

# La mediación en la mente del legislador

**Pablo Sánchez Martín**

Magistrado

Fecha de recepción: febrero de 2013

Fecha de aceptación definitiva: 31 de marzo de 2013

## 1. INTRODUCCIÓN

Hace aproximadamente un año que se publicó el Real Decreto-Ley 5/2012, de Mediación en Asuntos Civiles y Mercantiles, posteriormente convalidado, promulgándose la Ley 5/2012 de 6 de julio, de Mediación en Asuntos Civiles y Mercantiles.

Su andadura o puesta en marcha está resultando lenta, y la misma más parece deberse a la iniciativa de determinados grupos y/o entidades que a los poderes públicos. Dicha circunstancia puede achacarse a diferentes factores.

De un lado, no basta con promulgar una ley de mediación, hace falta también darla a conocer, como también es necesario poner los cimientos para fomentar una cultura más proclive a solucionar los conflictos por medio del diálogo. Es cierto que entre determinados sectores, esencialmente aquellos que se desenvuelven en una esfera cercana al ámbito de los litigios judiciales o a los conflictos (de mayor o menor enjundia jurídica), la nueva normativa sobre la mediación está teniendo una amplia repercusión. Sin embargo, dicha repercusión no parece que tenga el mismo calado

en los sectores de la sociedad que serían más proclives a hacer uso de este procedimiento de solución de conflictos. El justiciable sigue sin saber, en la mayoría de los casos, que existe una modalidad para resolver el conflicto en que él mismo va ser el protagonista, no delegando la resolución de la controversia a un tercero; y quienes conocen su existencia suelen tener una vaga idea de en qué consiste dicho procedimiento, que en muchas ocasiones poco tiene que ver con la realidad de la mediación (pues poco o nada les dice la posibilidad de autocomposición del conflicto), así como se suele desconocer lo que se pretende en la mediación y qué se espera de ellos en la mediación.

Otro de los aspectos que pueden resultar preocupantes es la concepción que de la mediación se desprende del análisis que se hace de dicha institución en la Exposición de Motivos de la citada Ley 5/2012.

No es infrecuente escuchar que el procedimiento judicial no suele ser el cauce adecuado para dar respuesta a los conflictos planteados, por cuanto el juez (y las partes) se ve encorsetado en unos procedimientos rígidos, poco flexibles, y debe dar respuesta con base en las normas jurídicas, normas que pueden resultar inadecuadas para resolver la controversia, por cuanto en ocasiones en el procedimiento judicial se deja de lado el aspecto personal de la controversia. Se incide en el aspecto adversarial del proceso judicial, que suele agravar más el conflicto subyacente, aun cuando se dé una respuesta (jurídica, claro está) al mismo, frente a la pacificación del conflicto que suele atribuirse al procedimiento de mediación. No obstante «se olvida con todo ello que el proceso jurisdiccional es el medio más sofisticado que poseemos para conseguir ese mismo objetivo, otorgando esa misma paz. Y, pese a todo, con el menor coste posible»<sup>1</sup>. Ciertamente que al proceso judicial se le pueden achacar algunos defectos, pero no por eso deja de ejercer su función como garantía de los derechos de los ciudadanos, dando respuesta a la controversia que se plantea en el mismo.

De otro lado, es necesario poner de manifiesto que los planteamientos aludidos en defensa de la mediación frente al proceso judicial parecen olvidar que procedimiento judicial y mediación han de ser considerados como dos sistemas de resolución de conflictos perfectamente válidos, aunque muy diferentes entre sí, y que han de ser totalmente compatibles, en el sentido de que las partes deben poder optar por acudir libremente a una u otra vía para solucionar sus controversias.

La Exposición de Motivos de la Ley 5/2012 realiza una serie de consideraciones que merecen un, cuando menos, somero análisis, pues de las mismas parece desprenderse que el legislador asume algunos de los planteamientos citados para hacer una apuesta decidida a favor de la mediación frente al proceso judicial.

1. NIEVA-FENOLL, Jordi. 2012: «La mediación: ¿una “alternativa” razonable al proceso judicial?». *Actualidad Civil*, septiembre, n.º 15, tomo 2: 1585.

## 2. IMPLANTACIÓN DE UNA JUSTICIA DE CALIDAD

En el preámbulo de la ley se alude a que «una de las funciones esenciales del Estado de Derecho es la garantía de la tutela judicial de los derechos de los ciudadanos. Esta función implica 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. En este contexto... destaca la mediación que ha ido cobrando una importancia creciente como instrumento complementario de la Administración de Justicia».

Ciertamente no puede negarse que una de las funciones del Estado de Derecho es garantizar la tutela judicial efectiva de los ciudadanos, pero para ello es necesario dotar a la Administración de Justicia de los medios materiales y humanos necesarios para que la respuesta judicial sea rápida y eficaz<sup>2</sup>.

Si realmente se dan esas circunstancias, sí cabría entender o calificar a la mediación como un medio complementario para la resolución de conflictos, por cuanto es esencial que las partes en conflicto conozcan no solo la existencia del proceso judicial (conocimiento que se presume), sino también la existencia del procedimiento de mediación para solventar sus conflictos. Pero lo que es más importante es que no se obligue o induzca a las partes a hacer uso del procedimiento de mediación, por carecer de un sistema judicial capaz de dar una respuesta rápida y eficaz al problema que se le plantea.

En enero de 2012 el Ministro de Justicia decía, al defender la implantación de la conocida como Ley de Tasas, que hay un abuso en el acceso a los tribunales. Sin embargo, cabría recordar que «el abuso de un derecho no excluye su legitimidad». No cabe poner trabas al acceso a los tribunales para resolver controversias, ello sin perjuicio de la oportunidad o conveniencia de potenciar la mediación, como sistema para la resolución de conflictos. Pero es indispensable que las partes acudan a dicho procedimiento de mediación de forma absolutamente voluntaria, y no porque se «induzca» u «obligue» a las partes a acudir este procedimiento de mediación, por mor de insistir en la idea de que el acceso a la Administración de Justicia es muy costoso, la solución que se dé será indefectiblemente tardía, y será necesariamente peor que el acuerdo que se alcance en mediación. No cabe confundir los incentivos que puedan establecerse para que las partes acudan a este medio para solucionar sus conflictos, con la coacción que, de forma más o menos consciente, parece pretenderse para inducir a las partes a evitar el acceso a los tribunales.

2. «Un factor sumamente importante [...] está constituido por la actividad del legislador, que con frecuencia cada vez mayor interviene para regular –y a veces para imponer– el recurso a diferentes formas de mediación... En varios ordenamientos [...] la razón de esta intervención del legislador está en la crisis profunda que caracteriza el funcionamiento de la justicia civil *pública* y en la incapacidad del mismo legislador para ponerle remedio». TARUFFO, Michele. 2009: *Una alternativa a las alternativas: Modelos de resolución de conflictos. Páginas sobre justicia civil*. Madrid: Ed. Marcial Pons, 115.

Así, en la Ley 10/2012, de 20 de noviembre (conocida como Ley de tasas judiciales) se establecen determinados supuestos para favorecer el recurso a la mediación. En el artículo 7, al regular la determinación de la cuota tributaria, se incluyen únicamente la ejecución extrajudicial y la oposición a la ejecución de títulos judiciales. En consecuencia, la interposición de demanda ejecutiva para dar cumplimiento a un acuerdo de mediación elevado a escritura pública (que goza del carácter de título ejecutivo) no está sujeta al pago de la tasa, pues no se contempla en dicho precepto.

De otro lado, el apartado 5 del artículo 8 prevé la devolución del 60% del importe de la cuota de la tasa cuando, en cualquiera de los procesos cuya iniciación dé lugar al devengo de este tributo, se alcance un acuerdo que ponga fin al litigio. El hecho de que la exención opere en el mismo porcentaje con independencia de en qué momento procesal se haya alcanzado el acuerdo puede dar lugar a controversias, pues ciertamente no se genera el mismo coste a la administración si las partes suspenden el proceso judicial en un momento inicial, o bien avanzado el proceso.

Cuestión distinta es, como prevé el apartado 2 del artículo 395.1.º de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en su redacción dada por la Disposición Final 3.ª de la Ley 5/2012, presumir la mala fe siempre que, previo a la interposición de la demandada, se hubiera iniciado procedimiento de mediación, pues con ello se desconoce uno de los principios de la mediación, cual es la voluntariedad, que se recoge expresamente en el artículo 6 de la Ley 5/2012, según el cual, nadie está obligado a mantenerse en el procedimiento de mediación ni a concluir un acuerdo. No parece muy coherente que se proclame la voluntariedad de la mediación, al tiempo que se sanciona a quien, voluntariamente, se aparta de la misma.

### 3. LA MEDIACIÓN COMO INSTRUMENTO COMPLEMENTARIO DE LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA

Se habla así mismo en la Exposición de Motivos de la citada Ley 5/2012 de la mediación como instrumento complementario (en realidad lo califica de «alternativo») de la Administración de Justicia.

No cabe duda de que procedimiento de mediación y proceso judicial han de ser absolutamente compatibles, en el sentido de que no puede obligarse a nadie que acuda a la mediación para solventar sus controversias, pero tampoco pueden ponerse trabas a quien decida acudir a los tribunales para obtener un pronunciamiento judicial, pues ello atentaría contra la tutela judicial efectiva.

No puede olvidarse que procedimiento judicial y mediación son dos sistemas de resolución de conflictos perfectamente válidos, pero muy diferentes entre sí, y que han de ser totalmente compatibles, en el sentido de que las partes puedan optar libremente por acudir a una u otra vía.

Siguiendo al profesor Martín Diz<sup>3</sup> el derecho a la tutela judicial efectiva que proclama el artículo 24 de la Constitución es barrera infranqueable en este sentido; ninguna norma puede prohibir expresamente a un ciudadano la posibilidad de acudir a la jurisdicción para la tutela de sus derechos e intereses. Del mismo modo, ninguna norma puede imponer exclusivamente, como medio de solución de un litigio o conflicto, un método extrajudicial. En consecuencia la compatibilidad entre los medios jurisdiccionales y no jurisdiccionales de solución de conflictos debe ser total.

#### 4. CONEXIÓN CON LA JURISDICCIÓN

Según se infiere de la Exposición de Motivos de la Ley 5/2012, se pretende, con la ordenación de la mediación, garantizar su conexión con la jurisdicción ordinaria. Para cumplir dicho objetivo, se precisa esencialmente una adecuada regulación de tres aspectos fundamentales, cuales son: la figura del mediador, y más concretamente su estatuto y formación; la interrelación del procedimiento de mediación y del procedimiento civil, con la finalidad de evitar disfunciones entre ambos procedimientos; y, finalmente, es necesaria una adecuada regulación de la integración del acuerdo que se alcance a través de un procedimiento de mediación en el procedimiento de ejecución, para garantizar el efectivo cumplimiento del acuerdo en aquellos supuestos en que no sea cumplido de forma voluntaria, total o parcialmente, por una de las partes.

Por lo que respecta al mediador, su función va a ser esencial para la eficacia de la mediación. Como señala Pascual Ortuño «no hay mediación, sino buenos mediadores». Para ello será necesario que el mediador despliegue sus conocimientos y habilidades para lograr el entendimiento entre los sujetos de la mediación. Pero tales conocimientos y habilidades no son inherentes a la persona. Será necesaria una adecuada formación para que el mediador pueda realizar su función de forma adecuada y eficaz.

No obstante, la Ley 5/2012 tan solo regula los principios que han de guiar la actuación profesional del mediador (artículos 7, 8 y 9), y en su artículo 11 establece los requisitos para poder ejercer como mediador, si bien se constata una absoluta falta de previsión para dotar de contenido, tanto la preparación específica inicial del mediador, como la formación continua posterior, y así nada se concreta respecto de los cursos que deberá realizar el mediador, cuál sea el contenido mínimo de los mismos y su duración, en su caso, como tampoco se concreta cuáles sean las «instituciones debidamente acreditadas» que vayan a impartir tales cursos específicos

3. MARTÍN DIZ, Fernando. 2010: *La mediación: sistema complementario de Administración de Justicia*. Madrid: Consejo General del Poder Judicial, 37.

de formación o qué requisitos se van a exigir para tal acreditación<sup>4</sup>. Es por ello que, con el panorama actual, y en tanto no se concreten aspectos como los reseñados, el control de calidad de la mediación a que alude el artículo 4 de la Directiva 2008/52/CE no deja de ser, hoy por hoy, una mera aspiración difícil de concretar tanto a nivel teórico como práctico.

Sobre las demás cuestiones, tan solo señalar, respecto de la primera de ellas (la interrelación del procedimiento de mediación y del procedimiento civil), que es necesario que el acceso a la mediación no suponga un obstáculo para el ejercicio de las acciones que puedan corresponder a los sujetos en conflicto pues, de un lado, con ello se vulneraría el derecho a la tutela judicial efectiva, por cuanto no cabe limitar o poner obstáculos al libre acceso a los tribunales. Y, de otro, debe facilitarse el acceso a la mediación sin merma de los derechos de las partes.

Finalmente, en cuanto a la ejecución de los acuerdos de mediación señalar que, si bien los acuerdos de mediación, en un alto porcentaje, se suelen cumplir de forma voluntaria, quedaría falta de contenido la Ley de Mediación si no regulase esta cuestión, en previsión de posibles incumplimientos. La Directiva 2008/52/CE, en su considerando n.º 19, viene a señalar que la mediación no debe considerarse como una alternativa peor que el proceso judicial por el hecho de que el cumplimiento del acuerdo resultante de la mediación dependa de la voluntad de las partes; y es por ello que en su artículo 6 establece que «Los Estados miembros garantizarán que las partes o una de ellas con el consentimiento explícito de las demás, puedan solicitar que dé carácter ejecutivo al contenido de un acuerdo resultante de una mediación». Y a ello dedica la Ley 5/2012 el Título V.

## 5. CONCEBIR LOS TRIBUNALES DE JUSTICIA COMO ÚLTIMO REMEDIO

Como última cuestión a tratar de las consideraciones que se extraen de la Exposición de Motivos no puede obviarse la mención a la, desde mi punto de vista,

4. La Disposición final octava de la Ley 5/2012 prevé que el Gobierno, a iniciativa del Ministerio de Justicia, pueda determinar la duración y contenido mínimo de los cursos que deban realizar los mediadores para adquirir la formación necesaria, así como la formación continua que deban recibir. Sin embargo, hasta la fecha aún no se ha promulgado la norma que lo desarrolle, si bien en el último borrador de fecha 13 de noviembre de 2012 se señala, en el artículo 4, que la formación específica del mediador deberá completar la que corresponda al mediador en función de su titulación, añadiendo en su apartado 2.º que la formación específica deberá proporcionar a los mediadores conocimientos suficientes para el ejercicio de la mediación, comprendiendo [...] sus aspectos jurídicos, psicológicos, de ética de la mediación, de procesos y técnicas de comunicación, negociación y de resolución de conflictos. El artículo 5 fija una duración mínima de la formación específica de 50 horas.

desafortunada expresión relativa al hecho de pretender concebir el acceso a los tribunales como último remedio.

Como ya se ha dicho, el acceso a la mediación ha de ser absolutamente libre y voluntario. Dado que uno de los ejes fundamentales de la mediación es la voluntariedad, si a la mediación no se acude de forma absolutamente voluntaria, se desnaturaliza dicha institución.

Si realmente se pretende que la mediación se perciba como una posible vía de solución de controversias distinta del proceso judicial, sería conveniente que se implantase, de una vez por todas, una Administración de Justicia de calidad que pueda dar una respuesta a los conflictos en un plazo razonable (algo impensable actualmente en la mayor parte de los órganos judiciales dada la sobrecarga de trabajo que soportan). En ese caso sí podría estimarse, sin temor a equívocos, que las partes en conflicto podrían optar por una u otra vía (procedimiento judicial o de mediación) con absoluta libertad, valorando las ventajas de una u otra opción; sin verse abocados a elegir una u otra vía en función de los inconvenientes que plantea, fundamentalmente, el acceso a los tribunales.

De otro lado, no basta solo con legislar para que la mediación se instaure de forma efectiva como un procedimiento de resolución de conflictos, es necesario además que los ciudadanos conozcan la existencia de este mecanismo y tengan facilidad para poder acceder al mismo, pues si se desconoce su existencia o no se facilita de forma adecuada el acceso a los servicios de mediación, es muy poco probable que las partes acudan a este sistema para intentar solucionar sus controversias, y seguirán optando por acudir a la vía judicial, no tanto por convencimiento, sino por desconocer otras formas posibles de solucionar el conflicto.