de los medios judiciales a la hora de resolver un conflicto; puesto que el ejercicio de la acción judicial es un proceso lento y costoso con un resultado incierto y muchas veces no satisfactorio para las partes.

En segundo término, el procedimiento de mediación es menos formalista, más simple, que no sencillo, asegura un menor coste económico, por tanto, menos oneroso para las partes. Y debemos considerar también la descarga de trabajo para los tribunales de justicia que implica el acudir a mediación, aunque este no es el fin para que la mediación se implante como alternativa de gestión real al procedimiento judicial.

La tercera ventaja que podemos señalar es que hay una considerable reducción de los costes emocionales de las partes, facilitando el ahorro de tiempo y desgaste personal para alcanzar un futuro acuerdo sobre la controversia planteada y se da un mayor desarrollo de los derechos de las personas intervinientes.

En cuarto lugar, se fortalece la libertad de los individuos para buscar la solución de sus dificultades, incrementando su propia responsabilidad, y fomenta las soluciones más creativas.

La quinta ventaja que podemos señalar es que dignifica a las personas, al dárseles la posibilidad de resolver sus propios conflictos, pues deciden cual será el resultado. Y, muy importante, desjudicializa las relaciones, reduciendo la litigiosidad²⁷⁹, e incentivando la responsabilidad de las personas por sus actos.

²⁷⁹ El 28 de junio de 2012, el pleno del Consejo General del Poder Judicial, aprobó el Informe sobre el Anteproyecto de ley por la que se regulan determinadas tasas en el ámbito de la administración de justicia y del Instituto Nacional de Toxicología y Ciencias Forenses. y dentro del apartado «Conclusiones», la segunda contiene lo siguiente: «[...] *más allá de la previsible reducción de la litigiosidad propiciada por el efecto disuasorio de la tasa, no se vislumbra cómo la proyectada reforma puede incrementar la eficacia y racionalización de la Administración de justicia. Es más, el sistema de tasas que se pretende instaurar es completamente ajeno a los mecanismos de solución extrajudicial del conflicto en el seno de los diferentes procedimientos, tales como la conciliación y transacción a que se refiere los artículos 19 y 415 de la LEC y 77 de la LJCA y, especialmente en el orden jurisdiccional civil, la mediación estatuida por Real Decreto-ley 5/2012, de 5 de marzo, en asuntos civiles y mercantiles. Por ello, para incentivar el uso de los medios alternativos a que se hecho mención, sería conveniente articular un cauce que permita recuperar el importe satisfecho cuando la solución extrajudicial sea exitosa*».

En sexto lugar, otra ventaja es que puede renunciarse al procedimiento de mediación en cualquier momento, sin coste alguno, ni plazos establecidos como en el procedimiento judicial, como manifestación del principio de voluntariedad.

En séptimo lugar, otra característica relevante que aporta un valor muy positivo a la mediación es que los acuerdos alcanzados van a ser más efectivos, al mejorar las expectativas de su aplicabilidad por ser los que las partes han alcanzado y por lo tanto se incrementa considerablemente su cumplimiento²⁸⁰.

En último lugar podemos añadir, la eficiencia de la mediación. Se va a producir un mayor y mejor cumplimiento de los acuerdos adoptados, pues parten de las soluciones de los afectados, esto facilita mucho su aplicación y supone un ahorro económico. Se da mayor relevancia a la autonomía de la voluntad para resolver las controversias.

Las notas de celeridad y eficacia completarían asimismo las ventajas.

Entre los inconvenientes estaría: primero, el riesgo de privatización²⁸¹ que implica acudir de forma pactada a una solución del conflicto alternativa a la convencional judicial si se utilizase para que este sistema alternativo sea una vía de ahorrar costes a la administración de justicia; es necesario que estos métodos alternativos no deriven en un modelo de justicia privada²⁸², pues conllevaría desequilibrios y desigualdad para los ciudadanos. Por eso, es preciso evitar riesgos de privatización o externalización de la función judicial.

²⁸⁰ FERNÁNDEZ RIQUELME, Sergio, *Teoría y práctica de la mediación. la gestión alternativa de los conflictos sociales*. Ed. Universidad de Murcia, Murcia, 2009, p. 63.

²⁸¹ El Consejo General del Poder Judicial, en su Informe al Anteproyecto de la Ley de Mediación en Asuntos Civiles y Mercantiles de 19 de marzo de 2010, dice literalmente en sus páginas 13 y 14 «[...] debe quedar claro que el favorecimiento de cualquier método alternativo de solución de disputas no representa un intento de privatización o externalización de la función jurisdiccional, pues no se trata de suplantar a la Administración de Justicia, sino de complementarla, propiciando que los propios interesados alcancen el arreglo de sus diferencias por cauces amigables en aquellos casos en que, dada la índole de la materia, ello sea posible».

²⁸² SOSPEDRA NAVAS, Francisco José, *Mediación y arbitraje*, ob. cit., p. 40.

Un aspecto relevante en detrimento de la utilización de la mediación para la gestión de los conflictos es que puede darse un acceso menor que al sistema judicial y que puede llegarse a dar un proceso «*desjudicializador del derecho*»²⁸³.

Es preciso vigilar que no se negocie con derechos indisponibles. La garantía más efectiva y necesaria es la asesoría de un letrado en los temas que se van a decidir; por eso es preciso que cada mediación esté dirigida por verdaderos profesionales cualificados a la hora de conducir el proceso y que sean responsables de su trabajo y eficiencia a la hora de realizar su tarea.

El papel del abogado²⁸⁴ en el procedimiento de mediación, es decisivo, imprescindible y esencial, un elemento indispensable. Tengamos en cuenta los siguientes extremos: para llegar a alcanzar acuerdos eficaces, seguros y que contengan los elementos necesarios para que la solución no sólo sea la que las partes implicadas necesitan, sino aquella que se adecúe a las normas correspondientes y no perjudique los intereses de los que han acudido a resolver una situación conflictiva, ni a terceros –es decir, que la solución acordada sea jurídicamente segura para los agentes–, es preciso el asesoramiento de un letrado a la hora de alcanzar el acuerdo; y, por último, esta no puede ser aplicada en todas las situaciones de conflicto, ya que han de ser cuestiones de derecho disponible, con posibilidad de ser resueltas por las partes mediante pacto. Es importante indicar que por supuesto, los acuerdos alcanzados en mediación no tienen el carácter de jurisprudencia.

Es muy importante advertir que la mediación presupone que las personas que acuden a ella lo hacen con una predisposición natural a la resolución del conflicto por

²⁸³Consejo General del Poder Judicial, Informe Anteproyecto de la Ley de Mediación en Asuntos Civiles y Mercantiles de 19 de marzo de 2010: «[...] *el concepto de acceso a la justicia debe incluir la promoción del acceso a procedimientos adecuados de resolución de litigios para particulares y empresas, y no solamente el acceso al sistema judicial*»; aunque no está de más recordar que todo ello debe hacerse sin renunciar al control por el Estado –es decir, al control por medio de la ley– de esa actividad que, no por quedar fuera del ámbito de lo jurisdiccional deja de tender al logro de la justicia, partiendo de la premisa de que en un Estado de Derecho todo lo relacionado con la solución de controversias jurídicas pertenece al ámbito de lo público, por más que dicha solución no la dicte un órgano judicial sino que venga de la mano de un acuerdo de mediación alcanzado por los propios interesados a través de los cauces que el ordenamiento pone a su disposición».

²⁸⁴ Vid. VILLAGRASA ALCAIDE, Carlos, «Nuevos retos y oportunidades para la abogacía a través de la mediación». *Abogacía*, nº. 7, 2011, p. 197-209.

ellas mismas y tienen la capacidad psicológica y la seguridad de dialogar y comunicarse con la otra parte afectada por el conflicto para poder alcanzar el acuerdo.

Esto va a suponer que cuando las personas se encuentren en estados de debilidad emocional, o de extrema conflictividad, no puede iniciarse un procedimiento de mediación hasta que ellas no vean resueltas de forma adecuada esta situación previa para alcanzar un estado psicológico y emocional equilibrado.

En resumen: los sistemas de resolución de conflictos alternativos al sistema jurisdiccional tradicional tienen que constituirse en un complemento útil y no en una mera alternativa a la administración de justicia, con origen en la voluntariedad de las partes y aplicando el principio de autonomía de la voluntad. Por eso, hay que cuidar que no sea confundida con una modalidad de terapia psicológica, que nada tienen que ver con la búsqueda de soluciones reales a los conflictos con efectos jurídicos. Este dato es la característica principal que ha de tener una mediación, es decir, que la solución que se adopte por los participantes en el conflicto sea satisfactoria para alcanzar una solución adaptada a las partes, y una solución que tenga efectos jurídicos para que pueda ser puesta en práctica de un modo real.

El procedimiento de mediación concluye con una decisión adoptada por los afectados por el conflicto, los cuales se han comprometido a llevarla a cabo libremente, su adopción está fundamentada en la igualdad de las partes, que es otro de los puntos fuertes de la mediación, el equilibrio entre las partes, y la adopción de forma consensuada y respecto de materias de libre disposición que puedan resolverse por medio de la comunicación y el diálogo entre los afectados hasta alcanzar la solución que más les ayude a solventar la situación de dificultad o el conflicto planteado²⁸⁵. Esta decisión, tiene unos índices de cumplimiento mucho más elevados que las resoluciones judiciales, porque las decisiones que se adoptan en mediación son compromisos personales en muchos casos que se pactan por los que las acuerdan, y es la palabra y la voluntad de realizar el compromiso adquirido entre ellos lo que sirve de mecanismo eficaz a la hora de realizar o poner en práctica el acuerdo alcanzado.

²⁸⁵ Consejo General del Poder Judicial, Informe del Anteproyecto de Ley de Mediación en Asuntos Civiles y Mercantiles. Comisión de Estudios (2010) [véase documento en línea en <www.poderjudicial.es>].

La verdadera esencia de la mediación, y lo que le distingue del proceso judicial, es la voluntariedad, manifestación del principio de la autonomía de la voluntad del Derecho civil, en mediación se predica tanto para las partes como para el mediador²⁸⁶. Por lo tanto, la autonomía de la voluntad se plantea de una manera esencial, de ahí que las partes son las que siempre deciden acerca del procedimiento de mediación, por tanto, intervendrán libremente, sin coacción. La voluntariedad de las partes se predica de todas las fases del procedimiento, desde la fase inicial hasta la firma del acuerdo. En este principio radica el éxito de este método y el cumplimiento de lo acordado en el procedimiento de mediación.

3.3. Aproximación al marco legal de la mediación desde sus diferentes ámbitos de aplicación

En nuestro país, las primeras normas existentes en materia de mediación se producen en el ámbito de la mediación familiar, dentro del marco legislativo autonómico, por ser una materia atribuida a las Comunidades Autónomas; y es la única legislación existente en mediación hasta la Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles que dota de una legislación estatal a este medio de gestión y resolución de conflictos, las leyes de mediación familiar implementan una legislación reguladora de la mediación familiar y la pionera fue en el año 2001 Cataluña.

A nivel del Estado, la Disposición Final 1.^a de la Ley 15/2005, de 8 de julio, por la que se reforman el código civil y la Ley de enjuiciamiento civil en materia de separación y divorcio modificó los artículos 770²⁸⁷, 771²⁸⁸ y 777²⁸⁹ de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de enjuiciamiento civil.

²⁸⁶ ROMERO NAVARRO, Fermín; «La mediación familiar. Un ejemplo de aplicación práctica: la comunicación a los hijos de la separación de los padres», en *Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración*, n.º 40 (diciembre 2002), p. 31-54, señala que la voluntariedad impregna de protagonismo a las partes, las convierte en autoras de las acciones que desarrolla, de los discursos y narrativas que construyen y las responsabiliza de las consecuencias que ocurren en el proceso y de los acuerdos a los que llegan o dejan de llegar [*on line*: <<https://bit.ly/2MDXtMP>>].

²⁸⁷ Disposición final primera. Modificación de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil: *La Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, se modifica en los siguientes términos: Tres.—Se introduce una nueva regla 7.^a al artículo 770 con la siguiente redacción: «7.^a Las partes de común*

3.3.1. Hacia un sistema europeo de mediación

En el marco de la Unión Europea se actúa en la dirección de fomentar la implantación de mecanismos de resolución alternativa de conflictos, dadas las circunstancias de saturación en que se encuentra la administración de justicia de los Estados miembros.

Tanto el Parlamento Europeo como la Comisión reconocen que para que la aplicación de la justicia en los países mejore y sea más dinámica es preciso que se implemente la mediación, y por ello se dictaron una serie de recomendaciones que iban en esta dirección, y tenemos en primer lugar la Recomendación 1/1998, del Consejo de Europa, sobre mediación familiar, y además de esta podemos enumerar la siguiente normativa:

- a) Recomendación 1/1998, del Consejo de Europa sobre mediación familiar²⁹⁰.
- b) Reglamento (CE) 2201/2003 sobre responsabilidad parental artículo 55.e) y su Guía de buenas prácticas²⁹¹.

*acuerdo podrán solicitar la suspensión del proceso de conformidad con lo previsto en el artículo 19.4 de esta Ley, **para someterse a mediación.**»*

²⁸⁸ «Cuatro.—El párrafo primero del apartado 2 del artículo 771 queda redactado del siguiente modo: “2. A la vista de la solicitud, el Tribunal mandará citar a los cónyuges y, si hubiere hijos menores o incapacitados, al Ministerio Fiscal, a una comparecencia, en la que se intentará un acuerdo de las partes y que se celebrará en los diez días siguientes. A dicha comparecencia deberá acudir el cónyuge demandado asistido por su abogado y representado por su Procurador”».

²⁸⁹ «Seis.—Se modifica el apartado 2 del artículo 777, que queda redactado del siguiente modo: “2. Al escrito por el que se promueva el procedimiento deberá acompañarse la certificación de la inscripción del matrimonio y, en su caso, las de inscripción de nacimiento de los hijos en el Registro Civil, así como la propuesta de convenio regulador conforme a lo establecido en la legislación civil y el documento o documentos en que el cónyuge o cónyuges funden su derecho, incluyendo, en su caso, el acuerdo final alcanzado en el procedimiento de mediación familiar. Si algún hecho relevante no pudiera ser probado mediante documentos, en el mismo escrito se propondrá la prueba de que los cónyuges quieran valerse para acreditarlo”».

²⁹⁰ Recomendaba a los Estados miembros: a) Instituir o promover la mediación familiar o, en su caso, reforzar la mediación familiar que ya existiera. b) Adoptar o reforzar las medidas que sean necesarias para la utilización de la mediación familiar como medio de resolver los litigios familiares.

²⁹¹ La cooperación en los temas relacionados con la *responsabilidad parental* viene regulada en el artículo 55 del Reglamento (CE) 2201/2003 sobre responsabilidad parental, donde señala que, bien a petición de una autoridad central de otro Estado miembro o de un titular de la responsabilidad parental, las autoridades centrales tendrán que cooperar en asuntos concretos para poder cumplir con los

- c) Comunicación de la Comisión, de 30 de marzo de 1998, sobre la solución extrajudicial de conflictos en materia de consumo²⁹².
- d) Recomendación 98/257/CE de la Comisión, de 30 de marzo de 1998, relativa a los principios aplicables a los órganos responsables de la solución extrajudicial de los litigios en materia de consumo²⁹³ relativa a los principios aplicables a los órganos responsables de la resolución extrajudicial de litios en materia de consumo.
- e) 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 consumo que no cubre la Recomendación 98/257/CE²⁹⁴.
- f) Directiva 2008/52/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 21 de mayo de 2008²⁹⁵ sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y

objetivos del reglamento. Se tendrán que adoptar de forma directa o a través de las autoridades públicas o los organismos que se establezcan, todas las medidas de acuerdo a la legislación del Estado miembro en cuestión, en materia de protección de datos personales, para: a) recabar e intercambiar información acerca de la situación del menor, los procedimientos pendientes, o las resoluciones adoptadas que conciernan al menor; b) proporcionar información y ayuda a los titulares de la responsabilidad parental que soliciten el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en su territorio, en especial en materia de derechos de visita y de restitución del menor; c) facilitar las comunicaciones entre órganos jurisdiccionales, en especial para la aplicación de los apartados 6 y 7 del artículo 11 y del artículo 15; d) proporcionar toda la información y la asistencia que puedan ser de utilidad para la aplicación por los órganos jurisdiccionales del artículo 56; e) facilitar la celebración de acuerdos entre los titulares de la responsabilidad parental a través de la mediación o por otros medios, y facilitar con este fin la cooperación transfronteriza.

²⁹² COM (1998) 198 final - no publicada en el Diario Oficial. La Comisión pretende facilitar el acceso de los consumidores a los procedimientos de resolución extrajudicial de los litigios, para ello propone: promover los procedimientos extrajudiciales de solución de litigios como la mediación, la conciliación o el arbitraje. Tales procedimientos pueden ayudar a los consumidores y a las empresas a solucionar los litigios de forma sencilla, rápida y a un coste poco elevado. La Comisión tiene por objeto el respeto de los principios siguientes: la independencia y la experiencia del organismo; la transparencia del procedimiento y del funcionamiento del organismo; la eficacia, la rapidez, la gratuidad o el bajo coste del procedimiento. Además, el recurso a un abogado o a un representante legal debe ser facultativo, aunque cada parte tiene derecho a defender su punto de vista; la legalidad de las decisiones que deben respetar las leyes que protegen a los consumidores; el carácter equitativo del procedimiento en relación con cada parte implicada.

²⁹³ Diario Oficial L 115 de 17.4.1998 [en línea: <<https://bit.ly/2Vni1sZ>>].

²⁹⁴ Diario Oficial L 109 de 19.4.2001 [véase documento en línea: <<https://bit.ly/2JixylF>>].

²⁹⁵ Véase el documento en línea: <<https://bit.ly/2l27pwu>>.

mercantiles²⁹⁶. La Directiva ha sido implementada en los ordenamientos jurídicos de los Estados con diferentes modelos²⁹⁷: «*mediación complementaria voluntaria, mediación voluntaria con incentivos y sanciones, sesión inicial obligatoria y mediación completamente obligatoria*».

La fórmula más efectiva entre los distintos modelos sería la que impone la obligatoriedad. Es en Italia donde los resultados han sido más importantes, pues se impuso la mediación obligatoria mediante Decreto legislativo de 4 de marzo de 2010, que se adaptó a los requerimientos del Tribunal Constitucional Italiano por Decreto legislativo de 21 de junio de 2013²⁹⁸.

- g) Resolución del Parlamento Europeo, de 12 de septiembre de 2017, sobre la aplicación 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 mercantiles²⁹⁹.

²⁹⁶ Compuesta por 14 artículos, debía ser traspuesta por los Estados antes del 21 de mayo de 2011. Nuestro país no cumplió los plazos formando parte de los nueve miembros europeos: Chipre, República Checa, España, Francia, Luxemburgo, Países Bajos, Finlandia, Eslovaquia y Reino Unido, a los cuales la Comisión abrió un procedimiento por incumplimiento en julio de 2011, se les requirió para que enviasen información al respecto.

²⁹⁷ SOLETO, Helena, «Cap.17. Mediación en asuntos civiles», en SOLETO, Helena (dir.). *Mediación y resolución de conflictos: técnicas y ámbitos*. Editorial Tecnos, Madrid, 2017 p. 353 ss.

²⁹⁸ CAVUOTO, Ennio, «La nueva mediación obligatoria en Italia», en *Revista General de Derecho Procesal*, 34, 2014, p.1-10 [on line: <<https://bit.ly/1FqJ1uZ>>]. En Italia, la disciplina de la «mediación dirigida a la conciliación de las controversias civiles y mercantiles del decreto legislativo 4 de marzo de 2010, n. 28 ha sido modificada por la ley de 9 agosto 2013, n. 98 (de conversión del decreto ley 21 junio 2013, n. 69, c.d. «decreto del fare»), que contiene «disposiciones urgentes para la recuperación económica», entrada en vigor el 21 de septiembre de 2013. La Exposición de Motivos del d.lgs. 28/2010, contiene que la mediación obligatoria ha sido introducida por el legislador italiano con el fin de realizar «un impulso deflactivo y contribuir a la difusión de la cultura de la resolución alternativa a las controversias»; y en la misma perspectiva la mediación ha sido reintroducida en el 2013. No obstante, como se pone de manifiesto en este trabajo, desde este punto de vista, sin embargo, la utilidad práctica de este instituto parece un tanto incierta.

²⁹⁹ P8_TA-PROV (2017)00321. Aplicación de la Directiva sobre la mediación. Resolución del Parlamento Europeo, de 12 de septiembre de 2017, sobre la aplicación de la Directiva 2008/52/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de mayo de 2008, sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles (Directiva sobre la mediación) (2016/2066(INI)). Conclusiones Principales: «1. Acoge con satisfacción el hecho de que en muchos Estados miembros los sistemas de mediación han sido objeto recientemente de modificaciones y revisiones, y en otros Estados miembros se han previsto enmiendas a la legislación aplicable; Croacia, Eslovaquia, España, Estonia, Grecia, Hungría, Irlanda, Italia, Lituania, los Países Bajos, Polonia y Portugal. 2. Lamenta que solo tres Estados miembros hayan

optado por transponer la Directiva solamente en lo que se refiere a los casos transfronterizos y constata la existencia de dificultades relativas al funcionamiento en la práctica de los sistemas nacionales de mediación, vinculadas principalmente a la tradición del proceso contradictorio y a la falta de una cultura de mediación en los Estados miembros, el bajo nivel de conocimiento de la mediación en la mayoría de ellos y el insuficiente conocimiento del modo de tratar asuntos transfronterizos y el funcionamiento de los mecanismos de control de calidad aplicables a la mediación. 3. Hace hincapié en que todos los Estados miembros prevén la posibilidad de que los tribunales insten a las partes en un litigio a recurrir a la mediación o, al menos, a participar en sesiones informativas sobre la mediación; observa que, en algunos Estados miembros, la participación en estas sesiones informativas de este tipo es obligatoria, ya sea por iniciativa del juez. Por ejemplo, en la República Checa, o por disposición legal en el caso de determinados litigios, como los litigios de familia por ejemplo, en Lituania, Luxemburgo, Inglaterra y País de Gales; indica, asimismo, que en algunos Estados miembros es obligatorio que los abogados informen a sus clientes sobre la posibilidad de recurrir a la mediación o que las solicitudes presentadas a los tribunales confirmen que se ha intentado la mediación o que hay motivos que lo impiden; toma nota, no obstante, de que el artículo 8 de la Directiva relativa a la mediación garantiza que el hecho de que las partes opten por la mediación con ánimo de solucionar un litigio no les impida posteriormente recurrir a los tribunales debido al tiempo dedicado a la mediación; pone de relieve que no parece que los Estados miembros hayan planteado cuestiones específicas en relación con este punto. 4. Toma nota, asimismo, de que numerosos Estados miembros ofrecen incentivos económicos para que las partes recurran a la mediación, ya sea en forma de reducción de costes, asistencia jurídica o sanciones en caso de negativa injustificada a considerar la mediación; observa que los resultados obtenidos en estos Estados demuestran que la mediación puede proporcionar una resolución extrajudicial rentable y rápida de los litigios a través de procedimientos adaptados a las necesidades de las partes. 5. Considera que la adopción de códigos de conducta constituye un instrumento importante para asegurar la calidad de la mediación; observa, a este respecto, que el Código de conducta europeo para los mediadores es utilizado directamente por las partes interesadas o ha constituido una inspiración para los códigos nacionales o sectoriales; observa, asimismo, que la mayoría de los Estados miembros dispone de procedimientos de acreditación para los mediadores y/o lleva registros de mediadores. 6. Lamenta la dificultad de obtener datos estadísticos completos sobre la mediación, incluidos el número de casos de mediación, la duración media y las tasas de éxito de los procedimientos de mediación; toma nota de que, sin una base de datos fiable, resulta muy difícil seguir fomentando la mediación y aumentar la confianza de la opinión pública en su eficacia; subraya, por otra parte, la creciente importancia de la Red Judicial Europea en materia civil y mercantil por lo que respecta a la mejora de la recopilación de datos nacionales sobre la aplicación de la Directiva sobre la mediación. 7. Acoge con satisfacción la especial importancia de la mediación en el ámbito del Derecho de familia (en particular, en lo relativo a las modalidades de custodia de los hijos, el derecho de visita y la sustracción parental de menores), pues la mediación puede crear un clima constructivo para las negociaciones y garantizar un trato justo entre los padres; constata, asimismo, que es probable que las soluciones amistosas sean duraderas y en interés de los menores ya que pueden abordar, además de la residencia principal del menor, también las modalidades de visita o los acuerdos relativos a la pensión alimenticia del menor; hace hincapié en este contexto en el importante papel de la Red Judicial Europea en materia civil y mercantil en lo relativo a la elaboración de recomendaciones encaminadas a aumentar la tasa de utilización de la mediación familiar en contextos transfronterizos, en particular en caso de sustracción de menores. 8. Subraya la importancia de la creación y el mantenimiento de una sección específica en el Portal Europeo de Justicia en línea dedicada a la mediación transfronteriza en asuntos familiares y que proporcione información sobre los sistemas nacionales de mediación. 9. Celebra, por tanto, que la Comisión asigne cofinanciación a diversos proyectos destinados a la promoción de la mediación y la formación de jueces y profesionales de la justicia en los Estados miembros. 10. Destaca que, pese al carácter voluntario de la mediación, es preciso adoptar nuevas medidas para garantizar el carácter ejecutorio de los acuerdos de mediación de manera rápida y asequible, dentro del pleno respeto de los derechos fundamentales, así como de la legislación nacional y de la Unión; recuerda a este respecto que la aplicación a escala

3.3.2. La tardía e incompleta legislación estatal sobre mediación

La mediación en asuntos de Derecho privado ha tenido un proceso de entrada en nuestra legislación complejo y sinuoso, con numerosos contratiempos y disrupciones, a menudo impulsado a remolque de los requerimientos procedentes de la Unión Europea. A estas circunstancias ha de unirse el hecho de la gran pluralidad y heterogeneidad de disposiciones existentes al respecto a nivel territorial, como consecuencia de la cualidad polinormativa o plurilegislativa de nuestro Estado autonómico, la cual en ocasiones resulta difícil de coordinar y reducir a una estructura coherente.

Repasamos a continuación brevemente el iter legislativo producido a nivel nacional.

El primer ámbito en el que se ha hablado de mediación en nuestro derecho ha sido el terreno del derecho del trabajo. Como hemos apuntado en el capítulo anterior, en el ámbito laboral, ya en el año 1997 se introdujo la Ley 42/1997, de 14 de noviembre, ordenadora de la inspección de trabajo y seguridad social. Entre las muchas funciones atribuidas a la Inspección de Trabajo se encuentra la función de conciliación, mediación y arbitraje en los conflictos y huelgas cuando estas funciones sean aceptadas por las partes

Asimismo, la Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social introdujo algunas novedades respecto de los procedimientos de mediación y arbitraje que se incluyen, principalmente, en el Libro I, Título V, «De la evitación del proceso» en su capítulo I «De la conciliación o mediación previas y de los laudos arbitrales»³⁰⁰.

nacional de un acuerdo alcanzado por las partes en un Estado miembro está, por regla general, sujeta a homologación por una autoridad pública, lo que origina costes adicionales, es lenta para las partes del acuerdo y, por lo tanto, podría afectar negativamente a la circulación de acuerdos de mediación extranjeros, especialmente en el caso de litigios menores».

³⁰⁰ GARCÍA ÁLVAREZ, Rosario, «El papel de la mediación en la resolución del conflicto individual de trabajo», en *Diario La Ley*, n.º 8499, Sección Doctrina, 12 de marzo de 2015, Ref. D-97. «La mediación por sus especiales características (da voz, permite ser escuchado y ser tratado en pie de igualdad y con respeto), representa un método de resolución que, además de complementar a los órganos jurisdiccionales por razones prácticas y de eficiencia, satisface la necesidad de justicia tanto procedimental como distributiva y reparadora de muchos individuos con independencia de su cultura, origen, lengua, formación y medios económicos. La mediación posee una dimensión internacional y global, podríamos decir que universal, porque responde a esa necesidad y deber que todo ser humano y

Pasando al terreno más estrictamente de Derecho privado, conviene hacer una distinción entre las normas dirigidas al impulso de la mediación en asuntos civiles y mercantiles en general y aquellas que se centran específicamente en materia de consumo.

a) En el ámbito civil y mercantil.

Tanto la Ley 1/2000, de 7 de enero, de enjuiciamiento civil (artículos 770.7.^a, 777.2 y disposición final tercera) como la Ley 15/2005 de 8 de julio, por la que se modifican el Código civil y la Ley de enjuiciamiento civil en materia de separación y divorcio, dieron los primeros en la posibilidad de emplear la mediación como modo de resolución del litigio en determinados casos.

Pero habría que esperar en realidad a la Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles, para ver un impulso más decidido por parte del Legislador español al uso de la mediación como instrumento eficiente de gestión de los conflictos jurídicos surgidos en la mayor parte de las esferas del derecho privado. Esta Ley viene a su vez complementada por el real decreto 980/2013, de 13 de diciembre, por el que se desarrollan algunos aspectos de la Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles.

Esta legislación española no es de hecho sino una ejecución de lo establecido en la Directiva 2008/52/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de mayo de 2008 sobre determinados aspectos de la mediación en materias civiles y comerciales, cuyo objeto era asegurar un mejor acceso a la justicia promoviendo el uso de la mediación como mecanismo alternativo de solución de conflictos transfronterizos, salvo aquellos derechos no disponibles por las partes, lo que obligaba a los Estados a instaurar la mediación antes de 21 de mayo 2011 (como es obvio, la trasposición de la Directiva al Derecho español se produjo tardíamente, como viene siendo regla en nuestro país, por otra parte).

La Directiva europea se refería a la mediación en asuntos transfronterizos entre Estados miembros, estableciendo unos requisitos mínimos y garantizando que los

sociedad tiene: la de que partes en pie de igualdad y tratadas con el mismo respeto logren un acuerdo razonable que concilie los intereses y punto de vista de todos los afectados, esto es, un acuerdo sentido como justo por las partes».

acuerdos alcanzados por esta vía sean reconocidos y ejecutables en cualquier Estado miembro. La regulación en nuestro país, como veremos, es más amplia de lo que establece la Directiva Europea, ya que extiende la posibilidad de usar este mecanismo más allá de los litigios de carácter estrictamente transfronterizo.

Los ejes de la mediación más relevantes se recogen en la exposición de motivos de la mencionada Ley 5/2012 son, fundamentalmente, los dos siguientes:

La «desjudicialización» de determinados asuntos, así como la «deslegalización» o pérdida del papel central de la ley, junto a las cuales también hay que destacar la «desjuridificación» que se vincula al reconocimiento del acuerdo de mediación como título ejecutivo³⁰¹; acertadamente esta enumeración va dando en la clave con este listado, puesto que hay numerosos asuntos que pueden dejarse fuera de los juzgados y serán objeto de mediación y con ello se llegará a una mayor satisfacción y un elevado índice de tratamiento de los expedientes que necesariamente deban reconducirse por la vía judicial ordinaria para una total satisfacción de los intereses de los justiciables y porque sean temas que no pueden ser tratados mediante un procedimiento extrajudicial de resolución de conflictos.

Despejar y centrar el papel de la resolución jurisdiccional en aquellos asuntos donde tenga que intervenir por afectar a derechos no disponibles o a cuestiones que por su trascendencia sea imposible sentarse a resolver por otros medios que no sea el procedimiento judicial.

Por otra parte, la Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización ha introducido la figura del mediador concursal³⁰². Abarca esta norma todo el contenido del derecho disponible: derecho patrimonial, derecho de crédito, derechos reales, propiedad horizontal, derecho de propiedad intelectual, derecho de sociedades, derecho concursal, excluyendo expresamente de su regulación la mediación el ámbito penal, laboral, consumo y

³⁰¹ LÁZARO GUILLAMÓN, Carmen, y ZAMORA MANZANO, José Luis, «Algunas consideraciones sobre la Mediación: Perspectiva Histórica y *On line dispute resolution*», en *Revista General de Derecho Romano* 24 (2015), p. 5 [on line: <<https://bit.ly/1FqJ1uZ>>].

³⁰² BOE núm. 233, de 28 de septiembre de 2013, páginas 78787 a 78882. Ref. BOE-A-2013-10074. Artículo 21. Modificación de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal.

administración. Esta exclusión no significa que se limite la mediación a estos ámbitos, sino que se reserva su regulación a las normas sectoriales correspondientes.

b) En materia de consumo.

El derecho al acceso de los consumidores a la Justicia aparece reconocido como derecho humano en el artículo 6 del Convenio Europeo de Protección de los Derechos Humanos de Roma de 4 de noviembre de 1950³⁰³.

En aplicación de la Directiva 2013/11 UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de mayo de 2013, relativa a la resolución alternativa de litigios en materia de consumo y por la que se modifica el Reglamento (CE) n.º 2006/2004 y la Directiva 2009/22 CE, se ha dictado la Ley 7/2017, de 2 de noviembre³⁰⁴, por la que se incorpora al ordenamiento jurídico español la Directiva 2013/11/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de mayo de 2013, relativa a la resolución alternativa de litigios en

³⁰³ Resolución de 5 de abril de 1999, de la Secretaría General Técnica, por la que se hacen públicos los textos refundidos del Convenio para la protección de los derechos y de las libertades fundamentales, hecho en Roma el 4 de noviembre de 1950; el protocolo adicional al Convenio, hecho en París el 20 de marzo de 1952, y el protocolo número 6, relativo a la abolición de la pena de muerte, hecho en Estrasburgo el 28 de abril de 1983. BOE núm. 108, de 6 de mayo de 1999, páginas 16808 a 16816. Ref. BOE-A-1999-10148.

Artículo 6. Derecho a un proceso equitativo. «1. Toda persona tiene derecho a que su causa sea oída equitativa, públicamente y dentro de un plazo razonable, por un Tribunal independiente e imparcial, establecido por ley, que decidirá los litigios sobre sus derechos y obligaciones de carácter civil o sobre el fundamento de cualquier acusación en materia penal dirigida contra ella. La sentencia debe ser pronunciada públicamente, pero el acceso a la sala de audiencia puede ser prohibido a la prensa y al público durante la totalidad o parte del proceso en interés de la moralidad, del orden público o de la seguridad nacional en una sociedad democrática, cuando los intereses de los menores o la protección de la vida privada de las partes en el proceso así lo exijan o en la medida en que sea considerado estrictamente necesario por el tribunal, cuando en circunstancias especiales la publicidad pudiera ser perjudicial para los intereses de la justicia.

2. Toda persona acusada de una infracción se presume inocente hasta que su culpabilidad haya sido legalmente declarada.

3. Todo acusado tiene, como mínimo, los siguientes derechos:

a) a ser informado, en el más breve plazo, en una lengua que comprenda y de manera detallada, de la naturaleza y de la causa de la acusación formulada contra él;

b) a disponer del tiempo y de las facilidades necesarias para la preparación de su defensa;

c) a defenderse por sí mismo o a ser asistido por un defensor de su elección y, si carece de medios para pagarlo, a poder ser asistido gratuitamente por un abogado de oficio, cuando los intereses de la justicia así lo exijan;

d) a interrogar o hacer interrogar a los testigos que declaren en su contra y a obtener la citación e interrogatorio de los testigos que declaren en su favor en las mismas condiciones que los testigos que lo hagan en su contra;

e) a ser asistido gratuitamente de un intérprete si no comprende o no habla la lengua empleada en la audiencia».

³⁰⁴ Publicado en: BOE núm. 268, de 4 de noviembre de 2017.

materia de consumo. Esta ley tiene como finalidad garantizar a los consumidores residentes en la Unión Europea el acceso a mecanismos de resolución alternativa de litigios en materia de consumo que sean de alta calidad por ser independientes, imparciales, transparentes, efectivos, rápidos y justos.

Podemos comprobar que, poco a poco, la legislación española va desarrollando un compendio de normas referidas a la mediación que configuran el armazón y el respaldo legal a una de las alternativas a la resolución de conflictos a la vía judicial tan imprescindible en la actualidad, y que en nuestro país se ha introducido tardíamente en relación a países de nuestro entorno, aunque parece que en la actualidad las decisiones gubernativas para avanzar en su reconocimiento son cada vez más relevantes. En esta dirección ya hay compromisos reales de adoptar la mediación en cada vez más ámbitos de la sociedad como otra herramienta más para el de la vida cotidiana y prueba de ello está en la citada ley 7/2017 de 2 de noviembre.

Finalmente, en el año 2019, a propuesta de la Ministra de Justicia, se aprueba en Consejo de Ministros del día 11 de enero, el Anteproyecto de ley de Impulso de la mediación, que pretende la implantación definitiva de la mediación. Con esta nueva norma se pretende la implantación definitiva de la mediación como figura complementaria de la Administración de Justicia para la resolución extrajudicial de conflictos en los ámbitos civil y mercantil de una forma más ágil y con un menor coste económico y personal para las partes. El impulso de la mediación busca también descongestionar la carga de trabajo de los juzgados y acortar así los tiempos de respuesta de la Justicia.

El Consejo General del Poder Judicial ha avalado el anteproyecto, pero destaca que es preciso que se adopten medidas con una garantía de implicación real y efectiva para su implantación³⁰⁵.

³⁰⁵En el documento *Diez realidades-Diez propuestas*, presentado en enero de 2019 por el Consejo General del Poder Judicial, se recoge que el impulso a la mediación requiere de políticas públicas que creen un sistema que pueda garantizar al ciudadano el acceso a la justicia y que cuente con una «implicación real, efectiva y coordinada» de las instituciones responsables de la mediación y también exigen «un mayor compromiso tanto de los miembros de la carrera judicial como de todas las administraciones competentes». Se precisará añade una regulación integral y de mayor profundidad de la mediación, más allá de que se produzcan reformas puntuales que sólo sirvan para incentivar el uso de la mediación.

El Anteproyecto de ley de impulso a la mediación afecta a tres Leyes vigentes:

- La Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles. El Anteproyecto en su artículo tercero modifica dicha Ley mediante siete apartados³⁰⁶; de especial interés es la creación de una Comisión de seguimiento del impulso de la mediación en la disposición adicional primera y la inclusión de la mediación en los planes formativos, que está contenido en la disposición adicional segunda del anteproyecto.;
- La segunda ley que se modifica, en el artículo segundo del Anteproyecto es la Ley 1/2000, de 7 de enero, de enjuiciamiento civil³⁰⁷.
- Y, en tercer lugar, la Ley de asistencia jurídica gratuita; respecto a esta última, contiene el artículo primero del Anteproyecto la modificación del artículo 6 de la mencionada Ley, dando entrada a la mediación³⁰⁸ como prestación y la incorporará entre los servicios ahí regulados.

Con este Anteproyecto el Gobierno se propone dar cumplimiento a lo previsto en el Plan Anual Normativo 2018, demostrando, a su vez, que su compromiso con el impulso de métodos alternativos de resolución de conflictos (ADR) con los que agilizar, y garantizar, el derecho de acceso a la justicia. Se trata de implementar un marco legislativo proclive al uso cada vez mayor de la mediación, al convertir en obligatorio acudir al menos a la sesión informativa en determinados procedimientos judiciales, y que poco a poco se vaya consolidando como opción dentro de nuestra sociedad como una posibilidad más a tener en cuenta dentro de los recursos disponibles para

³⁰⁶ Las modificaciones que se producen en la Ley 5/2012, de 6 de julio son: se da nueva redacción al artículo 4; se modifica el apartado primero del artículo 6, se añade un nuevo apartado 4 al artículo 11; se añade una nueva letra c) al apartado 1 del artículo 16 y se añade un nuevo apartado 4; se da una nueva redacción al artículo 17; se modifica el artículo 20 y se añade un nuevo párrafo al apartado 3 del artículo 22.

³⁰⁷ En la Ley de Enjuiciamiento Civil 1/200, de 7 de enero, se modifica el apartado 5 del artículo 32; se da nueva redacción al artículo 266; se añade un apartado 4 al artículo 283 y por último se añade un Capítulo IX al Título I del Libro II de la LEC con la siguiente rúbrica y contenido: «Capítulo IX De la mediación intrajudicial.

³⁰⁸ El objetivo que se pretende conseguir con esta incorporación es una apuesta por la resolución de los conflictos mediante la mediación; así se producirá la intervención del mediador cuando las partes opten por este sistema alternativo de resolución del conflicto o cuando la mediación sea un presupuesto procesal previo a la admisión de la demanda o sea una derivación judicial.

solucionar los litigios y conflictos entre las personas. Es de esperar que el compromiso adquirido se mantenga y se convierta en una realidad con la puesta en práctica de lo recogido en el anteproyecto, materializándose en una realidad legislativa y no sólo en un mero esbozo de un futuro proyecto legal.

3.3.3. La regulación autonómica de la mediación en un sistema plurilegislativo, con especial referencia a su diversa configuración

Las primeras normas de mediación se produjeron en el ámbito de la mediación familiar a nivel autonómico. Un amplio abanico de normas que abarcan en unos casos aspectos como la regulación de la formación en materia de mediación para los que quieran prepararse para la actividad mediadora, como sucede en la regulación andaluza; en otros casos, la creación de un servicio social especializado de mediación familiar en Castilla la Mancha; en otros, la creación de una Junta de Arbitraje y Mediación para los contratos agrarios en Castilla y León, que se creó por Consejería de Agricultura y Ganadería de dicha Comunidad mediante el Decreto 47/2018, de 31 de octubre.

Enumeraremos a continuación la legislación autonómica que se han dictado hasta el momento en materia de mediación:

En Andalucía, se han dictado las siguientes normas en materia de mediación familiar: En primer lugar, la Ley 1/2009, de 27 de febrero, reguladora de la mediación familiar en la Comunidad Autónoma de Andalucía³⁰⁹. Posteriormente, se aprobó el Decreto 37/2012, de 21 de febrero, por el que se aprueba el reglamento de desarrollo de la Ley 1/2009, de 27 de febrero, reguladora de la mediación familiar en la comunidad autónoma de Andalucía.

También se han dictado: la Orden de 16 de mayo de 2013, por la que se establecen los contenidos mínimos de la formación específica de las personas mediadoras y el Decreto 65/2017, de 23 de mayo, de modificación del Decreto 37/2012, de 21 de febrero, por el que se aprueba el reglamento de desarrollo de la Ley 1/2009,

³⁰⁹ Ref. BOE-A-2009-5491. Boletín Oficial de la Junta de Andalucía. Histórico del BOJA. Boletín número 50 de 13/03/2009 [on line: <<https://bit.ly/2JVRsck>>].

de 27 de febrero, reguladora de la mediación familiar en la comunidad autónoma de Andalucía³¹⁰.

La comunidad de Aragón aprobó el decreto legislativo 1/2011, de 22 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de las leyes civiles aragonesas (artículos 75 a 78) y Ley 9/2011, de 23 de marzo, de mediación familiar en Aragón³¹¹.

Asturias dictó la Ley 3/2007, de 23 de marzo, de mediación familiar³¹².

En Cantabria han aprobado dos leyes: la Ley 1/2011, de 28 de marzo, de mediación de la comunidad autónoma de Cantabria y la Ley 4/2017, de 19 de abril, por la que se modifica la Ley 1/2011, de 28 de marzo, de mediación de Cantabria³¹³.

La regulación en Castilla-La Mancha de la mediación se contempla en la Ley 4/2005, de 24 de mayo, del servicio social especializado de mediación familiar³¹⁴ y la Ley 1/2015, de 12 de febrero, del servicio regional de mediación social y familiar de Castilla-La Mancha³¹⁵.

En Castilla y León se han aprobado hasta el momento las siguientes leyes: la Ley 1/2006, de 6 de abril, de mediación familiar de Castilla y León. El decreto 61/2011, de 13 de octubre, por el que se aprueba el reglamento de desarrollo de la Ley 1/2006, de 13 de octubre, de mediación familiar de Castilla y León. Y más recientemente el decreto 47/2018, de 31 de octubre³¹⁶, por el que se crea la junta de arbitraje y mediación para los contratos agrarios en Castilla y León.

³¹⁰ Boletín Oficial de la Junta de Andalucía - Histórico del BOJA. Boletín número 100 de 29/05/2017.

³¹¹ BOE núm. 115, de 14 de mayo de 2011, páginas 49062 a 49075. Ref. BOE-A-2011-8402.

³¹² Comunidad Autónoma del Principado de Asturias. «BOPA» núm. 81, de 9 de abril de 2007 (BOE núm. 170, de 17 de julio de 2007. Ref. BOE-A-2007-13751 [en línea: <<https://bit.ly/2Wl8WQa>>].

³¹³ BOE núm. 113, de 12 de mayo de 2017, páginas 38406 a 38410. Fecha de disposición: 19/04/2017. Entrada en vigor: 28 de abril de 2017. Publicada en el BOCT núm. 81, de 27 de abril de 2017.

³¹⁴ Disposición derogada por Ley 1/2015, de 12 de febrero, del Servicio Regional de Mediación Social y Familiar de Castilla-La Mancha.

³¹⁵ BOE núm. 148, de 22 de junio de 2015, páginas 51671 a 51687. Ref. BOE-A-2015-6875.

³¹⁶ Boletín Oficial de Castilla y León, Núm. 213, lunes, 5 de noviembre de 2018. Consejería de Agricultura y Ganadería. Decreto 47/2018, de 31 de octubre, por el que se crea la junta de arbitraje y mediación para los contratos agrarios en Castilla y León. La Constitución Española, en su artículo 149.1.

6.^a y 8.^a atribuye al Estado competencias exclusivas en materia mercantil, procesal y civil. En ejercicio de dichas competencias, se dictan la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje, y la Ley 5/2012, de 6 de julio, de Mediación en Asuntos Civiles y Mercantiles.

En materia de agricultura y ganadería la competencia corresponde en exclusiva a las Comunidades Autónomas, artículo 148.1.7.^a, de acuerdo con la ordenación general de la economía. De esta forma, el Estatuto de Autonomía de Castilla y León establece en el artículo 70.1. 13.^a y 14.^a que esta Comunidad tiene competencia exclusiva en materia de desarrollo rural y en materia de agricultura, ganadería e industrias agroalimentarias.

En ejercicio de esta competencia exclusiva, se aprueba la Ley 1/2014, de 19 de marzo, Agraria de Castilla y León, que ofrece al sector agrario un entorno jurídico adaptable al papel estratégico que los sectores agrario y agroalimentario tienen en la economía de la Comunidad.

Esta Ley dedica su libro tercero a la calidad diferenciada de la producción agroalimentaria –título I– y a la comercialización de la producción agraria –título II–. El capítulo IV de este último título, bajo la rúbrica «arbitraje y mediación en la cadena alimentaria», consagra los principios de actuación administrativa respecto a estas fórmulas de solución de los litigios que puedan surgir entre los agentes de la cadena agroalimentaria vinculados por un contrato agrario (artículo 170) proyectando la creación de una junta de arbitraje y mediación para los contratos agrarios (artículo 171) como órgano colegiado integrado en la Administración que debe convertirse en el punto de apoyo para que esta pueda desarrollar de la forma más eficaz posible las funciones que la Ley Agraria le atribuye respecto a estos procedimientos alternativos al judicial.

Las primeras son el escenario de relaciones interprofesionales idóneo para fomentarla introducción en los contratos agrarios de fórmulas extrajudiciales de resolución de conflictos. Por su parte, el defensor de la cadena alimentaria es un profesional que necesariamente debe participar activamente en la junta de arbitraje y mediación.

Es cierto que las técnicas alternativas de resolución de conflictos del arbitraje y la mediación están reguladas en sendas leyes estatales que han de respetarse en su integridad una vez que las partes involucradas en un conflicto deciden someter sus discrepancias aun tercero independiente, sin embargo, la Administración puede prestar un buen servicio a las partes acercándoles al conocimiento de estas técnicas, propiciando su uso de forma habitual en la redacción de los contratos agrarios, contactando con las instituciones que prestan estos servicios y colaborando para la especialización del arbitraje y la mediación en el ámbito agrario y agroalimentario.

La Junta de Arbitraje y Mediación no se configura como un órgano colegiado delos que articula el derecho a la participación recogido en el artículo 9.2 CE, sino como un órgano vinculado a la Consejería de Agricultura y Ganadería al que se le atribuyen funciones de propuesta relacionadas con la práctica del arbitraje y de la mediación en los contratos agrarios, como procedimientos no jurisdiccionales de carácter voluntario, con tres características fundamentales: una participación directa de las personas interesadas en el procedimiento, menor coste económico que un proceso judicial y la agilidad.

En aras a reflejar la exigencia legal de separación entre las actividades de arbitraje y mediación, se prevé la existencia de una sección independiente para cada una de estas actividades.

Con el fin de reforzar la agilidad en las relaciones con los interesados, el acceso telemático a este órgano será la regla general.

En la tramitación de esta norma se han respetado los principios de buena regulación que han de regir la mejora de la calidad normativa.

Se introduce este organismo como órgano colegiado de la administración de la comunidad de Castilla y León adscrito a la Consejería de Agricultura y Ganadería, para el ejercicio de las funciones que se le atribuyen en este decreto relacionadas con el arbitraje y la mediación regulados en la Ley 60/2003, de 23 diciembre, de arbitraje y en la Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles, respectivamente.

Cataluña³¹⁷, pionera en dictar leyes de mediación en el año 2001, posee la siguiente normativa: la Ley 15/2009, de 22 de julio, de mediación en el ámbito del derecho privado³¹⁸; el decreto 135/2012, de 23 de octubre, por el que se aprueba el reglamento de la Ley 15/2009, de 22 de julio, de mediación en el ámbito del derecho privado; y la Orden JUS/428/2012, de 18 de diciembre.

La Comunidad Valenciana, dispone de las siguientes leyes de mediación: la Ley 7/2001, de 26 de noviembre, reguladora de la mediación familiar³¹⁹; y el decreto 41/2007, de 13 de abril, del Consell, por el que se desarrolla la Ley 7/2001, de 26 de noviembre, de la Generalitat, reguladora de la Mediación Familiar en el ámbito de la Comunidad Valenciana.

En Galicia se han aprobado en materia de mediación familiar: la Ley 4/2001, de 31 de mayo, reguladora de la mediación familiar³²⁰; el decreto 159/2003, de 31 de enero, por el que se regula la figura del mediador familiar, el registro de mediadores

En virtud de los principios de necesidad y eficacia, esta regulación reglamentaria da cumplimiento al mandato legal de que sea una norma del ejecutivo regional la que complete el régimen jurídico de la junta de arbitraje y mediación para los contratos agrarios, lo que resulta más eficaz para que dicho órgano resulte útil a los profesionales del sector agrario y agroalimentario, pues no hubiera sido técnicamente correcto que la Ley 1/2014, de 19 de marzo, descendiera a detalles procedimentales.

³¹⁷ Vid. VILLAGRASA ALCAIDE, CARLOS; VALLS RIUS Anna, «La mediación familiar en Cataluña La mediación familiar en Cataluña análisis sistemático de la ley 1/2000, de 15 de Marzo», La Ley, nº 5, 2001, p. 1744-1755.

³¹⁸ Comunidad Autónoma de Cataluña. «DOGC» núm. 5432, de 30 de julio de 2009. BOE núm. 198, de 17 de agosto de 2009. Ref.: BOE-A-2009-13567 [on line: <<https://bit.ly/2WED0lv>>].

³¹⁹ BOE núm. 303, de 19 de diciembre de 2001, p. 48192 a 48198. Ref. BOE-A-2001-24093. [on line: <<https://bit.ly/2YJbOdB>>].

³²⁰ BOE núm. 157, de 2 de julio de 2001, páginas 23425 a 23429 (5 págs.). Ref. BOE-A-2001-12716 <<https://bit.ly/2JWcBo8>>.

familiares de Galicia y el reconocimiento de la mediación gratuita y la Ley 3/2011, de 30 de junio, de apoyo a la familia y a la convivencia de Galicia.

Las Islas Baleares regulan la mediación familiar en la Ley 14/2010, de 9 de diciembre, de mediación familiar³²¹.

En las Islas Canarias se dictaron: la Ley 15/2003, de 8 de abril, de la mediación familiar y la Ley 3/2005, de 23 de junio, para la modificación de la Ley 15/2003, de 8 de abril, de la mediación familiar; el decreto 144/2007, de 24 de mayo, por el que se aprueba el reglamento de la Ley de mediación familiar³²² y la Orden de 10 de marzo de

³²¹ Exposición de Motivos: «[...] La actividad de mediación familiar se desarrollará mediante la red pública de servicios de mediación, sin perjuicio de las iniciativas privadas que en este ámbito puedan surgir y que han de someter su actuación a las previsiones de esta ley.

Las administraciones públicas garantizarán el acceso de los ciudadanos y las ciudadanas a la mediación familiar y también la gratuidad de los servicios en los términos que prevé la ley.

Por otro lado, cabe destacar la creación del Servicio de Mediación Familiar de las Illes Balears, del Registro de Mediadores y del Registro de Centros de Mediación de Colegios Profesionales y de Entidades Públicas o Privadas... Esta ley se estructura en cuatro títulos. El título I establece unas disposiciones generales relativas al objeto de la ley, que es regular la mediación familiar y reconocer el derecho a la mediación familiar y el deber de las administraciones públicas de las Illes Balears de establecer servicios de mediación familiar. El título II regula el procedimiento de mediación familiar. Este título se divide en cuatro capítulos. El título III regula la organización administrativa del Servicio de Mediación Familiar de las Illes Balears y consta de tres capítulos. El título IV establece el régimen sancionador (*BOE*, miércoles 19 de enero de 2011).

³²² Boletín Oficial de Canarias, Número 114, de 8 de junio de 2007. La Comunidad Autónoma de Canarias cuenta desde el año 2003 con una ley propia sobre mediación familiar, la Ley 15/2003, de 8 de abril, de la Mediación Familiar, modificada por la Ley 3/2005, de 23 de junio. Con la aprobación de dicha Ley, la mediación familiar ha recibido en esa Comunidad Autónoma un importante espaldarazo como mecanismo de solución extrajudicial de conflictos, en una materia, además, en la que Canarias se caracteriza por un alto índice de litigiosidad.

Para que las previsiones del legislador desplieguen efectos plenamente es imprescindible el desarrollo reglamentario de diversos aspectos de crucial importancia. Concretamente, la Ley remite al desarrollo reglamentario en cuestiones específicas en sus artículos 5, 21, 23 y Disposición Transitoria Única.

Con el presente Decreto el Gobierno de Canarias pretende, precisamente, acometer ese desarrollo reglamentario, regulando los aspectos fundamentales para la operatividad de la Ley, entre las que destacan: los requisitos de la formación específica que debe acreditar el mediador familiar, la creación y régimen de funcionamiento del Registro de Mediadores de la Comunidad Autónoma de Canarias, la designación del mediador familiar y los requisitos y condiciones para la gratuidad en la mediación familiar. Merece especial atención, además, la inclusión en el ámbito del Registro de Mediadores Familiares de los centros en los que se desarrollan programas de mediación familiar y punto de encuentro familiar, que tan buenos resultados han venido teniendo en aquellos lugares en los que están funcionando. El objetivo que se persigue al incorporar la información sobre estos centros al contenido del Reglamento es propiciar la difusión, creación y consolidación de una red de Centros avalados por el

2008, que establece disposiciones de desarrollo de las actuaciones de mediación familiar y se fijan las tarifas de la mediación familiar en supuestos de gratuidad, reguladas por decreto 144/2007, de 24 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley de mediación familiar.

Madrid, regula la mediación familiar en la Ley 1/2007, de 21 de febrero, de mediación familiar de la comunidad de Madrid.

En el País Vasco se dictan las siguientes disposiciones: la Ley 1/2008, de 8 de febrero, de mediación familiar y el decreto 246/2012, de 21 de noviembre, del registro de personas mediadoras y de la preparación en mediación familiar requerida para la inscripción.

En la comunidad de Murcia, la normativa en mediación familiar consiste en la Orden de 1 de marzo de 2013, de la Consejería de Sanidad y Política Social, por la que se establecen los precios públicos de los servicios de mediación familiar y de los puntos de encuentro familiar en la región de Murcia³²³.

3.4. Etimología del término mediación y contribución a una definición legal

3.4.1. Mediación: origen y significado del término

El término «mediación» tiene, como los del lenguaje natural, un carácter ambiguo y polisémico.

Etimológicamente, «mediación» (derivada del latín «*mediatĭo, -ōnis*») es un compuesto del verbo transitivo e intransitivo «mediar» (lat. *mediare*) y del sufijo «-ción»

Gobierno de Canarias, a los que se les asigna un importante papel en la puesta en marcha del sistema de mediación familiar ya sea por su actividad específica de mediación como por su intervención en la aplicación de medidas judiciales creando las condiciones para que muchas situaciones deriven en mediación.

³²³ Las Comunidades Autónomas sin legislación propia en mediación familiar son: Murcia (que recoge la mediación familiar dentro de la normativa de servicios sociales), Extremadura, Navarra, Ceuta, Melilla y La Rioja.

(lat. «-tio»), que indica «efecto, hecho o acción de». La palabra llega a todas las lenguas romances occidentales a través del latín vulgar³²⁴.

La palabra «mediador», a su vez, deriva del latín «*mediator*» y significa «el que se pone al medio de un pleito para tratar de arreglarlo, el que trata de encontrar un punto medio que pueda ser aceptado por ambas partes del conflicto». Sus componentes léxicos son: *medius* (medio), más el sufijo «-dor» (lat. «-tor»), que indica agente, el que realiza la acción que nombra el verbo.

Las palabras «mediación» y «mediador» son, en realidad, neologismos. Debemos trasladarnos al año 1734, momento en que el Diccionario de Autoridades de la Lengua Española recoge la palabra «mediación», en el sentido al que nos referimos en este trabajo³²⁵. Aunque en el mismo Diccionario de Autoridades encontramos ya en 1726 la palabra mediación en el Tomo I dentro de la definición del término «acomodamiento»³²⁶.

Como antecedente histórico del término encontramos más bien el término «medianedo» y la institución del *medianedo*³²⁷.

³²⁴ SEGURA MUNGUÍA, Santiago, *Nuevo diccionario etimológico latín-español y de las voces derivadas*, Universidad de Deusto, Bilbao, 2001, p. 452 (s.v. mediator, -oris) y 453 (s.v. medius, -a, -um).

³²⁵ *Diccionario de Autoridades*, Tomo IV (1734), v. «Mediación»: «s. f. La distancia próxima de una cosa a otra, mediando otra entre las dos. Latín. *Distantia unius ab alio aliquo inter utrumque interposito*».

³²⁶ *Diccionario de Autoridades*, Tomo I (1726), v. «Acomodamiento»: «s. m. El ajuste, composición, ò concierto, que se toma por la mediación, ò interposición de tercéros, mediadóres en alguna dependencia, ò negocio, sobre que se disputa, ò contiene. Lat. *Dubiarum rerum pactio, transactio*».

³²⁷ Durante la Alta y Plena Edad Media la inexistencia de un aparato burocrático, administrativo o judicial, suficientemente dotado y organizado dejaba amplias lagunas en el gobierno de las entidades políticas por entonces constituidas. En la administración de justicia existía un enorme vacío que rellenar entre el tribunal de la corte del rey y los órganos correspondientes en el ámbito local. La situación era idéntica en León o en Castilla, a uno u otro lado del Duero. Los núcleos poblacionales que conformaban los alfoques, las comunidades de villa y tierra o cualquier otra institución equivalente se remitían a sus propias autoridades, fueran nombradas por el rey o por ellos mismos, y las pequeñas diferencias que pudieran existir en sus ordenamientos eran solventadas sin mayores problemas. El problema surgía al salir de sus términos pues cada concejo representaba en lo jurídico una esfera prácticamente aislada de las demás y en esta situación se hacía preciso articular un procedimiento para resolver los pleitos en los que se veían inmersas gentes de diferentes localidades. No quedaba otra opción que traspasar soluciones aplicadas en la vida local a un ámbito superior y eso implicaba la coordinación entre los oficiales e instituciones de las localidades involucradas.

En la Edad Media, se crearon los tribunales de la corte del rey y unos órganos correlativos en el ámbito local, pero no existía una administración de justicia que estuviera total y plenamente consolidada. Sí existían diversas organizaciones que disponían de su propia autoridad, como las Comunidades de Villa y Tierra, donde sus habitantes podían resolver sus diferencias: en este caso sí existía una infraestructura. Sin embargo, la situación adquiriría mayor complejidad cuando los conflictos se producían entre personas que vivían en diferentes localidades³²⁸; teniendo en cuenta que en este momento la situación era prácticamente de anomia, porque era muy importante que se resolviese cualquier diferencia entre particulares para que no llegase a derivar en un conflicto que se hiciera extensivo a una gran parte de los territorios³²⁹.

Desde finales del siglo XI, se intentó organizar y regular un sistema de resolución de conflictos utilizando los medios más oportunos y las personas apropiadas. Aquí encontramos el origen de la figura del *medianedo*: en los primeros

³²⁸ Destaquemos la existencia de privilegios territoriales y personales, por eso, había que extremar la diligencia para resolver los conflictos muchas veces contrapuestos, en este caso las autoridades de ambas localidades debían reunirse, arbitrar entre las partes y tratar de conseguir un arreglo justo.

³²⁹ Todo en aras de evitar que un problema entre dos particulares terminara por transformarse en un conflicto abierto entre dos villas. Un número importante de fueros hacen alusión a una institución conocida como medianedo que sería la encargada de actuar en estos casos siguiendo unas pautas muy similares en los textos donde se recoge.

*fueros condales*³³⁰ cuentan con esta figura, cuya existencia se recoge en el fuero latino de Sepúlveda del año 1076³³¹.

En el siglo XII podemos afirmar que el litigio, el procedimiento, la celebración de la vista pública ya se encuentran regulados en muchos fueros.

El antecedente inmediato del *medianedo* lo hallamos en el sistema jurídico visigodo donde había dos instituciones y como consecuencia se celebraban dos tipos de asambleas: a) *el conventus publicus vicinorum*³³², que se extendía al ámbito local; y

³³⁰ OLIVA MANSO, Gonzalo, *Génesis y evolución del Derecho de frontera en Castilla (1076-1212)* (Tesis doctoral de la Universidad Nacional de Educación a Distancia. Director de tesis: Javier Alvarado Planas, 2015): El derecho de frontera tiene un primer antecedente en los fueros condales del siglo X, que intentan dar respuesta a los problemas de una sociedad muy semejante, pero que se muestran mucho más comedidos a la hora de ofrecer soluciones generosas a las comunidades locales. El derecho de frontera es en un principio una prolongación de este derecho condal en cuanto que los primeros fueros no son sino una reunión de privilegios, pero en mayor número y con un alcance superior con el objetivo de atraer población a las villas más inseguras del reino. Con el correr del tiempo este derecho se fue completando con la entrada de numerosos preceptos de carácter penal, procesal y económico. Sea de forma individual cuando han sido elegidos para el puesto de alcalde por sus propios convecinos, sea integrados en organismos pluripersonales como las juntas de cofradías y *medianedos*, los corrales o el concejo general de la comunidad, resulta clave el papel de los particulares a la hora de crear este derecho que va a regir sus relaciones entre sí y con las instituciones. Esta creciente complejidad legal corre pareja a la sociedad que lo genera. Las reducidas y homogéneas comunidades existentes en un primero momento se transforman a lo largo del siglo XII.

³³¹ «[...] in Ribiella Consegera habeant medianedo, sicut ante fuit». El fuero de Sepúlveda era un ordenamiento jurídico medieval. En el año 1076 Alfonso VI de León confirmó este fuero y fue ratificado por el rey Fernando IV de Castilla en 1305. El contenido de este fuero, son un conjunto de privilegios que datan de la época del conde Fernán González. Véase SÁEZ, Emilio, *Los fueros de Sepúlveda*. Edición crítica y apéndice documental. Ed. Diputación provincial de Segovia, Segovia, 1953, p. 25: «en las cortes de Medina del Campo de 1305, los personeros del concejo de Sepúlveda pidieron a Fernando IV les confirmase un privilegio del rey Don Alfonso», esto es, el fuero latino, al que acabamos de referirnos, y «una ley que había en su fuero, que le ovieron dado aquellos onde nos venimos». A lo que accedió el monarca, confirmando el privilegio y la ley. Esta última ley no es otra cosa que una versión parcial romanceada del fuero confirmado por Alfonso VI en 1076. Su relevancia en el proceso de la Reconquista motivó que posteriormente fuera aplicado a otras localidades, como Roa o Uclés (1179) en el Reino de Castilla y Teruel (1172) en el Reino de Aragón.

³³² En el *Liber Iudiciorum*, a finales del período hispanogodo, hay que recordar la existencia en los *territoria*, bajo la autoridad del comes, de aldeas y vicos libres de la dependencia señorial, dotadas de una organización local muy rudimentaria, manifestada en una reunión de la asamblea de vecinos, figura rural que se conoció como: *el conventus publicus vecinorum*. Esta asamblea recogía algunos aspectos de la solidaridad vecinal para tratar asuntos de importancia menor relacionados con los usos comunales de carácter económico y agrario.

Entre las cuestiones objeto de su competencia se encontraban la determinación de límites en los campos y la rectificación de los mismos, distribución de las décimas por los ganados que pastaban en los campos comunales, estimación de daños causados por los animales en huertas, prados, viñedos,

b) *el conventus rusticorum*³³³, que se celebraba en los cruces de los caminos lo que suponía que su jurisdicción se aplicaba a los habitantes que residían fuera del ámbito local.

Este aspecto geográfico del *medianedo* en su vertiente medieval ha sido estudiado detalladamente³³⁴. Así nos encontramos, dentro del contenido de una carta del año 1232 por la que las Órdenes de Calatrava y San Juan ponen fin a las disputas territoriales que tenían sobre los términos de sus posesiones en la zona de La Mancha³³⁵, que en su redacción se menciona la figura del *medianedo* como aquel que realizaba la división de territorios y evitaba las disputas.

Se recogía la palabra *medianedo* por primera vez en el Fuero de Avilés en el año 1076³³⁶, en el sentido de la «línea donde se pone un mojón divisorio». Se le atribuía así un significado de demarcación de un tribunal extraordinario correspondiente a litigios pertenecientes a distintas jurisdicciones.

De lo expuesto se concluye que la función del *medianedo* era en gran medida similar a la función del mediador, y con la lógica distancia temporal, y que ya era utilizada la mediación desde antiguo en nuestro sistema patrio de impartir justicia, de

etcétera, persecución de siervos fugitivos, devolución de los ganados, que se mezclaban en los rebaños, a sus propietarios. Así mismo, ante el *conventus publicus vecinorum*, se realizaban enajenaciones de tierra.

³³³ El *conventus rusticorum* sirvió para designar las reuniones de campesinos en los cruces de caminos para tratar temas de interés comunitario. Es una manifestación de solidaridad local, este *conventus* se reunía en las encrucijadas de los caminos, en las calles de un poblado o en los mercados, convocando a los vecinos a toque de bocina o cuerno, como consta en las Etimologías de San Isidoro.

³³⁴ MEYER, E., *Historia de las instituciones sociales y políticas de España y Portugal durante los siglos V a XIV*, vol. 2, Analecta Ed., Pamplona, 2006, p. 152.

³³⁵ AYALA MARTÍNEZ, Carlos de (ed.), «*Libro de Privilegios de la Orden de San Juan de Jerusalén en Castilla y León (siglos XII-XIV)*»: Ms. H211 del Museum and Library of the Order of St. John, de Londres, Instituto Complutense de la Orden de Malta, Madrid, 1995, doc. 261: «*E ellos partieron los terminos por mandado de amas las ordenes, e partieron de las lavores de Azuqueca fasta las lavores de Guadalferza por medio, e en el medianedo fizieron mojón... E partieron de las lavores del corral, que dizen de Guadalferza, fasta las lavores de Urda la Mata por medio; e en ese medianero fizieron mojon*».

³³⁶ El Fuero de Avilés es el documento escrito en lengua asturiana más antiguo del que se tiene noticia. Fue otorgado en 1085 por Alfonso VI, rey de León a la ciudad Avilés, documento en el que se recogen los derechos, exenciones, libertades y privilegios donde ya existía una población desde tiempos romanos. El fuero fue posteriormente confirmado por el nieto de Alfonso VI, Alfonso VII de León, en 1155, significando el nacimiento de la ciudad de Avilés.

un modo adaptado a las normas y costumbres del momento histórico; de ahí que el *medianedo* pueda verse a muchos efectos como un antecedente histórico de la mediación dentro de la regulación de las instituciones que impartían justicia y estaban destinadas a intentar que las partes en litigio alcanzasen un acuerdo antes de llegar a una situación de conflicto generalizado. Y, si bien es verdad que en la forma y en el método es notablemente diferente, por la lógica distancia temporal en los modos de convivir y desarrollarse la vida en la comunidad, entendemos que sí puede tomarse como antecedente y una más que próxima figura a la del mediador actual.

3.4.2. Delimitación conceptual

Dejando aparte su sentido histórico y etimológico, si atendemos al contenido semántico de la palabra, haciendo una consulta a las definiciones y conceptos que nos aportan los diccionarios más relevantes en nuestro idioma, encontramos diferentes acepciones del término «mediación»: así tenemos, en general, que se considera la «acción y efecto de mediar»³³⁷; en otros casos, se define como «acción y resultado de mediar entre partes enfrentadas para buscar solución a un conflicto» de cualquier orden que este sea, material o intelectual³³⁸; y en otros casos más concretos, se refiere a conflictos que tengan específicamente trascendencia jurídica para los intervinientes³³⁹. En definitiva, como mínimo común denominador podemos entender la

³³⁷ *Diccionario Enciclopédico Vox*, vol. 1. Ed. Larousse, Barcelona, 2000, aporta diferentes definiciones, s. v.:

«f. Acción y efecto de mediar.

der. Procedimiento del derecho internacional público o del derecho de trabajo, que propone una solución a las partes en litigio, pero sin imponerla como en el arbitraje.

filos. En Hegel, la acción de un elemento intermedio que permite evitar de un lado el salto y de otro la continuidad entre lo ideal y lo real y también entre las distintas fases de la historia».

³³⁸ *Diccionario...*, cit, «1) Concepto teológico del cristianismo, vinculado al de Comunión de los Santos. 2) Método alternativo de resolución de conflictos en el ámbito familiar. 3) Cultural, Intercultural. 4) Multiplicación por duplicación, algoritmo de multiplicación».

³³⁹ *Gran Diccionario de la Lengua Española*, Ed. Larousse, Barcelona, 2016: «1. s. f. Acción y resultado de mediar entre partes enfrentadas para buscar una solución la mediación de las organizaciones internacionales ha sido determinante para la solución del conflicto. arbitraje, intervención.

2. DERECHO. Procedimiento del derecho internacional y del laboral que propone una solución a las partes en litigio, pero sin imponérsela como en el arbitraje.

mediación como un proceso cooperativo de resolución de conflictos. La idea central es que sean *las partes enfrentadas* las que encuentren una solución a su disputa.

Por lo tanto, en cuanto que concepto jurídico, la «mediación» guarda relación con un mecanismo de resolución de conflictos en el cual un tercero imparcial busca facilitar la comunicación para que las partes por sí mismas sean capaces de llegar a un acuerdo³⁴⁰.

La comunicación constituye, pues, un elemento imprescindible en la mediación y tiene una relevancia jurídica de primer orden a la hora de interpretar los acuerdos alcanzados y, por tanto, alcanzar la posible resolución del conflicto.

La comunicación³⁴¹ es el elemento principal a través del que se producen los intercambios de información en todos los ámbitos de nuestra vida; por eso siendo un proceso interactivo, es imprescindible, a la hora de prevenir o gestionar los conflictos, que exista una buena transmisión de la información para que el contenido del mensaje que el emisor quiere enviar sea eficaz y así obtener una respuesta adaptada a la información transmitida. Por tanto, es preciso que no haya interpretaciones erróneas a la hora de expresar lo que en la gestión de un conflicto a resolver queremos conseguir.

Los individuos necesitamos comunicarnos, como seres sociales que somos; la comunicación en muchas ocasiones se dificulta porque tiene que ver con la

3. DERECHO. Contrato por el que una de las partes se compromete a remunerar a la otra si consigue la celebración de un contrato laboral o por haber indicado la posibilidad de celebrarlo.

4. FILOSOFÍA. Razonamiento o proceso dialéctico que articula y enlaza el punto de partida y la conclusión».

³⁴⁰ No obstante, existen otras acepciones de mediación, en Derecho, que puede entenderse como cualquier actividad desarrollada por una persona de confianza a quienes sostiene algún interés de manera contrapuesto con la finalidad de concluir un litigio o demanda.

³⁴¹VIVEROS, José Antonio, *Liderazgo, comunicación efectiva y resolución de conflictos*, Organización Internacional del Trabajo, Santiago de Chile, 2003, p. 7: «Las relaciones humanas pueden darse al "natural", espontáneas. En ellas, el trato con nuestros semejantes es impulsivo, casi automático. Se traduce en actos y palabras no sujetas a control, sino al estado de ánimo que tengamos en un momento. Las Relaciones Humanas son un ARTE. Aprenderlo implica dominar la teoría y la práctica. No basta saber (conocer, investigar o estudiar). Las Relaciones Humanas de hoy buscan encontrar los elementos que favorezcan la producción mediante el buen entendimiento de los distintos estamentos que interactúan. Por lo tanto, la producción está en los ámbitos de Liderazgo, la Comunicación y la Resolución de Conflictos».

representación de la realidad que cada persona tiene ante el acontecimiento o hecho que se produce. Cada uno tenemos una visión de la realidad que se produce a su alrededor; por eso, es muy importante que exista una comunicación clara y sin distorsiones para que lo que cada parte necesita obtener en la situación a resolver se ponga de manifiesto sin ningún género de dudas, y no se produzcan interpretaciones equivocadas que generen mayores dificultades a la hora de alcanzar un acuerdo o encontrar una solución jurídica al conflicto.

Para gestionar un conflicto, sea del ámbito que sea, es preciso que las causas, el origen y la cuestión que se plantea y que han producido la situación a gestionar estén bien expuestas; y es imprescindible que la percepción y la interpretación que cada parte tiene del conflicto se clarifiquen, y se ponga de manifiesto lo que cada interesado pretende obtener si se alcanza el acuerdo. Esto es esencial tanto si se ha pactado en mediación el fin de la controversia o como si se ha de plantear una demanda judicial ante el juzgado.

La comunicación eficaz³⁴² entre dos personas se produce cuando el receptor del mensaje valora su contenido del mismo modo que el emisor quiso expresarlo.

Así podemos afirmar que una correcta y efectiva comunicación, además de ayudar a expresar mejor las ideas, sirve para intentar alcanzar la satisfacción de las

³⁴² O *comunicación para la acción*: 1. El observador. La mayor parte del tiempo olvidamos que estamos observando, dando por hecho lo que observamos y pensando que los demás observan lo mismo. No sabemos cómo son las cosas, sólo sabemos cómo las observamos, por lo que primero debemos aprender es a observar cómo observamos. a) Dominio del cuerpo (biología). b) Dominio del lenguaje (capacidad de hacer distinciones). c) Dominio de las emociones (observamos mundos distintos bajo diferentes emociones). Distinguir lo entenderemos como «*hacer o ver algo distinto en los demás*». 2. Acción. Transparencia: Son acciones recurrentes; nuestro accionar no es reflexivo, son cosas automáticas. 3. Actos del habla. Podemos identificar algunos actos lingüísticos que nos permitirán ser más efectivos en generar redes de ayuda y desarrollar relaciones más eficaces. 4. Emociones. «*Todo pensar recurre en un mundo emotivo*», según Humberto Maturana. Los mundos emotivos se aprenden en la vida a través de las culturas, por lo que podemos observar cómo los países, las empresas, etc., privilegian estados emotivos distintos con el propósito de lograr sus objetivos. Cuando existe una forma permanente para entrar en acción le llamaremos estados anímicos, los cuales son predisposiciones más o menos regulares. Es recomendable observar dónde aprendimos estos estados anímicos. Las emociones se pueden asociar a discursos lingüísticos. 5. Escuchar. Escuchar es tanto o más importante que el hablar. Escuchar es oír no sólo palabras. Por ejemplo, las metáforas son maneras de hablar de algo sin que ese algo se mencione. Nadie puede referirse ante un texto leído acerca de lo que se lee, sino que se refiere en relación a lo que cada uno escuchó del texto. El texto no dice, cada historia es la que dice. El escuchar acaece (ocurre), es un suceder, esto se funda en cada historia personal.

necesidades de los intervinientes, y todo ello redundará en beneficio de la opción de alcanzar una buena solución al conflicto que se plantea.

En la comunicación tenemos que utilizar lo que conocemos como asertividad³⁴³, que es un estilo eficaz de comunicación para obtener los resultados deseados por la persona que así se comunica. La comunicación con asertividad permite expresar sentimientos, opiniones y pensamientos de un modo eficaz, defendiendo nuestros derechos, pero sin menospreciar los derechos de los demás, y siempre buscando la ocasión o el momento más adecuado. Así pues, utilizar la comunicación asertiva facilita la gestión de los conflictos existentes y sirve para manifestar todo aquello que dentro de un conflicto jurídico o de otra índole precisamos obtener para que nuestra pretensión, interés, necesidad o derecho se vea cumplido.

Analizando los estilos de comunicación, podemos destacar cuatro diferenciados: el estilo agresivo, el estilo pasivo, el estilo pasivo-agresivo y el estilo asertivo³⁴⁴.

Las personas asertivas manifiestan lo que quieren y necesitan, demuestran seguridad y tienen altos niveles de autoestima y autoconfianza, entablan una comunicación clara y directa, son proactivas y aceptan las limitaciones que las situaciones planteadas y las personas con la que tienen que interactuar presenten.

En el estilo agresivo se produce una situación de defensa de los propios derechos, y, por el contrario, no hay respeto por los derechos de los demás, normalmente se utiliza un tono defensivo; se quiere ganar cueste lo que cueste, llegando, si es preciso, a manipular la situación. Esta actitud crea entornos y espacios

³⁴³ En el procedimiento de mediación es imprescindible que exista una comunicación eficiente entre las partes implicadas en el conflicto, y sobre todo que los terceros que gestionan el conflicto, es decir, los mediadores han de utilizar un modelo de comunicación eficaz con ellos para ayudarles a deshacer sus nudos, por eso es preciso que utilicen este modo de expresarse con ellos, el modo asertivo, es decir que transmita su necesidad e interés respetando el espacio e interés del otro. La definición de asertividad no se encuentra recogida en el contenido del diccionario de la Real Academia Española. El *Diccionario de la RAE* sí recoge el término «asertivo, va»: «De aserto. 1. adj. afirmativo. 2. adj. Psicol. Dicho de una persona: Que expresa su opinión de manera firme. 3. adj. Psicol. Propio de una persona asertiva».

³⁴⁴ MEJÍA-CEBALLOS, Juan Carlos y LACA-AROCENA, Francisco. A. (2006). «Estilos de comunicación en el conflicto y confianza en las propias decisiones», *Enseñanza e Investigación en Psicología*, 11(2), p. 347-358 [disponible *on line*: <<https://bit.ly/32ix7DG>>].

de gran agresividad; por lo tanto, no se facilita el diálogo y en este caso normalmente el conflicto permanecerá oculto.

En el estilo pasivo se anteponen siempre las necesidades y deseos de los demás, sin considerar nuestras necesidades y responsabilidades; se dice siempre «sí» cuando se querría decir «no»; el objetivo es satisfacer a los otros y evitar conflictos a toda costa. Este estilo de comunicación adopta normalmente ante los conflictos un rol acomodaticio, puesto que lo que se intenta es evitar la confrontación a toda costa.

Por último, el estilo pasivo-agresivo, permite que se evidencie de forma indirecta el desagrado; no va a haber posibilidad de diálogo. La consecuencia es la perpetuación del conflicto con dinámicas de escalada.

Estos estilos son utilizados por todas las personas en algún momento. Sin embargo, parece que siempre hay alguno de ellos con el que cada cual podemos identificarnos predominantemente. El estilo de comunicación que utilizamos está condicionado por la relación que se tenga con la persona con la que vamos a comunicarnos, y por las experiencias relacionales que hayamos tenido anteriormente, también es muy importante nuestro estado físico y emocional en el momento de comunicarnos.

En el acuerdo de mediación³⁴⁵ se plasmarán de forma adecuada las peticiones, necesidades y aquellas situaciones que es imprescindible reflejar para que la cuestión litigiosa quede bien gestionada y a ser posible resuelta. De ahí que el estilo asertivo sea el más eficiente a la hora de comunicarnos, pues escoge el momento adecuado evitando toda confrontación. Este estilo utiliza un lenguaje claro, llano y adaptado a la persona con quien tenemos que interactuar. Mantiene el contacto visual y la posición corporal firme y receptiva, así como la expresión de los propios sentimientos desde el «yo», por lo que en este estilo se utiliza un tono de voz firme a la vez que próximo que fomenta la retroalimentación para enriquecer más la relación y con ello la posibilidad de poder resolver la cuestión litigiosa que nos afecta.

³⁴⁵ El acuerdo de mediación es el contrato por el que las partes acuerdan adoptar las medidas necesarias para la solución total o parcial de una controversia que ha sido sometida al procedimiento de mediación, se encuentra regulado en el artículo 23 de la Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles: «[...] *el acuerdo de mediación puede versar sobre una parte o sobre la totalidad de las materias sometidas a la mediación*».

Es muy frecuente, tras mantener una conversación, o en un intercambio de opiniones que se produzca un malentendido y surja el conflicto porque se ha interpretado de un modo diferente lo que queríamos expresar, o no hemos logrado transmitir aquello que pretendíamos.

Nosotros percibimos lo que somos capaces de procesar a través de nuestros sentidos, tanto auditiva como visualmente, y después añadimos el filtro de nuestras creencias y valores, y toda la experiencia que se ha producido a lo largo de nuestra vida, a la hora de gestionar las situaciones que vivimos, y más si son conflictivas. De esto se deriva que, para gestionar bien los conflictos, de una forma positiva, debemos entender y respetar que somos diferentes y pensamos de diferente forma³⁴⁶.

Para comunicarnos de forma eficaz es preciso tener en cuenta las diferencias que existen entre las personas y los distintos modos de entender y valorar la realidad. Si eso es así, el respeto y la consideración hacia la opinión y la necesidad de nuestro interlocutor o contrincante ayudará a que podamos tender puentes a la hora de comunicarnos, facilitará el acercamiento de las posiciones e impedirá el enquistamiento de las posturas, facilitando la consecución del acuerdo y la posibilidad de realizar un proceso de mediación con éxito.

Por eso, para que el acuerdo sea posible, es preciso que los mensajes emitidos en las sesiones que se realicen en mediación sean claros, y que realmente transmitan todo aquello que cada parte necesita obtener del procedimiento de mediación

³⁴⁶ Variables de la comunicación. La mayoría de los conflictos presuponen que existe una dificultad a la hora de comunicarse, porque en general, se originan, a partir de diferencias en la percepción y la escucha, y son producto de las diversas interpretaciones que cada uno otorga a los mensajes que recibe. Los problemas de comunicación que provocan conflictos son muchos y variados. Es posible distinguir entre las variables de grupo y/o organizacionales, y aquellas que refieren a lo interpersonal. Desde lo organizacional, algunos de las causas de conflictos son: El intercambio insuficiente o excedente de información, ruidos en los canales, rumores y radio pasillos, superposición de mensajes, divergencia de comunicaciones formales e informales, abuso o inadecuada elección del canal (ej.: los *e-mails*). Desde lo interpersonal, las fuentes de conflictos más frecuentes son: los problemas semánticos, los malos entendidos, la distorsión de los mensajes. los dobles mensajes. Si las partes están física o temporalmente separadas, se aumentan las posibilidades de malentendidos. En las comunicaciones a distancia, características de la era global de los negocios, esto representa una fuente potencial de conflictos. Variables personales. Se refieren a las características de personalidad, así como a los sistemas individuales de valores de cada uno. Hay ciertas personalidades que son más propensas a generar conflictos. También los valores propios influyen en la formación de prejuicios, criterios de trabajo, etc. La historia personal condiciona nuestro modo de generar y resolver situaciones conflictivas.

alcanzando la satisfacción necesaria para que ese proceso sea efectivo y consiga resolver la controversia jurídica que se ha planteado. Por eso el mensaje es una parte fundamental en la técnica del intercambio de información.

Y es necesario que se recojan con total claridad en el acuerdo³⁴⁷ para no crear incertidumbre y falsas expectativas que puedan conducir a su incumplimiento, todos los pactos alcanzados, expresados de un modo claro, sin ambigüedades, que abarquen aquellas circunstancias imprescindibles y que pueda llevarse a efecto en los términos recogidos³⁴⁸. Se difunde el mensaje en la siguiente medida: el 7% a través de nuestras palabras, el 38% a través de nuestra voz y entonación, y el 55% a través de nuestra comunicación no verbal³⁴⁹.

3.5. El concepto de mediación aportado por la jurisprudencia y la doctrina

La doctrina especializada ha aportado, a la vista de las figuras recogidas en la legislación y la jurisprudencia nacional e internacional, una serie de definiciones de este instituto. Sería muy prolijo y pretencioso tratar de abordar todas ellas. A modo de ejemplo, pues, nos referiremos solo a algunas de ellas, que son las que consideramos más ajustadas.

³⁴⁷ El acuerdo de mediación es un contrato e implica que una fuente de obligaciones que tienen fuerza de ley entre las partes, como se recoge en el artículo 1091 que contiene el Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil.

³⁴⁸ Tras el procedimiento de mediación y si ha sido posible alcanzarse un acuerdo, las partes podrán elevarlo a escritura pública acudiendo ante el notario acompañado de copia de las actas de la sesión constitutiva y final del procedimiento, es necesaria la comprobación por el notario de la adecuación del contenido a la legislación y que no existe en el mismo la vulneración de ninguna norma, y que no afecta a terceros incapacitados o menores. Si el asunto está judicializado, se habrá solicitado previamente la suspensión en el juzgado correspondiente, y si se produce el acuerdo, pueden solicitar la homologación judicial en los términos que recoge el artículo 415 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Intento de conciliación o transacción. Sobreseimiento por desistimiento bilateral. Homologación y eficacia del acuerdo.

³⁴⁹ Daniel Bustelo en el Taller de clínica en mediación n.º 16 871, impartido en Madrid el 17 de mayo de 2019 en comunicación oral, resalta el descubrimiento de la importancia constitutiva que tiene en el ser humano la dimensión del lenguaje, es un hecho inaugurado por el psicoanálisis y luego conceptualizado científicamente por las disciplinas modernas, entre las cuales la lingüística ocupa el primer lugar junto con el estructuralismo. No se trata de un privilegio que unos seres vivos tienen sobre otros. Se trata que la palabra tiene una función más importante que de comunicar algo a alguien.

Así, por ejemplo, Fernández Riquelme ha entendido la mediación como proceso de gestión de controversias no adversarial, una modalidad de sistema alternativo de gestión y de resolución de conflictos reglada, de naturaleza «extrajudicial», que va a posibilitar el acceso a la justicia de una manera real, directa y participativa³⁵⁰.

Rozenblum de Horowitz, a su vez, la define «como un proceso de resolución de conflictos en el que las dos partes enfrentadas recurren “voluntariamente” a una tercera persona “imparcial”, el mediador, para llegar a un acuerdo satisfactorio. Es un proceso extrajudicial o diferente a los canales legales o convencionales de resolución de disputas, es creativo, porque mueve a la búsqueda de soluciones que satisfagan las necesidades de las partes; e implica no restringirse a lo que se establece por la ley. Además, la solución no es impuesta por terceras personas, como en el caso de los jueces o árbitros, sino que es creada por las partes»³⁵¹.

Por fin, destacamos la definición aportada por el creador de una de las principales bases del método de mediación como es la denominada mediación transformativa, Jay Folberg³⁵²:

«La mediación consiste en una negociación asistida por un tercero neutral –el mediador–, en el que los participantes trabajan de un modo colaborativo en el análisis de un conflicto y en el mejor modo de resolverlo, con pleno poder para ello. Este tercero no es ni juez ni negociador sino un planificador creativo.

La mediación es un proceso privado. El mediador dirige el proceso, pero las partes dirigen su propio modo de gestionar sus diferencias y consensuar acuerdos. Por todo ello, la mediación es un proceso que se inicia y desarrolla de modo voluntario, que confiere autoridad sobre sí misma a cada una de las partes.

Proceso que estructura la intervención de las partes involucradas en modos que favorecen su participación y legitimidad, asumiendo responsabilidades para diseñar la resolución de sus disputas»³⁵³.

³⁵⁰ FERNÁNDEZ RIQUELME, Sergio, *Teoría y práctica de la mediación. la gestión alternativa de los conflictos sociales*, Publicaciones de la Universidad de Murcia, Murcia, 2009, p. 63.

³⁵¹ ROZENBLUM DE HOROWITZ, Sara, *Mediación en la escuela. Resolución de Conflictos en el ámbito educativo adolescente*. Aique Ed., Buenos Aires, 1998.

³⁵² FOLBERG, Jay, y TAYLOR, Alison, *Mediación. Resolución de conflictos sin litigio*. Ed. Limusa, México D. F., 1996.

Algunas definiciones de carácter oficial se encuentran en documentos de derecho comunitario o de derecho interno, como las siguientes:

«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 un litigio con ayuda de un mediador»³⁵⁴.

«Se entiende por mediación 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 mediado»³⁵⁵.

Desde el punto de vista jurisprudencial, hay pocas aportaciones al respecto en nuestro ordenamiento. Nuestro país, caracterizado por su elevada y costosa litigiosidad y sin costumbre de llegar a la solución pactada y amistosa de los conflictos, no tiene una cultura de resolución pacífica y negociada de los problemas de forma extendida. Solo hay una tradición más consolidada en el ámbito de los conflictos laborales por medio de la conciliación, y en el ámbito de consumo y recientemente en el ámbito familiar, en los que se lleva aplicando la mediación desde hace ya muchos años. Así, sobre el papel de la mediación en la resolución del conflicto individual de trabajo, Rosario García Álvarez se ha expresado en los siguientes términos³⁵⁶:

«La mediación por sus especiales características (da voz, permite ser escuchado y ser tratado en pie de igualdad y con respeto), representa un método de resolución que, además de complementar a los órganos jurisdiccionales por razones prácticas y de

³⁵³ FOLBERG, Jay, y TAYLOR, Alison, *Mediación...*, ob. cit.

³⁵⁴ Directiva 2008/52/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de mayo de 2008. Artículo 3.

³⁵⁵ Ley 5/2012, de 6 de julio, de Mediación en Asuntos Civiles y Mercantiles. Artículo 1.

³⁵⁶ GARCÍA ÁLVAREZ, Rosario, «El papel de la mediación en la resolución del conflicto individual de trabajo (I)», *Diario La Ley*, N.º 8499, Sección Doctrina (12 de marzo de 2015): «El concepto de acceso a la justicia está evolucionando drásticamente poniendo en evidencia la capacidad de la mediación para satisfacer una parte de la demanda social de justicia. En el ámbito laboral español la mediación ya ha conquistado el mundo de las relaciones colectivas y ahora está buscando su imprescindible papel en el campo de la resolución del conflicto individual de trabajo como el derecho de las partes a resolver sus disputas a través de medios informales y adecuados. Sin embargo, la realidad va muy por detrás de nuestras propias leyes y palabras pues seguimos canalizando la resolución de la conflictividad laboral individual a través del procedimiento judicial y de la sentencia incapaz en muchos casos de satisfacer adecuadamente las necesidades de las partes. Normativa comentada L 36/2011 de 10 octubre de la Jurisdicción Social».

eficiencia, satisface la necesidad de justicia tanto procedimental como distributiva y reparadora de muchos individuos con independencia de su cultura, origen, lengua, formación y medios económicos. La mediación posee una dimensión internacional y global, podríamos decir que universal, porque responde a esa necesidad y deber que todo ser humano y sociedad tiene: la de que partes en pie de igualdad y tratadas con el mismo respeto logren un acuerdo razonable que concilie los intereses y punto de vista de todos los afectados, esto es, un acuerdo sentido como justo por las partes».

En definitiva, podría afirmarse, a modo conclusivo, que la mediación es un proceso que busca otorgar un espacio de diálogo directo y participativo entre dos o más personas que tienen un problema entre ellas, para que conversen sobre el origen del conflicto y las consecuencias que se han derivado del mismo. Los interesados concurren a la realización de una o más sesiones, acompañados por un tercero que facilita el diálogo, en las que buscan vías de resolución del conflicto.

3.6. Apuntes históricos y culturales de la mediación que inciden en su tratamiento jurídico

Cuando analizamos los orígenes y antecedentes históricos de la mediación, llegamos a la conclusión de que es una forma de resolver los conflictos que aparece configurada en cada etapa histórica de diferentes modos, si bien siempre con la finalidad de resolver los litigios de forma pacífica y consensuada, para que las partes puedan quedar satisfechas en un proceso realizado fuera del procedimiento judicial.

La mediación, o las instituciones análogas, se encuentran instauradas en las normas o en la regulación legal existente, en función del desarrollo normativo y legal de cada momento, acomodándose a la configuración social que cada época requiere.

En China, hace más de dos mil años, ya se realizaba una práctica que podemos asimilar a la mediación y que podríamos considerar de algún modo como un antecedente de la misma³⁵⁷, aunque también se indica que hay documentos que manifiestan que la mediación, o la fórmula que en esa época y lugar se realizase,

³⁵⁷ VELANDIA, Rafael., *La víctima y los mecanismos de justicia restaurativa*. Editorial Ibáñez, Bogotá, 2011, p. 168 y ss.

podría haber sido aplicada en Mesopotamia hace cuatro mil años. Se dice que en China la mediación tiene sus raíces en la filosofía de Confucio³⁵⁸.

En Grecia³⁵⁹, se encuentra la figura de los «tesmotetes» (*thesmotetai*), que es una clase de facilitadores que trataban de que los conflictos se resolvieran sin acudir a juicio. Se solicitaba la intervención de los *tesmotetes* de Atenas, magistrados que intervenían en los litigios para intentar avenir a los que se veían inmersos en un conflicto, las partes del futuro proceso, y que daban fuerza de ley a las conciliaciones. Su función era «la disuasión y persuasión de los espíritus en crisis para avenirlos en transacción o compromisos arbitrales»³⁶⁰.

Desde el Derecho romano arcaico, se propone al *consilium domesticum*, el consejo familiar, formado por los *propinqui*, o *sui* o *amici* que formaban una suerte de tribunal (*iudicium domesticum*) colegiado presidido por el *paterfamilias*, abriendo la opción de que otros miembros pertenecientes a la familia dieran su opinión cuando se producían circunstancias de extrema gravedad, lo que para algunos autores puede verse como antecedente de la mediación familiar³⁶¹.

³⁵⁸ NÚÑEZ RODRÍGUEZ, A. y RODRÍGUEZ MARTÍN, L., «Apuntes sobre la mediación como método para dirimir conflictos familiares», p. 10, «[...] la frase de Confucio la resolución óptima de una desavenencia se logra a través de la persuasión moral y el acuerdo, y no bajo coacción, demuestra la presencia en esta zona de un mecanismo que perseguía el mismo propósito que la mediación» [on line: <<https://bit.ly/1wzhMh0>>].

³⁵⁹ HIGHTON, Elena I., y ÁLVAREZ, Gladys S., *Mediación para resolver conflictos*, Ad Hoc, Buenos Aires, 2008, p. 144 y ss.

³⁶⁰ Cap I, VII: Archon. *numerabatur Athenis inter thesmotetas hoc est legum conditores: qui erant sex: inter hos archon. lege. Archontes fueruntur athenis novem: et ex his sex dicti Thesmotex* (Cf. TITO LUCRECIO CARO, *In Carum Lucretium poetam Comentariorum a Ioanne Baptista Pio editi Codice Lucretiano diligenter emendato*, Ab Ascensio & Ioanne Paruo, Parisiis, 1514).

³⁶¹ VALLEJO PÉREZ, Gema, «Métodos alternativos de resolución de conflictos en Derecho romano. especial referencia a la mediación». Ed. Dykinson, Madrid, 2018, p. 99-100.: «No creemos, además, en la posibilidad de una justicia paralela al Estado que concede al *pater* la venia de juzgar al sometido a su potestad, aunque la controversia entre *iudicium publicum* y *iudicium domesticum* se haya planteado por la doctrina [...]». Esta autora realiza un planteamiento curioso y original al encontrar una similitud entre el *consilium domesticum* que se utilizaba para preservar una situación de extrema gravedad para proteger el honor de la familia, y así «proteger de la temida infamia al resto de la familia»; y la mediación familiar, que tendría idéntico objetivo, que los problemas que atañen a la familia no trasciendan del ámbito familiar, a la vez que encontrar un acuerdo que sea satisfactorio a todas las partes en conflicto, con un plus de discreción amparados en que son los miembros de la familia los que deciden, con la diferencia lógica de que en mediación la decisión la adoptan las partes.

En la Roma antigua, el *pater gentis*³⁶² podía llegar a resolver cualquier conflicto entre los miembros de la stirpe, junto con los jefes domésticos, por medio de un arreglo voluntario; esta actuación podría ser a instancia del propio magistrado jurisdiccional, porque transigir era «bien considerado», pues se entendía que «era de ánimo perverso y corrupto preferir un juicio a una amigable composición»³⁶³.

Según estos criterios, podríamos señalar como antecedentes remotos de la mediación en el ámbito de la actuación del *pater familias*, en relación con el mandato, argumentando que es una institución oriental que llegó a Roma en el Principado, en este momento se desvincula de la actividad del *pater familias* y del mandato y se convierte en una figura mercantil³⁶⁴.

En el Derecho romano, a través de la *transactio*, las partes enfrentadas podían alcanzar un pacto o acuerdo.

«En Derecho Romano cabe la posibilidad de excluir la vía judicial llegando a una solución amigable mediante concesiones recíprocas de derechos entre las partes a través de la transactio, mecanismo que en la fase in iure permitía poner fin al proceso antes de la litis contestatio –es decir, antes de la preclusión–. Muy probablemente, la iniciativa transaccional correspondía a las partes, pero las fuentes aluden a que el Pretor puede propiciar el acuerdo. En esta asignación pretoria puede verse la disposición de una tarea para el magistrado en la fase in iure: “debe” inducir a las partes a pacificarse»³⁶⁵.

³⁶² FERNÁNDEZ DE BUJÁN, Antonio, *Derecho Público Romano. Recepción Jurisdicción y Arbitraje*, 7.ª ed, Editorial Thomson-Civitas, Madrid, 2004, p. 63-64. El *pater gentis* era un jefe militar y religioso en torno al que se organizaba la gens., que solucionaba los conflictos que surgían entre los miembros que formaban la gens con un consejo de *patresfamilias*.

³⁶³ TAMAYO HAYA, Silvia, «El Contrato de Transacción: principales líneas de su evolución histórica», en *Anuario de Derecho Civil*, 57, 2004, p. 1105 y ss.

³⁶⁴ GARCÍA GERBOLÉS, Lorna, y MUESSMANN, Monika, «El Entronque histórico-jurídico del concepto de la mediación desde el Derecho Romano hasta la actualidad», en CARABANTE MUNTADA, José M.ª (Coord.), *La mediación, presente, pasado futuro de una institución jurídica*, Ed. Netbiblo, Madrid, 2010, p. 23 y ss.

³⁶⁵ LÁZARO GUILLAMÓN, Carmen, y ZAMORA MANZANO, José Luis. «Algunas consideraciones sobre la Mediación...», *ob. cit.*, p. 14.

La transacción en el Derecho romano arcaico tenía como finalidad evitar el litigio por las partes o terminar uno ya comenzado³⁶⁶. El pacto era un acuerdo que se realizaba entre las partes. Se ejercía una acción ante el Pretor donde se desarrollaba un proceso que tenía como objeto renunciar a las mutuas pretensiones, y se llegaba a obtener el acuerdo que evitaba acudir al Tribunal poniendo fin al conflicto y alcanzándose la paz entre las partes.

El resultado final consistía en la aprobación de un convenio por las partes en litigio, antes de llegar al tribunal.

En la *transactio* se recoge el principio dispositivo, así como también en otras instituciones del Derecho Romano como la *confessio in iure*³⁶⁷.

La transacción coincide temporalmente con el *pactum*³⁶⁸. Haciendo un análisis somero, influidos además por la terminología, nos encontraríamos con un antecedente claro del acuerdo realizado, en caso del *pactum* ante el magistrado que terminaba con el problema, lo que nos trasladaría a un acuerdo de mediación intrajudicial, o siendo más precisos a una conciliación civil celebrada ante el órgano judicial. Como bien se ha afirmado modernamente, en términos que son perfectamente aplicables también a la Roma antigua:

«[...] *la inmensa mayoría de los conflictos se resuelven extrajudicialmente: en la realidad social, las partes hacen y soportan casi todo antes de verse abocadas a la maldición de un litigio judicial*»³⁶⁹.

³⁶⁶ Juliano considera que el acuerdo al que lleguen las partes en conflicto tiene que provenir de su voluntad. Ejercitando la libertad y la autonomía privada. El magistrado puede gestionar el conflicto compeliendo al actor a recibir la oferta del demandado y preocupándose de que el ofrecimiento sea equitativo. Esto va a permitir disminuir los pleitos actividad que entra dentro del *officium* del pretor.

³⁶⁷ En ambas instituciones se produce la renuncia de las partes a ejercitar las acciones correspondientes, y a cambio se producirá la entrega o promesa de algo de forma recíproca.

³⁶⁸ Como señala la profesora Vallejo Pérez, *ob. cit.*, se refiere a «*acuerdos de composición obtenidos de manera amistosa y pacífica en el ámbito del robo o de la injuria [...] y también se refiere cuando se produce una renuncia al procedimiento judicial sustituyéndolo por un convenio entre las partes celebrado ante el Magistrado que ponía fin al problema*». «*Los dos buscaban restablecer el equilibrio y la ausencia de conflicto entre las partes*».

³⁶⁹ SALVADOR CODERCH, Pau, «ABC de la transacción», en *InDret* 101 (octubre 2002), p. 4.

En la *transactio* romana, el pretor intervenía activamente, aunque sin ofrecer ninguna solución, lo que le acercaría a la función del mediador, pero desde un planteamiento jurisdiccional que permitía el control y la gestión del acuerdo.

En la historia del ordenamiento jurídico español, una primera reglamentación de la tradición mediadora se encuentra en las juntas vecinales, gremios medievales, hermandades agrarias y rurales y se legitima jurídicamente en el Fuero de Avilés del año 1076, donde encontramos el origen etimológico de la mediación con la palabra «medianedo», como ya hemos apuntado³⁷⁰.

En las Partidas de Alfonso X, durante el siglo XIII, se recoge el arbitraje en la Partida Tercera, título IV, leyes 23 A 25³⁷¹. Ahí podemos ver cierto antecedente de la mediación en la medida en que esta función arbitral existía siempre que los componedores «*son escogidos por placer de ambas partes para avenir y librar las contiendas que tuvieren entre sí, de cualquier manera, que ellos tuviesen por bien*».

En España hay desde antiguo instituciones tradicionales que han desempeñado un papel semejante a la «mediación» moderna, como es el caso del Tribunal de las Aguas de Valencia que funciona desde el siglo XIII.

En el Derecho foral aragonés se encuentra también una figura que podríamos calificar como sucesora del *consilium domesticum* del Derecho romano, como es la denominada Junta de Parientes. Se trata de un Tribunal Familiar encargado de resolver

³⁷⁰ GARCÍA GERBOLÉS, L., y MUESMANN, M., «El entronque histórico-jurídico del concepto de la mediación...», *ob. cit.*, p. 30-31.

³⁷¹ «*Quántas maneras son de judgadores de avenencia, et cómo deben ser puestos.*

Arbitros en latin tanto quiere decir en romance como jueces avenidores que son escogidos et puestos de las partes para librar la contienda que es entre ellos: et estos son en dos maneras: la una es quando los homes ponen sus pleytos et sus contiendas en mano dellos que los oyan et los libren segunt derecho; entonce decimos que tales avenidores como estos desque recibieren et otorgaren de librarlos así, que deben andar adelante por el pleito también como si fuesen jueces ordinarios faciéndolos comenzar ante sí por demanda et por respuesta, et oyendo et rescibiendo las pruebas, et las defensiones et las razones que ponen cada una de las partes; et sobre todo deben dar su juicio afinado segunt entendieren que lo deben facer de derecho. La otra manera de jueces de avenencia es á que llaman en latin arbitadores, que quiere tanto decir como alvedriadores et comunales amigos que son escogidos por placer de amas las partes para avenir et librar las contiendas que hobieren entre sí en qualquier manera que ellos tovieren por bien: et estos atales después que fueren escogidos et hubieren recibidos los pleytos et las contiendas desta guisa en su mano, han de poder de oir las razones de amas las partes, et de avenir las en qual manera quisieren».

los asuntos que surgen en el seno de las familias³⁷². Su composición estaba formada por dos parientes idóneos, uno por cada línea o grupo familiar, teniendo en cuenta preferentemente el mayor contacto con la casa y la proximidad de parentesco.

Los acuerdos en la Junta de Parientes se adoptaban por mayoría absoluta de quienes la integraban; la Junta, compuesta por dos parientes como hemos señalado, tomaría las decisiones y si existiera un empate, allí donde la costumbre no atribuya la decisión al párroco o a otra persona, decidirá el Juez o la persona de la familia en la que este delegase.

La Junta de Aragón es una institución que sigue estando viva, y se utiliza frecuentemente en la práctica notarial, porque se considera de gran utilidad porque su uso proporciona la toma de decisiones con rapidez y utilidad lo que produce una gran satisfacción a la hora de agilizar el tráfico jurídico, y puede considerarse a su vez un instrumento de mediación y resolución de conflictos en el interior de las familias.

3.7. La regulación de la mediación en los diferentes países de nuestro entorno

La mediación moderna es una institución que procede, geográficamente, de Estados Unidos, y ha alcanzado un gran desarrollo en países americanos, como Argentina o Canadá, y se ha ido extendiendo y consolidando en muchos países

³⁷² Institución que tiene su origen en la Edad Media cuyo origen está en la costumbre, recogida en la Compilación de 1967, que regula de forma detallada la Junta de Parientes, se puede constituir por decisión judicial a instancia de parte interesada o como sucede normalmente de forma voluntaria ante notario, van a decidir asuntos relacionados con temas relativos a la familiar o sucesorios y estos acuerdos tendrán que ser plasmados ante Notario en documento redactado por él, de ahí que cumplirá con los requisitos establecidos en nuestras normas y para que cumpla con la legalidad: la Junta de Parientes intervendrá para decidir por ejemplo: qué personas pueden ejercer la autoridad familiar sobre un menor en el caso del fallecimiento de los padres o, en relación con la autoridad familiar para tomar decisiones en supuestos de divergencia entre los padres, también en casos de necesidad de autorización para la venta de bienes de los menores de edad, se evita así el trámite judicial. En materia de régimen económico matrimonial, la ley aragonesa dispone que, en caso de desacuerdo entre los cónyuges sobre la administración o disposición de los bienes comunes, decidirá la Junta de Parientes, y también en materia de viudedad se prevé la intervención de la Junta de Parientes, para mediar en las divergencias entre el viudo o viuda usufructuaria y los herederos sobre la explotación y administración de los bienes usufructuados. [Véase documento en línea: <<https://bit.ly/2wsqEbt>>].

Europeos que la han puesto en práctica con éxito, como Francia, Alemania, Inglaterra, Escocia, Portugal o Italia.

La antigua distinción que diferenciaba el Derecho continental y el modelo anglosajón del *common law* proporciona un punto de partida relevante para analizar la regulación de la mediación en los diferentes países donde se ha instaurado como alternativa real al procedimiento judicial, o incluso como paso previo en algunos casos. En países como Francia, Portugal, Alemania e Italia, incluido el nuestro, que podríamos alinear dentro del modelo continental, se ha optado por dictar leyes que regulan la mediación en todas las vertientes, que contienen las reglas para poner en práctica el procedimiento de mediación.

En cambio, en el modelo anglosajón, tomando a Estados Unidos como país pionero, la figura se introdujo en el ordenamiento jurídico a través de la aplicación de la mediación en la resolución de los conflictos planteados dentro de los grupos sociales³⁷³. Así, por ejemplo, en el entorno de las confesiones religiosas: los judíos o los cuáqueros resolvían sus divergencias mediante la intervención de terceros, en un caso los rabinos y, en el otro, de los ministros de la iglesia o ancianos, que eran las personas que realizaban las mediaciones en las situaciones de diferencias entre los miembros pertenecientes a dichas organizaciones religiosas.

A mediados del siglo XX, en ese país la mediación se introdujo dentro de los conflictos laborales, y en las décadas posteriores será un recurso al que acudir en los casos de conflictividad por razones de discriminación racial y en los movimientos de defensa de los derechos civiles³⁷⁴.

³⁷³ VIÑARAS GIMÉNEZ, Carmen, *Mediación, conciliación y sentencias de conformidad* (Tesis Doctoral de la Universidad Complutense de Madrid, 2017), p. 226-227. La institucionalización de la mediación se atribuye a la Universidad de Harvard, donde surgió una corriente de pensamiento que se denominó *Critical Legal Studies*; que cuestionará el sistema de administración de justicia americano, fue un movimiento que surgió por la situación provocada por el incremento de procedimientos, y la lentitud de los tribunales en su gestión, lo que llegaba a originar un colapso, por eso se produjo el impulso de la mediación en ese momento.

³⁷⁴ En Estados Unidos en 1939 surge en el estado de California el primer servicio de mediación y conciliación familiar, y unos años más tarde, en 1970, la mediación familiar aparece como actividad alternativa al procedimiento contencioso en los tribunales. El primer Centro de *Mediación Family Mediation Center* surge en Atlanta en 1971.

Dentro de este sistema deben incluirse países como Canadá y Australia. En Canadá es preciso que las partes acudan a la sesión informativa puesto que es obligatoria³⁷⁵.

En Europa, la introducción de este modelo ha sido progresiva:

1) Primero se implantó en el Reino Unido en el año 1973. En este país se establecen los primeros servicios de mediación familiar. Y a partir de ahí comienza a extenderse por Europa a países como Noruega, Bélgica, Holanda y Francia.

En el Reino Unido existe un código desde el año 1985. Se dicta el *Act Family* en el año 1986 y, después de dictarse la Ley de Acceso a la Justicia del año 1999, es obligatorio en los procesos de familia, si están acogidos al sistema de justicia gratuita, que acudan a la previa sesión informativa.

2) Francia fue el primer país europeo en dictar una ley de mediación³⁷⁶. En el Derecho francés, se puede acudir a mediación en todos los ámbitos del derecho, siempre que la mediación no contravenga «*el orden público de dirección*». Así, no se puede realizar una mediación en contra de las normas imperativas del matrimonio o del divorcio.

La mediación se utiliza sobre todo en los asuntos de familia y en los asuntos litigiosos de menor cuantía, que son procedimientos ante un juez de proximidad o ante un juez de un juzgado de primera instancia e instrucción, por mediación del conciliador.

³⁷⁵ Vid. CONNELLY, J. y LOISEAU, V., «Mediación familiar, a partir de los tribunales, en Estados Unidos y Canadá», en *La protección del menor en las rupturas de pareja*, Navarra, 2009, Thomson Reuters Aranzadi, p. 441-456; disponible en: <<https://bit.ly/34e4AB9>>.

³⁷⁶ Portal europeo *e-justice*. «El recurso a la mediación está sujeto al acuerdo previo de las partes. El juez también puede ordenar a las partes, sólo en el marco de la determinación del ejercicio de la patria potestad o de las medidas provisionales en materia de divorcio, que asistan a una reunión de información sobre la mediación, que es gratuita para las partes y no puede ser objeto de ninguna sanción particular, artículos 255 y 373-2-10 del Código Civil Francés. La Ordenanza 2011-1540, de 16 noviembre 2011, incorporó al ordenamiento jurídico francés la Directiva 2008/52/CE, que establece un marco destinado a incitar a las partes a encontrar, con la ayuda de un tercero, el mediador, una solución amistosa a los litigios que las enfrentan, extendiendo su aplicación no solo a las mediaciones transfronterizas, sino también a las mediaciones internas, salvo en el caso de los litigios surgidos en el marco de un contrato de trabajo así como en materia de Derecho administrativo real. [Documento en línea: <<https://bit.ly/2rCj0JM>>].

El juez elegirá a la entidad mediadora, así como las sesiones a las que tendrán que acudir las partes. Y conllevará costas en el procedimiento.

El artículo 131.1 del Código de Procedimiento Civil recoge la afirmación de que *«el juez que conoce del asunto, tras recabar el acuerdo de las partes, puede designar a un tercero para que las escuche y coteje sus puntos de vista con objeto de que puedan encontrar una solución al conflicto que las enfrenta»*.

En cuanto al mediador, se ha implementado una diplomatura estatal de mediación familiar desde el año 2003.

3) Alemania es un país donde se ha extendido considerablemente la mediación, tanto en el ámbito judicial como a nivel privado o extrajudicial. Se aprobó una primera Ley sobre mediación de fecha 26 de julio de 2012³⁷⁷, que incorporó 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, ampliándola a todas las modalidades de mediación, de forma independiente al tipo de conflicto y al domicilio de las partes. Esta ley sólo plantea unas pautas generales, dejando a los intervinientes una gran capacidad de actuación. La ley proporciona un concepto de mediación y de mediador, lo que facilita mucho la distinción de otros métodos alternativos de resolución de conflictos. Y aunque, como acabamos de afirmar, se deja un amplio margen de maniobra a los intervinientes, sí se establecen límites a la actividad para proteger la independencia e imparcialidad de la profesión de mediador, ya que la ley le exige unos estrictos deberes para preservar la confidencialidad de las partes.

En esta regulación no se contempla la asistencia jurídica gratuita para los que acuden a mediación, aunque sí va incluir incentivos en los códigos procesales para promover que los litigios se gestionen por métodos que fomenten el mutuo acuerdo. Cuando se inicia un procedimiento, las partes indicarán si se ha tratado de resolver de un modo alternativo al procedimiento judicial. Los tribunales pueden suspender el

³⁷⁷ La definición que aporta esta Ley es la siguiente: La mediación es un proceso estructurado en cuyo marco las partes tratan de encontrar, de manera autónoma y voluntaria, una solución de mutuo acuerdo al litigio con la ayuda de uno o varios mediadores. Los mediadores son personas independientes e imparciales, sin poder decisorio, que guían a las partes interesadas en el procedimiento de mediación.

procedimiento y hacer la sugerencia de que se acuda a mediación o a otro sistema alternativo de resolución de conflictos.

El perfil profesional de los mediadores no está definido en una norma jurídica, y no se restringe el acceso a la profesión.

4) En Italia la mediación civil y mercantil está regulada por el Decreto Legislativo 28/2010 de 4 de marzo y por el Decreto Ministerial 180/2010, de 18 de octubre³⁷⁸. Es el único país de nuestro entorno donde se ha impuesto obligatoriamente la mediación por el citado decreto legislativo de 4 de marzo de 2010, durante un período de cuatro años, cumpliendo los requerimientos de su Tribunal Constitucional, por Decreto Legislativo de 21 de junio de 2013.

Se publica de forma periódica la lista de los organismos de mediación en los que están inscritos los diversos mediadores por parte del Ministerio de Justicia, que a su vez realiza la vigilancia sobre los organismos de mediación. Se puede acudir a mediación para resolver conflictos en materia civil y mercantil de forma extrajudicial, y facultativamente, a instancia del juez o por contrato que se haya otorgado entre las partes.

Debemos destacar la modificación que se produce por ley de 9 de agosto de 2013; como conversión del decreto legislativo de 21 de junio de 2013 que modificó a su vez el decreto legislativo de 4 de marzo de 2010, el cual contiene una serie de «disposiciones urgentes para la recuperación económica», en el que se establece la mediación obligatoria para un amplio abanico de materias y también afecta a la competencia territorial y a la asistencia legal obligatoria en el proceso, entre otras cuestiones³⁷⁹. Podemos añadir que es preciso realizar la mediación previa como

³⁷⁸ El artículo 16 del Decreto ministerial 180/2010 ha establecido los criterios para fijar las asignaciones de mediación, que incluyen los gastos de incoación del procedimiento y los gastos de la mediación propiamente dicha.

³⁷⁹ El artículo 5.1 bis del Decreto Legislativo de 21 de junio de 2013 «en materia de copropiedad, derechos reales, divisiones, sucesiones hereditarias, pactos de familia, alquileres, préstamos, empresas de alquiler, resarcimientos de daños derivados de la responsabilidad médica y sanitaria y de la difamación por medio de imprenta o por otro medio de publicidad, contratos de seguro, bancarios y financieros» [Documento en línea: <<https://bit.ly/2rCj0JM>>].

requisito de procedibilidad para la presentación de la correspondiente demanda, que puede alegarse en contrario como excepción por el demandado o también puede ser apreciada de oficio.

En cuanto a los mediadores, no existe ninguna lista pública, será el ministerio quien de forma periódica publica una lista con los organismos dedicados a mediación dentro de los cuales están inscritos los mediadores. Por tanto, es preciso acudir a las listas del Ministerio que es el encargado de vigilar estos organismos de mediación.

5) Portugal ha establecido la mediación a través de un órgano administrativo público centralizado que se denomina «Gabinete para la resolución alternativa de litigios», y que es el encargado de la regulación de las actividades de mediación pública, dentro de la Dirección General de Política de Justicia.

Este país ha implantado sistemas de mediación en ciertas áreas jurídicas: empleo, asuntos penales, mercantiles, civiles y de familia.

La mediación familiar, laboral y penal tiene su propio desarrollo y cuenta con mediadores especializados, mientras que la mediación civil y mercantil se produce en el marco de un proceso judicial ante los juzgados de paz, en los que también se pueden efectuar mediaciones sobre asuntos que se producen fuera de la competencia de estos órganos judiciales y que se denomina comúnmente «mediación extracompetencial»³⁸⁰. Acudir a mediación es totalmente voluntario.

Respecto a los mediadores, estos no tienen un código de conducta establecido, pero sí cuentan con directrices sobre la forma en que deben realizarse las sesiones de mediación y acerca de los métodos necesarios para alcanzar una comunicación constructiva con y entre las partes y sobre las condiciones en que los mediadores van a intentar alcanzar los acuerdos. Así «la actuación de los mediadores está supervisada por un sistema público de mediación; el tipo empleado depende del área de actuación. El sistema público tiene un comité supervisor que controla la actividad de mediación,

³⁸⁰ Este tipo de mediación no sigue las fases procesales habituales de las materias competencia de los juzgados de paz, puesto que en caso de que no se alcance un acuerdo, el proceso no puede proseguir su curso en el juzgado, como puede suceder en el caso de las mediaciones civiles y mercantiles, en las que los juzgados de paz son competentes. [Véase documento en línea: <<https://bit.ly/2rCj0JM>>].

los criterios aplicados en la formación de los mediadores tratan de inculcar los valores y principios del Código Europeo»³⁸¹.

3.8. Fases de un proceso de mediación: objetivos y desarrollo

Cuadro n.º 3. Fases de la mediación

FASES	OBJETIVOS	FORMA DE DESARROLLARLA POR EL EQUIPO MEDIADOR
<p>1. Premediación</p> <p>Fase previa a la mediación propiamente dicha</p>	<p>Crear condiciones que faciliten el acceso a la mediación</p>	<p>Actuación de los mediadores:</p> <ul style="list-style-type: none"> – Presentaciones. – Hablar con las partes por separado para que nos relaten su versión (ventilar el conflicto). – Explicarles el proceso: reglas y compromisos, así como la importancia de su colaboración. <p>Determinar si:</p> <ul style="list-style-type: none"> – La mediación es apropiada para el caso. – Son necesarias otras actuaciones previas a la mediación: nuevas entrevistas individuales, hablar con otras personas relacionadas con el conflicto, etc. – Las partes están dispuestas a llegar a

³⁸¹ Portal europeo de *e-justicia* [en línea: <<https://bit.ly/2rCj0JM>>].

		<p>la mediación</p> <ul style="list-style-type: none"> – El espacio y el tiempo son los más favorables a la mediación. – La elección por las partes de los mediadores es adecuada (no conviene que sea un profesor que imparta clase al alumno, ni un miembro del equipo directivo) <p>Recordar las técnicas básicas (mensajes en primera persona, parafraseo, etc.)</p>
<p>2. Presentación y reglas de juego</p> <p>¿Quiénes somos?</p> <p>¿Cómo va a ser el proceso?</p>	<p>Crear confianza en el proceso</p>	<p>Actuación de los mediadores:</p> <ul style="list-style-type: none"> – Presentaciones personales. – Explicar brevemente cómo va a ser el proceso: Objetivos. Expectativas. Papel de los mediadores. – Recordar la importancia de la confidencialidad y de su colaboración, siendo honestos y sinceros. – Aceptar unas normas básicas: no interrumpirse, no utilizar un lenguaje ofensivo, no descalificar al otro, postura corporal, etc. <p>Tener previsto:</p> <ul style="list-style-type: none"> – Espacio, tiempo, papel para notas, coordinación entre mediadores.
<p>3. Cuéntame qué ha pasado</p>	<p>Poder exponer su versión del conflicto y expresar sus sentimientos.</p>	<p>Actuación de los mediadores:</p> <ul style="list-style-type: none"> – Crear un ambiente positivo y controlar el intercambio de mensajes. – Generar pensamiento sobre el conflicto:

	<p>Poder desahogarse y sentirse escuchados.</p>	<p>objetivos personales en el conflicto y otras formas de alcanzarlos, sentimientos personales y de la otra parte.</p> <ul style="list-style-type: none"> – Explorar con preguntas y parafraseo el verdadero problema, no el detalle. – Animar a que cuenten más, a que se desahoguen, evitando la sensación de interrogatorio. – Escuchar atentamente las preocupaciones y sentimientos de cada parte, utilizando técnicas como las de: mostrar interés, clarificar, parafrasear, reflejar el sentimiento, resumir, etc. – Ayudar a poner sobre la mesa los temas importantes del conflicto. – No valorar, ni aconsejar, ni definir qué es verdad o mentira, ni lo que es justo o injusto. – Prestar atención tanto a los aspectos del contenido en sí del conflicto como a la relación entre las partes. – Apoyar el diálogo entre las partes. Reconocer sentimientos y respetar silencios.
<p>4. Aclarar el problema ¿Dónde estamos?</p>	<p>Identificar en qué consiste el conflicto y consensuar los temas más importantes para las partes.</p>	<p>Actuación de los mediadores:</p> <ul style="list-style-type: none"> – Asegurar la conformidad de las partes sobre los temas a tratar para avanzar hacia una solución o transformación positiva del conflicto.

		<ul style="list-style-type: none"> – Conseguir una versión consensuada del conflicto. – Concretar los puntos que pueden desbloquear el conflicto y avanzar hacia un entendimiento y acuerdo. – Tratar primero los temas comunes y de más fácil arreglo, pues crea confianza y mantiene el interés. – Explorar los intereses subyacentes a las posiciones y dirigir el diálogo en términos de intereses.
<p>5. Proponer soluciones</p> <p>¿Cómo salimos?</p>	<p>Tratar cada tema y buscar posibles vías de arreglo.</p>	<p>Actuación de los mediadores:</p> <ul style="list-style-type: none"> – Facilitar la espontaneidad y creatividad en la búsqueda de ideas o soluciones. (Lluvia de ideas). – Explorar lo que cada parte está dispuesta a hacer y le pide a la otra parte. – Resaltar los comentarios positivos de una parte sobre la otra. – Pedirles que valoren cada una de las posibles soluciones. – Solicitar su conformidad o no con las distintas propuestas.
<p>6. Llegar a un acuerdo</p> <p>¿Quién hace qué, cómo, cuándo y dónde?</p>	<p>Evaluar las propuestas, ventajas y dificultades de cada una, y llegar a</p>	<p>Actuación de los mediadores:</p> <ul style="list-style-type: none"> – Ayudar a las partes a definir claramente el acuerdo.

	<p>un acuerdo.</p>	<ul style="list-style-type: none"> – Tener en cuenta las características que deben cumplir los acuerdos de las partes: <ul style="list-style-type: none"> Equilibrado Realista-Posible Específico y concreto Claro y simple Aceptable por las Partes Evaluable Que mantenga expectativas de mejora de la relación. Redactado por escrito. Así se evita el olvido, las malinterpretaciones y se facilita el seguimiento. – Felicitar a las partes por su colaboración. – Hacer copias del acuerdo para cada parte y archivar el original.
--	--------------------	--

Fuente: Manual para la formación en mediación Ancora³⁸².

3.9. Los diferentes medios de resolución de conflictos y sus diferencias con la mediación

Los métodos alternativos de solución de conflictos, son sistemas de gestión diferentes, y su expansión en los últimos años, adaptándose a la cultura jurídica de

³⁸² Manual elaborado y aplicado en el Proyecto de Prevención de la Violencia y Promoción de Conductas Prosociales en Establecimientos Educativos del Programa Chile + Seguro del Ministerio de Interior Región Metropolitana 2008-2009. [Disponible on line: <<https://bit.ly/2LiaGb0>>].

cada Estado, como ya hemos mencionado, obedece a las grandes ventajas que ofrecen, por la rapidez, eficacia y coste; en nuestro país, estos sistemas no son empleados, en muchos casos por desconocimiento de su utilidad y por ignorar que existe la posibilidad de acudir a ellos como alternativa a la gestión de los conflictos; se utilizan de manera esporádica la conciliación³⁸³, y el arbitraje³⁸⁴, principalmente, y la mediación que, en tiempo más reciente, va aceptándose poco a poco en determinados ámbitos para resolver los conflictos.

Como ya hemos señalado, la Directiva 2008/52/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo de 21 de mayo de 2008, sobre ciertos aspectos civiles de la mediación en asuntos civiles y mercantiles³⁸⁵, contiene las bases para que los Estados miembros de la Unión Europea recojan en sus ordenamientos jurídicos la regulación de la mediación, dictando leyes adaptadas a la Directiva y que provoquen la aplicación de tal mecanismo en los ámbitos que recoge, con el fin de que, progresivamente, se vaya introduciendo este nuevo sistema de resolución de conflictos y sirva como medio alternativo al procedimiento judicial.

En nuestro país, la Directiva se traspuso tardíamente en relación a los países de nuestro entorno³⁸⁶, aunque poco a poco ha ido calando en la sociedad y cada vez son

³⁸³ Regulada en nuestro sistema jurídico en la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria.

³⁸⁴ Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje.

³⁸⁵ En la Resolución del Parlamento Europeo de 13 de septiembre de 2011, sobre aplicación de la Directiva sobre la mediación en los Estados miembro, su impacto en la mediación y su aceptación por los Tribunales, el Parlamento Europeo destacó aportaciones sobre la Directiva, tales como: «Asegurar un mejor acceso a la justicia es uno de los objetivos clave de la política de la Unión Europea para establecer un espacio de libertad, seguridad y justicia; considerando asimismo que el concepto de acceso a la justicia debe incluir, en este contexto, el acceso a procedimientos adecuados de solución de controversias para particulares y empresas ». «El objetivo de la Directiva 2008/52/ CE es fomentar la resolución amistosa de litigios promoviendo el uso de la mediación y asegurando una relación equilibrada entre la mediación y el proceso judicial». «Además de la previsibilidad, la Directiva tiene por objetivo establecer un marco que conserve la principal ventaja de la mediación: la flexibilidad, considerando que estos dos requisitos deberían guiar a los Estados miembros a la hora de elaborar la legislación nacional mediante la cual se aplica la Directiva».

³⁸⁶ La Directiva 2008/52/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo de 21 de mayo de 2008, sobre ciertos aspectos civiles de la mediación en asuntos civiles y mercantiles, en su artículo 12, dispuso que los Estados miembro pondrán en vigor las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas necesarias para dar cumplimiento a la misma antes del 21 de mayo de 2011, con excepción del artículo 10, al que deberá darse cumplimiento el 21 de noviembre de 2010 a más tardar, e informarán inmediatamente de ello a la Comisión. España no realizó la trasposición de la Directiva en el plazo

más los ámbitos o las materias en que la mediación es considerada como un modelo alternativo de gestión de conflictos y una opción real a la hora de resolver los conflictos dentro del proceso jurisdiccional, como cauce previo al mismo –en el caso de las llamadas mediaciones intrajudiciales– con acuerdos totales o parciales que luego pueden validarse dentro del procedimiento en la resolución jurisdiccional que se adopte y que ponga fin al procedimiento³⁸⁷. O bien para intentar resolver una cuestión a través de la mediación al margen de la jurisdicción.

Existe un fuerte interés en estos nuevos métodos, por eso se fomentan por la Unión Europea, para que sea efectiva su extensión y aplicación en el ámbito comunitario. Estos sistemas alternativos se impulsan desde las instituciones, comunitarias para que su uso sea normalizado y se utilice como un método efectivo de gestión de conflictos.

Recordemos que en los sistemas heterocompositivos interviene el tercero: en el arbitraje, con una solución vinculante; y en la conciliación, con una solución que se brinda a la autonomía privada de las partes. Y en los sistemas autocompositivos no hay intervención de una tercera persona en la solución puesto que esta depende enteramente de las partes en conflicto: tal es el caso de la mediación. Entre los métodos alternativos citaremos el arbitraje, el calificado como «media concilia» y el denominado «*medarb*», como ejemplos de estos nuevos métodos de resolución de conflictos, en contraste con la mediación.

3.9.1. El arbitraje como método heterocompositivo del conflicto

Las *semejanzas* que tienen el arbitraje y la mediación son principalmente los siguientes:

- a) En los dos sistemas se accede de forma voluntaria, por lo que la autonomía de la voluntad de las partes hace posible acudir a una gestión de los conflictos alternativa en ambos casos.

indicado, pues la promulgación de la correspondiente ley nacional de mediación civil y mercantil no se produjo hasta el año 2012.

³⁸⁷ FAJARDO MARTOS, Paulino; «Mediación y resolución de conflictos: técnicas y ámbitos». Capítulo 3. *Cooperar como estrategia: la filosofía de la cultura de la paz*. Editorial Tecnos, 2017.

- b) El tercero que interviene en el conflicto no tiene la función de juzgar ni de hacer ejecutar lo juzgado. En ambos casos son personas ajenas a la cuestión e intervinientes en la cuestión litigiosa que se debate y no intervienen en ella.
- c) La confidencialidad es una característica esencial tanto de la mediación como del arbitraje, en cuanto a las informaciones que se conozcan a través de las sesiones de mediación y de las actuaciones arbitrales. Toda la información que se intercambie en los procesos de mediación y de arbitraje ha de ser confidencial y no puede trascender.
- d) La imparcialidad de las personas que intervienen en ambos procedimientos, tanto árbitros como mediadores; dado que es un principio esencial a la hora de acudir a uno u otro; es una característica que coincide con la imparcialidad como nota esencial que contiene el procedimiento judicial respecto de sus órganos jurisdiccionales³⁸⁸ reconocida en el artículo 24.2 de la Constitución Española que recoge de manera expresa el derecho al juez natural predeterminado por ley, que impide los jueces o tribunales *ad hoc*, y también el derecho a un juicio con todas las garantías, dentro de las cuales la doctrina constitucional viene incluyendo el derecho a un juez imparcial³⁸⁹.
- e) La flexibilidad respecto al desarrollo de los procedimientos, tanto en la mediación como en el arbitraje.
- f) La rapidez y agilidad de los procedimientos de mediación y arbitraje. A diferencia del procedimiento judicial, tanto en mediación como en arbitraje los plazos se

³⁸⁸ El Tribunal Constitucional realiza una doble distinción: STC 47/2011, de 12 de abril, donde se recoge la imparcialidad objetiva que es la que se refiere al objeto del proceso, es decir, su enjuiciamiento se presume libre de prejuicios y prevenciones, y sin tener una posición respecto al mismo. La imparcialidad subjetiva, es la que garantiza que el juez no ha tenido relaciones reprochables con las partes.

³⁸⁹ La STC 69/2001, de 17 de marzo, señala: «Es importante tener presente en este aspecto que, para que, en garantía de la imparcialidad, un Juez pueda ser apartado del conocimiento concreto de un asunto, es siempre preciso que existan sospechas objetivamente justificadas, es decir, exteriorizadas y apoyadas en datos objetivos...». Añadiendo que, «por más que hayamos reconocido que en este ámbito las apariencias son importantes, porque lo que está en juego es la confianza que, en una sociedad democrática, los Tribunales deben inspirar al acusado y al resto de los ciudadanos, no basta para apartar a un determinado Juez del conocimiento de un asunto que las sospechas o dudas sobre su imparcialidad surjan en la mente de quien recusa, sino que es preciso determinar, caso a caso, más allá de la simple opinión del acusado, si las mismas alcanzan una consistencia tal que permita afirmar que se hallan objetiva y legítimamente justificadas».

acortan de un modo bastante importante a la hora de obtener una solución al litigio.

- g) El coste económico, ya que la utilización de estos procedimientos extrajudiciales de resolución de conflictos supone un menor desembolso económico para las personas que acuden a ellos. Sobre todo, en el caso de la mediación, porque el arbitraje tiene unos costes a veces muy elevados en función de la institución arbitral a la que se acuda.
- h) Los acuerdos alcanzados son ejecutivos, tanto en la mediación como en el arbitraje.
- i) Las materias que pueden resolverse mediante el arbitraje o la mediación son de libre disposición en ambos casos.
- j) En ambos procedimientos se pueden incluir dentro del clausulado de un contrato como vía de resolución de diferencias. Así podrán especificarse las materias que van a someterse a arbitraje o mediación en su caso.

En cuanto a las *diferencias* existentes entre el arbitraje y la mediación pueden destacarse las siguientes:

- a) El resultado de los procedimientos se adopta de un modo diferente: el laudo en el arbitraje está adoptado por el tercero normalmente, salvo acuerdo de las partes; en la mediación, en cambio, siempre la solución a la que se llegue, el acuerdo, está adoptada por las partes en conflicto, los mediadores no aportan las soluciones.
- b) El arbitraje está encaminado a la resolución de controversias o conflictos en las relaciones jurídicas de carácter contractual, es un procedimiento más idóneo para las relaciones civiles, mercantiles o de carácter internacional; en cambio, la mediación es un sistema de resolución de conflictos que se entiende aplicable a casi todos los ámbitos de las relaciones en las que hay una controversia o situación a resolver. Así, hay mediación familiar, vecinal o comunitaria, escolar, penal, civil, mercantil, internacional, sanitaria, laboral, empresarial o dentro de las organizaciones, y en todas aquellas situaciones vitales donde exista un posible conflicto y haya que gestionarlo.

- c) El tiempo de resolución es más largo en el arbitraje que en la mediación: entre seis y doce meses para el arbitraje³⁹⁰, frente a los quince días, o máximo seis meses para la mediación.
- d) El procedimiento de mediación es absolutamente flexible en cuanto a la manera de realizarse y permite a las partes llegar a soluciones imaginativas y seguramente imposibles de recoger en un laudo arbitral. El desarrollo del arbitraje, en cambio, está regido por normas legales de estricta observancia.

3.9.2. El denominado «media-concilia»: la combinación de técnicas de conciliación y mediación en contextos idóneos de integración

Es un método muy adecuado para gestionar conflictos en los cuales haya que preservar las relaciones futuras, de ahí que se aplique a la conflictividad en las relaciones de empresa, de familia, en el ámbito penal, entre vecinos, relaciones de carácter mercantil y contractual, conflictos medio ambientales y conflictos de convivencia.

Si nos atenemos al término, tenemos un sistema que une la mediación y la conciliación en un mismo procedimiento. Se inicia en primer lugar con la mediación, de tal manera que en el procedimiento de mediación puedan diluirse todas las situaciones difíciles mediante el diálogo y así pueda llegarse a un consenso. Si esto no fuera posible, el tercero interviniente planteará opciones factibles que puedan aceptar las dos partes, y llegar a resolver la situación.

Inicialmente, el papel del tercero interviniente como mediador adopta una posición de neutralidad necesaria por la situación que tiene que gestionar y los límites al respecto que la mediación le impone; y si esta situación no avanza con la mediación, posteriormente tendrá que adoptar un papel intervencionista de conciliador con esas nuevas posibilidades que ofrece a las partes intervinientes y que necesitará que sean aceptadas y adoptadas para acabar con el conflicto existente. Tiene muchas ventajas

³⁹⁰Según la Corte de Arbitraje Española: para los procedimientos abreviados: tres meses a contar desde la contestación a la demanda; y para los procedimientos ordinarios: cinco meses a contar desde la contestación a la demanda [Véase documento en línea: <<https://bit.ly/2HgtmGf>>].

por su estructura, porque facilita de forma muy adecuada que se consigan acuerdos ante la inidoneidad de la mediación para alcanzarlos.

Este sistema que participa de los dos métodos resulta muy interesante porque se convierte en una opción que da una doble posibilidad a las partes para alcanzar un pacto que termine con sus diferencias: primero los intervinientes tienen la opción de hablar de sus dificultades, de exponer cuál es su situación frente a la otra parte en el proceso de mediación y, en caso de que se produzca un bloqueo o no se avance en la resolución del conflicto, con la mediación se faculta al tercero para poder aportar sus ideas al respecto con un criterio bien formado al haber estado participando y escuchando a los intervinientes, creándose una situación privilegiada que le permite aportar opciones que pueden satisfacer a las partes y, desde un criterio más objetivo, puede lograr el acuerdo.

3.9.3. El sistema «medarb»: combinación de mediación y arbitraje para la gestión de conflictos

El arbitraje y la mediación son dos de los métodos alternativos de gestión y resolución de los conflictos. El «medarb»³⁹¹ es, por tanto, un procedimiento³⁹² que se incardina dentro de estos métodos ADR, cuya característica principal o naturaleza es ser un combinado de los dos, y cuya virtualidad será extraer las ventajas de ambos para alcanzar el acuerdo y, por tanto, la resolución de los litigios de un modo consensuado y sin llegar al sistema jurisdiccional convencional³⁹³.

³⁹¹ SAIZ GARITANONANDÍA, Alberto, «El Medarb como procedimiento mixto de resoluciones de conflictos: luces y sombras», en SOLETO Helena (directora), *Mediación y resolución de conflictos: técnicas y ámbitos*, *ob. cit.*, p. 116-131.

³⁹² VALIÑO CES, Almudena, «Acerca del método híbrido o med-arb: otra forma de resolver los conflictos» *Diario La Ley*, ISSN 1989-6913, nº 4969, 2019.

³⁹³ Sam Kagel podría ser el primer individuo que implementó un procedimiento de resolución de los conflictos con el nombre de «medarb» (según cita SAIZ GARITANONANDÍA, Alberto, «El medarb como procedimiento mixto de resoluciones de conflictos...», *ob. cit.*, pp. 119 y 120) esta experiencia se utilizó para hacer frente a un conflicto de enfermeras en San Francisco en 1970, este procedimiento las partes renunciaron al cierre patronal y a la huelga otorgándole al mediador poder para establecer una solución vinculante para las partes, si no se alcanzaba un acuerdo. Parece que después de esta experiencia se ha ido utilizando este método, a pesar de ser criticado, en conflictos de naturaleza laboral y en conflictos producidos entre corporaciones o empresas y particulares con una relación continuada en el tiempo.

La estructura del «medarb» es la siguiente: primero se inicia un procedimiento de mediación, tras el cual, si no se ha conseguido alcanzar un acuerdo total acerca de todos los temas planteados para resolver el conflicto, se realizará un procedimiento arbitral para intentar cerrar las cuestiones que hayan quedado pendientes.

Aunque pueda parecer un formato exótico y poco utilizado, es un medio cada vez más empleado, y vamos a analizar todas las ventajas que conlleva su aplicación. En primer lugar, se van a utilizar dos métodos alternativos³⁹⁴ combinados: primero se inicia el procedimiento de mediación, que ya es una forma muy adecuada de abordar un conflicto, porque tras pasar por este procedimiento, y sea cual sea el resultado final del mismo, va a tener un efecto beneficioso para un mejor resultado de la gestión porque, tras la mediación, es muy probable que las partes acerquen posiciones y vayan limando las dificultades que impiden que el litigio pueda resolverse. Como ya sabemos, el nivel de comunicación que se establece en el proceso de mediación es de por sí muy alto y puede incidir de forma beneficiosa en el resultado positivo del conflicto.

Tras este procedimiento de mediación como hemos apuntado, si quedan asuntos no resueltos se podrá acudir al arbitraje, en el que es muy probable que se deje el asunto zanjado porque las partes ya han tenido la oportunidad de conocer sus diferencias, sus intereses y sus dificultades.

Estos métodos van a completar esa distancia que existe hoy en día entre las dificultades o los problemas de los ciudadanos y la respuesta que la justicia convencional y adversarial suele proporcionar, por la situación de estancamiento, de lentitud, del elevado coste económico de los procesos y de la lejanía que los interesados perciben a la hora de acudir a un juzgado, porque el formato procesal no atribuye un papel importante a las partes que son las interesadas en la resolución de los conflictos de la manera destacada y adecuada para ellos, y que satisfaga los intereses y las necesidades que tienen.

³⁹⁴ Como afirma Ana Valls Rius en «La mediación familiar», con Carlos Villagrasa Alcaide, *La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, ISSN 0211-2744, n.º 3, 2000, p. 1793-1804, métodos complementarios, porque su uso es totalmente voluntario, y además el acudir a mediación, por ejemplo, no excluye la posibilidad de acudir a la jurisdicción posteriormente.

Estos sistemas alternativos, como el «medarb», dan una participación principal a las partes para que puedan establecer sus prioridades, las dificultades y las cesiones que quieran realizar a la hora de alcanzar un acuerdo a su conflicto. Y además no olvidemos que el avance en la comunicación entre las personas que tienen litigios implica responsabilizarse de sus problemas y de sus dificultades y contribuye a construir una sociedad más responsable, autónoma y dueña de sus decisiones y de la búsqueda de la solución a sus conflictos y no dejarlos siempre en manos de los juzgados y tribunales. Todo esto que hemos citado redonda positivamente en la reducción de la litigiosidad de un país que tiene unos niveles muy elevados de asuntos en los juzgados y que crece año tras año.

En cualquier caso, este método –que participa de dos sistemas tan dispares, el arbitraje, que es heterocompositivo y que, por tanto, finaliza con el laudo obligatorio dictado por el tercero, y la mediación, en la que el papel del tercero no es el de adoptar una decisión, como método autocompositivo, puesto que son las partes las que han de hacerlo–, como es razonable admitir, tampoco es la panacea, sino meramente otro mecanismo más para intentar que las situaciones conflictivas de las personas se resuelvan de manera menos traumática. Es un método complicado, empero, porque al ser dos sistemas claramente contrapuestos en su filosofía no siempre encajarán en las partes.

Dentro de este sistema pueden darse diferentes variantes que a continuación vamos a explicar.

3.9.3.1. «Arbmed»

En esta modalidad, se empieza a realizar en primer lugar el arbitraje para después llevar a cabo el procedimiento de mediación. No es una opción económica, porque de entrada va a ponerse en marcha el arbitraje, que es un procedimiento que acarrea ya un coste económico³⁹⁵. Será necesario que la decisión adoptada en el laudo

³⁹⁵ Ramón Mullerat en el «El tiempo y coste del arbitraje. Cómo mantener el estereotipo», en *La notaria*, ISSN 0210-427X, N.º 4, 2011, p. 79-93; afirma que las ventajas del arbitraje frente a la jurisdicción son un menor tiempo y un menor coste, la especialización del árbitro y la flexibilidad del procedimiento, confidencialidad, y que se enmarcan en el criterio de ganar/ganar. Destacan sobre las ventajas citadas el menor tiempo y el menor coste. Evidentemente, en el arbitraje empresarial, es necesaria una solución justa y adecuada a sus pretensiones, y que se alcance en el menor tiempo posible. A pesar de lo dicho anteriormente, existe el riesgo de que el arbitraje sea un sistema largo y caro. Las causas podrían

arbitral, permanezca reservada hasta que se realice el procedimiento de mediación, y si este no se consigue llevar adelante y lograr el acuerdo, es entonces cuando se procederá a conocer el laudo que inicialmente ha adoptado el tercero en su función de árbitro. Tiene la ventaja este sistema de que la visión del tercero como árbitro le inviste de una posición que le dará mayor peso y autoridad si llegan al procedimiento de mediación. Y la otra ventaja es que la mediación estará condicionada para las partes teniendo la presión de que, si no alcanzan un acuerdo, ya saben que hay una decisión adoptada por un tercero que va a afectarles y eso puede ser un incentivo para que adopten el acuerdo y lleguen a limar sus diferencias.

3.9.3.2. «Medarb» con posibilidad de opción³⁹⁶

En este procedimiento la nota distintiva es que cualquiera de los intervinientes en el procedimiento, tras realizarse el proceso de mediación, podrá solicitar la remoción del tercero, nombrándose uno nuevo para el arbitraje.

3.9.3.3. «Medarb» con el mismo tercero

En esta variante, se inicia la mediación con un tercero, y si finalmente quedan temas sin cerrar, será ese mismo tercero el que actúe como árbitro, acatando todas las partes implicadas la decisión final que este emita, puesto que ese es su compromiso.

3.9.3.4. «Medarb» con diferente tercero

En este caso, los papeles de mediador y de árbitro serán desempeñados por diferentes personas; es importante destacar aquí que toda la información relativa la

situarse: en la mayor complejidad de los procedimientos, las cuantías cada vez más elevadas, y que los abogados introducen técnicas y estrategias propias de los procedimientos judiciales. La preocupación por acelerar y abaratar los procesos arbitrales destaca en las reformas de las leyes arbitrales, como la japonesa en el año 2003, la española en el año 2003, la italiana en el año 2006, la australiana en el año 2010, la irlandesa en el año 2010, la francesa en el año 2011. La ley española se reformó de nuevo en el año 2011 y 2015 [Ley 11/2011, de 20 de mayo. Ref. BOE-A-2011-8847 y en la disposición final 5 de la Ley 42/2015, de 5 de octubre. Ref. BOE-A-2015-10727]; Y de la revisión de las Reglas UNCITRAL en el año 2010; de las Reglas IBA sobre Práctica de la Prueba en el Arbitraje Internacional revisadas en el 2010 y de la reforma del Reglamento de Arbitraje la Cámara de Comercio Internacional (CCI), en 2011 que revisó su Reglamento de Arbitraje, para poder modernizar y reducir el tiempo y el coste de sus procedimientos.

³⁹⁶ La denominación anglosajona es *Med- Arb Opt-Out*. Existe otra variante en la cual las partes pueden continuar o no con el arbitraje una vez realizada la mediación: la *Optional Withdrawal Med-Arb* (véase FULLERTON, Richard, «The Ethics of Mediation, en *The Colorado Lawyer*, 38, mayo 2009, pp. 35-36).

mediación, como puede ser la documentación, informes, y todo lo que haya sido proporcionado por las partes, deberá ser trasladado al árbitro por parte del mediador cuando haya finalizado la mediación, salvo aquello que sea estrictamente confidencial. Se admite la variante en la cual el árbitro esté presente en la fase de la mediación, sin intervenir en ningún caso, únicamente a los efectos de ponerse al día acerca de la situación y sus circunstancias, y también que el mediador tenga la facultad de realizar alguna sugerencia o recomendación al árbitro a la hora de tomar una decisión que, como es sabido, deberá ser vinculante. Este formato sería muy costoso y se alargaría en el tiempo, de ahí que no sea muy eficiente³⁹⁷.

3.9.3.5. *Mediación con arbitraje de oferta final: «medaloo»*³⁹⁸

Es un curioso sistema, en el cual, tras la realización de la mediación normal sin acuerdo, ambas partes deberán plantear una oferta al mediador que será el que decida cuál de ellas se va a adoptar como acuerdo definitivo. En este caso, el tercero ya va a actuar como árbitro; se confía en que, como los intervinientes saben que van a ser ellos con sus opciones los que van a decidir, se supone que mantendrán posturas responsables y presentarán ofertas que puedan beneficiar a ambos, porque el tercero-árbitro tendrá que elegir aquella que vaya a considerar que reviste mayores opciones de cumplirse por ser la más justa.

3.9.3.6. *«Medart» flexible*

En esta modalidad partimos de un arbitraje y, una vez realizado, las partes pueden solicitar una mediación acerca de lo debatido en su totalidad o sólo en algún aspecto concreto. Es una modalidad especial que aplica la mediación con total flexibilidad, si bien parte de un inicial arbitraje. Al igual que el «medarb» con diferente tercero, las partes tienen la facultad de elegir a otra persona diferente para que realice la mediación, si no mantienen la confianza en el tercero que ha realizado el arbitraje.

Tras la exposición de las diferentes opciones de «medarb», podemos analizar cuál sería la conclusión de este sistema mixto que parece en principio dar mejores

³⁹⁷ Habría que salvar los problemas de la confidencialidad y de la imparcialidad que implica que haya dos personas que estén implicadas en un mismo asunto. Para Saiz Garitanonandía, *ob. cit.*, p. 121, este no es un verdadero Medarb, sino que simplemente suma las fórmulas de uno y otro.

³⁹⁸ Acróstico que procede del inglés *Mediation & Last Offer Arbitration*.

opciones a las personas en conflicto que otros. Entre las virtudes destacables estaría la ventaja que supone la flexibilidad que ofrece un sistema en el cual es muy importante la intervención de las partes en función del modelo que se escoja, puesto que, como hemos visto en el «medaloo», al final la opción que se adopta está creada por los intervinientes en el conflicto, por lo tanto es una posibilidad materializada por ambos, si se decide en mediación, o por uno,, si es el tercero el que opta por una de las dos soluciones adoptadas por ellos mismos.

A los beneficios generales de la posibilidad de resolverlo con un menor coste económico y de tiempo, debemos añadir como elemento primordial que en este sistema se resuelve el conflicto de todos modos, lo que le hace efectivo y eficiente puesto que, finalmente, van a salir con una solución para el tema concreto que tengan que resolver, además, como ya expusimos al pasar por un proceso de mediación, siempre va a producirse el diálogo y como consecuencia una rebaja en la conflictividad. Es un sistema que da un protagonismo muy relevante a las partes, que tienen en su mano la posibilidad de alcanzar la solución de una manera eficiente.

Entre las desventajas, en cambio, se cuentan los recelos que puede suscitar el hecho de que el tercero sea mediador y árbitro a la vez, cuestión que se resolverá con una persona especialmente cualificada y habilitada en los dos ámbitos que permitirá que pueda desempeñar con eficacia y total garantía las dos funciones.

Se puede considerar como un factor adverso que el acuerdo, si no se alcanza en mediación, sea impuesto por el laudo arbitral. Esta situación no óptima se salvaría estableciendo unas líneas claras que delimiten cómo va a realizarse para que no surjan dudas entre los que intervienen y por lo tanto se acepten las reglas con total responsabilidad. Y, como hemos citado, es imprescindible que el mediador-árbitro sea una persona con experiencia en las dos competencias, en el ámbito de la mediación y en del arbitraje.

Y, además, en principio, las partes van a poder llegar a un acuerdo consensuado en la fase de mediación.

3.10. El articulado de la Ley 5/2012, de 6 de julio, de Mediación y avances en la regulación normativa

3.10.1. Análisis jurídico del preámbulo

En el preámbulo de la Ley 5/2012, de 6 de julio, de Mediación en Asuntos Civiles y Mercantiles se encuentra integrado un concepto genérico de mediación³⁹⁹ que se concreta en lo siguiente: entre las ventajas de la mediación está la capacidad para dar soluciones prácticas, efectivas y rentables a determinados conflictos entre partes, por lo que es una alternativa al procedimiento judicial y al arbitraje, que son sistemas utilizados habitualmente y con los que tiene diferencias esenciales. La mediación parte de la intervención de un tercero neutral que facilita la gestión del conflicto por las propias partes, respetando totalmente su voluntad y permitiendo el mantenimiento de las relaciones y manteniendo el control por ellas sobre el resultado acordado del conflicto.

En la Exposición de Motivos de la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la jurisdicción voluntaria, ya se da cabida a la posibilidad de que órganos distintos a los jurisdiccionales puedan conocer de ciertas materias que gestionarán previa solicitud de los interesados⁴⁰⁰, y recoge cómo se van a atribuir asuntos en los que predominan los elementos de naturaleza administrativa, a otros operadores jurídicos: letrados de la administración de justicia, notarios y registradores de la propiedad, que obviamente

³⁹⁹Preámbulo de Ley 5/2012, de 6 de julio, de Mediación en Asuntos Civiles y Mercantiles: «*En este contexto, desde la década de los años setenta del pasado siglo, se ha venido recurriendo a nuevos sistemas alternativos de resolución de conflictos, entre los que destaca la mediación, que ha ido cobrando una importancia creciente como instrumento complementario de la Administración de Justicia*».

⁴⁰⁰ Preámbulo de la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria: «*[...] la Ley de la Jurisdicción Voluntaria, conforme con la experiencia de otros países, pero también atendiendo a nuestras concretas necesidades, y en la búsqueda de la optimización de los recursos públicos disponibles, opta por atribuir el conocimiento de un número significativo de los asuntos que tradicionalmente se incluían bajo la rúbrica de la jurisdicción voluntaria a operadores jurídicos no investidos de potestad jurisdiccional, tales como Secretarios judiciales, Notarios y Registradores de la Propiedad y Mercantiles, compartiendo con carácter general la competencia para su conocimiento. Estos profesionales, que aúnan la condición de juristas y de titulares de la fe pública, reúnen sobrada capacidad para actuar, con plena efectividad y sin merma de garantías, en algunos de los actos de jurisdicción voluntaria que hasta ahora se encomendaban a los Jueces. Si bien la máxima garantía de los derechos de la ciudadanía viene dada por la intervención de un Juez, la desjudicialización de determinados supuestos de jurisdicción voluntaria sin contenido jurisdiccional, en los que predominan los elementos de naturaleza administrativa, no pone en riesgo el cumplimiento de las garantías esenciales de tutela de los derechos e intereses afectados*».

carecen de potestad jurisdiccional. En esta situación se da cabida no sólo a la posibilidad de que resuelvan asuntos a través de las facultades que les otorga la Ley de la Jurisdicción Voluntaria, dándoles la competencia de tales materias, sino que, como esta misma Ley contiene, los habilita para la realización de conciliaciones dentro del marco legal que tienen reconocido, y en el caso de los notarios se han incorporado a las mediaciones de carácter civil y mercantil. Como posibilidad de introducir nuevas soluciones, bien heterocompositivas, como sería el caso de la conciliación, bien autocompositivas, cuando lleven a cabo mediación.

Esta «desjudicialización» de determinadas materias, lejos de crear una situación «insegura» para la protección de los intereses de las personas y la defensa de sus derechos, supone una mejora para los ciudadanos que tienen que resolver sus conflictos, pues aumenta las opciones de gestión y resolución de sus asuntos y les permite acceder a una solución con mayor celeridad porque los notarios y registradores, son personas, como ya se expone en el preámbulo de la Ley de la Jurisdicción Voluntaria, con una preparación jurídica que no difiere de la que los órganos jurisdiccionales poseen y, sin embargo, tendrán mayor efectividad a la hora de abordar los asuntos que se les planteen, ya que la organización de las notarías y registros no tiene normalmente la sobrecarga de trabajo que los juzgados acarrea; lo que a priori supone aligerar a los jueces de ciertos asuntos, y como efecto positivo redundará en beneficio de los que verdaderamente exijan su intervención, ya que estas materias pueden ser perfectamente gestionadas por estos profesionales con total garantía⁴⁰¹.

A su vez, supone una descarga para los órganos judiciales, y como estos operadores jurídicos están perfectamente capacitados para gestionar esos asuntos, por su gran preparación jurídica, su capacidad de actuación y su efectividad, sin que la garantía de los actos de jurisdicción voluntaria que en ellos recae se vea mermada por no ser un órgano jurisdiccional quien dicte la resolución.

En relación con la «desjudicialización» de determinadas materias cuando el conflicto jurídico afecta a derechos subjetivos de carácter disponible; se trata de una

⁴⁰¹ La Exposición de Motivos de la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria afirma que algunas desavenencias «pueden tener una solución más adaptada a las necesidades e intereses de las partes en conflicto que la que podría derivarse de la previsión legal».

«fórmula de autocomposición [...] ordenada a la paz jurídica»; en la Ley 5/2012, de 6 de julio⁴⁰²:

Del preámbulo de la Ley 5/2015, de 6 de julio, en su apartado III destacamos la siguiente afirmación: «El modelo de mediación se basa en la voluntariedad y libre decisión de las partes y en la intervención de un mediador, del que se pretende una intervención activa orientada a la solución de la controversia por las propias partes». En este párrafo está el eje fundamental sobre el que se articula el procedimiento de mediación, pues contiene la esencia que hace que este sistema sea adecuado y eficiente para gestionar las diferencias entre las personas. Esta base fundamental es la voluntad de los intervinientes y la libertad a la hora de adoptar decisiones para gestionar el conflicto que les afecta, ayudados por la intervención de un mediador.

Y la mediación, como fórmula de autocomposición, es uno de los instrumentos más eficaces para la resolución de las divergencias, cuando el conflicto jurídico afecta a los derechos subjetivos de carácter disponible. Es un instrumento o institución destinado a conseguir la paz jurídica, puesto que se considerarán a los tribunales de justicia un último recurso, si no se ha llegado a un acuerdo finalmente y no se han podido acercar las posiciones entre las partes, y también hemos de considerar que posibilita que a los juzgados y tribunales no lleguen todas las causas posibles y así conseguir una reducción de los asuntos que podrían acumularse, con el consiguiente aligeramiento de los tiempos para tramitar los expedientes que hayan de resolverse por los juzgados. Esta reflexión también aparece en el preámbulo de la Ley 5/2012, de 6 de julio⁴⁰³.

⁴⁰² DE LA OLIVA SANTOS, Andrés, «Mediación y justicia: síntomas patológicos», en *Otrosí* 8 (octubre-diciembre 2011), p. 8: «la mediación no es Administración de Justicia, ni por sus protagonistas ni por su método. En la mediación no tiene por qué intervenir el Estado; puede llevarse a cabo con formas máximamente flexibles, simplemente amparadas por la ley en cuanto manifestaciones de la autonomía de la voluntad de los sujetos jurídicos y el acuerdo se basa en la conveniencia mutua y no necesariamente en reglas jurídicas aplicables al caso».

⁴⁰³ La Ley incorpora al Derecho español 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. Y va más allá, porque su regulación, en línea con la previsión de la Disposición Final tercera de la Ley 15/2005, de 8 de julio, por la que se modifica el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de separación y divorcio, en la que se encomendaba al Gobierno la remisión a las Cortes Generales de un proyecto de ley sobre mediación

En cuanto a la «deslegalización» que el preámbulo cita como segundo eje, que produciría la mediación, al no tener que someter todos los asuntos al imperio de la ley, tiene como consecuencia una mayor intervención de las partes que están inmersas en los conflictos.

Va a facilitarse de este modo que sea la voluntad de las partes en litigio, como manifestación del principio de la autonomía de la voluntad, junto con sus intereses los que marquen los términos del acuerdo que resuelva el conflicto planteado, y pondría de manifiesto de forma relevante el principio dispositivo, que regulará el tipo de relación entre los que tienen el conflicto.

La ley que estamos analizando se ocupa de su aplicación en el ámbito de competencias del Estado en materia de legislación mercantil, procesal y civil, que a criterio del legislador permite articular un marco para el ejercicio de la mediación, y deja un margen para que las Comunidades Autónomas, en el ejercicio de sus competencias, dicten normas.

El preámbulo nos avanza en aras de facilitar que sea un recurso asumible y posible para su uso, «que [...] se articula un procedimiento de fácil tramitación, poco costoso y de corta duración en el tiempo».

Se produce, por tanto, una «desjuridificación», el tercer eje que menciona la ley, de determinadas materias sobre las que existe un litigio, y que pueden llevarse a un procedimiento de mediación gestionándose con un resultado favorable cuando se alcanza el acuerdo, que será entendido como realizable al darle la categoría de título ejecutivo⁴⁰⁴, una vez se protocolice en escritura pública, y pueda ejecutarse ante los juzgados.

Por último, en este apartado cabe decir que la Directiva 2008/52/CE, fijó como plazo máximo de incorporación a los estados de la Unión Europea, el 21 de mayo de 2011, pero nuestro ordenamiento, no se adaptó a la normativa europea en plazo, con

⁴⁰⁴ La «obligatoriedad» del acuerdo de mediación materializada en el artículo 25 de la Ley 52/2015, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles mediante su elevación a escritura pública que le atribuyen un carácter de título ejecutivo, también lo acercan a la transacción (el pacto) en Roma porque tenía fuerza de cosa juzgada y también como en el caso del acuerdo de mediación era título ejecutivo. Es uno de los puntos fuertes que contiene esta ley sin duda.

las consecuencias negativas que comporta para la ciudadanía y para el Estado por el riesgo de ser sancionado por las instituciones de la Unión Europea, un mal del que adolece con frecuencia nuestro legislador puesto que no es éste el único caso en que nuestro país no cumple el horizonte temporal a la hora de incorporar o trasponer una norma europea en detrimento de la garantía de los derechos de toda la ciudadanía⁴⁰⁵.

3.10.2. Disposiciones generales

El título I de la Ley trata de las disposiciones generales de mediación en materia civil y mercantil.

En el artículo 1 de la Ley se ofrece un concepto de mediación, que define como «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», en esta definición se aceptan otras denominaciones siempre y cuando se intenten alcanzar acuerdos e intervenga un mediador.

El procedimiento de mediación como hemos señalado tiene las características de ser un proceso flexible y tener un carácter informal, por eso se puede realizar mediación de modo adaptado a cada situación y no existen trámites inamovibles que no puedan adaptarse a cada situación siempre que se cumplan unas mínimas premisas y las normas que recoge el articulado de la Ley de mediación.

Es preciso, obviamente, que, tanto en las materias de Derecho civil como de Derecho mercantil, estemos dentro de los límites de lo que se consideran derechos disponibles⁴⁰⁶.

⁴⁰⁵ Como ejemplo reciente la Directiva europea n.º 2014/17/CE que regula la concesión de préstamos y créditos financieros para la adquisición de inmuebles para el uso residencial, que tiene una gran importancia para los consumidores. Según esta normativa europea, cada país miembro, y por lo tanto España, tenía un máximo de dos años para adaptar la legislación nacional a la europea. El plazo se agotó en marzo del año 2016. Nuestro país a esa fecha, ni siquiera tenía un borrador definitivo de la que debía ser, nueva Ley. Recientemente el Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha emitido un comunicado de prensa en el que informaba que el abogado general Tanchev solicitaba al Tribunal que declarara que España no había adoptado las disposiciones necesarias para dar cumplimiento a la Directiva 2014/17, y le imponga a consecuencia, una multa coercitiva diaria de 106.000 euros hasta que dé cumplimiento a la Directiva.

⁴⁰⁶ El artículo 1814 de nuestro Código civil vigente prohíbe la transacción sobre «*el estado civil de las personas, las cuestiones matrimoniales y los alimentos futuros*».

En estas materias, la zona de aplicación sería muy extensa porque, aunque el Código civil impide la transacción sobre las cuestiones matrimoniales, se da la coincidencia de que, justo dentro de este ámbito, ha de existir un margen de disponibilidad, ya que es precisamente este uno de los campos donde se ha desarrollado con más éxito la mediación; todos los temas relacionados con la disolución de la familia, de modo que en los casos de ruptura por separación y divorcio, la mediación familiar abarca tanto la fase de la extinción de la pareja propiamente dicha, como los efectos que produce, tanto económicos (como la pensión compensatoria), como de la convivencia, los temas que afectan a los hijos menores de edad o dependientes económicamente de sus progenitores, la pensión de alimentos, cómo se va a desarrollar la convivencia con ellos, la guarda y custodia y el desarrollo posterior de la adaptación a la nueva situación de los miembros de la familia, todo lo cual es una parte de la materia que integra lo que conocemos como mediación familiar.

El artículo 2.2 para algunos autores⁴⁰⁷ no tiene carácter excluyente respecto de las materias que señala, sino que las excepciones estarían referidas a la eficacia que tienen los acuerdos adoptados por la autoridad judicial, que deberán ser aprobados por el juez, pues las partes carecen de autonomía de la voluntad acerca de esas materias.

El artículo 3 se refiere a los casos de litigios transfronterizos. El texto legal aporta una definición de lo que se entiende por conflicto transfronterizo, de modo que así una de las partes, al menos, ha de estar domiciliada en territorio español o ha de existir un acuerdo expreso de sometimiento a esta Ley⁴⁰⁸; en este caso, o bien hay un acuerdo expreso para someterse a mediación o es obligatorio acudir a ella según la ley aplicable.

Para saber si estamos ante un conflicto transfronterizo, nos atenderemos a la fecha del acuerdo escrito, y si no existiese la fecha entenderemos que las partes

⁴⁰⁷ SOSPEDRA NAVAS, Francisco José, *Mediación y Arbitraje*, ob. cit., p. 160.

⁴⁰⁸ Artículo 3.2 de la Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles. «[...] En los litigios transfronterizos entre partes que residan en distintos Estados miembros de la Unión Europea, el domicilio se determinará de conformidad con los artículos 59 y 60 del Reglamento (CE) n.º 44/2001 del Consejo, de 22 de diciembre de 2000, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil».

afectadas deciden acudir a mediación cuando adoptan las medidas para dar comienzo al procedimiento de mediación.

En el caso de los litigios transfronterizos se aplicarán diferentes criterios para determinar el domicilio y así establecer cuál es la ley del Estado miembro aplicable:

- a) La ley interna que determina si alguna de las partes intervinientes tiene domicilio en el Estado donde se ha de conocer el asunto, y la ley del Estado del domicilio para saber si efectivamente está domiciliado en el mismo⁴⁰⁹.
- b) Si son personas jurídicas y sociedades, se entenderá el domicilio donde se encuentre la sede establecida en sus estatutos; o el centro donde desarrollen principalmente su actividad; el lugar donde se encuentre la administración central. Y si son sociedades, o grupos, acudiremos a las reglas de Derecho internacional privado para establecer el domicilio, regulado en el artículo 60 del Reglamento (CE) n.º 44/2001 del Consejo, de 22 de diciembre de 2000, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil⁴¹⁰.

3.10.2.1. Exclusiones

El artículo 2 de la Ley hace una referencia general a las exclusiones. Aquí se señalan qué materias quedarían fuera de la aplicación de la Ley de mediación, y no tanto de ser materia que pueda someterse a mediación.

En el ámbito del Derecho civil y mercantil, propio de la ley estatal de mediación, la norma comprendería dentro del Derecho de la persona y de familia como materias no disponibles las siguientes: nacionalidad, filiación, derechos y obligaciones paterno-

⁴⁰⁹ Artículo 59 del Reglamento (CE) n.º 44/2001 del Consejo, de 22 de diciembre de 2000, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil.

⁴¹⁰ Los artículos 59 y 60 del Reglamento (CE) n.º 44/2001 del Consejo, de 22 de diciembre de 2000, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, se corresponden con los artículos 62 y 63 del Reglamento de Bruselas y del Consejo, de 12 de diciembre de 2012, que regula la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones judiciales en materia civil y mercantil.

filiales de contenido no patrimonial. Estaría relacionado con el Considerando 10 de la Directiva que establece que:

«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».

En el artículo 2 se detallan tres materias excluidas expresamente de la aplicación de la Ley de mediación, antes eran cuatro (ya que se incluía la materia de consumo, que ahora ya no está excluida)⁴¹¹, resultando curioso que las exclusiones referidas a mediación penal; conflictos con las Administraciones públicas y la mediación laboral se encuentren en el marco de una norma que se refiere a la mediación civil y mercantil, lo que parece denotar una carencia de alto sentido sistemático.

Respecto a la materia de consumo⁴¹², el camino que se ha seguido se ha movido desde su concepción como ámbito excluido dentro de la Ley de Mediación

⁴¹¹ Ley 7/2017, de 2 de noviembre, por la que se incorpora al ordenamiento jurídico español la Directiva 2013/11/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de mayo de 2013, relativa a la resolución alternativa de litigios en materia de consumo, adopta la mediación, como modo de resolver litigios en este ámbito. Por eso ya no es una materia objeto de exclusión.

⁴¹² «[...] esta Ley no regula ni desarrolla procedimientos de resolución alternativa de litigios, sino que se limita a establecer los requisitos que buscan la armonización de la calidad de las entidades de resolución alternativa a las que pueden recurrir los consumidores y los empresarios para la solución de sus litigios. En primer lugar, entre sus principios rectores figuran aquellos relativos a la independencia, la imparcialidad, la transparencia, la eficacia y la equidad. Cabe preguntarse si dicho principio de eficacia requerirá la existencia de un acuerdo final. ¿Se considerará que se cubre si las partes llegan al acuerdo de no estar de acuerdo y abrir otras vías de resolución de conflictos? ¿Si una de las partes decide abandonar el proceso, también quedará satisfecho este principio? [...] Otra cuestión que llama la atención es la voluntariedad, el principio estrella de cualquier método extrajudicial de resolución de conflictos y que, además, aparece calificado como tal en la vigente Ley de Mediación mencionada ut supra, redactada con el siguiente tenor: “excepto cuando una norma especial así lo establezca”. Si la mediación es voluntaria, conforme a su art. 6 (Ley 5/2012), ¿cabe inferir que es posible que se haya abierto la puerta a considerar la posibilidad de sacar de este principio la sesión informativa, al no ser una etapa del procedimiento de mediación stricto sensu, como también vienen pidiendo muchos colectivos de mediadores? [...] Otra de las curiosidades es que la Ley define como procedimiento con resultado vinculante aquel que finalice con la imposición a cualquiera de las partes de la solución adoptada, con independencia de que el resultado conlleve o no la renuncia a la vía judicial; y como procedimiento con

hasta la dotación de una regulación propia. Inicialmente esta materia estaba excluida en el párrafo d) del apartado 2 del artículo 2 de la Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles; exclusión que desapareció tras la publicación el 4 de noviembre de 2017, de la Ley 7/2017, de 2 de noviembre, por la que se incorpora al ordenamiento jurídico español la Directiva 2013/11/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de mayo de 2013, relativa a la resolución alternativa de litigios en materia de consumo⁴¹³. La principal novedad es precisamente que en su Disposición Final Séptima se suprime el párrafo d) del apartado 2 del artículo 2 de la Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles.

En cuatro títulos, esta Ley desarrolla el contenido que abarca su ámbito de aplicación: litigios, litigios derivados de las prácticas comerciales llevadas a cabo por empresarios adheridos a códigos de conducta y litigios transfronterizos⁴¹⁴.

La exclusión tenía su razón de ser amparada en la lógica desigualdad de posiciones entre el consumidor y empresario que oferta el producto; estaba regulada la resolución de los litigios de modo alternativo dentro de la regulación del arbitraje de

resultado no vinculante aquel que termine con un acuerdo entre las partes, adoptado por sí mismas o mediante la intervención de un tercero, o que acabe con una propuesta de solución, con independencia de que las partes puedan posteriormente otorgar a su acuerdo carácter vinculante o comprometerse a aceptar la proposición efectuada por la persona encargada de la solución del litigio (sería, por ejemplo, el caso de la mediación, cuyo resultado no se impone, sino que es fruto del acuerdo de las partes, con independencia de que pueda adquirir carácter de título ejecutivo si las partes optan por ello).» [documento *on line*: <<https://bit.ly/343oU8j>>].

⁴¹³ Preámbulo de la Ley 7/2017, de 2 de noviembre, por la que se incorpora al ordenamiento jurídico español la Directiva 2013/11/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de mayo de 2013, relativa a la resolución alternativa de litigios en materia de consumo: «[...] *La Directiva 2013/11/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de mayo de 2013, que es de armonización mínima, obliga a los Estados miembros a garantizar a los consumidores residentes en la Unión Europea la posibilidad de resolver sus litigios con empresarios establecidos en cualquier Estado miembro mediante la intervención de entidades de resolución alternativa que ofrezcan procedimientos de resolución alternativa o extrajudicial de litigios de consumo que sean independientes, imparciales, transparentes, efectivos, rápidos y justos. Los litigios a los que se refiere la garantía de resolución alternativa son aquellos, de carácter nacional o transfronterizo, relativos a obligaciones contractuales derivadas de contratos de compraventa o de prestación de servicios*».

⁴¹⁴La Ley contempla un procedimiento para acreditar entidades de resolución alternativa, que dependerán, en función de la materia, de otras autoridades competentes, alguna pendiente de creación, dirigidas también por la Agencia Española de Consumo, Seguridad Alimentaria y Nutrición, que a su vez, será el conector con la Comisión Europea, y la responsable de la elaboración del listado nacional de entidades acreditadas, para que se incluya en el Listado consolidado de entidades acreditadas de la Comisión Europea.

consumo, en virtud del artículo 38 del Real Decreto 231/2008, de 15 de febrero, por el que se regula el sistema arbitral de consumo⁴¹⁵, y se recogía en el Considerando 18 de la Directiva con la siguiente redacción:

«en el ámbito de la protección del consumidor, la Comisión adoptó una Recomendación que establece los criterios mínimos de calidad que los órganos extrajudiciales de resolución consensual de litigios en materia de consumo deben ofrecer a sus usuarios. Se debe alentar a todos los mediadores u organizaciones que entran en el ámbito de aplicación de dicha Recomendación a que respeten sus principios. Para facilitar la difusión de la información relativa a tales órganos, la Comisión debe crear una base de datos de los sistemas extrajudiciales que, a juicio de los Estados miembros, respetan los principios de la Recomendación».

La exclusión de la materia de consumo, que se hizo atendiendo a la clara desigualdad que existiría entre las partes, ya no tiene razón de ser, por eso ha sido suprimida de la ley.

Como conclusión, poniendo en relación el artículo 2 y lo apuntado en el preámbulo de la Ley, en realidad, debemos considerar que la Ley de mediación en asuntos civiles y mercantiles da cobertura legal a la aplicación de este medio a todas las materias disponibles en Derecho civil y mercantil, excluyendo aspectos como el Derecho de la persona y de familia; con la excepción del ámbito propio del derecho de consumo, que se habrá de regir por una norma sectorial.

3.10.2.2. El procedimiento de mediación y sus efectos sobre los plazos de prescripción y caducidad

Debemos pensar que para que la mediación pueda aplicarse y realmente sea una buena opción para resolver los litigios, debería ser un método cuyas notas características sean las de celeridad, sencillez y economía en la doble vertiente temporal y de costes. Asimismo, tendrá que estar bien enlazada con el proceso para

⁴¹⁵ Real Decreto 231/2008, de 15 de febrero, por el que se regula el Sistema Arbitral de Consumo. Texto original: «[...] Este Real Decreto se dicta en cumplimiento de lo dispuesto en la disposición final sexta de la Ley 44/2006, de 29 de diciembre, de mejora de la protección de los consumidores y usuarios, conforme a lo previsto los artículos 57 y 58 del texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, contando con el parecer de las comunidades autónomas a través de la Conferencia Sectorial de Consumo y con audiencia del Consejo de Consumidores y Usuarios y de las organizaciones empresariales [...]».

que sean normas efectivas cuando, tras el acuerdo, deba instarse el cumplimiento forzoso de lo pactado en mediación.

En el artículo 4 de la Ley se hace mención a los efectos del procedimiento de mediación sobre los plazos de prescripción y caducidad. Y su contenido dispone que la solicitud de inicio de la mediación según reconoce el artículo 16 suspenderá la prescripción o la caducidad de acciones desde la fecha en la que conste la recepción de la solicitud por el mediador, o de la fecha en que se deposita ante la institución de mediación, si fuera este el caso.

Los plazos se computarán del siguiente modo:

- a) si en el plazo de los quince días naturales, que se contarán desde que se recibe la solicitud de inicio de la mediación, no se firmara el acta de la sesión constitutiva, que se regula en el artículo 19 de la Ley, se va a reanudar el cómputo de los plazos;
- b) si se produce la firma del acta de constitución, por el contrario, la suspensión se prolongará hasta que se produzca la firma del acuerdo de mediación, o en su defecto la firma del acta final, o la finalización del procedimiento de mediación, en atención a las causas previstas por la ley. A partir de aquí se reanudará de nuevo el cómputo del plazo⁴¹⁶.

3.10.2.3. Las instituciones de mediación

El artículo 5 regula las instituciones de mediación de las cuales establece que son instituciones públicas o privadas, que pueden ser españolas o extranjeras y las corporaciones de derecho público cuya finalidad sea el impulso de la mediación, y para ello se dará facilidad en el acceso a la misma, incluida la designación de mediadores.

3.10.3. Principios informadores de la mediación

El título II de la Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles, recoge los principios informadores de la mediación, desde el artículo 6 con

⁴¹⁶ Para SOSPEDRA NAVAS, *ob. cit.*, el límite temporal suspensivo de los quince días entre la solicitud y la sesión constitutiva está en discordancia con lo que se regula en los artículos 16 y siguientes de la ley de mediación vigente, porque nada se dice acerca del plazo para convocar la sesión informativa regulada en el artículo 17, ni para la firma de la sesión constitutiva que se recoge en el artículo 19.

la rúbrica de «*Voluntariedad y libre disposición*». En el punto número 1 afirma que la mediación es voluntaria. Y esta voluntariedad es uno de los pilares de la mediación, y lo es desde el inicio del procedimiento, durante su desarrollo y hasta la finalización del proceso. Se intentará llegar a un procedimiento pactado, de buena fe, antes de acudir a la jurisdicción o a otra solución extrajudicial según el artículo. Esta cláusula afirma que tendrá efectos incluso cuando la controversia verse sobre la validez o existencia del contrato donde conste.

De este artículo se deduce que las partes, en atención al principio de libre disposición, una vez fijen la cláusula de mediación, se comprometen a realizar una conducta encaminada a resolver las controversias, lo que enlazaría con el principio de buena fe.

Y como terminación de la manifestación del principio de voluntariedad, en el punto tercero establece este artículo que «*nadie está obligado a mantenerse en el procedimiento de mediación ni a concluir un acuerdo*». Por eso este principio abarcará todas las fases del procedimiento de mediación desde el inicio, desarrollo y terminación.

El artículo 7 regula los principios de igualdad de las partes e imparcialidad de los mediadores⁴¹⁷. El principio de imparcialidad es una manifestación explícita y completa del referido principio de igualdad de las partes.

La igualdad de las partes es un elemento imprescindible en el procedimiento de mediación para que se mantenga el equilibrio en el proceso y así se produzca una total igualdad de oportunidades; para ello la actividad del mediador no causará ningún perjuicio, y tendrá que realizar una intervención correcta, de modo que pueda deducirse que ha actuado de forma imparcial, y no en interés o perjuicio de alguna de las partes.

Por eso se excluye de la aplicación de la mediación a aquellos conflictos donde se ponga de manifiesto una evidente y manifiesta desigualdad entre los intervinientes.

⁴¹⁷ Marinés Suares (en comunicación oral) en Taller de Marinés Suarés. Organizado por el: Centro de Mediación «Gestión Inteligente de Conflictos octubre 2015 dice refiriéndose a la imparcialidad del mediador que debe dejar a un lado «sus valores, sus sentimientos y su necesidad de protagonismo».

En el artículo 8 se recoge el principio de neutralidad, según el cual: las actuaciones de mediación van a desarrollarse de tal forma que sean las propias partes inmersas en el conflicto las que puedan llegar a alcanzar un acuerdo en el procedimiento de mediación. El mediador ha de atenerse a lo que está establecido por las partes.

Las actuaciones de mediación se desarrollarán de forma que permitan a las partes en conflicto alcanzar por sí mismas un acuerdo de mediación, actuando el mediador según lo dispuesto en el artículo 13. Así, facilitará la comunicación entre las partes, velando por que dispongan de la información necesaria, de modo que tendrá que intervenir con una conducta activa para conseguir un acercamiento entre las partes; también puede renunciar a realizar la mediación, bajo ciertas circunstancias, debiendo hacer entrega de un acta donde conste su renuncia, y no puede iniciar o, en su caso, debe abandonar la mediación si concurren circunstancias que puedan comprometer su imparcialidad.

Siguiendo con los principios legalmente establecidos de la mediación, en el artículo 9 encontramos el principio de confidencialidad⁴¹⁸, que abarca tanto el contenido de la mediación en todos sus aspectos (así, el contenido de las conversaciones, o la documentación que se maneje), como al propio mediador, porque está protegido por secreto profesional y, por tanto, la confidencialidad también le ampara a él y a las instituciones de mediación.

Y salvo que las partes de manera expresa y por escrito les dispensen de este deber de confidencialidad, o mediante una resolución judicial motivada, se solicite cierta información por los jueces de la jurisdicción penal. deberá cumplirse estrictamente este principio.

En su último apartado recoge la responsabilidad derivada de la vulneración del deber de confidencialidad, que tendrá las consecuencias recogidas en el ordenamiento jurídico.

⁴¹⁸ La confidencialidad es tan importante que tendrá que firmarse en el contrato de mediación por todos los intervinientes en el procedimiento. Si se realiza en comediación, todos tendrán que firmar la confidencialidad, para proteger la privacidad de las partes que acuden a mediación.

3.10.4. Las partes en el procedimiento de mediación

Respecto de las partes⁴¹⁹, en la Ley de mediación en asuntos civiles y mercantiles, aparecen reguladas en el artículo 10, otorgándoles la posibilidad de que puedan «organizar el procedimiento del modo que crean conveniente», aunque en el punto número dos se establece que deberán actuar las partes entre sí, conforme a los principios de lealtad, buena fe y respeto mutuo, que son una manifestación más del principio de voluntariedad y autonomía privada. Respecto del mediador, las partes deberán prestar su colaboración y apoyo permanente.

Las partes tienen derechos y deberes que asumir⁴²⁰. Entre los derechos podemos citar los siguientes: el derecho a la elección del mediador; el derecho a la libre disposición en la mediación; el derecho a soportar el coste de la mediación por mitad (reconocido en el artículo 15 de la Ley) y derecho de información (que se recoge en el artículo 17). Por el lado de los deberes que han de asumir están el deber de buena fe, de lealtad y de respeto mutuo; el deber de sufragar el coste de la mediación por mitades, y el deber de «exclusión jurisdiccional», que implica que durante el procedimiento de mediación no se ejercitará ninguna acción judicial o extrajudicial en relación con el objeto de la mediación⁴²¹.

⁴¹⁹ MARTÍN DIZ, Fernando, «Nuevos escenarios para impulsar la mediación en derecho privado: ¿conviene que sea obligatoria?», en *Práctica de tribunales: revista de derecho procesal civil y mercantil*, ISSN 1697-7068, N.º. 137, 2019, p. 2, afirma: que parte en mediación es «cualquier persona, o grupo de personas, ya que la mediación no excluye que la posición de parte sea ocupada por un colectivo, que plantee la solución de un conflicto intersubjetivo a través de un procedimiento de mediación, y que acepte libre y voluntariamente someter el conflicto que mantiene frente a otro a través de este método autocompositivo de solución de disputas para obtener una solución pactada».

⁴²⁰ Vid MORETÓN TOQUERO, M.^a Aránzazu; «Derechos y deberes de las partes en la mediación familiar», en BELLOSO MARTÍN, Nuria (Coord.), *Estudios sobre Mediación: Ley Mediación Familiar de Castilla y León*, Consejería de Familia e Igualdad de Oportunidades, Junta de Castilla y León, Valladolid, 2006, p. 167-184.

⁴²¹ El artículo 10.2 de la Ley 5/2012 de 6 de julio, prescribe: «[...]las partes no podrán ejercitar contra las otras partes ninguna acción judicial o extrajudicial en relación con su objeto, con excepción de la solicitud de las medidas cautelares u otras medidas urgentes imprescindibles para evitar la pérdida irreversible de bienes y derechos. [...] el ejercicio de acciones habilita para interponer una acción declinatoria si alguien iniciara actuaciones sobre la materia comprendida en la mediación.»

3.10.5. Estatuto del mediador

El estatuto del mediador aparece regulado en los artículos 11 al 15 de la Ley de mediación en asuntos civiles y mercantiles, aunque en la propia regulación legal, en la disposición final octava se remite al posterior desarrollo reglamentario, que se materializó en el Real Decreto 980/2013, de 13 de diciembre, por el que se desarrollan determinados aspectos de la Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles.

A tenor del artículo 11 de la Ley, serán personas naturales que estén en el 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 profesión⁴²².

Su cualificación será la de estar en posesión de un título universitario oficial, o de formación profesional superior, y que tenga la capacitación específica para poder ejercer la mediación; para ello deberá haber realizado los cursos específicos que le habiliten en alguna de las instituciones que estén acreditadas debidamente, y que tengan validez en cualquier parte del territorio español

Las personas jurídicas que se dediquen a la mediación, bien sean sociedades o profesionales, tendrán que designar para su ejercicio a una persona natural que reúna los requisitos previstos en la ley.

Respecto a la formación de los mediadores, en el preámbulo del Real Decreto 980/2013, de 13 de diciembre, por el que se desarrollan determinados aspectos de la Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles, en el ordinal II se argumenta la importancia que tiene la formación para la aptitud del mediador⁴²³. Y el

⁴²² Para el desempeño de su profesión el mediador, deberá suscribir un seguro o garantía equivalente que cubra la responsabilidad civil derivada de su actuación en los conflictos en que intervenga, así lo establece en el punto tres, el artículo 11. Al no existir un colegio profesional, ni ser una profesión reglada, la situación ha de ser cubierta mediante el contrato de un seguro privado, o estar amparado por la póliza correspondiente de la profesión que de origen realizan los que desempeñan la tarea de mediadores, así ocurre en el caso de los abogados.

⁴²³ Real Decreto 980/2013, de 13 de diciembre, por el que se desarrollan determinados aspectos de la Ley 5/2012, de 6 de julio, de Mediación en Asuntos Civiles y Mercantiles. Preámbulo II: «*La formación del mediador constituye un requisito fundamental del mismo, ligado a la eficacia con la que ha de desempeñar su labor y que, además de la Ley, ampara la Directiva 2008/52/CE, sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles. Esta norma europea establece la obligación de los*

capítulo segundo tiene como rúbrica «La Formación de los Mediadores» a los que dedica desde el artículo 3 hasta el 7, dentro de los cuales se contienen los requisitos exigidos para la óptima preparación de un mediador en el desempeño de su labor; en el artículo 4 se explicita que la formación específica del mediador «*deberá proporcionar conocimientos y habilidades suficientes para el ejercicio profesional de mediación, comprendiendo, como mínimo, en relación con el ámbito de especialización en el que presten sus servicios, el marco jurídico, los aspectos psicológicos, de ética de la mediación, de procesos y de técnicas de comunicación, negociación y de resolución de conflictos*». Desde este punto de vista parece que exige una fuerte preparación encaminada a formar profesionales con un nivel muy elevado para el eficaz y correcto desempeño de una profesión especial y que exige especiales conocimientos técnicos para su desempeño.

Después «flojea» este mandato porque, para empezar, ya reduce al 35 por ciento la formación práctica, cuando realmente es una de las partes de la formación más importantes y necesarias, y después afirma, en el artículo 5, que toda esta especialización, conocimiento y habilidades podrán adquirirse con un contenido mínimo de 100 horas de docencia efectiva⁴²⁴; esta exigencia es a todas luces insuficiente para que se adquieran mínimamente conocimientos adecuados y válidos para formarse de un modo riguroso, cuando además exige un porcentaje de prácticas también insuficiente para adquirir las destrezas y pericia necesarias para realizar con solvencia las mediaciones. Claro está que puede haber personas muy hábiles que puedan tener capacidad especial para desempeñar con eficiencia el trabajo, aunque será necesaria

Estados miembros de fomentar la formación inicial y continua de mediadores para garantizar que la mediación se lleve a cabo de forma eficaz, imparcial y competente».

⁴²⁴ VILALTA, Aura Esther, «La formación del experto mediador y los estándares de calidad Particularidades que imprime el entorno electrónico», en *Revista d'internet, dret i política/Revista de Internet de Derecho y Política*, 20, junio de 2015, p. 79: La formación especializada de los profesionales es crucial para garantizar la calidad y la preservación de los principios de la mediación en todo proceso. En concreto: su carácter voluntario y dispositivo. Su flexibilidad, clave de su atractivo y de su ventaja competitiva frente a las modalidades adversariales. La posibilidad de que las partes puedan elegir al mediador de su confianza. Que la mediación se desarrolle, en todo caso, fuera de la oficina judicial cuando sea intrajudicial y con absoluta confidencialidad si es su deseo. Que se preserve la igualdad de oportunidades de las partes, el equilibrio y la imparcialidad de los mediadores. Qué se preserve la independencia de mediadores e instituciones de mediación. Que la actividad sea «neutral», es decir, despojada de todo juicio valorativo. [on line: <www.uoc.edu/idp>].

una formación de calidad suficiente, tanto a nivel teórico como práctico, para formar buenos profesionales.

Tal vez pueda solventarse esa carencia porque, en la actualidad, ya en muchas instituciones académicas, institutos, colegios y universidades empiezan a incluirse en los planes de estudios asignaturas de mediación, másteres y una formación reglada que puede contribuir a que los conocimientos para ser mediador adquieran la importancia y el rigor necesario cuanto menos como el de otra profesión para la que hay que tener un nivel de estudios y de cualificación. Y así cumplir con el mandato que recoge el artículo 3.2, que dispone que la formación del mediador se podrá adquirir en uno o en varios cursos para que el mediador domine las técnicas de mediación y el desarrollo del procedimiento según los principios y garantías que regula la ley, poniendo el acento en los asuntos que no deben someterse a mediación; en los derechos de los terceros que acuden a la mediación y en las expectativas que estos posean y habla también se refiere a la responsabilidad del mediador.

Por último, este capítulo del Real Decreto 980/2013, de 13 de diciembre, incluye la regulación, en los artículos 6 y 7 de la formación continua del mediador, que consistirá en un reciclaje consistente en actividades «de carácter eminentemente práctico, al menos cada cinco años, las cuales tendrán una duración total mínima de 20 horas». A todas luces no parece que sea una gran exigencia para ponerse al día, aunque al menos es algo que permite confirmar un cierto seguimiento activo en la profesión.

Esta formación de los mediadores como también el reciclaje o formación continua⁴²⁵, tendrá que impartirse en centros o entidades de formación ya sean públicos o privados que habrán de tener una «habilitación legal» que les capacite para realizar tales actividades formativas, con la autorización correspondiente de la administración pública competente.

⁴²⁵ La formación continua para mediadores es esencial, el profesional de la mediación, estará siempre actualizado respecto a las modificaciones legislativas que le afecten, también en la mejora de los conocimientos, y en la renovación de las habilidades específicas con nuevas técnicas para realizar la mediación. Cada 5 años, todos los profesionales de la mediación necesitan actualizarse y recibir formación continua para poder seguir desempeñando su oficio de forma idónea y con garantías, los cursos de «reciclaje» específicos tendrán una duración mínima de 20 horas.

El capítulo III del Reglamento aprobado por real decreto 980/2013, de 13 de diciembre, tiene como título. «*el Registro de Mediadores e Instituciones de Mediación*». En este apartado nos referiremos al Registro.

En la disposición final octava de la Ley 5/2012, de 6 de julio, de Mediación en Asuntos Civiles y Mercantiles, se regula el desarrollo reglamentario del control del cumplimiento de los requisitos de la mediación exigidos en la Ley, y en el punto primero establece que:

«El Gobierno, a iniciativa del Ministro de Justicia, podrá prever reglamentariamente los instrumentos que se consideren necesarios para la verificación del cumplimiento de los requisitos exigidos en esta Ley a los mediadores y a las instituciones de mediación, así como de su publicidad».

Y a continuación nos anuncia que entre estos instrumentos está la creación de un Registro de Mediadores y de Instituciones de Mediación, que depende del Ministerio de Justicia y que estará coordinado con los Registros de Mediación de las comunidades autónomas.

En el artículo 8 del Real Decreto 982/2013, de 13 de diciembre, se explicita esta cuestión, añadiendo que este registro tiene como finalidad facilitar el acceso de los ciudadanos a la mediación, a través de la publicidad de los mediadores profesionales y de las instituciones de mediación. Este registro tendrá un carácter público e informativo, constituyéndose como base de datos informatizada accesible a través del sitio web del Ministerio de Justicia. También deberán aplicarse a este registro aquellas normas que regulan el acceso electrónico de los ciudadanos a los servicios públicos y el uso de técnicas electrónicas, informáticas y telemáticas por nuestra administración general del Estado: como así lo especifica el artículo 9 del Real Decreto 982/2013, de 13 de diciembre⁴²⁶.

⁴²⁶ En el Artículo 11.1 del Real Decreto 980/2013, de 13 de diciembre de 2013, dispone que la inscripción para los mediadores no es obligatoria, salvo para mediadores concursales, no obstante es conveniente la inscripción para constatar la condición de mediador ante las personas que lo soliciten, así se podrá solicitar el certificado ante el encargado del registro; y es importante destacar también, que la inscripción en el registro de mediadores no exime a los mediadores del cumplimiento de los requisitos exigidos por ley ni de la responsabilidad que el mediador asume en el ejercicio de su actividad. La entrada en vigor del registro se produjo el 1 de junio de 2014.

La inscripción en el registro tendrá carácter voluntario como se contempla en el artículo 11.1 del Real Decreto 980/2013 de 13 de diciembre, salvo para mediadores concursales, para los que según apartado 1 del artículo 233 de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal, será requisito previo, de modo que es necesaria la previa inscripción para poder ser mediador concursal.

En el artículo 14 del Real Decreto 980/2013 de 13 de diciembre, se especifican los datos que deben proporcionar los mediadores al Registro, a saber: a) nombre, apellidos y número de identificación fiscal; b) dirección profesional e información de contacto, incluidos su correo electrónico y sitio web si lo tuvieren; c) especialidad profesional; d) titulación, formación específica de mediación y experiencia profesional; e) área geográfica principal o preferente de actuación profesional, incluido cuando sea todo el territorio nacional o comprenda también otros Estados; f) póliza del contrato de seguro de responsabilidad civil profesional o, en su caso, del certificado de cobertura expedido por la entidad aseguradora o la garantía equivalente que se hubiera constituido. Se indicará una dirección electrónica de la entidad aseguradora o de la entidad de crédito en la que constituyera la garantía equivalente. g) su integración, en su caso, en alguna institución de mediación, h) su inscripción, en su caso, en algún otro registro de mediadores dependiente de otra administración pública.

En una Orden del Ministro de Justicia se especificarán los documentos electrónicos que deberán acompañar a los datos anteriores, los cuales se adjuntarán al formulario de la solicitud. Si se denegara la inscripción o si se archivara la solicitud, podrá interponerse el recurso de alzada ante el Subsecretario de Justicia, en su caso, a través de la sede electrónica del Ministerio de Justicia.

En el siguiente artículo se regula la comprobación de los datos y el alta en el Registro, y en los artículos 16 y 17 podemos encontrar la necesidad de actualizar los datos y las causas de baja en el Registro, que se refieren a las siguientes causas:

- a) La extinción del contrato de seguro de responsabilidad profesional o de la garantía equivalente, sin que proceda a la celebración de un nuevo contrato o constitución de una nueva garantía.

- b) La inhabilitación o suspensión para el ejercicio de su profesión por autoridad competente, incluyendo los Colegios Profesionales y Cámaras de Comercio, Industria y Navegación, así como sus Consejos Generales.
- c) La solicitud del interesado.
- d) La falta de acreditación por parte del mediador de la formación continua que debe recibir.
- e) La inexactitud, falsedad u omisión, de carácter esencial, en cualquier dato, manifestación o documento que se acompañe o incorpore a la declaración responsable a que se refiere el artículo 14.
- f) La concurrencia de causa que determine la imposibilidad física o jurídica de continuar en la prestación de la actividad de mediación.
- g) El fallecimiento del mediador.

3.10.6. Procedimiento de mediación

El procedimiento de mediación, encuentra regulado en los artículos 16 a 24 de la Ley 5/2012, de 6 de julio, de Mediación en Asuntos Civiles y Mercantiles. Podemos encontrar un procedimiento que se desarrolla en todas las fases y de modo presencial y, a su vez, el procedimiento realizado por medios electrónicos que se regula en el artículo 24.2 de la ley.

Se suelen distinguir tres etapas diferenciadas, que analizamos a continuación.

3.10.6.1. Fase previa al procedimiento

La fase previa al procedimiento de mediación abarca la fase de preparación y está contenida en los artículos 16 y 17 de la Ley 5/2012, de 6 de julio. Incluirá la solicitud, la sesión informativa, el plazo de duración y la designación de uno o varios mediadores.

En cuanto a la solicitud, pueden distinguirse dos momentos:

En primer lugar, la solicitud puede realizarse en un momento anterior al inicio de un proceso judicial en curso, y puede ser:

a) de común acuerdo entre las partes, las cuales tendrán que realizar la solicitud incluyendo el mediador o la institución de mediación donde van a realizar la mediación, también el lugar y la lengua en la que se desarrollarán las sesiones; o bien

b) por una de las partes, si se ha establecido un pacto de sometimiento a mediación entre ellas.

Se deberá formular la solicitud ante las instituciones de mediación o ante el mediador que haya sido propuesto, bien por una de las partes a las demás o bien, ya designado por ellas.

En segundo lugar, cuando hay un procedimiento judicial en curso, las partes pueden solicitar la suspensión de común acuerdo atendiendo a la legislación procesal.

El artículo 4 de la Ley 5/2012 regula que se producirá la suspensión de los plazos de prescripción y de caducidad si se acuerda por todas las partes el inicio del procedimiento de mediación.

Por lo que se refiere a la sesión informativa, por un lado, el artículo 17 establece que, bien el mediador o bien la institución de mediación. Si alguna de las partes, o las dos, no acudieran de manera injustificada, se entenderá que desisten de la mediación.

En cuanto al contenido de la sesión informativa se establece lo siguiente: el mediador informará a las partes de las causas que pueden influir en su imparcialidad, de su profesión, de la formación y experiencia que posee y de las características de la mediación, del precio que va a importar la mediación y de cómo va a ser la organización del procedimiento, así como de todas las consecuencias jurídicas derivadas si se llegase a producir el acuerdo. También debe informar del plazo para firmar el acta de la sesión constitutiva.

Debemos señalar que esta sesión informativa puede no producirse si las partes deciden no realizarla, y esto puede suceder, bien porque ya conozcan el procedimiento o bien porque ya habían pactado no efectuarla: como así se explicita en el artículo 17.1.

En el artículo 18 se recoge la posibilidad de que la mediación se realice, bien por uno o bien por dos mediadores y, si se produjera esta segunda posibilidad de

comediación, se establece que han de actuar de forma coordinada. Esta afirmación parece una obviedad, pues si los mediadores no transmiten seguridad, eficiencia, tranquilidad y control sobre el proceso, para lo cual las dos partes han de estar bien coordinadas, la mediación que se realice casi con toda seguridad que no va a obtener resultado alguno.

3.10.6.2. Procedimiento de mediación

Es el procedimiento de mediación propiamente dicho, el que se refiere a las sesiones en las que se desarrolla la mediación.

La regulación del procedimiento abarca los artículos 19 a 24, incluyendo la sesión constitutiva, en la que se fija la duración máxima de la mediación, el coste que se prevé y el objeto del procedimiento, y ahí se fijarán asimismo las obligaciones que van a regular el proceso.

Respecto del inicio del procedimiento de mediación, podemos distinguir dos fases bien diferenciadas:

La primera se corresponde con la sesión constitutiva. En esta sesión es en la que las partes van a expresar su deseo de desarrollar la mediación y van a dejar constancia de los siguientes aspectos: a) La identificación de las partes.; b) la designación del mediador y, en su caso, de la institución de mediación o la aceptación del designado por una de las partes; c) el objeto del conflicto que se somete al procedimiento de mediación; d) el programa de actuaciones y duración máxima prevista para el desarrollo del procedimiento, sin perjuicio de su posible modificación; e) la información del coste de la mediación o las bases para su determinación, con indicación separada de los honorarios del mediador y de otros posibles gastos; f) la declaración de aceptación voluntaria por las partes de la mediación y de que asumen las obligaciones de ella derivadas; g) el lugar de celebración y la lengua del procedimiento.

Tras cumplirse todos estos trámites y estar todos aceptados y las partes conformes es necesario levantar acta en la que consten todos ellos y que deberá firmarse por ambas y por el mediador, pues, de no ser así, se considerará intentada sin efecto.

Podemos hacer una mención especial al caso de que el procedimiento de mediación que se va a realizar sea intrajudicial, es decir con un procedimiento judicial abierto. Hay que recordar que, en este caso y en atención a lo que regula el artículo 19.4 de nuestra Ley 1/2000, de 7 de enero, de enjuiciamiento civil, se puede solicitar la suspensión del procedimiento que no supere los sesenta días, si se ha establecido el acuerdo por las dos partes⁴²⁷.

La segunda se refiere a la duración del procedimiento. Se regula en el artículo 20, que contiene solamente una recomendación para que el procedimiento de mediación sea breve y con un número reducido de sesiones. Normalmente son las partes y el mediador quienes acuerdan el número de sesiones y su duración, en función de la evolución del procedimiento y de cómo estén desarrollándose los encuentros para que la mediación sea productiva y llegue finalmente a la consecución del acuerdo.

En cuanto al desarrollo del procedimiento de mediación, hay que tener presente que el mediador va a convocar a las partes a la sesión de mediación con un tiempo mínimo adecuado para que puedan acudir y prepararse las intervenciones. Asimismo, tendrá que dirigir la sesión y facilitar la comunicación entre las partes para que puedan exponer cuáles son sus posiciones, y así poder llegar a establecer cuáles son los intereses subyacentes del conflicto y cuáles son las necesidades reales de cada una de ellas; y todo ello de una forma equitativa en cuanto a los tiempos, de modo que la sesión pueda desarrollarse de un modo tranquilo y equilibrado.

Dentro de estas sesiones pueden producirse entrevistas individuales consensuadas con las partes (lo que se conoce, en nomenclatura anglosajona, como «caucus»), aunque normalmente el desarrollo de las sesiones se va a realizar de manera conjunta.

Respecto de las sesiones individuales, el mediador deberá mantener la confidencialidad acerca de la información recibida, salvo que los interesados le den permiso para que dicha información se traslade a la otra parte. Por tanto, y como

⁴²⁷ Este precepto nos dice que las partes podrán solicitar la suspensión del proceso, que será acordada por el Letrado de la Administración de Justicia mediante decreto si no perjudica al interés general o a terceros.

establece la norma, ha de tener autorización expresa del que le ha facilitado la información o documento. Sobre la documentación obtenida por el mediador o la institución de mediación a lo largo del proceso mediador, existe un deber de custodia y de conservación durante cuatro meses, una vez haya finalizado el procedimiento de mediación.

Finalmente, por lo que respecta a la terminación del procedimiento de mediación, hay que distinguir entre dos situaciones diferentes:

- Una sería la finalización con acuerdo: Si finalmente en el procedimiento de mediación se logra alcanzar el acuerdo, que se regula en el artículo 23 de la Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles, hay que tomar en consideración que se puede alcanzar un acuerdo total respecto de todas las cuestiones planteadas en el procedimiento de mediación, o bien pueden haberse resuelto cuestiones de forma parcial y por tanto sólo se han llegado a solventar una parte de las materias objeto de la mediación. Como se dispone en la ley, en el acuerdo de mediación deberá constar la identidad y el domicilio de las partes, el lugar y fecha en que se suscribe, así como también las obligaciones que cada parte asume y si el procedimiento de mediación que se ha realizado ha cumplido todas las previsiones de la Ley, indicando el mediador o mediadores intervinientes o la institución de mediación donde se ha realizado el procedimiento.

El acuerdo de mediación tiene que ir firmado por las partes o sus representantes. Y de este acuerdo se va a hacer entrega de un ejemplar a cada una de las partes y otra copia para que la conserve el mediador, éste deberá informar a las partes del carácter vinculante que tiene el contenido del acuerdo; que pueden elevarlo a escritura pública para configurar su acuerdo como un título ejecutivo. A efectos de impugnación del acuerdo de mediación sólo cabe la acción de nulidad por las causas que invalidan los contratos.

- Y otra consistiría en la finalización sin acuerdo, por las causas que se recogen en el artículo 22:

- a) por un lado, todas o alguna de las partes pueden llegar a un consenso sobre la necesidad de finalizar las sesiones y, por tanto, la mediación, al no haber

- posibilidad de continuar con el procedimiento, y así se lo han de comunicar al mediador;
- b) por haber transcurrido el plazo máximo que las partes han pactado para su duración: en este contexto ya hemos mencionado que el plazo se habría delimitado en la sesión constitutiva, si bien las partes pueden modificarlo de mutuo acuerdo;
 - c) el mediador aprecia de un modo claro y justificado que el procedimiento de mediación no puede durar porque las posiciones son irreconciliables, el mediador valorará de manera profesional el estado de la situación del procedimiento de mediación y ha de actuar de manera adecuada a sus deberes como mediador, que implican decidir finalizar un procedimiento que no debe continuar porque no conduce a un resultado que vaya a favorecer a las partes;
 - d) por alguna causa justificada, por lo que aquí tenemos un motivo abierto en el que caben multitud de circunstancias a criterio del mediador (inasistencia de las partes sin previo aviso reiteradas, impagos de honorarios, comportamientos inadecuados por parte de los mediados, entre otras.). En todo caso será el criterio del mediador el que, según su deontología profesional y su buen hacer, deberá considerar si es una causa justificada para dar por finalizada la mediación.

La finalización se documenta en acta final. Tras la conclusión del procedimiento, se extiende la misma por el mediador y en ella figurará cual es la causa de la finalización del procedimiento. Recogerá la firma del mediador y de las partes, haciéndose entrega de una copia a cada una de ellas. Si una de las partes no quisiera firmar el acta, el mediador, lo hará constar en el acta, entregando un ejemplar a las partes que lo deseen.

3.10.6.3. Ejecución de los acuerdos

La fase posterior a la mediación, aquella en la que se produce la ejecución de los acuerdos.

Esta fase se regula en los artículos 25,26 y 27 de la Ley. Estamos ante la última etapa de la mediación, o fase de cierre. La lógica marcada por la voluntariedad del procedimiento de mediación al que se han sometido las partes nos hace pensar que el acuerdo pactado va a ser realizado en los términos establecidos, pues al haber existido un pacto consensuado sobre los temas en conflicto se garantiza un inicial y voluntario cumplimiento de lo acordado sin tener que acudir, por lo general a ningún sistema de ejecución forzosa.

El artículo 25.1 de la Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles establece que las partes podrán elevar a escritura pública el acuerdo de mediación⁴²⁸. El notario comprobará que se cumplen, los requisitos exigidos legalmente y su contenido sea acorde a derecho, por eso el acuerdo de mediación deberá ir acompañado de copia del acta constitutiva y del acta final⁴²⁹. Una vez se ha alcanzado tal acuerdo por las partes de forma voluntaria y se ha finalizado el procedimiento de mediación, será preciso que se cumpla, y en este momento el mediador será el garante de que su cumplimiento sea real y efectivo.

Si se ha producido el acuerdo en el marco de un procedimiento judicial, según establece el artículo 26 de la Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles, la ejecución se solicitará ante el tribunal que homologó el acuerdo.

Y si el acuerdo se ha elevado a escritura pública podrá ejecutarse⁴³⁰, si se ha presentado por las partes ante un notario acompañado de copia de las actas de la

⁴²⁸«Los Estados miembro garantizarán que las partes, o una de ellas con el consentimiento explícito de las demás, puedan solicitar que se dé carácter ejecutivo al contenido de un acuerdo escrito resultante de una mediación. El contenido de tal acuerdo se hará ejecutivo a menos que, en el caso de que se trate, bien el contenido de ese acuerdo sea contrario al Derecho del Estado miembro donde se formule la solicitud, bien la legislación de ese Estado miembro no contemple su carácter ejecutivo» (artículo 6.1 de la Directiva 2008/52, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de mayo de 2008, sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles). Este artículo dirige un mandato a los Estados miembro para que garanticen que el contenido de un acuerdo escrito resultante de una mediación pueda adquirir fuerza ejecutiva a solicitud de las partes.

⁴²⁹ SANTOS VIJANDE, Jesús M.^a, «Tratamiento Procesal de la mediación y eficacia ejecutiva del acuerdo de mediación en la ley 5/2012», en *Revista Internacional de Estudios de Derecho Procesa y Arbitraje*, 1, 2013, p. 24.

⁴³⁰ El artículo 517.2. 2.º de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, incluye entre los títulos ejecutivos los acuerdos de mediación, y para que tengan esta consideración, deberán haber sido elevados a escritura pública, y están sometidos al plazo de espera del artículo 548 de la ley de

sesión constitutiva y del final del procedimiento, sin que sea necesaria la presencia del mediador. Así el notario verificará el cumplimiento de los requisitos exigidos en la ley y que el contenido no sea contrario a derecho.

Se otorgará en tal caso, un plazo de veinte días para que se cumpla el acuerdo voluntariamente antes de poder instar su ejecución forzosa. El plazo de caducidad del artículo 518⁴³¹ comenzará a contarse a partir de la fecha de elevación del acuerdo a escritura pública⁴³².

En este caso la demanda ejecutiva se interpondrá ante el juzgado de primera instancia del lugar donde se ha firmado el acuerdo de mediación (artículo 545.2 de la Ley de enjuiciamiento civil). Será preceptivo abogado y procurador si la obligación dineraria que recoge la demanda es superior a 2.000 euros, según contempla el artículo 539 de la Ley 1/2000 de 7 de enero, de enjuiciamiento civil. A la demanda ejecutiva según recoge el artículo 550 de esta misma ley, se acompañarán: el título ejecutivo (excepto que la ejecución esté fundada en una sentencia, decreto, acuerdo o transacción que conste en autos), y cuando el título sea un acuerdo de mediación que haya sido elevado a escritura pública⁴³³, de las actas de la sesión constitutiva y final del procedimiento.

El ejecutado puede oponerse por escrito si alega pago o cumplimiento de lo establecido en el acuerdo, previa justificación documental, en los diez días siguientes a la notificación del auto, según lo estipulado en el artículo 556.1 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de enjuiciamiento civil, cuando el título ejecutivo fuera un acuerdo de

enjuiciamiento civil y al de caducidad del artículo 518 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil.

⁴³¹ El artículo 518 recoge que la acción ejecutiva que esté fundada en un acuerdo alcanzado en un procedimiento de mediación caducará a los cinco años si no se ha interpuesto la correspondiente demanda ejecutiva.

⁴³² GONZÁLEZ CANO, M.ª Isabel, «Comentarios a la Disposición Final 3.ª, apartado Dieciséis de la Ley de Mediación», en *Comentarios a la Ley 5/2012 de Mediación en asuntos civiles y mercantiles*, Tirant lo Blanch, Valencia 2012, p. 421.

⁴³³ Según el artículo 580 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, entra dentro de los casos en que no es preciso un requerimiento de pago porque el título ejecutivo proviene de un acuerdo de mediación, que obliga a entregar una cantidad de dinero, por tanto, no es necesario requerimiento de pago al ejecutado para proceder al embargo de sus bienes.

mediación. Y también puede alegar la caducidad por el transcurso de los cinco años desde el acuerdo de mediación.

En el caso de que la ejecución del acuerdo de mediación haya de realizarse fuera de nuestro territorio, es decir que sea un acuerdo de mediación transfronterizo⁴³⁴, se aplicará el artículo 27 de la Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles que regula estas situaciones. Salvo lo que dispongan la normativa de la Unión Europea y los convenios internacionales vigentes en España, el reconocimiento y ejecución de un acuerdo de mediación se producirá en la forma prevista en la ley de cooperación jurídica internacional en materia civil. Los conflictos transfronterizos⁴³⁵ surgirán cuando una de las partes reside en un Estado distinto del de residencia de la otra parte o partes a las que les afecta y es obligatorio, o ellos acuerdan, acudir a mediación; o si, como consecuencia de un acuerdo de mediación independiente de donde se haya realizado el acuerdo de mediación, por traslado de domicilio de una de las partes, sus consecuencias se ejecutarán en el territorio de un Estado distinto.

Si el acuerdo de mediación no ha sido declarado ejecutable por una autoridad extranjera, solo puede ejecutarse en España si se eleva a escritura pública por un notario español o a solicitud de las partes, o de una de ellas con el consentimiento expreso de las demás. Por último, el documento extranjero no podrá ser ejecutado cuando resulte contrario al orden público español.

⁴³⁴ Estos conflictos se recogen en la Directiva 2008/52/CE y en el artículo 3 de la Ley 5/2012, de 6 de julio, de Mediación en Asuntos Civiles y Mercantiles.

⁴³⁵ En la determinación del domicilio en litigios transfronterizos si las partes residen en diferentes estados de la Unión Europea, serán de aplicación los artículos 59 y 60 del reglamento (CE) N.º 44/2001 del Consejo, de 22 de diciembre del 2000, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil. Para determinar el domicilio se tendrá en cuenta: generalmente el tribunal que aplicará la ley interna para determinar si la parte está domiciliada en el estado miembro donde se conoce el asunto y la ley del estado miembro del domicilio que determinará si está domiciliada en dicho estado miembro, esto se contiene en el artículo 59; en el caso de las personas jurídicas y sociedades, el domicilio será el lugar donde esté bien la sede estatutaria o la administración; o bien el centro de actividad principal. A los grupos de sociedades se les aplicará las reglas del derecho internacional privado para la determinación del domicilio que se regula en el artículo 60. corresponden a los artículos 62 y 63 del Reglamento de Bruselas I. bis (Reglamento [UE] 1215/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2012, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil).

3.11. Los principios característicos de la mediación. Enumeración legal y desarrollo práctico

Ya hemos enumerado el catálogo de principios que se establece en la Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación civil y mercantil. Ahora vamos a señalar todos aquellos que son necesarios para que la mediación se desarrolle de una manera eficiente y ordenada.

Cualquiera que sea el ámbito de la mediación, será necesario que concurren los principios informadores ya citados y recogidos en la ley como esenciales: la voluntariedad y libre disposición, la igualdad de las partes; la imparcialidad de los mediadores, la neutralidad y la confidencialidad, que con el principio general de buena fe constituyen la base sobre la cual debe cimentarse toda mediación, del ámbito que sea, civil, mercantil, familiar o del tipo que sea:

- a) La mediación deberá desarrollarse con un respeto absoluto a la igualdad de partes, como señala la Ley de mediación civil y mercantil en su artículo 7. En su redacción hace referencia al equilibrio de las posiciones y al respeto de los puntos de vista y todo ello se refiere al principio de la confidencialidad.
- b) La confidencialidad es imprescindible, porque el procedimiento de mediación íntegramente y su documentación en particular son de carácter confidencial, excepto en los dos siguientes casos contemplados legalmente: dispensa por escrito de manera expresa por las partes y una resolución motivada de carácter judicial en la jurisdicción penal. Salvo en estos supuestos, no es posible vulnerar esta confidencialidad, que se extiende tanto a las partes como al mediador, e impide que puedan revelar cualquier información aportada en la mediación de una manera oral o documentada en informes, escritos o cualquier soporte que se haya podido manejar en el procedimiento. Y esta confidencialidad al mediador le facilita la exención de declarar o aportar la documentación en un procedimiento judicial o de otra índole como puede ser un arbitraje acerca de la información aportada en el proceso de mediación. Esta confidencialidad produce una obligación de ser leal con el proceso y evita la desconfianza de que sus manifestaciones o la documentación aportada sea utilizada de un modo espurio posteriormente.

- c) La imparcialidad⁴³⁶ sólo se dirige al mediador, que le exige la realización de una tarea compleja como es conducir el proceso de un modo limpio, sin contaminaciones de carácter personal, cultural, o social que provoquen una subjetividad explícita respecto de una u otra parte y que resulte de carácter perjudicial por el hecho de que pueda favorecer a una sobre la otra por simpatía, interés o por simple conexión. Por eso ha de despojarse de todo trato de favor, de aprecio o antipatía hacia las partes; y no sólo debe ser imparcial, sino que debe parecerlo, de tal modo que, si su imparcialidad se viera comprometida, debería renunciar a intervenir en la mediación.

El mediador realizará una tarea impecable a través de una conducta objetiva que permita a las partes desarrollar su proceso de una manera natural, y sin recelos. Y si esto no se produce, bastaría cualquier duda, o que las partes se hayan sentido incómodas por la diferencia de trato, para que esta imparcialidad se vea comprometida y, por lo tanto, verse afectada por la apariencia de un interés personal por parte del mediador.

- d) La neutralidad también se predica únicamente del mediador y es una garantía para el procedimiento de mediación: será seguro, y justo si se cumple este principio. El mediador, por tanto, será alguien completamente ajeno a las partes intervinientes. De ahí que se produciría un conflicto de intereses si se diera una relación, del tipo que sea, entre el mediador y las partes, o sus familiares y allegados, lo que le impediría intervenir y debería retirarse del procedimiento de mediación.

Lo idóneo para cumplir este requisito necesario, será realizar esta comprobación acerca de la neutralidad del mediador antes de iniciar el procedimiento de mediación, ver si hay un posible interés directo o indirecto en el asunto que se va a debatir. En resumen, para que se cumpla este principio estrictamente, será un tercero ajeno a las partes intervinientes, al que el resultado de la mediación le

⁴³⁶ La imparcialidad se materializa en el deber de ayudar a las partes por el mediador, compromete el desarrollo de sus funciones, y está íntimamente ligado con el principio de la neutralidad. La imparcialidad es un estado mental que implica que durante el proceso de mediación y en el ámbito de su gestión, se mantenga al margen de los prejuicios o de simpatías hacia algunas o algunas de las partes en conflicto mediante su manera de actuar o su actitud.

sea completamente indiferente por no tener interés ni en el objeto ni en la relación entre las partes.

- e) El principio de veracidad⁴³⁷ sería un componente más del principio de buena fe, como el modo de comportarse en el procedimiento por los intervinientes: así, estos aportarán información que sea real, fidedigna acerca de los hechos o circunstancias objeto de la mediación. Por tanto, estarían excluidas las actitudes encaminadas a falsear, modificar o tergiversar los hechos o los términos que afecten a la consecución del acuerdo. Si se cumple este principio, se podrán alcanzar los verdaderos intereses de las partes y así satisfacer las necesidades acordando de una manera adecuada y que cumpla las expectativas de los intervinientes.

El mediador será exquisito a la hora de recapitular los temas, los intereses o lo aportado por las partes para que no exista ningún motivo para que este principio de veracidad se vea empañado.

- f) En cuanto al principio de buena fe, podemos decir que las partes actuarán con honestidad. Los participantes acuden a la mediación con una voluntad real de trabajar en el conflicto que les separa y con un comportamiento leal van a intentar solventar las diferencias realizando un esfuerzo para ello y actuando con un comportamiento íntegro, sin malas intenciones, para que de verdad pueda concluirse un pacto que cubra los verdaderos intereses y necesidades y consiga eliminar las diferencias y las dificultades que los han llevado al procedimiento de mediación.
- g) Un principio muy importante que no se recoge en la regulación legal es el de la simetría de poder, de especial relevancia porque a veces se produce una clara desigualdad entre las partes. Es necesario que exista una igualdad de posición de fuerzas entre los participantes de la mediación, porque, si no es así, se produciría un acuerdo insatisfactorio para la parte que está en una posición más

⁴³⁷ Este principio se debe considerar junto al de la buena fe, que se relaciona con la información de las partes que son aportadas y que el mediador ha de recoger para poder ayudarles a plantear alternativas de solución y poder alcanzar el acuerdo que los beneficie. El principio de veracidad está dirigido a que las partes consigan alcanzar lo que verdaderamente quieren y necesitan.

débil. Esta situación de desigualdad deberá ser comprobada por el mediador y tomará las decisiones oportunas al respecto si se produce una situación de estas características. La relación estaría desequilibrada y no podría llevarse a cabo la mediación.

- h) El principio de equidad trata de que el acuerdo adoptado por las partes contenga una situación que no beneficie especialmente a ninguna de las partes en detrimento de la otra. Es decir que ambas salgan compensadas en la misma medida, sin la existencia de desigualdades notorias; que sea un acuerdo justo y equitativo. Y que satisfaga de igual modo los intereses de todos los afectados.
- i) El principio de economía nos lleva a afirmar que la mediación se caracterizará por ser un procedimiento que, frente a otros como es el judicial, produce un ahorro considerable tanto en el desgaste emocional como en tiempo, y es menos costoso para las partes. Y, como hemos visto que puede pactarse la duración del tiempo en que va a realizarse el procedimiento, esto facilitará que las partes tengan la garantía de que es un procedimiento que no se va a dilatar en el tiempo, ya que son los dueños del proceso quienes decidirán su duración.

Este principio está vinculado al principio referido a la celeridad del procedimiento, ya que las partes en la mediación buscan una solución, con la asistencia de un tercero, apoyada en las actuaciones de los intervinientes; por eso se tratará de evitar todos aquellos obstáculos que impidan llegar a una pronta y efectiva solución del conflicto, de manera que se resuelva la controversia del modo más ágil posible: eso producirá satisfacción en los participantes, porque su concepción del modo de hacer justicia será rápida, efectiva y con gran ahorro de tiempo y gastos.

- j) Y, para concluir, haremos referencia al principio de legalidad, puesto que la mediación civil y mercantil está recogida dentro de una ley. La Ley 5/2012 de 6 de julio, de Mediación Civil y Mercantil garantiza que el acuerdo al que se llegue será ajustado a las normas vigentes y, por tanto, legal.

3.12. La eficacia jurídica de los acuerdos adoptados a través de la mediación. Consideración de negocio jurídico mediado

3.12.1. Planteamiento de la cuestión

El acuerdo es el fin último que se pretende conseguir una vez se ha terminado el procedimiento de mediación⁴³⁸. Con la mediación pretendemos gestionar o resolver los conflictos a través de las estipulaciones que contienen los pactos alcanzados entre los intervinientes, que se adoptarán de forma libre y voluntaria. Y estos acuerdos serán el resultado favorable y satisfactorio que se obtendrá de la mediación.

La Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles, en su artículo 25, establece la eficacia y la ejecutividad del acuerdo de mediación, que quedará sometida a dos circunstancias: la primera, que la materia objeto del proceso de mediación sea disponible; y la segunda, la formalización jurídica del acuerdo para que sea ejecutivo⁴³⁹.

Cuando en el proceso de mediación se alcanza el acuerdo⁴⁴⁰, si hay un procedimiento judicial en curso, este acuerdo tendrá la misma consideración de título ejecutivo judicial de los contenidos en la Ley 1/2000, de 7 de enero, de enjuiciamiento civil en el artículo 517.2, números 1.º, 2.º, 3.º; una vez se haya producido la homologación judicial o la elevación a escritura pública.

⁴³⁸ TAMAYO HAYA, Silvia, «Comentario al Art. 23», en GARCÍA VILLALUENGA, Leticia, ROGEL VIDE, Carlos (dirs.), *Mediación en asuntos civiles y mercantiles. Comentarios a la Ley 5/2012*, Reus, Madrid, 2012, p. 290.

⁴³⁹ TAMAYO HAYA, Silvia, «El acuerdo de mediación y la formalización del título ejecutivo», *ob. últ. cit.*, p. 182.

⁴⁴⁰ Tras el procedimiento de mediación y una vez se haya alcanzado un acuerdo, las partes podrán elevarlo a escritura pública acudiendo ante el notario acompañado de copia de las actas de la sesión constitutiva y final del procedimiento, es necesaria la comprobación por el notario de la adecuación del contenido a la legislación y que no existe en el mismo la vulneración de ninguna norma, y que no afecta a terceros incapacitados o menores. Si el asunto está judicializado, se habrá solicitado previamente la suspensión en el juzgado correspondiente, y si se produce el acuerdo, pueden solicitar la homologación judicial en los términos que recoge el artículo 415 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Intento de conciliación o transacción. Sobreseimiento por desistimiento bilateral. Homologación y eficacia del acuerdo.

En materia civil y mercantil, si se produce al margen de un procedimiento judicial, se puede realizar como documento privado.

En la mediación familiar, los abogados de las partes pueden trasladar el acuerdo a una propuesta de convenio regulador o al protocolo correspondiente, a fin de que se incorpore al proceso judicial en curso o que se inicie, para que sea ratificado.

Cuando el contenido de los acuerdos abarque materias y personas necesitadas de especial protección, o sea, materias de orden público; en principio tendrán el carácter de propuestas y necesitarán, para su eficacia, que se aprueben judicialmente y con la intervención del Ministerio Fiscal en su caso, si así lo requiere el asunto. Será prioritario defender el interés superior de los hijos menores de edad, de las personas con discapacidad y de las personas mayores que tengan una situación de dependencia.

Como en materia civil y mercantil no existe una regulación específica, algunas de las alternativas que podemos adoptar son las siguientes: en primer lugar, si aún no se ha planteado un procedimiento ante el juzgado correspondiente, se puede adoptar como documento privado, teniendo la validez de un contrato *inter partes*. Si hubiera incumplimiento de lo acordado por alguno de ellos, será preciso acudir a un procedimiento judicial. En segundo lugar, podemos protocolizarlo en escritura pública: en este caso el incumplimiento voluntario por alguna de las partes conlleva la ejecución correspondiente de los acuerdos adoptados, según el artículo 517.1.º.4.ª de la Ley 1/2000 de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil. La seguridad jurídica se vería incrementada porque el notario comprobará que el acuerdo no sea contrario a normas de carácter imperativo ni al orden público.

La directiva 2008/52 establecía que era posible elevar el acuerdo de mediación a escritura pública, bien por separado o bien de un modo conjunto (cuando todas las partes estén de acuerdo)⁴⁴¹.

Esta situación, por el contrario, no aparece regulada en la Ley 5/2012, de 6 de julio, de Mediación en Asuntos Civiles y Mercantiles, y así se da la circunstancia de que, si una parte obligada a cumplir de un modo concreto, mediante obligaciones de

⁴⁴¹ VALLEJO PÉREZ, Gema, *Métodos alternativos de resolución de conflictos...*, ob. cit., p. 258.

hacer o de no hacer; puede negarse a protocolizar el acuerdo en escritura pública, sin que hubiese la posibilidad de que se viese compelido a cumplir lo pactado en tal acuerdo. Esta es una de las cuestiones que pueden operar en contra de acudir a mediación por parte de las personas en conflicto, en favor de la solución judicial resuelta por sentencia.

Así vemos que recurrir al pleito va a proporcionar un título directamente ejecutable. Si acudimos a un procedimiento de mediación y las obligaciones de lo acordado no se cumplen, igualmente tendremos que acudir a un procedimiento judicial para compeler a la parte incumplidora a realizar lo que se comprometió, y esta circunstancia invalida el recurso a la mediación, que sería un añadido poco práctico para los solicitantes de la gestión del conflicto, al ver retrasada en el tiempo la resolución de su conflicto. Si se hubiera iniciado ya un proceso judicial, se puede optar por la transacción judicial regulada en el artículo 19.2 de la Ley 1/2000. de 7 de enero, de enjuiciamiento civil, que tiene eficacia ejecutiva.

3.12.2. Concepto de acuerdo de mediación y régimen jurídico

La vigente Ley de Mediación no aporta un concepto legal de «acuerdo», aunque sí nos facilita datos a partir de los cuales podemos deducir una definición. En el contenido del artículo 1 encontramos que el acuerdo es lo que las partes intentan alcanzar por sí mismas una vez realizado el proceso de mediación; a su vez, en el artículo 23 se va a especificar que puede tratar sobre alguna o todas las materias que son objeto de la controversia, y también indica que en el acuerdo se especificarán las obligaciones que a cada parte atañen y que el mediador ha de informar del carácter vinculante del acuerdo para las partes.

Si atendemos a la definición clásica de contrato como un acuerdo de voluntades entre dos o más personas dirigido a crear obligaciones entre ellas⁴⁴², tampoco recoge el código civil vigente una definición de contrato; en su artículo 1089 no lo define, si no que reconoce que las obligaciones nacen de los contratos.

⁴⁴² Díez-PICAZO, Luis, y GULLÓN, Antonio, *Sistema de derecho civil*, Volumen II. *El contrato en general. La relación obligatoria. Contratos en especial. Cuasicontratos. Enriquecimiento sin causa. Responsabilidad extracontractual*. 6.ª ed., Tecnos, Madrid, 1988, p. 30

Según este concepto estaríamos ante un negocio jurídico de mediación, puesto que cumple con los requisitos establecidos en la definición clásica de contrato: por una parte, es un acuerdo de voluntades; porque el contrato de mediación tiene como principio básico y esencial la voluntariedad o autonomía de las partes para acordar lo que a ellas convenga, y es la base esencial en la que se fundamenta la obligatoriedad y la voluntad de obligarse. Y, por otra parte, este acuerdo contiene obligaciones que cumplir⁴⁴³ y resulta indudable el carácter vinculante de las mismas como resulta del contenido del artículo 23 de la Ley.

Debe considerarse, por tanto, que las partes acuden al procedimiento de mediación para resolver sus dificultades, conflictos o problemas y que tienen voluntad de resolverlos mediante el procedimiento no adversarial y alternativo de mediación.

Ya hemos señalado que el acuerdo de mediación es una fuente de obligaciones que las partes se han comprometido a cumplir, y que se comprometen a no ejercitar una acción judicial o extrajudicial acerca de las cuestiones que han sido debatidas en el procedimiento de mediación. Y si esto ocurriera, podría interponerse una excepción.

Y, como ya hemos reiterado, el acuerdo goza de eficacia ejecutiva.

3.12.3. La forma del acuerdo de mediación

Los artículos 22.3 y el 23.2 de la Ley 5/2012 de 5 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles exigen que se recoja el acuerdo de mediación en un acta final que deberá ser firmada por las partes o sus representantes. De esta afirmación se entiende que no se admite un acuerdo verbal de mediación: ya que el legislador le ha dado una configuración de contrato formal o solemne, y ha de ser realizado por escrito.

⁴⁴³ LÓPEZ DE ARGUMEDO, Álvaro y FERNÁNDEZ DE LA MELA, José María, «El acuerdo de mediación», en *Diario La Ley*, n.º 8477, Doctrina, 10 de febrero de 2015, p. 2: «[...] los presupuestos del acuerdo de mediación presentan una innegable semejanza con los del contrato de transacción, a saber: i) preexistencia de una controversia entre las partes, y ii) la necesidad de que las partes se hagan recíprocas concesiones para superarla. El segundo de los requisitos de la transacción ha sido flexibilizado por la jurisprudencia hasta tal punto que puede equipararse a cualquier concesión (incluso las meramente morales o inmateriales) que permita que las partes superen una «situación de tensión preexistente».

Por tanto, se impone la forma escrita como requisito formal para la validez del acuerdo, y se entenderá que es una forma legal imprescindible para cumplir el mandato legal, y, por tanto, para que el acuerdo de mediación tenga la validez jurídica necesaria.

3.12.4. Efectos del acuerdo de mediación como negocio jurídico

El acuerdo de mediación producirá efectos de carácter obligacional y de efecto ejecutivo.

En el artículo 23.3 se hace una referencia expresa al carácter vinculante del acuerdo; tras la perfección del acuerdo como fuente de obligaciones que tienen fuerza de ley para las partes, habrán de cumplirse de acuerdo a la naturaleza de lo estipulado de acuerdo a la buena fe, los usos y la ley (artículo 1258 del código civil). Su cumplimiento obliga a las partes firmantes, como manifestación del principio de relatividad de los contratos, y sólo les afecta a los que intervienen en el procedimiento.

La eficacia ejecutiva del acuerdo se explicita en el artículo 25 de la Ley 5/2012, de 6 de julio de mediación en asuntos civiles y mercantiles. La fuerza ejecutiva deriva de la elevación del acuerdo a escritura pública, o de la homologación judicial del acuerdo en el caso de mediación en el marco de un procedimiento judicial abierto. Y en cuanto a las consecuencias jurídicas estarán adecuadas al tipo de acuerdo que se adopte, teniendo la consideración de negocio jurídico inter-partes⁴⁴⁴.

Con respecto a la ineficacia del acuerdo de mediación, el artículo 23.4 de la Ley 5/2012, de 6 de julio de mediación en asuntos civiles y mercantiles afirma que, contra lo convenido en el acuerdo de mediación, sólo podrá ejercitarse la acción de nulidad por las causas que invalidan los contratos⁴⁴⁵.

⁴⁴⁴ VILLAGRASA ALCAIDE, Carlos, «Marco Jurídico de la Mediación familiar», en SORIA VERDE, Miguel Ángel, VILLAGRASA ALCAIDE, Carlos, y ARMADANS I TREMOLOSA, Inma, *Mediación Familiar. Conflicto: técnicas y recursos*, Editorial Bosch, Barcelona, 2008, p. 182-183

⁴⁴⁵ LÓPEZ DE ARGUMEDO, Álvaro y FERNÁNDEZ DE LA MELA, José María; *ob. cit.*, sostienen que: «[...] Si se analiza el texto, el adverbio “sólo” y “acción de nulidad”, supondría que la ineficacia del acuerdo de mediación sólo se produciría en los casos de nulidad radical o absoluta, se admitirían por tanto acuerdos que adolezcan de irregularidades que supondrían una declaración de anulabilidad o rescisión. A pesar del silencio de la norma, cabe pensar en la impugnación del acuerdo cualquiera que sea la irregularidad que produzca la ineficacia del mismo y esto podría apoyarse en la propia ley 5/2012 de 7 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles cuando afirma en el apartado 4 del artículo 23 “por las causas que invalidan los contratos” al margen de que sean causas de nulidad, anulabilidad o rescisión, con las

El acuerdo de mediación debería ser susceptible de impugnación si hubiese una irregularidad que determinase su ineficacia o su invalidez.

3.13. La adecuación y efectividad de la mediación en el ámbito civil y mercantil

En el Diario Oficial de la Unión Europea del día 24 de mayo de 2008 se publicó la Directiva 2008/52/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de mayo de 2008, sobre ciertos aspectos civiles de la mediación en asuntos civiles y mercantiles; en su exposición de motivos encontramos cuál es la razón de ser o la necesidad de implantar un sistema alternativo de resolución de conflictos como la mediación. En su redacción establece que: «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».

Tras un período de vigencia de más de siete años de la Ley 2/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles, podemos preguntarnos si es adecuada y efectiva la mediación en el ámbito civil y mercantil, y la respuesta a esta

particularidades aplicables al contrato de transacción según lo previsto en los artículos 1817 a 1819 del Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil, en cualquiera de sus modalidades en supuestos de defectos de capacidad y vicios del consentimiento como en casos en los que el contrato da lugar a un resultado contrario a Derecho, contratos en fraude de acreedores o que produzcan lesión. Así, la invalidez comprende, en primer lugar, los supuestos de ausencia de alguno de los denominados requisitos esenciales de los contratos: consentimiento, objeto, causa y en la medida en que se trata de un presupuesto de validez del acuerdo de mediación, por las razones anteriormente expuestas forma. Asimismo, la invalidez cubre los casos de nulidad radical distintos de los anteriores, tales como el del acuerdo de mediación que versa sobre materia no disponible que se contiene en el artículo 2.1 de la Ley 5/2012, de 6 de julio de mediación en asuntos civiles y mercantiles o que de cualquier otra manera contraviene los requisitos de validez establecidos en esta ley; el que traspasa los límites de la autonomía privada, que se contienen en el artículo 1255 del código civil vigente, o el que está viciado de objeto ilícito, imposible o indeterminado, contemplado en los artículos 1271 a 1273 o de causa ilícita artículo 1275 o el que ha sido celebrado por representante sin poder artículo 1259. Por otra parte, la invalidez también se extiende a los casos de anulabilidad, determinada por defectos de capacidad y vicios del consentimiento artículos 1300 y 1301 así como a los supuestos de rescisión cuando el acuerdo de mediación se haya celebrado en fraude de acreedores, artículo. 1291.3.º -todos los citados del Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil».

cuestión no puede ser más que afirmativa; en primer lugar porque los criterios que se debaten en el procedimiento judicial son estrictamente legales, al tenerse en cuenta únicamente la valoración de los hechos y su subsunción en el precepto legal aplicable a la cuestión litigiosa planteada; utilizando los medios de prueba al alcance de cada parte; mientras que aquí en mediación, se pueden plantear otras muchas cuestiones, no solo las de carácter legal, sino también cuestiones de estrategia comercial, para mantener las relaciones personales tras el conflicto, o también intereses de carácter estratégico aplicados a la gestión de la situación de conflicto y otros que en el objeto materia del procedimiento jurisdiccional quedarían totalmente fuera del proceso, y aquí pueden ser planteados, porque los términos del debate estarán fijados por los intervinientes en el procedimiento de mediación.

Por eso, en determinados conflictos jurídicos civiles y mercantiles, la mediación será el procedimiento que, como hemos apuntado, va a resolver todas las cuestiones necesarias y va a valorar los intereses de las partes y se adaptará a la medida de la situación precisa; en segundo lugar en la mediación hay una ventaja a tener en cuenta, y es el coste económico del proceso de mediación que estará pactado de antemano, así como el tiempo de duración del procedimiento, circunstancias que están previstas y que en el procedimiento judicial sería casi imposible de prever debido a la larga y costosa duración del procedimiento. Estas cuestiones son muy importantes, tanto en los conflictos de carácter civil como en las relaciones comerciales y pueden ser claves a la hora de gestionar una cuestión conflictiva con efectividad y con posibilidades de alcanzar un acuerdo beneficioso para todas las partes en conflicto.

El resultado del acuerdo, como ya hemos indicado, será un discurso que va a recoger tanto los intereses como las necesidades de las partes. Y aunque no es una solución para todos los conflictos, sí hemos de entender que ya existen materias en las que acertadamente se está recurriendo a la utilización de la mediación para resolver las cuestiones conflictivas, y así ya tenemos grandes experiencias en derecho de familia, o en materias recogidas en el ámbito de la ley de jurisdicción voluntaria, en el ámbito de los seguros, en temas concursales, patrimoniales y en conflictos producidos en materia societaria, en el ámbito de las relaciones comerciales. Hemos indicado que está especialmente indicada cuando estos intereses comerciales sean de carácter relevante o, haya que mantener las relaciones por estrategias de marketing, comerciales o simplemente por supervivencia y mantenimiento de las empresas.

Así podemos decir que, aunque no siempre se podrá acudir a ella en todas las circunstancias, es un sistema adecuado y completo para resolver muchas situaciones conflictivas y dar por zanjadas las cuestiones con la mejor solución sin que haya un ganador o un perdedor, porque la solución adoptada será la que más satisfaga a todas las partes implicadas y la que mejor satisfacción producirá a ambos.

Es relevante también destacar que sobre el acuerdo las partes van a tener un control absoluto, y esto implica que se desvanece la diferencia entre ganador-perdedor que se produce en un procedimiento judicial contencioso. Desde una consideración práctica, puesto que nos referimos a la mediación civil y mercantil, las empresas son grandes beneficiarias de este sistema, precisamente por lo que acabamos de exponer: el control que tienen sobre el procedimiento y el resultado del mismo. Y eso supone que han de tratar de trabajar y colaborar estrechamente para buscar una salida a su conflicto o litigio; este método les dota de flexibilidad y, a través de la comunicación, les permite llegar a un entendimiento y salvar las dificultades que el procedimiento adversarial no les facilita, pues siempre hay un vencedor y un vencido, o ambos son perdedores porque la resolución judicial puede no satisfacer a ninguno.

La eficacia del acuerdo, además de lo reseñado, reside en que el proceso se realizará bajo el principio de confidencialidad, y que además va a contener todas las situaciones que las partes quieran resolver, con un compromiso mutuo de cumplimiento que será muy elevado si se quieren mantener las relaciones futuras⁴⁴⁶.

Debemos añadir como un elemento importante que hay que tener en cuenta también que los abogados con su asesoramiento son una pieza esencial en el desarrollo del procedimiento de mediación. Aunque no es obligatoria la asistencia al proceso, sí es frecuente y habitual en procesos de mediación mercantil, e incluso es aconsejable; en cualquier caso, asistan o no, ellos serán los que le den forma al acuerdo definitivo y, por tanto, son una garantía de que los acuerdos cumplen los objetivos de legalidad, adaptación a las necesidades e intereses de los clientes y les aporta una garantía y seguridad jurídica porque están asesorados en todo momento acerca de las decisiones que van a tomar y de los pactos plasmados en los acuerdos y

⁴⁴⁶ Según estudios realizados en países con larga tradición en mediación, como Estados Unidos, el índice de cumplimiento de los acuerdos adoptados en mediación es más alto que el cumplimiento de las resoluciones judiciales, una diferencia de un 15%.

que se adaptarán totalmente a las necesidades y a los objetivos que pretenden obtener del acuerdo de mediación.

3.14. Descripción de los diferentes modelos de mediación

3.14.1. El modelo Harvard. Escuela tradicional lineal

El denominado «modelo Harvard» o calificado como escuela tradicional lineal de mediación⁴⁴⁷ es un modelo práctico, ya que su finalidad esencial es obtener el acuerdo. Es un método con un esquema estructurado y a la vez flexible, en el que el mediador fomenta la comunicación lineal entre los intervinientes.

En este modelo es preciso que las partes centren su mirada en el futuro, olvidando el pasado y las causas originarias del conflicto. Su principal aportación es que las partes tienen oportunidad de concretar una negociación colaborativa, asesoradas por una tercera persona, para intentar resolver el conflicto que ha producido esa intervención.

Este modelo es práctico, y su finalidad esencial es obtener el acuerdo. Es método con un esquema estructurado y a la vez flexible, donde el mediador fomenta la

⁴⁴⁷ Modelo creado por Roger Fisher y William Ury en los años 70, es el más utilizado por su eficacia para obtener el acuerdo y sus técnicas, que se utilizan tanto en mediación como en negociación. Este sistema es un modelo “ganar-ganar”, donde el objetivo de cada parte es el beneficio mutuo bajo un estilo de negociación colaborativa. Intereses: Los intereses son todas aquellas necesidades, deseos e inquietudes. El interés define lo que se desea alcanzar, sin que queden dudas. Opciones: Son todas las posibilidades en las que las partes pueden llegar a un acuerdo y satisfacer sus necesidades. Criterios: Valorar las propuestas para aceptar aquellas que se ajusten a las necesidades de las partes. Alternativas: Son las posibilidades que debe tener el negociador de efectuar un acuerdo diferente a lo que ha planeado realizar en la negociación. Es necesario establecer alternativas para poder negociar. Compromiso: Es el planteamiento verbal o escrito que especifica lo que hará o no hará cada una de las partes. Estos se deben asumir responsablemente. Comunicación: En la negociación la comunicación debe ser fluida y coherente entre ambas partes y relacionada a las necesidades y expectativas a cada una de las partes. Relación: La relación ayuda a que el trabajo sea colaborativo. Las mejores negociaciones siempre se han hecho con personas u organizaciones con las que se habían hecho negocios anteriormente e incluso se podrá negociar de nuevo. Véase información en línea en: <http://harvard-fisher.blogspot.com/>.

comunicación lineal entre los intervinientes⁴⁴⁸. Esta se realiza mediante preguntas abiertas, dejando los interrogatorios cerrados que reducen la flexibilidad de las respuestas.

Es preciso que las partes centren su mirada en el futuro, olvidando el pasado y las causas del conflicto. Este método intentará manejar las emociones negativas, evitando a toda costa que se produzca una situación de bloqueo producida por un desbordamiento emocional de alta intensidad, pues el fin del procedimiento es la obtención de un acuerdo. Da mucha importancia a la comunicación verbal sobre la que no lo es y el punto de partida es la premisa de que el desacuerdo es la base del conflicto, sin dar excesiva importancia a las causas que lo han producido. Por ello, es un modelo que se caracteriza por una búsqueda de equilibrio a lo largo de todo el proceso para obtener el resultado que se persigue, que es la consecución de un acuerdo y la solución al conflicto.

En cuanto a las sesiones, pueden ser tanto conjuntas como individuales, manteniendo la confidencialidad en este último supuesto. El mediador, puede utilizar la información obtenida en sesiones individuales para intentar fomentar el acuerdo, siempre que respete el principio de confidencialidad.

Sobre las características esenciales del modelo⁴⁴⁹ se predicen las siguientes:

- a) entiende la «comunicación» en un sentido lineal;
- b) las dos partes han de aportar sus visiones;
- c) el mediador facilitará la comunicación;
- d) la comunicación verbal es la relevante;
- e) se va a trabajar sobre los intereses y las necesidades sin valorar el estado de la relación entre las partes;

⁴⁴⁸ En el modelo Harvard, se utilizan sobre todo las preguntas abiertas, y se evita el uso de preguntas cerradas, ya que éstas impiden que se pueda flexibilizar el proceso. Respecto al manejo de las emociones negativas se tratará de diluirlas mediante la legitimación de los intervinientes y la reformulación de las expresiones que impidan avanzar en el proceso de entendimiento.

⁴⁴⁹ DIEGO VALLEJO, Raúl de, y GUILLÉN GESTOSO, Carlos, *Mediación. Proceso, tácticas y técnicas*, Ed. Pirámide, Madrid, 2010, p. 59.

- f) se aborda el conflicto y para ello si es posible puede dejar que surjan las emociones para intentar avanzar; y la finalidad es el acuerdo.

La función que ha de realizar por el mediador será, por tanto:

- a) Identificar los intereses y de las necesidades de las partes.
- b) Atender a lo que cada una de las partes tiene que decir, para que ellas mismas resuelvan el conflicto.
- c) Colaborar para encontrar las posibles soluciones para alcanzar el acuerdo y que las partes lo valoren como un buen resultado.
- d) Legitimar a las partes para que puedan tener un reconocimiento de sus capacidades.
- e) Fomentar el aspecto positivo de los intervinientes para que se sientan capaces de realizar el proceso.
- f) Relacionar a las partes con la necesidad de encontrar la solución más acertada.
- g) Aportar la necesidad de que resuelvan sus diferencias y sean efectivos.
- h) Transmitir a las partes que la solución que adopten si es efectiva y funciona será un éxito para la resolución del conflicto.

3.14.2. El modelo circular narrativo

El denominado modelo circular narrativo⁴⁵⁰ consiste en un método complejo que parte de la teoría de que el conflicto es algo innato, «una presencia interna y prácticamente continuada en las personas, los seres humanos viven en debate entre el deseo y el deber»⁴⁵¹.

⁴⁵⁰ Modelo creado por Sara COBB, que es su principal representante.

⁴⁵¹ PEÑA, Lorenzo. «La correlación lógico-jurídica entre deberes y derechos». *Persona y Derecho* (Revista de Fundamentación de las Instituciones Jurídicas y de Derechos Humanos) ISSN 0211-4526, n.º 61 (2009), p. 73-102.

Aporta, en síntesis, un método⁴⁵² para gestionar las dificultades, aunque a veces no sea posible, y para ello se puede actuar partiendo de la premisa de que la disputa siempre ocurre dentro de la comunicación entre las personas; y por la repetición del mismo patrón de comportamiento de los que están implicados en el conflicto, y desde la consideración de cómo se interrelacionan siempre de la misma manera. Y esta situación analizada determinará la comunicación entre ellas de modo que siempre habrá disputas y desencuentros.

Se trata de ahondar en las diferencias que separan a los interlocutores agrandándolas, para poder legitimarlos y así poder cambiar las narrativas y modificar las historias que cada parte ha elaborado individualmente y que originaron la disputa.

⁴⁵² El modelo circular-narrativo se fundamenta en los siguientes componentes teóricos: en primer lugar: la psicología del yo, y en particular en la formulación de Erikson y White. El mediador se propone reforzar y facilitar el aprendizaje de las funciones del yo a través de liberar, estimular, orientar la motivación de la persona para cambiar. El mediador, busca junto con la persona reducir sus temores y su ansiedad, para ello apoya y estimula su esperanza de mejora, disminuyendo la tendencia a recurrir a mecanismos de defensa inoperantes, aumentando con ello la zona del yo liberada de conflicto, permitiéndole implicarse en la tarea de resolución de las dificultades presentes. Liberar las capacidades afectivas, cognitivas y activas que permiten a la persona resolver la dificultad. Encontrar los recursos necesarios para la solución del problema planteado y hacer accesible los obstáculos. En segundo lugar, en la Pragmática de la Comunicación Humana, en la Teoría General de Sistemas y en conceptos Cibernéticos. La persona se encuentra inserta en un «sistema», siendo los miembros de ese sistema interdependientes. Han sido las contribuciones científicas de autores como Bertalanffy, Haley, Russell, Shannon, Von Neumann, Watzlawick, Wiener las que ayudan en la comprensión de los procesos de comunicación en la familia, El ciclo de vida familiar: roles y reglas, Los procesos de cambio En tercer lugar, en la causalidad circularidad de las pautas de interacción familiar. En el modelo clásico de la ciencia pura, se considera que la causalidad es lineal. En cualquier situación dada, se nos enseña a entender la «causa» de un «efecto» alterando las variables una por una hasta que se aísla el factor que produce el hecho particular. Sin embargo, si se trabaja a partir de la premisa de que los aspectos significativos de un sistema sólo pueden comprenderse examinando el sistema como una «totalidad», se hace necesario considerar la etiología desde un punto de vista diferente, tal y como se plantea en la Teoría General de Sistemas.

Proceso metodológico: Este modelo establece el siguiente proceso de mediación: Recepción de las partes. Sesión (es) de intervención con objetivos predeterminados en cada una de ellas: sesión pública: establecimiento de las reglas de juego; identificación del problema (según el modelo de Harvard o de Cobb). sesiones privadas: desarrollo de los intereses y las necesidades; brainstorming. Caucus: evaluación del panorama. sesión pública: invención/visión de las opciones; construcción del acuerdo. Implementación y control del acuerdo. Evaluación. (Mantiene la importancia de tener sesiones privadas con ambas partes desde la neutralidad, por considerar que es la forma más adecuada de comprender mejor a cada uno y de buscar los intereses comunes).

Sobre todo esto, véase, con detalle, MUNUERA GÓMEZ, Pilar, «El modelo circular narrativo de Sara Cobb y sus técnicas», en *Portularia*, vol. VII, n.º 1-2. 2007, p. 85-106.

El mediador ayudará a las partes en la construcción de esas «historias», una vez se les ha legitimado y valorado, y a partir de este momento se intentará construir una solución partiendo de la comunicación entre ellos.

La mecánica de la intervención será, por tanto, mediante entrevistas individuales en las que se aborde la relación; para, finalmente, llegar a reunir a todos los afectados con el fin de trabajar sobre ese cambio de situación y sobre la posibilidad del acuerdo y en qué condiciones se establecerá.

Es un método, en suma, bastante complicado de aplicar porque requiere de amplios y avanzados conocimientos en la gestión de conflictos, en aspectos psicológicos de la persona y en el tratamiento y gestión de la comunicación humana; puede ser muy eficaz en conflictos familiares, cuyas relaciones además se mezclan con una relación empresarial, que es la actividad laboral y profesional de sus miembros, y donde las relaciones profesionales y familiares están mezcladas y en crisis por la carga emocional que acarrea la acumulación de situaciones.

Diferencias entre los dos modelos en la manera de abordar los puntos clave:

Cuadro n.º 4. Comparativa entre modelo Harvard y circular-narrativo

MODELO DE HARVARD	MODELO CIRCULAR-NARRATIVO
Diferenciar personas de problema	Reformular roles e intenciones
Foco en intereses, no en posiciones	Reconstruir la lógica de la posición
Inventar opciones para beneficio mutuo	Construir (planificar) escenarios
Crear criterios objetivos	Desarrollar la historia para interpretar el acuerdo (meta-historia)

Fuente: Pilar Munuera Gómez⁴⁵³.

⁴⁵³ MUNUERA GÓMEZ, Pilar, «El modelo circular narrativo de Sara Cobb y sus técnicas» Portularia Vol. VII, N.º 1-2. 2007, Universidad de Huelva; p. 90.

3.14.3. El modelo transformativo

El denominado modelo transformativo⁴⁵⁴ es un método que pretende que, a través de la mediación, se pueda llegar a gestionar un conflicto de una forma productiva mediante la intervención del tercero mediador.

El resultado que se pretende obtener es modificar la relación existente entre las partes; la consecución del acuerdo es una consecuencia que se derivará del cambio producido en la relación de los participantes.

Para conseguir este objetivo se proyectan reuniones conjuntas y/o individuales con cada una de las partes que deriva en una mejora en su situación, a través de la revalorización y el reconocimiento:

- La *revalorización*, se produce comprendiendo lo que importa y por qué; cuáles son las metas y los intereses de cada uno y la gama de alternativas que pueden llegar a plantearse; se produce una comprensión a propósito de las decisiones que hay que adoptar; y las partes van a ser conscientes de que pueden elegir continuar en la mediación o abandonarla. La revalorización de las partes se produce cuando acrecientan sus propias habilidades en la resolución de los conflictos.
- En el *reconocimiento*, el mediador reconocerá a las partes y ellos han de reconocerse entre sí. Y esto se produce cuando cada uno asume que no sólo tiene capacidad de comprender la situación, si no que quiere hacerlo; ve su comportamiento y el de la otra parte bajo una luz diferente y más favorable.

La mediación tiene una visión transformadora de la situación conflictiva más que conciliadora: se entiende el conflicto como una crisis en las interrelaciones humanas, el tener un conflicto impide que la gente se relacione con los otros de una forma constructiva.

⁴⁵⁴ BARUCH BUSH, Robert A. y FOLGER Joseph P., *La promesa de la mediación Cómo afrontar el conflicto a través del fortalecimiento propio y el reconocimiento de los otros* (trad. esp.), Ed. Gránica. Buenos Aires, 2006. Este libro contiene los principios y las bases en las que se cimenta este método creado por Bush y Folger.

Las situaciones personales, las circunstancias emocionales que se producen cuando las personas están en conflicto conducen a unos estados de «debilidad y ensimismamiento», y cuando las personas afrontan los temas conflictivos en estos estados impedirán «la comunicación y la interacción constructiva y equilibrada», y esto conllevará que estas personas estén en una situación en la cual no podrán entenderse a sí mismas y mucho menos relacionarse eficientemente con los demás, lo cual impedirá, a su vez, la deliberación y toma de decisiones. Este método trata de que el conflicto sea productivo, transforme la situación y esto se producirá cuando cambie la forma de relacionarse y la interacción entre los afectados por el conflicto⁴⁵⁵.

Cada persona pasa de un estado de debilidad y ensimismamiento a un estado de fortaleza y apertura. La palabra «transformación» se refiere a la conversión de la relación destructiva de las partes en conflicto, si son capaces de salir de ella, en definitiva, de huir de esa debilidad y ensimismamiento que el conflicto ha creado.

La función que tiene el mediador es la de apoyar, por tanto, los cambios beneficiosos y productivos en la interrelación entre las partes.

Los mediadores tienen la misión de ayudar a las partes a que mejoren la comprensión de sus propias visiones y las de los demás. Se necesita un cambio en la situación de conflicto y de las personas para avanzar hacia posibles soluciones.

⁴⁵⁵ FOLGER Joseph P., «La mediación transformativa: preservación del potencial único de la mediación en situaciones de disputas», en *Revista de Mediación*, vol. 1., n.º 2, octubre 2008: «[...] Este enfoque de la práctica asume que: si la interacción de las partes en conflicto es apoyada y facilitada por un mediador formado, ellas son capaces de encontrar el equilibrio entre fortaleza y claridad individual (revalorización) y conexión social (reconocimiento), que puede haberse perdido en la espiral descendente de su destructiva interacción conflictiva. La transformación de ésta permite que personas que están distanciadas y enredadas en problemas emocionales, empleen sus capacidades inherentes tanto para decidir por sí mismos y obrar en consecuencia como para ir más allá de sus propias perspectivas y abrirse a considerar las de los demás y solucionar así los difíciles desafíos creados por el conflicto. Esto significa que: aunque los mediadores desempeñen un claro papel de apoyo a la transformación de la interacción conflictiva, su control sobre temas sustantivos y sobre la expresividad de las partes es contraproducente porque debilita la oportunidad de ellas de darse cuenta de sus propias capacidades humanas para una mayor revalorización personal y un mayor reconocimiento interpersonal. En otras palabras, que el mediador sea directivo y controlador hace que las metas de la práctica transformativa sean inalcanzables» [...] «Los mediadores facilitan las decisiones de las partes acerca de si quieren concentrarse en temas relacionados con el pasado, presente o futuro, y cuándo se van a dedicar a ello [...]».

Las partes tomarán sus propias decisiones y, por tanto, serán los autores del resultado que bien puede ser un acuerdo negociado, bien la continuación con la situación o la ruptura de la relación sin acuerdo.

En este modelo los sentimientos son muy relevantes, se intentará modular las emociones de un modo efectivo para alcanzar la solución al conflicto y poder obtener un resultado favorable. Y el objetivo será, ante todo, que se transforme la relación entre las partes.

Este método tiene una gran efectividad en el ámbito de las organizaciones, en sede familiar y mercantil, es decir, allí donde es imprescindible que las relaciones continúen, o cuando son inevitables; y la mejora de las relaciones sirve para facilitar la solución de las futuras dificultades al reconducirse la relación existente de forma positiva.

En el modelo transformativo, no hay fases preestablecidas.

La mediación transformativa será efectiva no sólo para tratar disputas de relaciones existentes entre las partes, sino que es apropiada en casos en los que las partes aún no tengan una relación, pero surja entre ellos una dificultad o controversia.

3.15. Aplicación jurídica de la mediación en los distintos ámbitos de regulación

3.15.1. Mediación familiar

En nuestro derecho patrio, la mediación familiar⁴⁵⁶ es la primera materia de esta modalidad de gestión de conflictos extrajudicial que se ha regulado en nuestro país, mediante legislación autonómica desde el año 2001.

«La mediación familiar interdisciplinaria o compleja es aquella intervención de un equipo multiprofesional representado en la persona del o de los mediadoras/es, no vinculado a las partes de un conflicto familiar de separación o divorcio, matrimonial o no, que lo hace en un principio a solicitud de cualquiera de ellas o de ambas, con el objetivo de

456

promover una forma alternativa, no jurisdiccionalmente contradictoria, de resolución del conflicto familiar originado por la cesación de la vida marital»⁴⁵⁷.

«La familia se define como la unión de personas que comparten un proyecto vital de existencia en común que se quiere duradero, en el que se generan fuertes sentimientos de pertenencia a dicho grupo, existe un compromiso personal entre sus miembros y se establecen intensas relaciones de intimidad, reciprocidad y dependencia».

Sería la *«unidad básica de convivencia y crianza»⁴⁵⁸.*

Es preciso destacar que no existe la posibilidad de un tercero íntegramente objetivo, puesto que el tema de la mediación familiar es muy complejo, al mezclarse las situaciones que hay que gestionar con las propias emociones, a partir de nuestro modelo propio de familia, siendo muy relevantes nuestras experiencias personales en este ámbito de relación interpersonal con los conflictos vividos, así como la posible identificación con las circunstancias de las personas en conflicto y, en general, todas las situaciones que afectan a este difícil entramado de las relaciones familiares en las que se mezclan las emociones, los sentimientos y los conflictos naturales. Por esta razón es muy difícil ser neutral en este tipo de conflictos.

De ahí que se requieran mediadores muy profesionales y preparados, con amplia experiencia y sólidos fundamentos adquiridos, para que el principio de imparcialidad y su conexo de neutralidad no se vean afectados.

El tema familiar probablemente es el más delicado en cuanto al contenido de los conflictos que se dirimen, ya que es muy difícil mantener la neutralidad y la imparcialidad debido a que es un contexto en el que todos estamos inmersos, pues, aun cuando se realiza la mediación, hay que tener presente que todos provenimos de una familia con sus propios esquemas vitales, todos nos hemos desarrollado dentro de un ambiente y modelo familiar, y, por tanto, es muy difícil que no nos afecte o no nos impliquemos en la situación que se desarrolle dentro del proceso de mediación, si no se está muy bien preparado para realizar profesionalmente esta función de mediador.

⁴⁵⁷ BUSTELO ELIÇABE-URRIOL, Daniel J., *La mediación familiar interdisciplinaria*, Madrid, 1995.

⁴⁵⁸ RODRIGO LÓPEZ, M.ª José, y PALACIOS, Jesús, *Familia y desarrollo humano*, Alianza Editorial, Madrid, 2012.

Hay que precisar que el procedimiento de mediación se establece únicamente para acompañar en el diálogo y ayudar a solventar las situaciones conflictivas planteadas por la crisis relacionada con la situación familiar de las personas que acuden a mediación. Las dificultades que están atravesando, sean de la índole que sean: separación, divorcio, guardia de los hijos o situaciones de tutela, entre otras. En ningún caso mediante la mediación se va podrá influir en la decisión adoptada por los participantes que acuden a ella, la decisión que se adopte será suya totalmente y se tratará de ayudar a minimizar los efectos negativos que se hayan producido derivados de la difícil situación familiar. Mejorando la comunicación y así acercando la posibilidad de resolver de un modo posible y viable las dificultades que se deriven del conflicto que se está produciendo, así que, por lo tanto, hay que evitar las comparaciones con una terapia psicológica o de familia.

Debemos añadir que, aunque ya haya un procedimiento judicial en curso, ello no impide que se pueda llevar a cabo la mediación. Puesto que es posible alcanzar acuerdos que puedan presentarse por los letrados al procedimiento y así llegar a pactos tanto totales, como puntuales que ayuden a resolver la cuestión litigiosa de una manera parcial o total.

El derecho de familia es un ámbito en el que, dada la especialidad y lo delicado de la temática a considerar, está especialmente indicado para ser tratada en mediación; la experiencia es que acerca a las personas en dificultades y, aunque no resuelvan íntegramente sus diferencias, les permite hablar de temas esenciales para ellos, como puede ser la atención y educación de sus hijos, el cuidado de parientes mayores o incluso la gestión de los efectos derivados de la separación o el divorcio, situación de por sí muy dolorosa que es preciso que sea atendida desde un aspecto de comprensión, diálogo y participación de los interesados en las decisiones que van a afectarles a partir de la disolución del matrimonio y que con el tiempo podrán resolverse en cuanto a su incidencia emocional, pero que en el preciso instante de la crisis familiar requiere normalmente de la adopción de medidas económicas y de otra índole, como el uso de la vivienda común, y si eso se realiza desde la comunicación de las necesidades reales, es más efectivo que si es un tercero, la autoridad judicial, quien toma la decisión.

3.15.2. Mediación laboral

3.15.2.1. Ventajas de utilizar mediación en las relaciones laborales

En el derecho laboral o derecho del trabajo, el conflicto es un elemento habitual en la dinámica de las relaciones propias de este contexto⁴⁵⁹, y se producen tanto en las relaciones individuales o interpersonales, como colectivas. En los conflictos laborales resueltos en la vía judicial, la sentencia pretende ser la solución que da respuesta legal a las pretensiones planteadas en la demanda que origina el pleito. Esta solución ajustada a derecho tiene los límites que marca la ley, tanto sustantiva, como procesal, y no puede salirse de ellos porque es el ámbito que tiene la autoridad judicial para resolver los litigios y al que necesariamente deben ajustarse; y debido a los aspectos marcados por la ley, obviamente, el resultado no contempla todas las vertientes del conflicto, porque el sistema legislativo no recoge ni puede recoger en sus normas los aspectos emocionales, personales, ni tampoco puede asegurar que la resolución judicial adoptada sea la que se adecue a la situación real para resolver de una manera pacífica la dificultad creada por el conflicto.

La propia denominación de las partes en el pleito tras su conclusión nos conduce a un resultado que conlleva que haya una parte que consigue imponerse a la otra, con los términos propios de la vía judicial, de vencedor y de vencido; o de ganador y de perdedor. Y esto significa que el que no logre ver estimada su pretensión quedará afectado de una forma negativa que puede influir, lógicamente, en la continuidad de la relación laboral si ésta ha de pervivir, como suele ocurrir en muchos de los conflictos que se suscitan ante la jurisdicción social. Podemos añadir, como aspecto negativo, en el procedimiento judicial, la más que probable lentitud en la resolución del litigio, así como el rigor procedimental, que puede chocar con los cambios tan rápidos que se producen en los modelos laborales de organización; dado que cada vez hay nuevas situaciones a resolver a consecuencia de la acelerada demanda de las diferentes formas de producción que exige el mercado y que conllevarán que las relaciones entre

⁴⁵⁹ En 2018 las cifras globales derivadas de huelgas estrictamente laborales darían un resultado de 397 huelgas, con 285.317 trabajadores con platilla y 64.720 participantes directos, el 22,69%. Las horas de trabajo perdidas serían 3.977.808. Conflictividad Laboral. CEOE. Departamento de Relaciones Laborales. Véanse los datos en documento *on line*: <<https://bit.ly/2TsF8C4>>].

empresarios y trabajadores necesiten métodos de gestión y solución de conflictos que sean ágiles y flexibles.

Encontrar una solución pacífica y negociada de resolver los conflictos laborales es necesario porque el sistema español adolece de una judicialización excesiva en todos los ámbitos de desarrollo de la vida de las personas y como no podía ser diferente también se produce en las relaciones laborales. Y estas relaciones necesitan agilidad y sistemas alternativos que sean efectivos en la resolución de las situaciones de conflictividad, puesto que hay una gran cantidad de conflictos que resolver, y más en la actualidad con la temporalidad en los contratos y la inestabilidad en la mayoría de los puestos de trabajo que se desempeñan.

Por eso, los agentes sociales por sí mismos articulan nuevos procedimientos para solventar esta necesidad de resolver las controversias de una manera alternativa.

Esta circunstancia es demandada insistentemente y no es ajena al poder judicial, puesto que en la ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social se recoge un compromiso para agilizar la jurisdicción social, y que los poderes públicos apoyen materialmente estas soluciones no jurisdiccionales cuyo valor es *«resultado de la progresiva afirmación y consolidación de una cultura laboral que refuerza las tendencias de cooperación, concertación y diálogo sociales, en detrimento de las de conflicto, oposición y rivalidad; de una cultura laboral que, por lo mismo, ensancha y multiplica tanto los escenarios para el desarrollo de las prácticas de negociación como los métodos de búsqueda de acuerdos [...]»*⁴⁶⁰.

En los convenios colectivos se establecen sistemas para poder articular los mecanismos de solución de conflictos de carácter individual o colectivo, si bien, inicialmente la vía alternativa sólo se contemplaba para los conflictos de carácter colectivo. Es necesario, pues, encontrar una solución pactada de los conflictos y debería ser una prioridad potenciada a todos los niveles tanto legal como jurisdiccionalmente, tanto antes del proceso como durante el mismo⁴⁶¹.

⁴⁶⁰ VALDÉS DAL-RÉ, Fernando. *Los Sistemas de Solución Extrajudicial de Conflictos Laborales. Situación actual y perspectivas de futuro*, Ed. Fundación SIMA, Madrid, 2006, p. 199.

⁴⁶¹ En la actualidad la concepción de acceso a la Justicia abarca una gran amplitud de sistemas de solución tanto a nivel judicial como métodos de resolución alternativa extrajudicial de los conflictos.

De ahí que entendamos que el procedimiento de mediación es una de las alternativas válidas a este fin, al ser una solución negociada que se produce con la intervención de un tercero, el mediador, que facilita la negociación, y su efectividad en las relaciones laborales está demostrada, existiendo argumentos como los siguientes: En las relaciones laborales cuando existen dificultades que pueden hacer peligrar el puesto de trabajo de una persona, se producen situaciones de una gran emotividad, puesto que está en juego la garantía de subsistencia, un medio de vida⁴⁶², si la dificultad atañe a la continuidad de la relación laboral; aunque también puede afectar a las relaciones diarias entre trabajadores, o entre el trabajador y el empresario; de ahí la eficiencia que se produce si interviene un mediador para ayudar a solventar las rigurosas consecuencias de una mala gestión de todas estas situaciones, no sólo para gestionar el aspecto emocional, propiciando el diálogo, sino para que puedan superar la fase de conflicto y articular soluciones que puedan favorecer la continuación de la relación si es posible y si no cerrarlo de la manera más adecuada para todos.

Debemos también apuntar que la ventaja de la confidencialidad en la gestión de los conflictos entre trabajador y empresario es muy importante. Solucionar eficazmente un tema que puede ser delicado y que ocasiona un perjuicio de forma permanente y cerrarlo es algo fundamental en las relaciones laborales para que puedan desarrollarse posteriormente de modo que no dificulte la convivencia y la productividad en las empresas. Tengamos en cuenta el alto impacto que produce esta situación en la vida de los que tienen el conflicto y en el ambiente laboral y personal de todos los trabajadores y compañeros de la empresa.

Y de esto podemos pasar al ahorro de tiempo y de dinero, por la rapidez y la eficacia de la solución, pudiendo continuar la relación laboral salvando las dificultades y evitando los costes psicológicos, económicos y de salud laboral, previniendo la extensión del conflicto a otros ámbitos departamentos o compañeros de trabajo por la difusión del problema. También debemos añadir el coste económico del proceso judicial, así como la extensión del problema por los canales de comunicación, lo que genera costes añadidos. Por tanto, la rapidez y la eficacia a la hora de resolver el conflicto laboral es otra de las ventajas para acudir a la mediación. Por último, la

⁴⁶² La pérdida del trabajo es el tercer acontecimiento más estresante en la vida de una persona, solo precedido por la muerte y por el divorcio.

inseguridad que suele producir el acudir al procedimiento judicial ante la necesidad de que la valoración positiva por la autoridad judicial de las pruebas aportadas sea la que cada parte necesita también es digna de mención. En ocasiones, es preciso acudir a criterios técnicos, por la índole del asunto, siendo necesaria la prueba pericial muchas veces, lo que incrementará el coste del proceso. Y que, en muchas ocasiones, los asuntos no tienen posibilidad de recurso posterior en función de la materia.

3.15.2.2. Reconocimiento legislativo

La mediación se reconoce en el artículo 63 de la ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social⁴⁶³, en el que la mediación y la conciliación, se exigen como requisito previo antes de tramitar el procedimiento judicial⁴⁶⁴.

El artículo 91 del real decreto legislativo 2/2015, de 23 de octubre, que aprueba el texto refundido de la ley del estatuto de los trabajadores⁴⁶⁵ y los diferentes preceptos que en la misma norma aluden a la mediación completan el marco legal para la solución alternativa de conflictos.

⁴⁶³ Con fecha 11 de octubre de 2011 se publicó en el Boletín Oficial del Estado la Ley 36/2011, de 10 de octubre, la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social. La nueva regulación introdujo en el régimen jurídico de la jurisdicción social novedades respecto a los procedimientos de mediación y arbitraje y que se incluyen, principalmente, en el Libro I, Título V, «De la evitación del proceso» en su capítulo I «De la Conciliación o mediación previas y de los laudos arbitrales». Artículos 63 a 68 y 81. La mediación se realiza previa al proceso o durante el mismo según se recoge en la ley de la jurisdicción social, y es aquella que se celebra ante el órgano administrativo encargado de estas funciones, o ante el órgano creado a partir de Acuerdos Interprofesionales por las organizaciones sindicales y empresariales más representativas. Las novedades normativas de esta ley afectan a aspectos de especial interés para la tramitación y gestión de los sistemas de solución extrajudicial de conflictos laborales, pero a su vez operan un importante reforzamiento de los mecanismos conciliatorios en cualquier momento del proceso.

⁴⁶⁴ Artículo 63: *Serán requisito previo para la tramitación del proceso el intento de conciliación o, en su caso, de mediación ante el servicio administrativo correspondiente o ante el órgano que asuma estas funciones que podrá constituirse mediante los acuerdos interprofesionales o los convenios colectivos a los que se refiere el artículo 83 del Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, así como mediante los acuerdos de interés profesional a los que se refieren el artículo 13 y el apartado 1 del artículo 18 de la Ley del Estatuto del trabajo autónomo».*

⁴⁶⁵ Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores. Artículo 91: *«[...] en los convenios colectivos y en los acuerdos a que se refiere el artículo 83.2 y 3, se podrán establecer procedimientos, como la mediación y el arbitraje, para la solución de las controversias colectivas derivadas de la aplicación e interpretación de los convenios colectivos. El acuerdo logrado a través de la mediación y el laudo arbitral tendrán la misma eficacia jurídica y tramitación que los convenios colectivos regulados en esta ley, siempre que quienes hubiesen adoptado el acuerdo o suscrito el compromiso arbitral tuviesen la legitimación que les permita acordar, en el ámbito del conflicto, un convenio colectivo conforme a lo previsto en los artículos 87, 88 y 89 [...]».*

También se contiene en los artículos 82 y 85 y en la disposición adicional decimotercera del estatuto de los trabajadores la posibilidad de que se gestionen mediante procedimientos alternativos los desacuerdos que se produzcan en los períodos de consultas⁴⁶⁶.

Hay un exceso de expedientes que gestionar en los juzgados de lo social, pero no se está avanzando de forma efectiva y práctica en estos procedimientos jurisdiccionales para resolver los conflictos individuales. Existe una ausencia de políticas de promoción de los sistemas no jurisdiccionales, lo que no redundaría en la utilización de estos sistemas alternativos. Por eso la mediación sería una alternativa eficaz y participativa que vendría a resolver muchas de las situaciones de conflicto que se producen en este ámbito laboral.

El artículo 64.1 de la Ley 36/2011, de 10 de octubre⁴⁶⁷, de la Ley reguladora de la jurisdicción social, contiene, asimismo, las excepciones del requisito del intento de conciliación o, en su caso, de mediación previas, ampliando los supuestos de excepción a los procesos de anulación de laudos arbitrales, los de impugnación de acuerdos de conciliaciones, de mediaciones y de transacciones.

⁴⁶⁶ Que se derivan de los arts. 40, 41, 47 y 51 de la Ley del Estatuto de los Trabajadores y a todos los supuestos de descuelgue del convenio cuando se admite. Para los desacuerdos en las comisiones paritarias de los Convenios y en los procedimientos concursales se contempla también la posibilidad de acudir a los procesos de mediación y arbitraje. Así se ha creado un entramado legal donde se han establecido una gran diversidad de Acuerdos de ámbito estatal y autonómico donde figuran el número de conflictos individuales y colectivos que existe en cada Comunidad Autónoma. Estos acuerdos conforman los procesos de solución extrajudicial que se han extendido a conflictos diversos de índole colectiva en todas las Comunidades Autónomas, en algunas de ellas también a conflictos plurales y en otras, de forma muy limitada, a conflictos individuales enlaces a los órganos y a los textos de los acuerdos pueden consultarse en línea: <www.fsima.es>.

⁴⁶⁷ «Se exceptúan del requisito del intento de conciliación o, en su caso, de mediación los procesos que exijan la reclamación previa en vía administrativa u otra forma de agotamiento de la misma, en su caso, los que versen sobre Seguridad Social, los relativos al disfrute de vacaciones ya a materia electoral, movilidad geográfica, modificación sustancial de las condiciones de trabajo, derechos de conciliación de la vida personal, familiar y laboral a los que se refiere el artículo 139, los iniciados de oficio, los que impugnación de convenios colectivos, los de impugnación de los estatutos de los sindicatos o de su modificación, los de tutela de los derechos fundamentales y libertades públicas, los procesos de anulación de laudos arbitrales, los de impugnación de acuerdos de conciliaciones, de mediaciones y de transacciones, así como aquellos en que se ejerciten laborales de protección contra la violencia de género».

La eficacia de los acuerdos estará supeditada a la legitimidad de quienes hayan suscrito el acuerdo y de si se han cumplido todos los requisitos exigidos para alcanzarlo.

3.16. El mediador y sus características jurídicas

La profesión de mediador como tal aún permanece en un limbo jurídico en cuanto a su reconocimiento profesional pleno, pues, aunque ya tiene socialmente gran consideración y es demandada en multitud de situaciones para intervenir ante la existencia de conflictos de muy diversa índole, no tiene *de facto* asignado algo tan elemental como un epígrafe profesional a efectos legales dentro del catálogo de actividades económicas vigente en nuestra legislación tributaria, por lo cual, esta actividad a efectos económicos no existe. Y, por lo tanto, no se encuadra dentro de una actividad normal reconocida a efectos tributarios dentro del desenvolvimiento normal de la vida laboral desempeñada por los profesionales que realizan una actividad y cumplen con los requisitos establecidos en la legislación tributaria para estar normalizados como tantas otras profesiones.

Tanto 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 en su artículo 3, como la Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles, en su artículo 1 recogen dentro de la definición de mediación al mediador como parte esencial del procedimiento⁴⁶⁸, puesto que es uno de los elementos personales necesarios para que se produzca la mediación, como podría ser la figura del juez, dentro del procedimiento judicial, con las grandes y notables distancias entre la función jurisdiccional, que está investida de los atributos de la *potestas* y de *imperium* y con unas claras líneas definitorias dentro de su función asignada, con unos amplios conocimientos jurídicos, un acceso reglado mediante un procedimiento de

⁴⁶⁸ CARRETERO MORALES, Emiliano, «El mediador civil y mercantil tras la aprobación de la Ley 5/2012 y del Reglamento 980/2013», en SOLETO, Helena (dir.), *Mediación y resolución de conflictos...*, *ob cit.*, p. 132.

selección riguroso y además su reconocimiento constitucional dentro del artículo 117 de la Constitución vigente de 1978⁴⁶⁹.

Se da la circunstancia de que, siendo uno de los elementos personales imprescindibles para que se produzca la mediación, no se contiene una definición de mediador en la ley 5/2012, de 6 de julio, y tampoco la vamos a encontrar en el reglamento de desarrollo de la ley, aprobado por real decreto 980/2013, de 13 de diciembre, por el que se desarrollan determinados aspectos de la ley 5/2012/, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles.

Las características o rasgos esenciales del mediador podrán extraerse de la definición aportada por el ya citado artículo 3 de la Directiva 2008/52 CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 21 de mayo de 2008, cuya definición de mediador es *«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»*.

A través de la definición referida podemos extraer que la mediación ha de ser aplicada por una persona que reúna las siguientes cualidades profesionales, y por tanto ha de estar cualificada en el ejercicio de las mencionadas características⁴⁷⁰.

- a) *Eficacia*.—Es un requisito exigido que nos indica que la preparación técnica del mediador ha de incluir destrezas y habilidades probadas para que en el desempeño de la mediación tenga posibilidades de llegar a obtener los resultados que se buscan de un modo eficaz. Obviamente esto sólo se puede medir desde la práctica regular y por las personas que acuden a un profesional y que pueden acreditar que el mismo se desenvuelve de una manera eficiente y eficaz para obtener el fin deseado.

⁴⁶⁹ Podemos mencionar, que lo más cercano a la función de mediación reconocido en una constitución española se produce en la regulación de la conciliación recogida en la Constitución de 1812, en el artículo 284.

⁴⁷⁰ Martín Diz, Fernando, *La mediación en materia de familia y Derecho penal. Estudios y análisis: 1.- La Mediación: marco general para su implantación como sistema complementario de administración de justicia*, Andavira, Santiago de Compostela, 2011.

- b) *Imparcialidad*.—Es una característica esencial al desempeño de la profesión del mediador, y aunque sea a veces difícil eliminar las subjetividades a la hora de tratar con las personas implicadas, las denominadas primeras impresiones, un profesional de la mediación ha de eliminar de su intervención cualquier actuación que denote un sesgo a favor de una u otra parte implicada en la mediación.
- c) *Competencia acreditada*.—La competencia se acredita mediante la formación exigida y la correspondiente práctica realizada que permita a la persona mediadora actuar con el rigor y la profesionalidad que un procedimiento tan exigente y preciso como la mediación requiere⁴⁷¹.
- d) Así pues, es necesaria, sobre todo, una *responsabilidad propia*, puesto que ante la inexistencia de estándares medibles de calidad, serán los propios profesionales los que tendrán que establecer por ellos mismos cuáles serán sus principios de actuación a la hora de practicar la mediación; han de ser rigurosos con la formación adquirida y la práctica profesional desarrollada de forma honesta y adecuada a cada situación, autorregulándose para que la práctica profesional de la mediación se convierta en un referente de profesionalidad, calidad y prestigio. Puesto que, al no ser de momento una profesión plenamente reconocida son los propios profesionales, los que han de actuar deben hacerlo de una manera intachable y exquisita a la hora de realizar su actividad habitual dentro de las mediaciones que practiquen. Sólo así y hasta su futuro y pleno reconocimiento general se podrá prestigiar una profesión que sigue siendo poco conocida.

En cuanto al grado de intervención del mediador, hay algunos autores que distinguen un grado de intervención mínima, una media o una terapéutica⁴⁷². La

⁴⁷¹ Para BUSTELO ELIÇABE-URRIOL, Daniel J., *La mediación familiar interdisciplinaria*, Madrid, 1995. «[...] el mediador necesita de un buen autoconocimiento, una correcta discriminación entre mundo interno y externo, una plástica actitud hacia la realidad y una actitud corporal integrada a su sentir. Esto se tratará más extensamente al ver la formación del mediador».

⁴⁷² «[...] Con la reinstitucionalización gradual de la mediación en Occidente a lo largo de los últimos años del siglo XX, un estereotipo bastante fuerte parece estar en proceso de emerger. Este es uno de los profesionales desinteresados, que intenta deliberadamente “promover los intereses de los litigantes” (Princen, 1992: 48) al asumir la responsabilidad del proceso, ayudando así a las partes en conflicto a tomar decisiones sobre el fondo de los problemas entre ellos. [...] la imagen del mediador profesional,

intervención mínima correspondería con la toma de conocimiento de las partes, y proporcionar un modo de entrar en contacto o en comunicación entre ellas y estableciendo un canal de comunicación que funciones.

En segundo lugar, la intervención media implicaría obtener y facilitar la información acerca de las partes y sus conflictos, exponerles, previa evaluación, cuáles son sus opciones y tratar de convencerles para que tomen las decisiones que les convengan, dadas las circunstancias y situación del momento.

La intervención terapéutica supone una acción invasiva e intervencionista, pues examina la relación y su estado, y con posterioridad se actúa profesionalmente para modificar lo que no funciona; a partir de ahí se tratará de buscar una decisión conjunta según las modificaciones efectuadas y con la ayuda prestada mediante las técnicas terapéuticas.

3.16.1. Funciones principales del mediador en el desempeño de su labor y sus efectos jurídicos

La mediación como método de resolución de conflictos conlleva una implicación plena de las personas que intervienen en el proceso, de ahí que sea un procedimiento esencialmente participativo⁴⁷³, puesto que no sólo las partes intervienen realizando un trabajo intelectual, intentando resolver su problema y buscando una solución, sino que su afectación es también emocional porque su solución apela a su responsabilidad, al

facilitando conscientemente la toma de decisiones de otras personas sobre asuntos en los que ella o él no tienen participación directa, transmite solo un sentido parcial de una constelación de intervenciones muy compleja, posiblemente universal. Visible de una forma u otra en el mundo social. Si bien el mediador recibe una atención bastante limitada en la teoría social clásica, el sociólogo alemán Georg Simmel proporcionó un análisis de definición a principios del siglo XX. En algunos pasajes casi poéticos de su gran *Soziologie* (1908 [1950]), Simmel señaló el hecho de que el mediador siempre está presente en el mundo social, aunque no sea nombrada como tal y su papel puede permanecer sin ser examinado. La constelación que produce el mediador argumentó, es una característica estructural, generalmente observable en todas las culturas en todos los grupos de más de dos elementos. Reflexionando sobre la naturaleza de las relaciones bilaterales y sobre las formas fundamentales en que éstas se transforman por la presencia de un tercero, señaló: “las díadas [...] tienen características muy específicas [...] la adición de una tercera persona las cambia completamente” (1908 [1950])» (véase ROBERTS, Simón, y PALMER, Michael, *Mediation*, Cambridge University Press, Cambridge, 2005: p. 153-220. En línea, 2012: <<https://doi.org/10.1017/CBO9780511805295.007>>).

⁴⁷³ PORTELA, Jorge Guillermo, «Mediación y solución de conflictos. Habilidades sociales para una necesidad emergente», en SOLETO MUÑOZ, Helena y OTERO PARGA, Milagros (coord.), *Características de la mediación*, Tecnos, Madrid, 2007.

ser ellos mismos los constructores de la gestión y posible resolución de su conflicto, pues no es un tercero el que decide. Por lo tanto, afecta al aspecto tanto volitivo como emocional del que participa en mediación para llegar al acuerdo. El mediador ha de conjugar acertadamente todos estos componentes; tendrá la cualificación profesional necesaria para desempeñar la tarea con rigor y respeto, y estará sometido al deber que impone el código ético en el desarrollo de su profesión⁴⁷⁴.

En mediación también se debe actuar con total flexibilidad, esta es una de las características más relevantes, puesto que el que interviene en la mediación acepta como regla de comportamiento la oportunidad de aportar todas aquellas soluciones posibles al conflicto planteado, y esto es gracias a que el procedimiento de mediación no está condicionado por ninguna regla preestablecida, salvo las que las partes hayan establecido como límites o puntos de partida, teniendo en cuenta que no se podrá alcanzar ningún acuerdo que esté fuera de los límites legales.

Ya hemos apuntado que la mediación es un sistema que es aceptado voluntariamente por las partes, ésta es la base y esencia del procedimiento de mediación, a partir de la preeminencia del principio de autonomía de la voluntad que en la mediación se lleva hasta sus últimas consecuencias porque todo el desarrollo de la mediación está en manos de los participantes, que aceptan acudir a este procedimiento, y que pueden retirarse del proceso en cualquier momento, si lo consideran necesario. Asimismo, las partes van a ser quienes decidan lo que van a aportar al proceso de mediación, las informaciones o los datos relevantes, por eso, si finalmente se llega a un acuerdo, la vinculación de lo pactado tiene una eficacia mayor. Es una decisión propia, y eso la convierte en duradera y eficaz.

En la mediación, una vez los intervinientes adoptan un acuerdo, tiene la característica de ser una decisión plena, completa, puesto que satisfará las necesidades de cada una de las partes y producirá también un reconocimiento de sus intereses.

⁴⁷⁴ *Código de conducta europeo para mediadores. 1. Competencia, designación y honorarios de los mediadores y promoción de sus servicios. 1.1. Competencia.* «Los mediadores serán competentes en la materia de mediación y deberán conocer el procedimiento de la misma. Se considerará esencial que posean la formación apropiada y que actualicen constantemente sus competencias teóricas y prácticas, teniendo en cuenta las normas o sistemas vigentes de acreditación» [Véase documento *on line*: <<https://bit.ly/1UM0WTa>>].

El procedimiento de mediación es un procedimiento que se caracteriza por ser confidencial, y por eso, todos los participantes han de firmar un acuerdo de confidencialidad, donde se van a establecer las normas que afectarán al desarrollo de la mediación. Esencialmente ha de tenerse en cuenta que lo que se trate en las sesiones de mediación, todo lo que en ellas se debata, los documentos que se exhiban y todo lo que se aporte, no podrá ser reproducido fuera del ámbito de la mediación. Por tanto, el mediador, tiene una obligación deontológica de secreto profesional de todas las informaciones que recibe en el espacio de la mediación, no se puede trasladar nada de lo que en mediación han dicho las partes, ni los documentos, ni las afirmaciones vertidas, por lo tanto, en caso de acudir a un procedimiento judicial, el mediador no puede ser citado como testigo en dicho procedimiento.

La mediación es un proceso que sirve para reconciliar los intereses en conflicto y la controversia surgida de la disputa entre las partes que están involucradas. El mediador ha de facilitar la comunicación y el diálogo para que puedan mejorar y restaurar la relación en la medida de lo posible y así llegar a negociar las diferencias que les impiden resolver la cuestión; apelará a la necesidad de conseguir nuevas expectativas en el futuro y restaurar y equilibrar las situaciones del pasado que hayan sido objeto del conflicto, para poder llegar a una situación de pacificación, de restauración de la relación, la consecución de la paz y de obtención de un beneficio que afecte a las partes enfrentadas.

En los sistemas democráticos sería deseable intentar que los poderes públicos promovieran la posibilidad de que los ciudadanos tomen sus propias decisiones, que fomenten una concepción más intensa de la titularidad de los derechos de tercera generación, promuevan la gestión de las necesidades de la persona que resulten esenciales en la resolución de los conflictos, con una mayor responsabilidad de los ciudadanos, dejando la posibilidad y creando los mecanismos para que sean ellos mismos quienes lleguen a los acuerdos necesarios en la resolución de sus conflictos, y así puedan allanar y alcanzar acuerdos sobre las cuestiones litigiosas que ellos mismos puedan resolver, y estén, en consecuencia, previstos los cauces para que sean adoptados.

El derecho en una democracia debería caracterizarse por una exigencia de mayor utilización de los procedimientos de toma de decisiones de naturaleza

deliberativa, en contraposición a una comprensión democrática meramente representativa⁴⁷⁵. Las concepciones de responsabilidad compartida y titularidad difusa, inherentes a los derechos de tercera generación, así como a la propia consideración de un interés público en promover el servicio de las necesidades esenciales del hombre, implican la verificación de que su gestión por medio de controversias sobre las representaciones mayoritarias de determinadas posiciones configuraría una grave paradoja, en la medida en que la existencia de los objetivos compartidos en el seno social requiere la participación de los individuos en la vida colectiva dirigida acciones y los recursos.

3.16.2. Principios y características que regirán la actividad del mediador

La actuación del mediador facilitará la comunicación entre las partes y tendrá que asegurarse de que disponen del asesoramiento y la información necesaria, así se establece en el artículo 13 de la ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles. Este artículo también recoge la conducta del mediador, de la cual afirma que ha de ser activa para lograr el acercamiento de las partes.

a) La confidencialidad en la práctica de la mediación es una de las obligaciones más importantes que rigen el procedimiento. La realización de las sesiones de mediación implica para los profesionales el conocimiento de un gran volumen de información acerca de documentos y hechos que las personas intervinientes les trasladan; cuestiones que en la mayoría de los casos son relativas a la privacidad de los que participan en el proceso de mediación y, por tanto, toda esta información ha de ser reservada al proceso de mediación donde se produce; por eso, tanto el profesional que realiza la mediación, como los intervinientes estarán protegidos por esta confidencialidad.

En definitiva, la confidencialidad tendría el mismo alcance que el secreto profesional⁴⁷⁶, y así se establece en el artículo 9 de la Ley 5/2012, de 6 de julio, de

⁴⁷⁵ BELLOSO MARTÍN, Nuria, «En busca de unos ciudadanos deliberantes: deliberando sobre la democracia deliberativa», en *Revista latino-americana de estudios constitucionais*, 9, 2008, p. 404.

⁴⁷⁶ VIOLA DEMESTRE, Isabel, «La confidencialidad en el procedimiento de mediación», en LAUROBA LACASA, Elena, BARRAL I VIÑALS, Inmaculada, I. y VIOLA DEMESTRE, Isabel (directoras), *Materiales Jurídicos del Libro Blanco de la Mediación en Cataluña*, Generalitat de Catalunya, Barcelona, 2016.

mediación en asuntos civiles y mercantiles, que indica exactamente que este deber de confidencialidad abarca al procedimiento y a la documentación utilizada. Y también establece que la obligación de confidencialidad del mediador está amparada por el secreto profesional y afecta también a las instituciones y a las partes que intervienen: por lo tanto, no podrán desvelar las informaciones que se trasladen en el procedimiento de mediación.

Esta garantía está instaurada respecto del mediador y de las personas que intervienen en el proceso de mediación; sin embargo, no se produce en cuanto a las partes intervinientes⁴⁷⁷.

b) La voluntariedad se configura como un principio clave en la actuación del mediador, porque el proceso de mediación se realizará por los cauces marcados, y no incurrirá en situaciones que pueden dar lugar a la suspensión o conclusión de la mediación. Entre estas circunstancias puede encontrarse la pérdida de la confianza por parte de los intervinientes en el mediador; en tal caso, como es lógico, la mediación concluirá cuando se dé tal situación. El artículo 13 de la ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación, en el que se establece que el mediador puede renunciar a desarrollar la mediación, en cuyo caso, será necesario que entregue un acta a las partes en la que conste su renuncia.

c) Si se diera la circunstancia de que el mediador vea comprometida su imparcialidad, será necesario que se abstenga, abandone o renuncie a la mediación. Esta imparcialidad aparece reconocida en el artículo 7 de la Ley 5/2012, donde dice que el mediador garantizará la intervención en igualdad de las partes, y el equilibrio en las posiciones, respetando los puntos de vista que se expresen y sin que se manifieste en interés o perjuicio de cualquiera de las partes intervinientes⁴⁷⁸.

⁴⁷⁷ La Directiva 2008/52/CE sólo regula el deber de confidencialidad respecto a las personas que participan del procedimiento de administración de la mediación y de los mediadores, no hace mención a los protagonistas del conflicto.

⁴⁷⁸ Esta imparcialidad no se vería afectada si el mediador actúa en el desempeño de su labor adoptando una posición activa, aportando opiniones, remarcando ideas que se hayan puesto de manifiesto y que puedan facilitar la consecución del acuerdo. El mediador puede participar reforzando las posiciones de alguno de los intervinientes en un momento dado, esto es efectivo y necesario, pero tiene que salvaguardar siempre esa actitud de neutralidad que se manifestará en todo momento en el procedimiento. Es muy importante que no se dé la sensación de que valora más la opinión de una parte

Previamente a iniciar el procedimiento de mediación el mediador deberá revelar cualquier circunstancia que pueda afectar a su imparcialidad o bien generar un conflicto de intereses. Tales circunstancias incluirán todo tipo de relación personal, contractual o empresarial con alguna de las partes, así como cualquier interés directo o indirecto en el resultado de la mediación; también, que el mediador haya estado relacionado profesional o personalmente con una o varias de las partes en cualquier circunstancia, con excepción de la mediación.

Esta situación, tras conocerse, si las partes confían en la integridad e imparcialidad del mediador puede salvarse y seguir adelante con el procedimiento.

En tales casos, el mediador sólo deberá aceptar la continuación de la mediación si asegura poder mediar con total imparcialidad y siempre que las partes lo consientan y lo hagan constar expresamente. Esta obligación, se mantendrá durante toda la mediación.

d) Una vez que se ha aceptado la mediación los mediadores estarán obligados a cumplir fielmente el encargo, y, si no lo hicieren, van a incurrir en responsabilidad por los daños y perjuicios que causaren por mala fe, temeridad o dolo. Los que resulten perjudicados podrán ejercitar una acción directa contra el mediador y/o la institución de mediación que corresponda, con independencia de las acciones de reembolso que a su vez y con posterioridad pueda ejercitar la institución contra sus mediadores.

Se deduce de este principio que los mediadores no podrán realizar ningún comentario o manifestación que provoque en alguno de los intervinientes la sensación o la duda de que favorece, tiene simpatía o está de acuerdo con una de las posiciones u opiniones vertidas por alguno de los que participan en el proceso. Si esto sucediera, comprometería la imparcialidad del mediador y es muy probable que hubiera que concluirlo. Esta finalización también tendría lugar, si se produjera un conflicto de intereses, salvo que las partes tras conocerlo lo acepten, lo consientan y lo hagan constar expresamente.

que la de otra, o que estimula más a una de las partes para participar y aportar al proceso. Si esto sucediera la imparcialidad estaría en entredicho y es muy posible que la mediación finalizara porque las partes pueden tener una sensación de parcialidad que pondría en entredicho la profesionalidad del mediador. La mediación estaría viciada y tendría que finalizar cuanto antes.

e) Respecto a la neutralidad necesaria para la realización del proceso de mediación, se manifiesta en que es preciso para que el procedimiento se lleve a cabo de un modo adecuado, que las creencias respecto a la situación que se intenta resolver en mediación, las ideas personales, y la escala de valores del mediador queden totalmente al margen. Las partes que intervienen trabajarán en su conflicto con la garantía de que el mediador que les asiste en su proceso participa de un modo absolutamente neutral, libre de condicionamientos provocados por su formación ética y moral y la configuración de su personalidad, forjada en su cultura, vida y formación. Y si, alguno de estos factores puede influir a la hora de realizar el trabajo profesional, debería renunciar a realizar la mediación, puesto que no sería una persona apta para desempeñar el puesto.

La imparcialidad y la neutralidad se confunden frecuentemente a la hora de definir las. Podríamos deslindarlas de un modo bastante claro, puesto que la neutralidad se predicaría del propio mediador que, como hemos dicho, debe prescindir de toda la carga moral y ética, de las creencias, principios, valores, a la hora de realizar la mediación.

La imparcialidad se refiere a la actitud del mediador respecto a las partes, que ha de ser totalmente equitativa en cuanto al tratamiento, impedir que haya una posición prevalente, o un abuso en los turnos de intervención; en definitiva, adoptar una posición que facilite la toma de decisiones por los participantes desde la igualdad de ambas partes, que tengan la conciencia de que para el mediador no hay ninguna posición más importante, y que los intereses de las dos partes son igual de valiosos a la hora de decidir a qué atenerse.

Es difícil conseguir la total imparcialidad y librarse de las cargas emocionales, personales, valores propios, etc.; no hay una asepsia total, y ahí entra la profesionalidad y experiencia que el mediador ha de tener para considerar cómo está actuando en su trabajo y separarse del procedimiento si la situación que se está produciendo le impide actuar bajo estos principios.

Lógicamente, todo esto varía en función de las materias: hay diferentes modelos y estilos de mediar, también en función del sistema de mediación que se está utilizando y la materia; no es lo mismo realizar una mediación en materia mercantil, civil, o en familia. No es igual una mediación comunitaria que una sanitaria. De ahí que los

diferentes perfiles profesionales de mediador tengan que autoevaluarse y darse cuenta de que no se puede estar del mismo modo en una u otra intervención. Por ejemplo, si somos mediadores directivos vamos a tender a llevar a las partes que intervienen al terreno que nosotros consideramos idóneo para resolver la cuestión litigiosa.

Han de destacarse como notas relevantes que, en el procedimiento de mediación, todos los participantes, tendrán que acudir bajo los principios de la buena fe, la lealtad y el respeto mutuo, como así lo establece el artículo 10 de la ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles. La honestidad, que englobaría todos esos principios, es una característica que parece necesaria, puesto que, si acudimos a un procedimiento en el que pretendemos resolver un tema relevante, será imprescindible partir de que los que acuden a él lo hacen de una manera sincera, con intención de llevar al debate sus intereses y que van a actuar bajo los principios de la buena fe y el respeto al contrario y a lo que supone para ellos el conflicto y lo que en él se maneja. Es del todo contradictorio que se vaya a un procedimiento de mala fe, o pretendiendo utilizar táctica o estrategias para obtener información, ser capcioso o malicioso. Este modo de actuar chocaría con el procedimiento desde el inicio y acabaría inmediatamente con la mediación.

Será necesario, por tanto, adquirir compromisos por las partes, tanto en el plano ético o moral como en el judicial o extrajudicial. Por ejemplo, no se podrán interponer acciones judiciales de uno u otro tipo que estén directamente relacionadas con el conflicto que se gestiona mientras se esté desarrollando la mediación.

Podemos enumerar las características que ha de reunir una persona para realizar una mediación efectiva, y desempeñar un trabajo eficaz, y no nos referimos a habilidades cualificadas o técnicas específicas, sino a aptitudes para poder alcanzar las metas o los fines para los que se realiza un procedimiento de mediación. Cuando las personas acuden a mediación es porque tienen una finalidad, una meta que alcanzar, y por ello la persona que va a dirigir el proceso ha de reunir estas aptitudes necesarias para que el objetivo final se produzca con la mayor satisfacción posible de las personas que van a intervenir en él.

Podemos citar, en primer lugar: la capacidad de escucha como premisa básica⁴⁷⁹; en segundo lugar, que el mediador no puede emitir ninguna opinión acerca de lo que allí se está diciendo, y mucho menos manifestar juicio de valor alguno; en tercer lugar deberíamos destacar la destreza o habilidad para realizar preguntas,⁴⁸⁰ así como el absoluto respeto por la forma en que los mediados se comunican e interactúan entre ellos⁴⁸¹; en cuarto lugar, es preciso legitimarse, tanto el propio mediador como las partes, en el proceso de mediación, lo que será una necesidad que facilitará el entendimiento y el desarrollo del proceso y producirá seguridad a todos los participantes, siendo necesario su establecimiento como base de la confianza en la situación que se está desarrollando en ese momento; añadimos, en quinto lugar, que es necesario que no se produzcan situaciones en las que el mediador anticipe los deseos de los mediados, aunque sea algo que nos resulte evidente o interesante, y tampoco es muy eficaz marcar reglas o imponer algún tipo de norma si no hay motivo para ello. Además de todo lo que hemos citado, es imprescindible que el mediador analice si frente a una determinada situación tiene prejuicios, así como que hay que considerar que lo importante no es el problema que tiene que gestionarse, sino las personas que lo están padeciendo⁴⁸². El uso de una herramienta de soporte gráfico

⁴⁷⁹ Como dice Daniel Bustelo (en comunicación oral) presentada en el Taller de clínica en mediación n.º 16 871, impartido en Madrid el 17 de mayo de 2019 «primero escuchar lo que se dice en el encuentro y además escuchar lo que pasa con lo que se escucha». Y esta escucha no puede imponerse para los participantes, el que uno hable significa que el otro ha de estar en silencio. Para Bustelo imponer turnos para hablar o callar no es útil, puesto que un silencio impuesto no facilita la escucha, bien al contrario, se va a reforzar la necesidad de quedarse pensando en lo que se quiere decir para no olvidarlo, estando más atento a lo que se quiere decir, que a lo que dice el otro. No hay verdadera escucha si no hay necesidad de escuchar, y aquí es cuando surge la legitimidad de la palabra pronunciada por la otra persona.

⁴⁸⁰ Daniel Bustelo (en comunicación oral) presentada en el Taller de clínica en mediación n.º 16 871, impartido en Madrid el 17 de mayo de 2019 respecto a esta afirmación que no se pretende con las preguntas ver la habilidad del mediador para obtener respuestas, si no elaborar cuestiones que a los intervinientes en la mediación les pueden servir a reconducir la cuestión y averiguar cuales son los intereses de uno y otro para llegar a resolver la diferencia.

⁴⁸¹ Solo debería actuar el mediador formulando cambios que puedan facilitar la comunicación, si los mediados no pueden alcanzar la necesaria conexión entre ellos para poder avanzar y llegar a una comprensión de las necesidades, posiciones e intereses de cada uno. Entonces utilizará las técnicas adecuadas el mediador.

⁴⁸² Daniel Bustelo (en comunicación oral) presentada en el Taller de clínica en mediación n.º 16 871, impartido en Madrid el 17 de mayo de 2019, destaca que ha de existir un interés real, intelectual y emocional por los participantes, sin hablar de la empatía, pues según él nadie siente como siente el otro.

como el *rotafolio* puede facilitar la visión práctica del asunto, pues puede ir describiéndose de manera ilustrativa cada situación.

3.16.3. Las especialidades jurídicas de las instituciones de mediación

Las instituciones de mediación son entidades públicas o privadas y corporaciones de derecho público cuyos objetivos son: el impulso de la mediación; la designación de los mediadores y la asunción de la responsabilidad que se derive de su trabajo, por lo que para ello facilitarán quiénes son o cuál es su cualificación, formación y experiencia.

La implantación de la mediación afecta no sólo a los poderes ejecutivo, legislativo y judicial, sino que las instituciones de mediación juegan un papel relevante. De ahí que los colegios profesionales desempeñen, como corporaciones de derecho público, un destacado papel, aportando solidez en temas de formación, y además ofrecer la garantía de que los profesionales se adecuan a las normas deontológicas, y esto implica una ventaja para el prestigio de la profesión.

El artículo 5 de la ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles considera instituciones de mediación tanto las de ámbito público como privado, españolas o extranjeras y las corporaciones de derecho público, entre cuyos fines estén: el impulso de la mediación, la función de facilitar que se pueda acudir a mediación y la puesta a disposición de los mediadores adecuados, de cuya elección se van a responsabilizar a través de un procedimiento transparente. También en el artículo 5 de la referida ley se ordena que el Ministerio de Justicia ha de vigilar que estas instituciones respeten los principios de la Ley de Mediación y que los mediadores actúen de acuerdo con las normas reguladoras⁴⁸³. Y así tendrán que velar por ello,

⁴⁸³ Es necesario que estas instituciones de mediación dispongan de normas de funcionamiento que sean respetuosas con los principios de la mediación y los valores que la rigen. En la Disposición Final 8.ª de la Ley 5/2012, de 6 de julio, de Mediación en Asuntos Civiles y Mercantiles se disponía que el Gobierno, a iniciativa del Ministro de Justicia, podrá prever reglamentariamente los instrumentos que considere necesarios para la verificación del cumplimiento de los requisitos exigidos en esta Ley a los mediadores y a las instituciones de mediación, así como de publicidad. Estos instrumentos podrán incluir la creación de un Registro de Mediadores y de Instituciones de Mediación, dependiente del Ministerio de Justicia y coordinado con los Registros de Mediación de las Comunidades Autónomas, y en que en atención al cumplimiento de los requisitos previstos en esta Ley se podrá dar de baja a un mediador.

además, las instituciones públicas, que se realice un buen desempeño por parte de los mediadores, adaptando su actuación a lo estipulado en la regulación existente.

En el apartado tercero del mismo artículo 5 citado dice que los Ministerios de Justicia y de las Administraciones Públicas tendrán que fomentar la formación idónea, tanto inicial como continuada, de los mediadores, que se produzca la elaboración de los códigos de conducta voluntarios, así como la adhesión de aquéllos y de las instituciones de mediación a tales códigos.

En cuanto a la designación de los mediadores, las instituciones deberán garantizar la total transparencia de esta designación: el modo más adecuado será tener expuesto de forma pública el listado de los mediadores con los que cuentan, con todas las características tanto de formación como de experiencia, cuál es su especialidad y todo aquello que afecte a dicha publicidad de los profesionales.

3.16.4. La intervención de un mediador o un equipo interdisciplinar

Es frecuente plantearse qué es más adecuado, si la intervención de un mediador o de dos comediando, pertenecientes a la misma disciplina, o si, por el contrario, es más eficiente y efectivo que intervenga un equipo interdisciplinar⁴⁸⁴.

Un equipo interdisciplinar formado por diferentes profesiones sería una garantía de eficacia y de eficiencia para las personas que deban acudir a mediación, puesto que resolver sus asuntos con la garantía del asesoramiento externo de profesionales en relación a la mediación que se está llevando a cabo, va a proporcionar confianza a los participantes que redundará en la mejora de las condiciones para que se pueda alcanzar el acuerdo con la seguridad de estar acertando con la opción; pues será lo más adecuado a sus intereses y estará garantizada la solución adoptada por el aval de los profesionales especialistas que asesorarán en la toma de decisiones.

⁴⁸⁴ La intervención será beneficiosa porque podrá suministrar información, delimitar aspectos de los intervinientes que un mediador o mediadores que pertenezcan a una sola disciplina no podrán abarcar por sus conocimientos focalizados en un área concreta, por ejemplo: el mediador, o mediadores pertenecen al área jurídica, no podrán abarcar aspectos psicológicos relevantes para avanzar en la gestión del conflicto. Para BUSTELO ELIÇABE-URRIOL, Daniel J., *La mediación familiar interdisciplinaria*, Madrid, 1995: «[...] *detrás de la persona del mediador, está el equipo que coopera con él en el análisis del caso y en el mantenimiento de una justa distancia entre las partes y sus propias proyecciones o tendencias*».

Por eso, aunque el mediador sea una persona especializada y con amplia experiencia profesional acredita y de gran solvencia, el tener la posibilidad de acudir a un equipo multidisciplinar proporciona garantía, seguridad y eficacia.

Es un modo de aplicar la mediación muy interesante, eficaz y que debería estar al alcance de aquellos que tienen que resolver sus conflictos.

3.16.5. La necesidad de conocimientos jurídicos en el desempeño de la tarea del mediador

Es necesario que la función del mediador la realicen personas con cualidades, aptitudes y formación específica acreditada⁴⁸⁵ y que cumpla con los requisitos establecidos en la legislación. Bien por tener una formación específica, bien por tener una formación acreditada que habilita para este tipo de función, como son los psicólogos, los psicopedagogos y los sociólogos; estas profesiones habilitan a las personas para el conocimiento de aspectos de las relaciones humanas muy importantes para el desarrollo de la profesión de mediador.

Y si bien la abogacía no posee estos conocimientos en materia psicológica, es una profesión que garantiza la eficacia, seriedad y la posibilidad de que los acuerdos sean los adecuados, porque, aunque no pueda aconsejar en el proceso de mediación, podrá orientar el criterio que se adopta hacia la dirección adecuada, si comprobara que se van a tomar decisiones que no cumplen con las normas y pueden ser ilegales. Y puede ayudar a centrar los temas de manera adecuada, porque por el desempeño de su profesión están acostumbrados al análisis de las circunstancias que se producen en cada caso.

Lo que podemos constatar, es que para que un procedimiento de mediación sea efectivo y acabe con éxito, ha de contar con el criterio de los abogados para garantizar la eficacia de los acuerdos alcanzados, esto proporcionará seguridad jurídica a las partes. También producen confianza puesto que son los gestores de los conflictos

⁴⁸⁵ BUTTS GRIGGS, Telma, «Calidad y ética en la formación de mediadores: reflexiones sobre el estado actual y cómo podemos mejorar», en *Mediación es justicia. El impacto de la Ley 5/2012, de mediación civil y mercantil*. AA.VV., LAUROBA LACASA, M.^a E.; ORTUÑO MUÑOZ, Pascual, Coordinadores. Barcelona, Editorial Huygens, 2014, p. 141: «[...] Una formación de calidad es un requisito previo imprescindible para crear buenos mediadores, lo que, a su vez ayudará a promover confianza en la mediación como vía de resolución de conflictos. Confianza de la que, por cierto, está muy necesitada [...]».

habituales en los juzgados. Si bien, no podrán participar en el procedimiento de mediación estos letrados que asesoren y deriven a mediación, sí contribuirán informando de las ventajas de utilizar un medio que les va a suponer un modo más sencillo de solucionar su conflicto, con satisfacción para ambas partes, y más cuando la experiencia del abogado es la frecuente y habitual insatisfacción en los procedimientos judiciales que se produce incluso en las partes que «ganan» el pleito.

El asesoramiento por el abogado proporciona una mayor eficacia en la estructura de los acuerdos, y puede aclarar todas las cuestiones relativas a las decisiones que vayan a tomar y sus consecuencias jurídicas.

Por todo esto la profesión de abogado es idónea, con la suficiente formación y preparación para realizar esta función de mediación porque por el mero desempeño de la misma, el abogado conoce de primera mano cómo se desarrolla el procedimiento judicial convencional y sabe de los costes, no sólo económicos, sino emocionales que genera y por tanto puede señalar a las partes cuáles son los posibles medios para resolver sus conflictos y qué es lo más ventajoso dada su situación, la característica del asunto a tratar y la circunstancia que debe llegar a arreglar.

3.16.6. El coste de la mediación

Los costes de la mediación van a dividirse normalmente entre las partes en igual proporción, salvo que haya una estipulación donde se establezca algo diferente. Y se devengarán tales costes en función de las sesiones realizadas, haya concluido o no con el resultado de un acuerdo.

Es posible que los mediadores o la institución de mediación puedan exigir a las partes una provisión de fondos que estimen necesaria para atender el coste de la mediación.

Si las partes o alguna de ellas no realizara 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 tuvieran interés en suplirla dentro del plazo que hubiera sido fijado.

3.16.7. Derechos y obligaciones del mediador

El mediador en el desempeño de su labor tiene una serie de derechos y obligaciones que son los siguientes:

En cuanto a los derechos: a) en primer lugar, tiene derecho a participar, cuando se solicite su intervención en un proceso de mediación; b) tiene derecho a renunciar a iniciar un proceso de mediación, o a continuarlo cuando aprecie falta de voluntad por alguna de las partes, bien porque exista una imposibilidad manifiesta para llegar a un acuerdo, o bien concurra cualquier otra circunstancia que haga inviable el procedimiento; c) derecho a remuneración económica, el mediador tiene derecho a percibir honorarios o las cuantías económicas que corresponda, en relación al trabajo desempeñado; e) el derecho a recibir una información veraz y completa por parte de los mediados sobre lo que al proceso de mediación le afecte. f) cualquier otro que se establezca en la legislación vigente, así como en sus normas de desarrollo.

Respecto a las obligaciones, el mediador deberá cumplir con las siguientes: a) tendrá que informar a las partes en conflicto de las características y finalidad del procedimiento, y de su coste económico. b) también ejercerá la actividad mediadora conforme a la buena fe; c) el mediador en el desempeño de su tarea propiciará que las partes tomen sus propias decisiones y que dispongan de la información y el asesoramiento suficientes para que desarrollen los acuerdos de manera satisfactoria, libre y voluntaria y exenta de coacciones; d) deberá mantener la neutralidad o imparcialidad, respetando las posiciones de las partes, y preservará su igualdad y equilibrio durante el proceso de mediación; e) tendrá que mantener la reserva y el secreto profesional, salvo hechos delictivos o de amenazas para la vida o la integridad física de las personas; f) concluirá el procedimiento de mediación, facilitando la comunicación entre las partes para alcanzar un acuerdo satisfactorio; g) el mediador finalmente redactará, firmará y entregará a las partes el documento de aceptación, las actas y los justificantes de la celebración y asistencia a las reuniones.

3.16.8. Tipos de mediación

3.16.8.1. Mediación facilitadora

Tradicionalmente se entendía que el mediador asume el control del proceso con el objetivo de que mediante su asistencia las partes desplieguen su poder y realicen una búsqueda y análisis de las posibles alternativas para resolver el conflicto.

Este tipo de mediadores facilitadores no precisan de conocimientos específicos sobre el tema objeto de la disputa.

3.16.8.2. Mediación evaluadora

Las partes buscan un mediador que sea gran conocedor de la materia objeto de disputa y esperan de él que tenga capacidad para opinar y evaluar la conveniencia de las distintas opciones para resolver el conflicto. El mediador puede influir en la decisión final o modificarla. Esto se critica en el sentido de que tener grandes conocimientos sobre la materia puede afectar el principio de neutralidad e imparcialidad. Y así puede llegar a convertirse más en un «juez o árbitro», más que en un mediador, y se perdería la identidad de la mediación: la libertad de las partes para adoptar sus decisiones.

3.16.8.3. Mediación transformadora

Reconoce a las partes capacidad para resolver su problema e insta a reconocer y aceptar las necesidades, solicitudes y perspectivas de la otra parte como válidos o como un producto de la propia naturaleza del conflicto.

Se pretende que las partes obtengan un doble beneficio: resolución de la disputa que están tratando y la adquisición en este proceso de conocimientos que les serán de utilidad en futuras discrepancias.

3.17. Las diferencias y analogías de la mediación y la conciliación

Realmente no podemos realizar una delimitación conceptual nítida entre los conceptos de conciliación y de mediación⁴⁸⁶, como métodos alternativos al procedimiento judicial en la gestión de los conflictos. Tampoco sabemos si es preciso que se produzca esa delimitación y si es útil que exista, en muchos casos es una cuestión de matices y en determinadas escuelas de mediación, como la denominada de «Harvard», el mediador es directivo y por tanto desempeñaría un papel similar al de la persona conciliadora.

Lo realmente importante sería precisar cuándo vamos a utilizar una u otra institución, dependiendo de las necesidades de los interesados y de los resultados que se pretenden obtener para la satisfacción real de la necesidad y también será relevante considerar qué tercero va a intervenir en uno u otro caso porque de ello va a depender el desenlace positivo y favorable para la mejor gestión del conflicto.

Incluso la función en la conciliación del juez, que ahora lo desempeña el letrado de la administración de justicia tiene una función poco nítida que produce confusión⁴⁸⁷.

Encontramos algunas definiciones, en cuanto a su diferenciación:

«La conciliación y la mediación comparten un elemento en común: el tercero no decide; y se diferencian en la capacidad del tercero en proponer o no soluciones. Si las funciones de este tercero se limitan a garantizar un flujo de información entre las partes, contribuyendo a aclarar sus recíprocos argumentos, a aproximar sus dispares posiciones o a destacar las ventajas de una solución negociada, la actividad

⁴⁸⁶ En muchos países de Hispanoamérica se denomina conciliador al mediador, la confusión que se genera entre estos dos mecanismos de gestión de conflictos se produce: primero porque como ya hemos dicho entre el conciliador y mediador apenas hay diferencias y en muchas situaciones una única persona ejerce las dos funciones. En algunos países como Estados Unidos, un mediador en muchos casos ha de conciliar y proponer la solución ya que los mediados pueden estar atascados. Lo mismo ocurre en otros países anglosajones: segundo aspecto, en cuanto a la terminología, en Roma, el mediador era el denominado *conciliator*, aunque después se pasaría a llamar mediador. En cuanto a la *conciliatio* se empleaban técnicas propias de la mediación para lograr solucionar el conflicto.

⁴⁸⁷ HERCE QUEMADA, Vicente, y GÓMEZ ORBANEJA, Emilio, *Derecho procesal civil*, tomo II, s. e., Madrid, 1975, p. 178 «[...] cuando el juez es llamado a ejercer la función conciliatoria, no interviene como órgano jurisdiccional sino como mediador».

*desempeñada entra en el ámbito de la conciliación. Si ese tercero, por el contrario, además de esos cometidos, ofrece a las partes en conflicto propuestas de solución, la actividad puede ser calificada como mediadora*⁴⁸⁸. *En la práctica, sin embargo, la frontera de la conciliación y mediación es tenue y movediza; de tal manera que, en algunos sistemas (Alemania, Inglaterra o Bélgica), conciliación y mediación tienden a confundirse, utilizándose como actividades funcionalmente sinónimas*»⁴⁸⁹.

Con carácter previo a que el actor interponga una demanda ante el órgano jurisdiccional correspondiente, puede intentarse una serie de actividades preliminares para poder preparar el procedimiento correspondiente y que pueden llevar en algunos casos a la resolución del litigio; que en el ámbito civil son las diligencias preliminares y el acto de conciliación.

Una definición habitual de conciliación es «la comparecencia necesaria o facultativa de las partes en un conflicto de intereses, ante una autoridad designada por el Estado, para que en su presencia traten de solucionar el conflicto que las separa, regulada por el ordenamiento jurídico, que atribuye determinados efectos, asimismo jurídicos, a lo en ella convenido»⁴⁹⁰.

El acto de conciliación no pertenece a la jurisdicción voluntaria, porque es un medio de resolución de controversias, un sistema autocompositivo alternativo a la vía jurisdiccional y que queda encomendado al órgano judicial, donde se va a intentar encontrar una solución evitativa del procedimiento judicial, y por supuesto la mediación tampoco.

Así pues, ni conciliación ni mediación estarían dentro de estos expedientes de jurisdicción voluntaria. Sin embargo, en la redacción de la Ley 15/2015, de 2 de julio, de

⁴⁸⁸ Debemos destacar como nota curiosa que muchos autores diferenciaban la conciliación de la mediación precisamente en que en la mediación el tercero aporta soluciones posibles al conflicto, a diferencia de la conciliación en que las partes negocian, esta visión choca con la esencia de la mediación, por su carácter neutral e imparcial del mediador y la esencia de la mediación en cuanto que son los participantes en la misma quienes tienen que buscar la solución a su conflicto, y van a ser ellas quienes aporten las soluciones

⁴⁸⁹ VALDÉS DAL-RE, Fernando, *Conciliación, mediación y arbitraje laboral en los países de la unión europea*, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, 2003, p. 23-55.

⁴⁹⁰ MONTERO AROCA, Juan, *Derecho Jurisdiccional*, Vol. II *Proceso Civil*, 26.ª Edición, Tirant lo Blanch, 2018, p. 359.

la jurisdicción voluntaria se ha incluido la conciliación dentro de su articulado: por lo tanto, el legislador de nuestro país, ha considerado que forma parte de los procedimientos de jurisdicción voluntaria.

En cambio, pensamos que conciliación y mediación no pueden incluirse dentro de los expedientes de jurisdicción voluntaria; y ello a pesar de que así se ha concebido tanto por la doctrina y la jurisprudencia, como por el legislador, especialmente respecto del acto de conciliación civil.

El razonamiento que puede plantearse para realizar esta afirmación es que tanto en la conciliación como en la mediación nos encontramos ante dos o más partes con un litigio o conflicto, y es cierto que en las dos situaciones se va a acudir de forma voluntaria, y la forma de resolverlo en ambos casos es mediante un acuerdo consensuado por los interesados⁴⁹¹ o partes en conflicto. Y también podemos afirmar que el tercero que interviene en las dos partes, tanto el letrado de la administración de justicia como el mediador, respectivamente, van a tener que intervenir frente a un conflicto; por ello no consideramos que sea un supuesto de jurisdicción voluntaria. Si acudimos al vigente artículo 456.6.c) y d) de la Ley orgánica 6/1985, de 1 de julio, del poder judicial, atribuye al letrado de la administración de justicia la facultad de intervención en la conciliación, llevando a cabo la labor conciliadora; y como otra competencia le atribuye la mediación. Por tanto, no parece que se pueda deducir que nos encontremos frente a actos de jurisdicción voluntaria, sino ante actividades jurídicas que se atribuyen al letrado de la administración de justicia como propias entre otras.

3.17.1. Las ventajas de aplicar la conciliación a la gestión de los litigios: métodos eficientes

Tradicionalmente se decía: «vale más un mal acuerdo que un buen pleito». Se trata de una afirmación que, aunque no deja de ser un refrán sin base científica, contiene en ella una realidad indiscutible: que para ganar un procedimiento han de darse tres circunstancias para que las pretensiones planteadas sean admitidas y se dicte una sentencia favorable: primero, que dispongamos de unos hechos objetivos; en

⁴⁹¹ MADRID LIRAS, Santiago, «El dilema de la Elección y los Buenos Maestros», en *Revista de Mediación*, 7 n.º 2, 2014, p. 5. [Disponible *on line* <<https://bit.ly/30GI82s>>].

segundo lugar, que estos hechos puedan ser demostrados mediante pruebas que sean irrefutables y que sean una evidencia para el órgano judicial que incline la balanza a nuestro favor; y en tercer lugar, que el letrado tenga pericia y profesionalidad para que los argumentos y las pruebas aportadas sean eficaces para formar la convicción del juez correspondiente y, por último y esencial, que el órgano judicial se pronuncie en este sentido y, por tanto, que nuestro trabajo realizado sea efectivo y nos den la razón.

La conciliación ha sido limitada a partir de la Ley de enjuiciamiento civil, su efectividad quedaría reducida a un acercamiento entre las partes⁴⁹².

Se trata de obtener mediante la conciliación la adquisición, modificación o extinción de un derecho subjetivo, gestionándolo de común acuerdo mediante la intervención de un tercero; en mediación será un tercero quien ayuda a la búsqueda de la solución para resolver el conflicto⁴⁹³.

3.17.2. Las ventajas de aplicar la mediación a la gestión de los conflictos: buenas prácticas

Los participantes en el procedimiento que tienen que gestionar un conflicto y que van a acudir a mediación son aquellos que tienen ganas de resolver su problema de

⁴⁹² La profesora Helena SOLETO (en «La conciliación de los letrados de la Administración de Justicia», en SOLETO, Helena [dir.], *Mediación y Resolución de Conflictos: Técnicas y Ámbitos*, Tecnos Madrid, 2017, p. 569) afirma que «[...] en nuestro ordenamiento la conciliación ha sido una figura incómoda en el proceso civil, limitada a partir de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 2000 a los justos términos de la voluntad de las partes [...]».

⁴⁹³ Hasta el mes de mayo de 2010 el conocimiento del acto de conciliación estaba atribuido a los jueces de primera instancia o de paz, con la reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva Oficina Judicial operada por la Ley 13/2009, de 3 de noviembre, se atribuyeron a los letrados de la administración judicial la función de conciliación, contenido en el art. 456.6 c) y d) LOPJ, [...] 6. Los Letrados de la Administración de Justicia, cuando así lo prevean las leyes procesales, tendrán competencias en las siguientes materias: [...] c) Conciliación, llevando a cabo la labor mediadora que les sea propia [...] e) Mediación. porque en el acto de conciliación no se ejercita la potestad jurisdiccional, por eso su función puede atribuirse a órganos distintos de los jueces, como podemos observar también se ha recogido la función de mediación a los letrados de la administración de justicia. De ahí que la visión de que la conciliación es un acto de jurisdicción voluntaria quedaría en entredicho, porque será el letrado de la administración de justicia quien realice la conciliación llevando a cabo la labor mediadora, no parece que de esta expresión deduzcamos que sea un acto promovido por los particulares, sino que la función atribuida a estos órganos judiciales está encaminada a obtener resultados de resolución de los asuntos por la vía de la conciliación, realizada por ellos mismos. Podemos deducirlo de la redacción que se ha hecho en la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial de las funciones del letrado de la administración de justicia.

una forma diferente, acuden de buena fe y mediante el diálogo realizando un esfuerzo personal que incidirá en la forma de trabajar para sí mismos conjuntamente, pudiendo alcanzar un grado de acercamiento y entendimiento con la otra parte en divergencia, que en el procedimiento judicial habitualmente y por definición es imposible, ya que está sometido a las normas establecidas en las leyes que constituyen un procedimiento que es rígido y que sólo da entrada y participación a las partes del modo que la norma del proceso correspondiente permite, y así difícilmente se podrán satisfacer las verdaderas necesidades de las partes pues si se alcanza un acuerdo, se resuelve el litigio de mutuo acuerdo y lo mismo ocurre en la conciliación, normalmente serán los letrados, asesorándoles acerca de lo que es conveniente acordar, quienes realicen esa comunicación y lo habitual es que las verdaderas necesidades queden fuera y alejadas del proceso.

En la mediación, es imprescindible que las dos partes de forma personal trabajen esforzadamente, de manera que se logre encontrar un punto de acercamiento mediante la comunicación eficaz entre ellos que son los que tienen que solventar su situación de conflicto. Se darán las circunstancias idóneas para que la comunicación y el acercamiento eficaz de las posturas pueda realizarse.

Y es en el procedimiento de mediación en el que se van a exponer de una manera real y efectiva cuáles son las posiciones y necesidades de cada uno de los participantes en el procedimiento y qué se está dispuesto a aportar y a realizar para que el consenso sea posible y se llegue a alcanzar el mejor acuerdo o la mejor situación posible que deje a las partes en una situación real de satisfacción y tranquilidad, sin tener que acudir al procedimiento judicial para que se lleven a cabo los compromisos adquiridos y haya que ejecutarlos.

La intervención en mediación ha de basarse en una serie de buenas prácticas o principios:

- a) La participación mediante la creación de un espacio en el que los intervinientes en la mediación colaboren en la toma de decisiones sobre las cuestiones que han de resolverse, convirtiéndoles en protagonistas del proceso, incentivando que esta participación sea equitativa y adecuada.
- b) La flexibilidad en las intervenciones, de tal manera que sean efectivas y adaptadas a las necesidades de cada momento, para obtener un mejor resultado.

- c) La sensibilidad a la hora de conducir el proceso para conseguir que las partes sean conscientes de la visión de la otra parte y conociéndola se pueda elaborar un escenario que sirva para que ambas partes puedan encontrar una salida a las dificultades planteadas, esto favorecerá la consideración hacia el otro, comprendiendo mejor su posición y alcanzando una mejora en la relación pese a que el resultado, en el peor de los casos, no sea el deseado por los dos.
- d) El dinamismo a la hora de trabajar. En el proceso de mediación es preciso que se aporten ideas desde su inicio y así se puedan proporcionar soluciones más creativas para que el desarrollo del procedimiento pueda ser más dinámico y ágil a la hora de intentar solventar los conflictos.
- e) La proximidad, en cuanto que es necesario que se trabaje de manera que se cree un referente cercano y se establezca un clima de confianza para que pueda ser beneficioso y desde el principio pueda intentar alcanzarse el objetivo propuesto.

Se trata de que la mediación sirva para que sea posible realizar una visión transformadora del conflicto⁴⁹⁴ tiene varias características:

- a) El mediador examinará todas las aportaciones de las partes para descubrir las posibilidades de transformación que contienen.
- b) Se tendrá en cuenta cada aportación de los mediados, pues puede descubrir espacios en los cuales cada parte puede elaborar una posición desde la cual comprender la posición del contrario, facilitando su reconocimiento.
- c) El mediador ayudará a los mediados a reconocer sus posiciones y posibilitará que puedan deliberar acerca de ellas.
- d) Intentará evitar que se alcancen pactos finales prematuros que pueden zanjar el tema sin que se haya llegado al fondo del asunto. El mediador no puede opinar, valorar o proponer, sólo puede intentar que se alcance el

⁴⁹⁴ RIPOL-MILLET, Aleix, *Familias, trabajo social y mediación*. Paidós, Barcelona, 2001, p. 129.

ritmo necesario para que se puedan debatir todas las opciones, opiniones y deseos relacionados con el tema que se está debatiendo.

- e) El mediador conseguirá que las partes tomen conciencia del punto de vista de la otra parte. E intentará que puedan reunir la historia común para aprender de ella y comprender la visión que tienen todos los implicados en ella.

3.17.3. Cuando la mediación es una opción jurídica más adecuada para la solución de un conflicto

La mediación será un recurso adecuado para poder resolver las cuestiones litigiosas que se planteen cuando se pretenda alcanzar una solución que consiga resolver las divergencias existentes y esa solución permita que se mantengan las relaciones entre los contendientes y este mantenimiento producirá que siga en vigor la relación jurídica preexistente, bien sea por la existencia de un contrato en vigor; o en el caso de relaciones familiares que han de pervivir, por la necesidad de seguir relacionándose. Y para ello será preciso: establecer una estructura de comunicación adecuada para responsabilizarse del procedimiento que se va a realizar, y que sea eficiente y ayude al acercamiento de las posturas que están enfrentadas.

De este modo, se guiarán los intercambios; cuidando de que la comunicación sea lo más equitativa y respetuosa posible, gestionando los conatos de agresividad que surjan, pero sin limitar la exposición de las emociones. Esto favorecerá que afloren los sentimientos y se compartirá la información, también se identificarán las expectativas y las necesidades procurando que exista un equilibrio de poderes para que la toma de decisiones se haga de la manera más adecuada.

Finalmente, la mediación es adecuada porque:

- a) Proporciona soluciones rápidas, económicas con resultados más estables, útiles y duraderos.
- b) Evita que las dificultades se alarguen en el tiempo como ocurre en los procesos judiciales y por consiguiente también se evita el desgaste personal y material.
- c) Es un proceso voluntario y confidencial.

- d) Las partes deciden como plantear su situación y lo que va a suceder.
- e) Facilita la comunicación y la convivencia pacífica.

Conclusiones

I. El objetivo final de los órganos jurisdiccionales es amparar los intereses de los que acuden al proceso judicial y así dar cumplimiento al artículo 24 de la Constitución que regula la tutela judicial de los derechos e intereses de los ciudadanos. En el Derecho privado hasta hace poco tiempo existían dos vías alternativas al procedimiento jurisdiccional, que eran el arbitraje y la conciliación.

El arbitraje era utilizado a elección de las partes y la conciliación era impuesta por la ley. En ambos modelos interviene un tercero en la toma de decisiones. Del estudio realizado en el presente trabajo de la conciliación, comprobamos que hace solo unas décadas era un mecanismo integrado en nuestra legislación como alternativa previa a la celebración del juicio, hasta que se devaluó por el legislador a partir de la Ley 34/1984, de 6 de agosto, de reforma de la Ley de Enjuiciamiento Civil: con esta ley pasó, de ser un requisito previo obligatorio para intentar cerrar el litigio, antes de acudir a juicio, a ser un trámite voluntario que lo ha convertido en un medio residual porque este cambio ha provocado que su utilización sea esporádica y poco habitual.

II. La introducción de la mediación como método complementario es un avance para el mejor cumplimiento de la tutela judicial en cada caso, porque es bastante habitual que la sentencia fundada única y exclusivamente en la ley, y dictada por la autoridad judicial no cumpla el objetivo de resolver el problema que se plantea, ya que la decisión adoptada en la resolución no suele favorecer las expectativas depositadas en el procedimiento judicial por uno y otro contendiente, y de esta insatisfacción se van a derivar los recursos judiciales y la más que probable ejecución forzosa para que se ejecute y se lleve a cabo lo juzgado. Y esto no va a satisfacer ni al que ha ganado ni al vencido en el procedimiento.

Y desde este punto de vista los métodos alternativos van a contribuir al cumplimiento del objetivo imperativo para jueces y magistrados, que es dar tutela efectiva a los derechos de los ciudadanos.

III. Ya desde el siglo pasado, diferentes organismos internacionales señalaban a la mediación como un sistema reconocido por su efectividad en resolver los conflictos en todos los ámbitos de las relaciones jurídicas.

Su práctica inicial en países del *common law* y su extensión al continente europeo obligan a que las instituciones jurídicas de la Unión Europea legislen en relación a este nuevo sistema, que aparece como idóneo para resolver multitud de situaciones que no es preciso que lleguen a los tribunales: así, se dicta la propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles, presentada por Comisión Europea el 22 de octubre de 2004. Y 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, cuya transposición a los estados miembros ha dado lugar a la Ley 5/2015, de 6 de julio, de Mediación en Asuntos Civiles y Mercantiles, como culminación a un proceso de introducción de la mediación en nuestro país, que se inició a niveles autonómicos, y que ahora ha impulsado su aplicación al ser reconocida a nivel legislativo nacional.

IV. Estos sistemas alternativos, junto a los tribunales, formarán un sistema jurídico más seguro, eficiente y eficaz a la hora de impartir justicia. Las Recomendaciones del Consejo europeo han ayudado en la introducción de estos sistemas.

Se ha producido un avance en nuestro país con la aprobación de la vigente Ley de Mediación 5/2012, de 6 de abril; con bastante retraso, eso sí, respecto al resto de países de la Unión Europea, puesto que en el año 2011 cumplía el plazo para la transposición en los sistemas nacionales de justicia de la UE, tiempo que

nuestro Parlamento ha rebasado. Y aunque su aprobación ha supuesto un gran paso, aún tenemos que equiparar nuestro sistema legal a muchas de las nuevas exigencias para igualarnos a países como Alemania o Gran Bretaña, cuya tradición en mediación data de los años 70 y 80 del siglo pasado; y, como ellos, necesitamos realizar un gran esfuerzo de adaptación para ofrecer un modo de justicia más abierto y con distintas alternativas, donde la mediación adquiera un gran protagonismo.

V. Este impulso legislativo viene a sumarse al gran atasco que caracteriza por lo general a los tribunales españoles, de ahí que haya motivos para recurrir a nuevos métodos para atajar los problemas que se plantean: existe un verdadero colapso en algunos tribunales de justicia; los ciudadanos exigen nuevos sistemas más eficientes y económicos y que realmente satisfagan sus necesidades. Y existen nuevas y variadas situaciones, como consecuencia de la rápida evolución y cambio en las relaciones personales, comerciales y de intercambio que se producen en el tráfico jurídico, como las relaciones profesionales que se producen en el espacio electrónico, contratación *on line*, relaciones profesionales virtuales, que crean nuevos modelos laborales propiciados por los vertiginosa evolución de las transformaciones sociales; nuevos modos y sistemas de relación personal, tanto individual como colectiva, que requieren atención y a los que los poderes públicos, por el farragoso y lento proceso legislativo no dan respuesta, por eso estos nuevos modelos precisan de sistemas de gestión de conflictos rápidos y económicos, y la mediación es uno de los que puede aplicarse, por su ágil configuración, a las nuevas relaciones interpersonales, tanto de carácter privado como profesional.

VI. Los mecanismos alternativos, descargan de trabajo a los tribunales: esta es una de las razones de política legislativa que ha impulsado al legislador de nuestro país y los de nuestro entorno, empujados por las directrices que marca la legislación

europea, a regular esta materia y así optimizar los recursos jurisdiccionales y favorecer otras alternativas al alcance de los ciudadanos.

Otra ventaja que presenta este sistema es que, en caso de que no sea efectivo, por no haber conseguido los efectos deseados en la resolución del conflicto, siempre está abierta la vía judicial. Eso le da un carácter de adecuada como una primera vía para afrontar un conflicto: de ahí que se conciba en algunos países como obligatorio su intento antes de acudir a los tribunales.

La mediación y la conciliación tienen sus límites, no pueden utilizarse para resolver aquellos conflictos que afectan a materias no disponibles, y tendrían un menor resultado a la hora de resolver reclamaciones patrimoniales.

VII. Los beneficios de utilizar sistemas autocompositivos como la conciliación y la mediación permiten a las partes contendientes la posibilidad de alcanzar el acuerdo que resolverá los conflictos de forma consensuada entre las partes.

Este acuerdo consensuado cumple una función social, que es la de permitir a los ciudadanos resolver sus conflictos de una forma privada adoptando una solución acorde a sus necesidades, al gestionar sus intereses utilizando la comunicación constructiva y el diálogo. Por eso, los sistemas autocompositivos son especialmente recomendables cuando las relaciones entre las partes deben continuar tras el litigio: en conflictos familiares; vecinales; entre socios; en empresas con vinculaciones más o menos permanentes. Porque en estos casos citados las partes buscan la confidencialidad, la rapidez en la resolución y un acuerdo que facilite las relaciones futuras e incluso un coste menos oneroso que la jurisdicción. Estos sistemas, junto a los tribunales, formarán un sistema jurídico más seguro, eficiente y eficaz de impartir justicia.

VIII. Consideramos imprescindible disminuir la ratio de asuntos que acceden a los juzgados. Los sistemas no adversariales son métodos que han de incorporarse como una opción más al alcance de los ciudadanos, como manifestación de un sistema de justicia eficaz y moderno que pone a disposición de las personas una variedad de alternativas para que en cada momento se puedan solventar las diferencias que surgen y que derivan en una solución adaptada al conflicto y las necesidades de los afectados por él.

La gestión eficaz de un conflicto necesita de diferentes actitudes positivas referidas tanto a la comunicación personal, como a la naturaleza y a la consideración del conflicto mismo.

La administración de justicia no puede adaptarse a todas las innovaciones al ritmo que se producen; por eso surgen los métodos alternativos y se ha de facilitar su coexistencia. Sería necesario crear las infraestructuras legales que permitan estos métodos alternativos y sus mecanismos de aplicación, para que cuando se produzca un conflicto, se adopte la forma de resolución más adecuada a la materia, situación y circunstancias a resolver.

IX. El surgimiento de los *Alternative Dispute Resolution* (ADR) pretendía una «desjudicialización de los litigios», por la necesidad de resolver los numerosos conflictos que se plantean y que la administración de justicia no abarca en su totalidad. En estos sistemas hay un tercero, que en el caso de la conciliación decide acerca de la cuestión litigiosa, y en el caso de la mediación solo conduce y acompaña el proceso; desde este punto de vista son diferentes. Sin embargo, podemos comprobar que las materias que pueden gestionarse por uno u otro sistema son las mismas. El artículo 2.1 de la Ley 5/2012, de 6 de julio, de Mediación en Asuntos Civiles y Mercantiles, recoge las materias excluidas de la aplicación de esta ley y el artículo 139.2 de la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria, nos habla de las materias que no serán objeto de conciliación; y, en último lugar, mediante una cláusula general, nos dice que son aquellas no

susceptibles de transacción ni compromiso del artículo 1489 del código civil. Por tanto, podríamos decir que las materias objeto de conciliación son susceptibles de mediarse. De ahí que la obligatoriedad de la mediación, si así fuera, supliría ese trámite de la conciliación que se suprimió como obligatorio y que impide que muchos de los conflictos puedan resolverse de forma previa antes de acudir a los juzgados.

X. Una diferencia importante entre la conciliación y la mediación afecta a los terceros implicados es que, en la conciliación, estos son profesionales del derecho: notarios, registradores de la propiedad, letrados de la administración de justicia. Esta circunstancia puede favorecer la confianza en la resolución que se adopte, puesto que la solución va a tener una base jurídica y será directamente ejecutable en caso de incumplimiento por alguna de las partes. En la mediación, en cambio, los terceros, pueden provenir de cualquier ámbito y profesión, siempre que cumplan los requisitos legales establecidos (100 horas mínimas de formación específica, y el 30% de ellas de carácter práctico); esta variedad en el origen profesional en principio es enriquecedora para que participen en los conflictos diferentes especialistas que aportarán su capacitación para disolver las situaciones difíciles, aunque puede tener el inconveniente de lastrar la confianza en la seguridad jurídica del acuerdo. Por eso la garantía para sea ejecutable está en la protocolización mediante escritura pública.

XI. Otra diferencia atiende a la autonomía de la voluntad como principio clave en ambos sistemas: en el caso de la conciliación, no se explicita de forma tan clara, puesto que el acuerdo está fijado en términos jurídicos por los letrados y, aunque las partes darán su visto bueno para realizarlo, no surge de la voluntad propia de las partes, ya que son los técnicos jurídicos los que realizan el trabajo para poder alcanzarlo.

En mediación, por el contrario, las partes tendrán un comportamiento proactivo, se sientan con sus problemas ante un mediador para intentar resolverlo.

Aquí se explicita este principio de autonomía de la voluntad de forma completa, pues voluntariamente acceden a la búsqueda de soluciones a su conflicto, y voluntariamente aportarán las ideas necesarias para llegar a resolverlo. De ahí que es en mediación donde el principio de autonomía de la voluntad se desarrolla en su máximo contenido.

XII. La mediación es una forma de resolver más creativa que la conciliación porque puede llevar a soluciones que serían impensables en otro ámbito autocompositivo como la conciliación o la transacción, donde normalmente son acuerdos única y exclusivamente de carácter jurídico, basados en las normas correspondientes.

En el caso de la mediación, aunque sean acuerdos legales, puede acudir a fórmulas más heterodoxas que no podrían materializarse en la conciliación realizada en el marco de un proceso judicial. A veces a las soluciones de carácter legal, como pueden ser cumplir una obligación pecuniaria, de hacer, o de no hacer, se unen las obligaciones que no tendrían una evaluación jurídica, por consistir en el reconocimiento de determinadas situaciones que la otra parte considera esenciales para quedar satisfecha, y que será muy difícil traducir en valor económico, o que se practiquen dentro de una sala de vistas en un juicio.

Por eso la mediación facilita la gestión de conflictos que, siendo de carácter jurídico, finalmente tienen un componente emocional, humano, que no es posible restituir de otro modo, si no es con el sincero reconocimiento de la otra parte.

XIII. El proceso de mediación ya tiene un ámbito de aplicación extendido a conflictos que se plantean en materia de familia: divorcio, decisiones de guarda y custodia, derecho de visitas; en relaciones de convivencia vecinal; comunitario: diferencias entre los vecinos, ocupación de los espacios públicos; escolar: conflictos educativos; en el ámbito intercultural: tensiones con minorías, xenofobia; ámbito sanitario: relaciones médico paciente, entre sanitarios y la organización sanitaria y los

pacientes; y en materia laboral: conflictos tanto de carácter individual como colectivo. Esta amplia gama de situaciones necesita un tratamiento diferente. No van a resolverse de forma definitiva acudiendo a un procedimiento judicial. La solución judicial que se dicte en este tipo de procesos no va a resolverlos de forma definitiva, porque comprobamos que, en todas estas áreas, además de intereses económicos, se ven afectados principios y valores que, si no son tratados con una cierta trascendencia, no van a acabar con el litigio.

Es preciso trabajar con estos componentes que conforman el verdadero meollo de los conflictos, y por eso es preciso considerar estos intereses y necesidades como una parte importante que hay que resolver para cambiar la manera de abordarlos.

XIV. Se han de modificar los modos de impartir justicia, si se quiere alcanzar una satisfacción real de las personas, y la efectividad a la hora de abordar los litigios desde otros puntos de vista, integrando todos los elementos que conforman los conflictos, tanto los objetivos como los personales, y solo así se producirá una plena satisfacción y una verdadera y eficaz forma de hacer justicia.

La mediación ya no es un sistema admitido solamente como buenas prácticas, sino que está regulado con todas las garantías jurídicas y aporta seguridad a los que acuden a ella, sean ciudadanos, organizaciones o instituciones. La mediación ya puede realizarse de un modo conveniente a los fines de satisfacción de los intereses y necesidades de las personas que la realizan para obtener el fin de gestionar e intentar resolver las dificultades y los conflictos que se plantean.

XV. Como resultado de este estudio, y de mi experiencia profesional como mediadora, he podido constatar que resolver los problemas en mediación no implica solo una alternativa que sirva para gestionar conflictos de carácter jurídico, y lograr

acuerdos: esto la acercaría como método «"autocompositivo" a la conciliación», sino que la dimensión más relevante del «proceso de mediación» es la capacidad que tiene de cambio en la persona inmersa en un conflicto de carácter jurídico, al poder descubrir en sí misma sus propias habilidades de intercambio de posiciones y el poder aproximarse a las posturas y a la visión que las otras partes tienen del conflicto.

Por eso, el fin pretendido por la función jurisdiccional desempeñada por jueces y magistrados de llevar a término el ejercicio la tutela judicial efectiva de los derechos de los ciudadanos, reconocida en el artículo 24 de la Constitución, se producirá de un modo más eficiente y más práctico.

XVI. Visto desde esta óptica, la mediación es un método complementario para lograr esta tutela judicial, ya que la sentencia, basada exclusivamente en normas legales, no va a resolver el problema concreto para el que han acudido a su amparo. Generalmente las soluciones que se contienen son rechazadas por aquel a quien resultan desfavorables, que va a tender a recurrir para frenar su eficacia, lo que dará lugar a la inevitable ejecución forzosa. Y, muchas veces, el que aparentemente resulta favorecido con el fallo de la sentencia tampoco ve satisfechas sus necesidades. A veces, no es tanto un tema económico, como de reconocimiento o de que la parte contraria asuma una serie de situaciones que hubieran resarcido de un modo más efectivo al litigante que ha vencido en el pleito.

Por eso, no puede existir justicia si no se cuenta con los ciudadanos; porque si estos son capaces de elaborar sus propios acuerdos, ajustados a Derecho, parece razonable que habrá que darles un valor jurídico, pues si esto no es así, no habrá justicia posible.

Bibliografía

- AGUILÓ REGLA, Josep, *El Arte de la Mediación, Argumentación, negociación y mediación*, Ed. Trotta, 2015.
- ALBERT EMBUENA, Vicente; PLAZA GOLVANO, Sagrario *Conciliación civil y laboral en la nueva oficina judicial*. Tirant lo Blanch, Abogacía Práctica, 2010.
- ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, Niceto, *Proceso, autocomposición y autodefensa (Contribución al estudio de los fines del proceso)*, UNAM, México D.F., 1947 (reimpr. 2000).
- ALONSO FURELOS, Juan Manuel, «Parte general y principios de la vigente Ley de la Jurisdicción Voluntaria», e *Revista de Derecho de la UNED*, 17, 2015, p. 19-56.
- ALZATE SÁEZ DE HEREDIA, Ramón, «La dinámica del conflicto», en SOLETO H. (dir.), *Mediación y resolución de conflictos: técnica y ámbitos*, Tecnos, 2012.
- ALZATE SÁEZ DE HEREDIA, Ramón, *Análisis y resolución de conflictos: una perspectiva psicológica*, Servicio Editorial de la Universidad del País Vasco, Bilbao, Euskal Herriko Unibertsitatea, Argitalpen Zerbitzua, 1998.
- ANDER-EGG, Ezequiel, *Diccionario del Trabajo Social*, Lumen, Buenos Aires, 2003.
- ARÁN MARTÍNEZ, María Paz, voz «Conciliación», en *Crimipedia* [publicación online: <https://bit.ly/1PXF8kV>].
- ARROYO MARTÍNEZ, Ignacio, «La aportación de las ordenanzas del consulado de Bilbao al desarrollo del Derecho marítimo», *Anuario de derecho marítimo*, 27, 2000, p. 25-81.
- AYALA MARTÍNEZ, Carlos de (ed.), «*Libro de Privilegios de la Orden de San Juan de Jerusalén en Castilla y León (siglos XII-XIV)*»: Ms. H211 del Museum and Library of the Order of St. John, de Londres, Instituto Complutense de la Orden de Malta, Madrid, 1995, doc. 261.
- BANDIERI, Luis María, «Análisis del conflicto», en SOLETO MUÑOZ, Helena, y OTERO PARGA, Milagros M.ª (coord.), *Mediación y solución de conflictos. Habilidades para una necesidad emergente*, Tecnos, Madrid, 2007, p. 61-69.

- BALLESTER CASANELLA, Blanca, «Las TIC como instrumento aplicado a la conciliación, mediación y arbitraje en el ámbito laboral», *Revista de Internet, Derecho y Política* (Universitat Oberta de Catalunya), núm. 25 (septiembre, 2017) [*on line*: <<https://bit.ly/2NmLfri>>].
- BARONA VILAR, Silvia, *Nociones y principios de las ADR: solución extrajudicial de conflictos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018; CHICO DE LA CÁMARA, Pablo (dir.), *Las medidas alternativas de resolución de conflictos (ADR) en las distintas esferas del ordenamiento jurídico*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018.
- BARUCH BUSH, Robert A. y FOLGER Joseph P., *La promesa de la mediación Cómo afrontar el conflicto a través del fortalecimiento propio y el reconocimiento de los otros* (trad. esp.), Ed. Gránica. Buenos Aires, 2006.
- FOLGER Joseph P., «La mediación transformativa: preservación del potencial único de la mediación en situaciones de disputas», en *Revista de Mediación*, vol. 1., n.º 2, octubre 2008.
- BELLOSO MARTÍN, Nuria., «Un paso más hacia la desjudicialización. La directiva europea 2008/52/CE, sobre mediación en asuntos civiles y mercantiles», en *Revista electrónica de Derecho Processual*, 2.ª ed., Año 2, enero-diciembre 2008, p. 257-291.
- BELLOSO MARTÍN, Nuria, «En busca de unos ciudadanos deliberantes: deliberando sobre la democracia deliberativa», en *Revista latino-americana de estudios constitucionais*, 9, 2008.
- BELLOSO MARTÍN, Nuria (Coord.), *Estudios sobre Mediación: Ley Mediación Familiar de Castilla y León*, Consejería de Familia e Igualdad de Oportunidades, Junta de Castilla y León, Valladolid, 2006.
- BERENGUER O´SHEA, Pablo, «Anteproyecto de Ley de impulso de la mediación» *Actualidad jurídica Aranzadi*, nº 954, 2019, p.7-7.
- BERNAL RODRÍGUEZ, Antonio Miguel, «Las corporaciones mercantiles de Sevilla. Del Consulado (1543) a la Cámara de Comercio (1886)», en *Anuario de Estudios Atlánticos*, 59, 2013, p. 10-11.
- BLANCO CARRASCO, M., *Mediación y sistemas alternativos de resolución de conflictos una visión jurídica*, Reus, Zaragoza, 2009.

- BLANCO CARRASCO, Marta, «La alternativa de la mediación en conflictos de consumo: presente y futuro» *Anuario Jurídico y Económico Escorialense*, XLII 2009, p. 129-152.
- BUSTELO ELIÇABE-URRIOL, Daniel J., *La mediación familiar interdisciplinaria*, Madrid, 1995.
- BUTTS GRIGGS, Telma, «Calidad y ética en la formación de mediadores: reflexiones sobre el estado actual y cómo podemos mejorar», en *Mediación es justicia. El impacto de la Ley 5/2012, de mediación civil y mercantil*. AA.VV., LAUROBA LACASA, M.^a E., ORTUÑO MUÑOZ, Pascual, Coordinadores. Barcelona, Editorial Huygens, 2014.
- CADAVID GUERRERO, Iván Andrés, «La justicia en el marco del Estado griego», en *Revista Ratio Juris*, vol. 7, núm. 15 (julio-diciembre 2012), p. 19-36.
- CALDERÓN CONCHA, Percy, «Teoría de los conflictos de Johan Galtung», en *Revista paz y conflictos*, n.º 2, 2009, p. 60-81.
- CARABANTE MUNTADA, J. M.^a, *La mediación, Presente, pasado Futuro de una institución jurídica*, Madrid, 2010.
- CARANDE, Ramón, «Un banquero de Felipe II en Medina del Campo», en *Moneda y crédito*, 49, 1954 (reimpr. Biblioteca Virtual Cervantes, Alicante, 2015).
- CARNELUTTI, Francesco, (1941). *Teoría general del derecho*, Gedisa, Madrid, 1941.
- CARNELUTTI, Francesco, *Instituciones del Derecho Procesal Civil*, 5.^a Edición, Pedagógica Iberoamericana Buenos Aires, 1997.
- CARNELUTTI, Francesco, *Sistema de Derecho procesal civil. Vol. I: Introducción y función del proceso civil*, Uteha, Buenos Aires, 1944.
- CARNELUTTI, Francesco, *Estudios de derecho procesal* (tr. esp. Santiago Sentis Melendo), Vol. I, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1952
- CARRETERO MORALES, Emiliano, *La mediación civil y mercantil en el sistema de justicia*, Dykinson, Madrid, 2016.
- CARRETERO MORALES, Emiliano, Capítulo 4: «La necesidad de cambios en los modelos de solución de conflictos»; *Mediación y resolución de conflictos. Técnicas y ámbitos*, Tecnos, 2017.

- CARRETERO MORALES, Emiliano, «El mediador civil y mercantil tras la aprobación de la Ley 5/2012 y del Reglamento 980/2013», en SOLETO, Helena (dir.), *Mediación y resolución de conflictos. Técnicas y ámbitos*. Tecnos 2017.
- CAVUOTO, Ennio, «La nueva mediación obligatoria en Italia», en *Revista General de Derecho Procesal*, 34, 2014, p. 1-10.
- CELIS BROMGREN, Luis Gerardo, *El tratamiento jurídico de los créditos marítimos privilegiados y la hipoteca naval: análisis comparativo del Derecho salvadoreño y el Derecho marítimo internacional* (tesis doctoral, dir. María Isabel Martín Jiménez, Universidad Autónoma de Barcelona, Bellaterra-Barcelona, 2012), p. 51 y 52.
- CERINI, Silvana M., *Manual de Negociación*, 3.ª ed., Educa, Buenos Aires, 2004.
- COLMEIRO; Manuel, *De la constitución y el gobierno de los Reinos de Castilla y León*, tomo I, Librería de don Ángel Calleja, ed., Madrid y Santiago/Casa de A. Calleja y Cía., Lima y Valparaíso, 1855 (reimpr. Máxtor, Valladolid, 2005).
- Connelly, J. y Loiseau, V., «Mediación familiar, a partir de los tribunales, en Estados Unidos y Canadá», en *La protección del menor en las rupturas de pareja*, Navarra, 2009, Thomson Reuters Aranzadi, p. 441-456; disponible en: <<https://bit.ly/34e4AB9>>.
- CONFORTI, Franco Óscar Daniel, «La sesión informativa obligatoria en la mediación intrajudicial en España», en *Diario La Ley*, Resumen, N.º 8486, 2015.
- CORTÉS DOMÍNGUEZ, V., GIMENO SENDRA, V. y MORENO CATENA, V., *Derecho procesal penal*, 3.ª ed., Colex, Madrid 1997.
- CORREA DELCASSO, J.P., «Valoración crítica de la Directiva 2008/52/CE sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles y su transposición en algunos ordenamientos jurídicos europeos», en HUALDE MANSO, T. (dir.), *La mediación en asuntos civiles y mercantiles: La transposición de la Directiva 2008/52 en Francia y en España*, La Ley, Madrid, 2013, p. 31-41.
- DAHRENDORF, Ralf Gustav, Barón de Dahrendorf *Las clases sociales y su conflicto en la sociedad industrial*, Rialp, Madrid, 1976.
- DE ESTEBAN, Jorge, GONZÁLEZ TREVIJANO, Pedro, *Tratado de Derecho Constitucional*, vol. III, Ed. Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 2000.

DE LA OLIVA SANTOS, Andrés, «Mediación y justicia: síntomas patológicos», en *Otrosí* 8 (octubre-diciembre 2011).

DE LA TORRE OLID, Francisco (dir.), CONDE COLMENERO, Pilar, y MÉNDEZ ROCASOLANO, María (coord.), *La solución extrajudicial de conflictos (ADR): estudios para la formación en técnicas negociadoras*, Aranzadi, Cizur Menor, 2011.

DEL VAS MINGO, Marta Milagros, «Los Consulados en el tráfico indiano 2000», en Andrés-Gallego, J. (dir.), *Tres Grandes Cuestiones de la Historia de Iberoamérica; ensayos y monografías: Derecho y justicia en la historia de Iberoamérica. Afroamérica, la tercera raíz. Impacto en América de la expulsión de los jesuitas*, 2005 [ed. electrónica en CD-ROM], [online: <<https://bit.ly/2JBCM3q>>].

DIEGO VALLEJO, Raúl de, y GUILLÉN GESTOSO, Carlos, *Mediación. Proceso, tácticas y técnicas*, Ed. Pirámide, Madrid, 2010.

DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, Ignacio., *Derecho Procesal Civil* (con DE LA OLIVA SANTOS, A.), *cit.*, p. 257; MONTERO AROCA, J. (con GÓMEZ COLOMER, J. L., MONTÓN REDONDO, A. y BARONA VILAR, S.), *Derecho jurisdiccional II*, 12.ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia 2003.

DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, Ignacio. *Cuadernos de Derecho Público*, n.º 10 (mayo-agosto, 2000).

DÍEZ-PICAZO, Luis, y GULLÓN, Antonio, *Sistema de derecho civil*, Volumen II. *El contrato en general. La relación obligatoria. Contratos en especial. Cuasicontratos. Enriquecimiento sin causa. Responsabilidad extracontractual*. 6.ª ed., Tecnos, Madrid, 1988.

DÍVAR GARTEIZ-AURRECOA, Javier; *El Consulado de Bilbao y sus Ordenanzas de Comercio de 1737*. Edic. Academia Vasca de Derecho, Bilbao, 2010.

ENTELMAN, Remo F., *Teoría de conflictos. Hacia un nuevo paradigma*, Ed. Gedisa, Barcelona, 2002.

ESCUDERO MORATALLA, José Francisco, PLAZA GOLVANO, Sagrario, *La conciliación en el ámbito laboral*, Ed. Bosch, 2010.

FÁBREGA RUIZ, Cristóbal; FRANCISCO Y HEREDIA PUENTE, Mercedes, «La mediación intrajudicial. Una forma de participación del ciudadano en la justicia». (Trabajo publicado en Bajo Estrados Revista del Colegio de Abogados de Jaén) [Disponible en: <https://bit.ly/2ksjQYS>].

- FAJARDO MARTOS, Paulino; *Mediación y resolución de conflictos: técnicas y ámbitos*. Capítulo 3: «Cooperar como estrategia: la filosofía de la cultura de la paz», Editorial Tecnos, 2017.
- FERNÁNDEZ-BALLESTEROS LÓPEZ, Miguel Ángel, *Avenencia o ADR: negociación, mediación, peritajes, conciliación, pactos y transacciones*, Iurgium, Madrid, 2013.
- FERNÁNDEZ DE BUJÁN, Antonio, *Derecho Público Romano. Recepción Jurisdicción y Arbitraje*, 7.ª ed., Editorial Thomson-Civitas, Madrid, 2004.
- FERNÁNDEZ MILLÁN, José M., y ORTIZ GÓMEZ, María del Mar, *Los conflictos. Cómo desarrollar habilidades de mediador*, Pirámide, Madrid, 2006.
- FERNÁNDEZ RÍOS, Manuel, «Aspectos positivos y negativos del conflicto», en *El grupo y sus conflictos*, YUBERO JIMÉNEZ, Santiago y FRANCISCO MORALES, J. (coordinadores), 1999. Universidad Castilla-La Mancha, p. 25-46.
- FERNÁNDEZ RIQUELME, Sergio, *Teoría y práctica de la mediación. la gestión alternativa de los conflictos sociales*, Publicaciones de la Universidad de Murcia, Murcia, 2009.
- FUENTES GÓMEZ, Julio C., «El marco jurídico de la mediación: una perspectiva desde el procedimiento de elaboración de la Ley 5/2012, de 6 de julio, de Mediación en Asuntos Civiles y Mercantiles», *Manual de Mediación Civil y Mercantil y su práctica on line*, Ed. Sepín, Madrid, 2014.
- FOLBERG, Jay, y TAYLOR, Alison, *Mediación. Resolución de conflictos sin litigio*. Ed. Limusa, México D. F., 1996.
- FOULAN, De M; *Manuel de justices de paix Tome II; «Traité des fonctions et attributions des juges de paix. Dixième édition, 1831»*. Versailles-imprimerie de allois, Avenue de Sain Cloud, n.º 3.
- FUQUEN ALVARADO, María Elina, *Los conflictos y las formas alternativas de resolución*, Ed. Universidad Colegio Mayor de Cundinamarca, Bogotá, 2003, p. 265-278.
- GALBRAITH, John Kenneth, *El crac del 29*, 4.ª ed. Ariel, Barcelona, 1993.
- GARCÍA ÁLVAREZ, Rosario, «El papel de la mediación en la resolución del conflicto individual de trabajo (I)», *Diario La Ley*, N.º 8499, Sección Doctrina (12 de marzo de 2015).

- GARCÍA, Rosario, «Aproximación a los mecanismos de resolución de conflictos en América Latina», *El Otro Derecho* (Colombia), 26-27 de abril 2002, p. 149-177.
- GARCÍA DE QUEVEDO Y CONCELLÓN (ed.), *Ordenanzas del Consulado de Burgos* (edición facsímil de las Ordenanzas de 1538, 1572 y 1766), Imprenta de la Diputación, Burgos, 1905 (reimpr. Facsímil, Editorial Lex Nova, Valladolid, 1988).
- GARCÍA GERBOLÉS, L.; MUESMANN, M., «El Entronque histórico-jurídico del concepto de la mediación desde el Derecho Romano hasta la actualidad». en *La mediación, presente, pasado futuro de una institución jurídica*. CARABANTE MUNTADA, J. M.^a (Coord.) (Madrid 2010).
- GARCÍA GUZMÁN, David, «Los consulados de comerciantes en Nueva España. La *Lex Mercatoria*», en *Alegatos de la Universidad Autónoma Metropolitana, Unidad de Azcapotzalco* (México), núm. 9, 1988.
- GARCÍA QUIÑONES, Juan Carlos, *La Conciliación Judicial en el Proceso Laboral*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2007, p. 25-28.
- GARCÍA VILLALUENGA, Leticia; Revista *Conflictology*, n.º 1, 2009, editada por la UOC, p. 63-69.
- GARCÍA VILLALUENGA, Leticia, ROGEL VIDE, Carlos (dirs.), *Mediación en asuntos civiles y mercantiles. Comentarios a la Ley 5/2012*, Reus, Madrid, 2012.
- GIMENO MENÉNDEZ, Francisco, «Situaciones sociolingüísticas dispares en el proceso de formación de las lenguas romances», *Aemilianense I*; 2004, p. 171-223.
- GISBERT POMATA, Marta; DÍEZ RIAZA, Sara, *El contrato de mediación y el acuerdo de mediación civil y mercantil*, Thomson Reuters Ed. Aranzadi S.A., 2014.
- GÓMEZ ALCÁNTARA, Antonio Isaac, «Conciliación y mediación en el Derecho del Trabajo», en KURCZYŃ, VILLALOBOS, Patricia, y TENA SUCK, Rafael (Coords.), *Temas selectos de derecho laboral. Liber amicorum* homenaje a Hugo Ítalo MORALES SALDAÑA, UNAM/Instituto de Investigaciones Jurídicas, México D.F., 2016 [Libro electrónico] p. 123-139 [online: <<https://bit.ly/2J2BEnr>>].
- GONZÁLEZ CANO, M.^a Isabel, «Comentarios a la Disposición Final 3.^a, apartado Dieciséis de la Ley de Mediación», en *Comentarios a la Ley 5/2012 de Mediación en asuntos civiles y mercantiles*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012.

- GONZÁLEZ POVEDA, Bienvenido, «Relaciones entre jurisdicción voluntaria y jurisdicción contenciosa a través del régimen jurídico de la contradicción u oposición en los procedimientos de jurisdicción voluntaria», en *Cuadernos de Derecho Judicial*, núm. 16, 1996, p. 15-56.
- GUASP, Jaime, *Derecho Procesal Civil*, Tomo II, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1968.
- GUERRA HUERTAS, Enrique, *Ordenanzas del Consulado de Burgos*, Editorial Lex Nova (edición facsímil de las Ordenanzas de 1538, 1572 y 1766), Valladolid, 1988. *Anuario de historia del derecho español*. Año 1990. HERCE QUEMADA, Vicente, GÓMEZ ORBANEJA, Emilio: *Derecho procesal civil*, tomo II s.e., Madrid, 1975.
- HERCE QUEMADA, Vicente, y GÓMEZ ORBANEJA, Emilio, *Derecho procesal civil*, tomo II, s. e., Madrid, 1975.
- HIGHTON, Elena I., y ÁLVAREZ, Gladys S., *Mediación para resolver conflictos*, Ad Hoc, Buenos Aires, 2008, p. 144 y ss.
- HUALDE MANSO, T., *La mediación en asuntos civiles y mercantiles: La transposición de la Directiva 2008/52 en Francia y en España*, La Ley, Madrid, 2013.
- IGLESIAS CANLE, Inés C., «Formas de solución de conflictos tras la ley 12/2009, de 3 de noviembre: especial referencia a la conciliación y mediación», *Dereito* Vol 20, n.º 2; 2002, 65-82.
- KURCZYN, VILLALOBOS, Patricia, y TENA SUCK, Rafael (Coords.), *Temas selectos de derecho laboral. Liber amicorum* homenaje a Hugo Ítalo MORALES SALDAÑA, UNAM/Instituto de Investigaciones Jurídicas, México D.F., 2016 [Libro electrónico] [online: <https://bit.ly/2J2BEnr>].
- LAUROBA LACASA, Elena, BARRAL I VIÑALS, Inmaculada, I. y VIOLA DEMESTRE, Isabel (dirs.), *Materiales Jurídicos del Libro Blanco de la Mediación en Cataluña*, Generalitat de Catalunya, Barcelona, 2016.
- LAUROBA LACASA, M.^a E., ORTUÑO MUÑOZ, Pascual, Coordinadores. *Mediación es justicia. El impacto de la Ley 5/2012, de mediación civil y mercantil*, Barcelona, Editorial Huygens, 2014.
- LÁZARO GUILLAMÓN, Carmen, «La transatio romana y el actual acuerdo de mediación», en *UWV Studia Prawnoustrojowe* 25, 2014, p. 173-188.

- LÁZARO GUILLAMÓN, Carmen, y ZAMORA MANZANO, José Luis, «Algunas consideraciones sobre la Mediación: Perspectiva Histórica y *On line dispute resolution*», en *Revista General de Derecho Romano* 24 (2015), p. 5 [on line: <<https://bit.ly/1FqJ1uZ>>].
- LEDERACH, John Paul, *El abecé de la paz y los conflictos. Educación para la paz*, Catarata, Madrid, 2000.
- LEDERACH, Juan Pablo, *Enredos, pleitos y problemas. Una guía práctica para ayudar a resolver problemas*, Ed. Clara-Semilla, Guatemala, 1992, p. 20-34.
- LEÓN GARRIDO, Carlos Alberto, *La gestión del conflicto en las organizaciones complejas*, Universidad Internacional de Andalucía, 2016. [Disponible on line <<https://bit.ly/2TQ4OYO>>].
- LEWICKI, Roy; LITERRER, Joseph A.; MINTON, John W., y SAUNDERS, David, *Negotiations*, Burr Ridge, Irwin, 1994.
- LIÉBANA ORTIZ, Juan Ramón, «Jurisdicción voluntaria, conciliación y mediación: notas para su delimitación dogmática», en *Revista Electrónica del Departamento de Derecho de la Universidad de La Rioja* (REDUR), 9.12.2011, p. 147-164.
- LÓPEZ DE ARGUMEDO, Álvaro y FERNÁNDEZ DE LA MELA, José María; «El acuerdo de mediación», en *Diario La Ley*, n.º 8477, Doctrina, 10 de febrero de 2015.
- LÓPEZ SIMÓ, Francisco y GARAU SOBRINO, Federico F. (Coods.), *Mediación en materia civil y mercantil. Análisis de la normativa de la UE y española (Directiva 2008/52/CE, Ley 5/2012 y RD 980/2013)*. Tirant lo Blanch, 2014.
- LORENZO CADARSO, Pedro Luis. *Principales Teorías sobre el Conflicto Social*. Revista de Historia. Cáceres 2001, p. 237-254.
- LOY, Gianni, «La conciliación y el arbitraje, perfiles generales en materia de derechos», en *Temas Laborales* n.º 70/2003, p. 125-146.
- MACHO GÓMEZ, Carolina, «La mediación electrónica internacional entre empresas (B2B): Ley aplicable a los contratos de mediación», Capítulo VI en *Estudios Jurídicos sobre justicia on line* Eduardo VÁZQUEZ DE CASTRO (Dir.) y Carmen FERNÁNDEZ CANALES Coord. Ed. Comares.2013, p. 139-158.
- MACHO GÓMEZ, Carolina, «Origen y evolución de la mediación: el nacimiento del “movimiento ADR” en Estados Unidos y su expansión a Europa», en *Anuario de Derecho Civil*, 67, 2014, p. 931-996 [on line: <<https://bit.ly/2UbQ23u>>].

- MADRID LIRAS, Santiago, «El dilema de la Elección y los Buenos Maestros», en *Revista de Mediación* 7, n.º 2 [on line <<https://bit.ly/30GI82s>>].
- MANRESA Y NAVARRO, José M.^a, *Comentarios al Código Civil español*, Tomo XII, Imprenta de la Revista de Legislación, Madrid, 1907.
- MARTÍ MINGARRO, Luis, «La mediación civil y mercantil en la nueva ley 5/2012, de 6 de julio», *Revista jurídica de Castilla y León* n.º 29, enero de 2013.
- MARTÍN DIZ, Fernando, «La mediación en materia de familia y derecho penal: estudios y análisis», en *La Mediación: marco general para su implantación como sistema complementario de administración de justicia*, Andavira, Santiago de Compostela, 2011.
- MARTÍN DIZ, Fernando, «Nuevos escenarios para impulsar la mediación en derecho privado: ¿conviene que sea obligatoria?», en *Práctica de tribunales: revista de derecho procesal civil y mercantil*, n.º. 137, 2019, p. 2
- MARTÍNEZ DE SANTOS, Alberto, «El acto de conciliación en la nueva ley de jurisdicción voluntaria», en *Diario La Ley*, N.º 8699, Sección Doctrina, 10 de febrero de 2016, Ref. D-59, Editorial Wolters Kluwer. [on line: <<https://bit.ly/2U2iRw9>>].
- MARTÍNEZ MARTÍNEZ, María, «Impugnar la transacción judicial (Aportación al estudio de los presupuestos para la impugnación por nulidad y anulabilidad del acuerdo homologado judicialmente de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 2000)», en *Nul: Estudios sobre invalidez e ineficacia*, 2007 (Estudios) [on line: <<https://bit.ly/2PadKuO>>]
- MAYORAL DÍAZ-ASENSIO, Juan Antonio; MARTÍNEZ I COMA, Ferrán. *La calidad de la Justicia en España ¿Cómo evalúan los españoles el funcionamiento de las instituciones judiciales y qué se puede hacer para mejorarlas?*, Estudios de Progreso. Fundación Alternativas, 2013, p. 13-38.
- MEJÍA-CEBALLOS, JUAN CARLOS Y LACA-AROCENA, FRANCISCO. A. (2006). «Estilos de comunicación en el conflicto y confianza en las propias decisiones», *Enseñanza e Investigación en Psicología*, 11(2), p. 347- 358 [disponible on line: <[HTTPS://BIT.LY/32IX7DG](https://bit.ly/32ix7DG)>].
- MEYER, E., *Historia de las instituciones sociales y políticas de España y Portugal durante los siglos V a XIV*, vol. 2, Analecta Ed., Pamplona, 2006, p. 152.
- MONTERO AROCA, Juan. (con GÓMEZ COLOMER, J. L., MONTÓN REDONDO, A. y BARONA VILAR, S.), *Derecho Jurisdiccional II*, 12.^a ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2003, p. 154.

- MONTERO AROCA, Juan., *Derecho Jurisdiccional II Proceso Civil*, 26.^a edición, 2018. Editorial: Tirant lo Blanch, p. 359.
- MOORE, Christopher W.: *El proceso de mediación. Métodos prácticos para la resolución de conflictos*. Ediciones Granica S.A., Buenos Aires, 1995.
- MORALES FERNÁNDEZ, Gracia, *Los sistemas alternativos de resolución de conflictos, la mediación. Sistemas complementarios al proceso. Nuevo enfoque constitucional del derecho a la tutela judicial efectiva*. Tesis Doctoral dirigida por Francisco Javier Pérez Royo. Universidad de Sevilla. 2013 [on line: <<https://bit.ly/2TzLuk5>>].
- MORENO CATENA, Víctor, y CORTÉS DOMÍNGUEZ, Vicente, *Introducción al Derecho Procesal*, 6.^a ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2012, p. 35.
- MORETÓN TOQUERO, M.^a Aránzazu; «Derechos y deberes de las partes en la mediación familiar», en BELLOSO MARTÍN, Nuria (Coord.), *Estudios sobre Mediación: Ley Mediación Familiar de Castilla y León*, Consejería de Familia e Igualdad de Oportunidades, Junta de Castilla y León, Valladolid, 2006, p. 167-184.
- MULLERAT Ramón, «El tiempo y coste del arbitraje. Cómo mantener el estereotipo», en *La notaria*, n.º 4, 2011, p. 79-93
- MUNUERA GÓMEZ, Pilar, «El modelo circular narrativo de Sara Cobb y sus técnicas», en *Portularia*, vol. VII, n.º 1-2. 2007, p. 85-106.
- NÚÑEZ RODRÍGUEZ, A y RODRÍGUEZ MARTÍN, L., *Apuntes sobre la mediación como método para dirimir conflictos familiares*, 2014 [on line: <<https://bit.ly/1wzhMh0>>].
- OLIVA MANSO, Gonzalo, *Génesis y evolución del Derecho de frontera en Castilla (1076-1212)* (Tesis doctoral de la Universidad Nacional de Educación a Distancia. Director de tesis: Javier Alvarado Planas, 2015.
- ORTUÑO, Pascual, *Justicia sin jueces*, 2018, Ed. Ariel.
- ORTUÑO MUÑOZ, José Pascual; HERNÁNDEZ GARCÍA, Javier, *Sistemas alternativos a la resolución de conflictos (ADR): la mediación en las jurisdicciones civil y penal* (Laboratorio de alternativas, Documento de trabajo 110/2007).
- PARDO IRANZO, Virginia, *La ejecución del acuerdo de mediación*, Ed. Thomson Reuters Aranzadi, 2014.

- PEDRAZ PENALVA, Ernesto, «El proceso y sus alternativas», en *Cuadernos de Derecho Judicial*, núm. 27, 1995, p. 9-45.
- PEÑA Lorenzo. «La correlación lógico-jurídica entre deberes y derechos». En *Persona y Derecho (Revista de Fundamentación de las Instituciones Jurídicas y de Derechos Humanos)*, n.º 61 (2009), p. 73-102.
- PETIT, Carlos, *Historia del Derecho mercantil*, Marcial Pons, Madrid, 2016.
- PETIT, Carlos, *Arreglo de consulados y revolución burguesa en los orígenes del moderno derecho mercantil español*. Historia. Instituciones. Documentos, ISSN 0210-7716, N.º 11, 1984, p. 255-312.
- PLAZA GOLVANO, Sagrario, ALBERT EMBUENA, Vicente, *Conciliación civil y laboral en la Nueva Oficina Judicial*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, p. 21.
- PRIETO-CASTRO FERRÁNDIZ, Leonardo, *Tratado de Derecho procesal civil*, Aranzadi, Pamplona, ISBN: 9788470162794, 1985.
- PORTELA, Jorge Guillermo, «Mediación y solución de conflictos. Habilidades sociales para una necesidad emergente», en SOLETO MUÑOZ, Helena y OTERO PARGA, Milagros (coord.), *Características de la mediación*, Tecnos, Madrid, 2007 p. 215-224.
- PUYOL, Julio, *Orígenes del Reino de León y sus instituciones políticas* (Tomo XII de las Memorias de la Real Academia de las Ciencias Morales y Políticas), Imprenta Viuda e Hijos de Jaime Ratés Martín, Madrid, 1926 (reimpr. Máxtor, Valladolid, 2006).
- QUINTANA GARCÍA, Amparo, La responsabilidad civil de los mediadores, *Diario la Ley*, n.º 8431 (noviembre 2014).
- RAMOS MÉNDEZ, Francisco. *El sistema procesal español*. Editorial S.A. Atelier Libros. 2016.
- RAUSCH, Monica, «The Uniform Mediation Act», *Ohio State Journal on Dispute Resolution*, 18/2, 2003, p. 603-618.
- REDORTA LORENTE, Josep, «Entorno de los métodos alternativos de solución de conflictos», en *Revista de Mediación*, Año 2, n.º 3, marzo 2009.
- RENEDO JUÁREZ, M.^a José, «Evitación del proceso y mediación intrajudicial en la jurisdicción social», en *Revista Jurídica de Castilla y León*, n.º 29 (enero 2013).

- RENGEL ROMBERG, Arístides, «Conciliación y mediación en la ley nacional e internacional», en *Boletín de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales*, Caracas, vol. 69, n.º 139, 2002. p. 155-176.
- RIPOL-MILLET, Aleix, *Familias, trabajo social y mediación*. Paidós, Barcelona, 2001.
- RODRIGO LÓPEZ, M.^a José, y PALACIOS, Jesús, *Familia y desarrollo humano*, Alianza Editorial, Madrid, 2012.
- RODRÍGUEZ CRESPO, M.^a José, «La conciliación extrajudicial y la no obstaculización del derecho a la tutela judicial efectiva en la doctrina del Tribunal Constitucional», *Temas laborales* n.º 62/2001. p. 127-154.
- ROGEL VIDE, Carlos, *Mediación y Transacción en el Derecho Civil*, Localización: *Revista general de legislación y jurisprudencia*, N.º 3, 2009, p. 545-564.
- ROMÁN MAESTRE, Begoña. «La responsabilidad personal y sus límites. Del empoderamiento a la culpabilización de las víctimas», en *Determinantes personales y colectivos de los problemas de la salud (Cuadernos de la Fundació Víctor Grifols i Lucas*, n.º 37, Barcelona, 2015).
- ROMERO NAVARRO, Fermín; «La mediación familiar. Un ejemplo de aplicación práctica: la comunicación a los hijos de la separación de los padres», en *Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración*, n.º 40 (diciembre 2002), p. 31-54.
- ROZENBLUM DE HOROWITZ, Sara, *Mediación en la escuela. Resolución de Conflictos en el ámbito educativo adolescente*. Aique Ed., Buenos Aires, 1998.
- SABIO REY D. Alonso el IX, *Siete Partidas* con las variantes de más interés y con la glosa del Lic. Gregorio López, del Consejo Real de Indias de S.M. Tomo II. Barcelona. Imprenta de Antonio Bergnes, Calle De Los Escudellers n.º 2 1844. Título III Ley 30 p. 123 (182).
- SÁDABA RODRÍGUEZ, Igor, «La conflictividad en la sociedad de la información y la globalización: De la “cuestión social” al discurso del riesgo», *Nómadas. Revista Crítica de Ciencias Sociales y Jurídicas*, n.º 5, enero-junio 2002
- SAIZ GARITANONANDÍA, Alberto, «El Medarb como procedimiento mixto de resoluciones de conflictos: luces y sombras», en SOLETO Helena (dir.), *Mediación y resolución de conflictos: técnicas y ámbitos*, *ob. cit.*, p. 116-131.

- SAN CRISTÓBAL REALES, Susana, «Sistemas alternativos de resolución de conflictos: negociación, conciliación, mediación, arbitraje, en el ámbito civil y mercantil», en *Anuario Jurídico y Económico Escorialense*, 46, 2013, p. 39-62.
- SANTOS MARTÍNEZ, Alberto M., «La conciliación tras la entrada en vigor de la Ley 15/2015, de 2 de julio, de Jurisdicción Voluntaria», *Revista Jurídica de Castilla y León*, 38, 2016 [online: <<https://bit.ly/2YD9Uus>>].
- SANTOS VIJANDE, Jesús M.^a, «Tratamiento Procesal de la mediación y eficacia ejecutiva del acuerdo de mediación en la ley 5/2012», en *Revista Internacional de Estudios de Derecho Procesa y Arbitraje*, 1, 2013.
- SALVADOR CODERCH, Pau, «ABC de la transacción», en *InDret* 101 (octubre 2002), p. 4.
- SEGURA MUNGUÍA, Santiago, *Nuevo diccionario etimológico latín-español y de las voces derivadas*, Universidad de Deusto, Bilbao, 2001.
- SERNA VALLEJO, Margarita, *Los Rôles d'Oléron. El Coutumier marítimo del Atlántico y del Báltico de época medieval y moderna*, Centro de Estudios Montañeses, Santander, 2003.
- SMITH, ELIOT R., MACKIE, Diane M., y CLYPOOL, HEATHER M., *Social Psychology*, 4.^a ed., Psychology Press, New York, 2007.
- SOLAZ SOLAZ, Esteban, «La nueva regulación del acto de conciliación» *La Ley* Editorial Wolters Kluwer (Septiembre-octubre de 2015).
- SOLETO MUÑOZ, Helena. (dir.), *Mediación y resolución de conflictos: técnica y ámbitos*, Tecnos, Madrid, 2017.
- SOLETO MUÑOZ, Helena, «Presente y futuro de la resolución de conflictos», en SOLETO Helena (dir.) *Mediación y resolución de conflictos: técnicas y ámbitos*, 2.^a ed., Tecnos, Madrid, 2013, p. 32.
- SOLETO MUÑOZ, Helena, «Cap.17. Mediación en asuntos civiles», en SOLETO, Helena (dir.). *Mediación y resolución de conflictos: técnicas y ámbitos*. Editorial Tecnos, Madrid, 2017.
- SOLETO MUÑOZ, Helena (dir.) *Mediación y resolución de conflictos: técnicas y ámbitos*, 3.^a ed. Tecnos. 2017.

SOLETO MUÑOZ, Helena y OTERO PARGA, Milagros (coord.), *Características de la mediación*, Tecnos, Madrid, 2007.

SOLETO MUÑOZ, Helena, «La conciliación de los letrados de la Administración de Justicia», en SOLETO, Helena (dir.), *Mediación y Resolución de Conflictos: Técnicas y Ámbitos*, Tecnos Madrid, 2017.

SOSPEDRA NAVAS, Francisco José, *Mediación y arbitraje. Los sistemas alternativos de resolución de conflictos*, Aranzadi, 2014, p. 38.

SORIA VERDE, Miguel Ángel, VILLAGRASA ALCAIDE, Carlos, y ARMADANS I TREMOLOSA, Inma, *Mediación Familiar. Conflicto: técnicas y recursos*, Editorial Bosch, Barcelona, 2008.

SUARES, Marines, *Mediación: conducción de disputas, comunicación y técnicas*, Paidós Ibérica, 1996.

TAMAYO HAYA, Silvia, «El Contrato de Transacción: principales líneas de su evolución histórica», en *Anuario de Derecho Civil*, 57, 2004, p. 1105 y ss.

TAMAYO HAYA, Silvia, «El acuerdo de mediación y la formalización del título ejecutivo», en GARCÍA VILLALUENGA, Leticia, y ROGEL VIDÉ, Carlos (coords.), *Mediación en asuntos civiles y mercantiles. Comentarios a la Ley 5/2012*, Ed. Reus, Madrid, 2012, p. 331-362.

TAMAYO HAYA, Silvia, «Comentario al Art. 23», en GARCÍA VILLALUENGA, Leticia, ROGEL VIDE, Carlos (dirs.), *Mediación en asuntos civiles y mercantiles. Comentarios a la Ley 5/2012*, Reus, Madrid, 2012.

TORRES MURO, Ignacio; *Crónica de la jurisprudencia constitucional española*. Segundo semestre de 2003.

TOUZARD, Hubert, *La mediación y la solución de los conflictos*, Herder, Barcelona, 1980.

URIARTE, Edurne, «Estado, Gobierno, Nación», en EAD., *Introducción a la ciencia política: la política en las sociedades democráticas*, Madrid, Tecnos, 2008.

VADO GRAJALES, Luis Octavio, «Medios alternativos de resolución de conflictos», en Estudios en homenaje a MARCIA MUÑOZ DE ALBA Medrano, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, México D.F., 2006, p. 369-389.

VALDÉS DAL-RÉ, Fernando, *Conciliación, mediación y arbitraje laboral en los países de la unión europea*, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, 2003, p. 23-55.

- VALDÉS DAL-RÉ, Fernando, *Los Sistemas de Solución Extrajudicial de Conflictos Laborales. Situación actual y perspectivas de futuro*, Ed. Fundación SIMA, Madrid, 2006.
- VALLEJO PÉREZ, Gema, *Métodos alternativos de resolución de conflictos en Derecho romano. especial referencia a la mediación*. Ed. Dykinson, Madrid, 2018.
- VALIÑO CES, Almudena, "Acerca del método híbrido o med-arb: otra forma de resolver los conflictos" *Diario La Ley*, n 4969, 2019.
- VÁZQUEZ DE CASTRO, Eduardo (dir.) Carmen FERNÁNDEZ CANALES, Carmen, *Estudios sobre justicia on line*. Editorial Comares (Granada 2013).
- VELANDIA, Rafael., *La víctima y los mecanismos de justicia restaurativa*. Editorial Ibáñez, Bogotá, 2011, p. 168 y ss.
- VIDAL PÉREZ, María Fernanda, «El juicio ordinario y la instancia: de la demanda a la sentencia», en *Diario La Ley*, núm. 6480, 11 de mayo de 2006), Editorial Wolters Kluwer.
- VILALTA, Aura Esther, «La formación del experto mediador y los estándares de calidad Particularidades que imprime el entorno electrónico», en *Revista d'internet, dret i política/Revista de Internet de Derecho y Política*, 20, junio de 2015, p. 79.
- VILLAGRASA ALCAIDE, Carlos, «Marco Jurídico de la Mediación familiar», en SORIA VERDE, Miguel Ángel, VILLAGRASA ALCAIDE, Carlos, ARMADANS I TREMOLOSA, Inma, *Mediación Familiar. Conflicto: técnicas y recursos*, Editorial Bosch, S.A, Barcelona, 2008.
- VILLAGRASA ALCAIDE, Carlos, «Nuevos retos y oportunidades para la abogacía a través de la mediación», *Abogacía N° 7*, 2011, págs. 197-209.
- VILLAGRASA ALCAIDE, Carlos; VALLS RIUS Anna, «La mediación familiar en Cataluña La mediación familiar en Cataluña análisis sistemático de la ley 1/2000, de 15 de Marzo», *La Ley*, nº 5, 2001, p. 1744-1755.
- VILLALTA VIZCARRA, Ana Elizabeth, «Solución de controversias en el Derecho internacional», en *Actas del XLI Curso de Derecho Internacional de la UNAM* [disponible on line: <<https://bit.ly/2Ab32KF>>].
- VIÑARAS GIMÉNEZ, Carmen, *Mediación, conciliación y sentencias de conformidad* (Tesis Doctoral de la Universidad Complutense de Madrid, 2017), p. 226-227.

VIOLA DEMESTRE, Isabel, «La confidencialidad en el procedimiento de mediación», en LAUROBA LACASA, Elena, BARRAL I VIÑALS, Inmaculada, I. y VIOLA DEMESTRE, Isabel (dirs.), *Materiales Jurídicos del Libro Blanco de la Mediación en Cataluña*, Generalitat de Catalunya, Barcelona, 2016.

VIVEROS, José Antonio, *Liderazgo, comunicación efectiva y resolución de conflictos*, Organización Internacional del Trabajo, Santiago de Chile, 2003.

YUBERO JIMÉNEZ, Santiago, «El conflicto entre grupos profesionales», en *El grupo y sus conflictos*, YUBERO JIMÉNEZ, Santiago y MORALES, Francisco J. (coords.), 1999. Universidad Castilla-La Mancha, p. 117-136

YUBERO JIMÉNEZ, Santiago y MORALES, Francisco J. (coords.), *El grupo y sus conflictos*, 1999. Universidad Castilla-La Mancha.

ZOLEZZI IBÁRCENA, Lorenzo; *La teoría general del proceso, Derecho PUCP: Revista de la Facultad de Derecho*, nº. 52, 1999, p. 705-714.1999.