



ARA EDITORES

MICHÉLE TAAVAPO ILLI PAOLO CONFORTI  
 AIDA PELLISSARI GRENOWER / PAOLO BIAGI  
 V. GENTILE GREGORIO SERRA / ALBERTO BIGNARDI  
 MARIO NICOSIOTRA / JOSE BONET NABARRA  
 JUAN RUIZ MINERO / OSVALDO A. GODOIN  
 JORGE L. VIELHANOVA / HORACIO OLIVERO BERTONCELLO  
 LUCA MARANOTTI / NERIO SORDANI / EMERSON

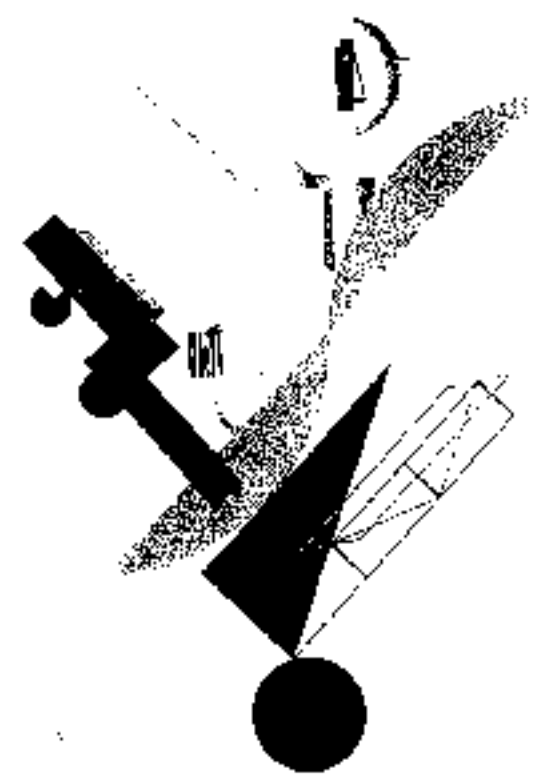
TENDENCIAS CONTEMPORÁNEAS  
 JUAN NEWBERGOL / DANIEL MARTÍN ZINWILLER  
 DANIEL M. LEBER / GUILLERMO LANFILLI  
 ROBERTO GONZÁLEZ ÁLVAREZ / AN LINDO DE PALACIO CARRERA  
 NICOLÁS RODRÍGUEZ GARCÍA / DAVID GUERREROS RÍOS  
 HERMANO CARRERA / VÍCTOR DE PAULA HAROS  
 VICENTE PRINZOVITZ / DANIEL S. GIMENO ALCANTARA

TENDENCIAS CONTEMPORÁNEAS  
 JUAN NEWBERGOL / DANIEL MARTÍN ZINWILLER  
 DANIEL M. LEBER / GUILLERMO LANFILLI  
 ROBERTO GONZÁLEZ ÁLVAREZ / AN LINDO DE PALACIO CARRERA  
 NICOLÁS RODRÍGUEZ GARCÍA / DAVID GUERREROS RÍOS  
 HERMANO CARRERA / VÍCTOR DE PAULA HAROS  
 VICENTE PRINZOVITZ / DANIEL S. GIMENO ALCANTARA



## CONSTITUCIONALISMO Y PROCESO TENDENCIAS CONTEMPORÁNEAS

ROBERTO GONZÁLEZ ÁLVAREZ  
COORDINADOR



CONSTITUCIONALISMO Y PROCESO  
TENDENCIAS CONTEMPORÁNEAS

México de Portada  
Glenn Feldman (1993)  
El Financiero

Este libro es el resultado de la colaboración de los autores que participaron en el II Congreso de la Asociación de Estudios Jurídicos de la Universidad de Buenos Aires, celebrado en el mes de agosto de 1993. El libro es el resultado de la colaboración de los autores que participaron en el II Congreso de la Asociación de Estudios Jurídicos de la Universidad de Buenos Aires, celebrado en el mes de agosto de 1993.

Encuena: fonada S.A. - 8000 - Buenos Aires

ISBN: 978-612-4077-86-0



9 786124 077869



ARA EDITORES



MERCE F. CARLUCCI / LUIGI PAOLO COMOLLO  
ADA PELLEGRINI GRINOVER / PAOLO BIANCHI  
VICENTE GIMENO SENDRA / ALBERTO BENDER  
MARIO MASCARENHA / JOSÉ BENÍT NAVARRO  
JUAN RUIZ MANERO / OSVALDO A. GOZANI  
JEROME L. KIEH MANSWICH / ROBERTO OMAI BERTONCELLO  
LENA MARATIDDI / NERIO GONZÁLEZ LINARES  
TERESA ARMENTA DEU / VICENTE PEREZ DAUDI  
PABLO RAÚL HONORINO RAMÍREZ / JORGE NIÑA-FANGLI  
DAVID MARTÍNEZ ZOBILLA / DANIEL MICHIERO  
GUILLEMO LAUGUIET / ROBERTO GONZÁLEZ ÁLVAREZ  
ANTONIO DO PASSO CANRAI / NICOLÁS RODRÍGUEZ GARCÍA  
DARÍO GUERRAS RIBEIRO / RENZO CAVANI  
VICENTE PAULA RAMOS / JOHAK S. CAMARGO ACOSTA

## CONSTITUCIONALISMO Y PROCESO TENDENCIAS CONTEMPORÁNEAS

ROBERTO GONZÁLEZ ÁLVAREZ  
Coordinador



© Sociedad Peruana de Ciencias Jurídicas SOPECJ  
www.sopecj.org

1ª edición  
✉ ROBERTO GONZÁLEZ ÁLVAREZ

© ARA Editores E.I.R.L.  
Géminis 701 Dpto. 301-B Lima 39 - Perú  
Telefax: (511) 522-8060  
E-mail: araeditores@yahoo.com  
Web site: <http://www.araeditores.com>

ISBN: 978-612-4077-86-9  
Hecho el Depósito Legal en la Biblioteca Nacional  
del Perú N° 2014 12286

Diseño de Carátula: Rolando Bartolo Mesias  
Diagramación: Luis A. Sierra Cárdenas

Reservados todos los derechos. Ni la totalidad ni parte de este libro puede reproducirse o transmitirse por ningún procedimiento electrónico ni mecánico, incluyendo fotocopia, grabación magnética o cualquier almacenamiento de información y sistema de recuperación, sin permiso expreso del editor.

Impreso en Perú      2014      Printed in Peru

## ÍNDICE

|                    |    |
|--------------------|----|
| PRESENTACIÓN ..... | 21 |
|--------------------|----|

### PRUEBA, VERDAD Y ESTADO DE DERECHO MICHELE TARUFFO

|  |    |
|--|----|
| 1. Hecho y derecho .....                   | 27 |
| 2. Teorías de la justicia .....            | 28 |
| 3. Acerca de las verdades .....            | 31 |
| 4. ¿Cuál verdad? .....                     | 33 |
| 5. Naturaleza y función de la prueba ..... | 35 |
| 5.1. ¿Prueba retórica? .....               | 36 |
| 5.2. ¿Historias holísticas? .....          | 37 |
| 5.3. Estándares de prueba .....            | 38 |
| Bibliografía seleccionada .....            | 40 |

### PRINCIPIOS JURÍDICOS, OBJETIVOS COLECTIVOS Y DERECHOS INDIVIDUALES JUAN RUIZ MANERO

|  |    |
|--|----|
| 1. Principios jurídicos y constitucionalismo rígido .....  | 45 |
| 2. Distinta contribución de principios y directrices<br>a la práctica de la deliberación pública ..... | 47 |
| 3. Principios en sentido estricto y directrices en la<br>configuración de derechos .....               | 49 |
| 4. Prevalencia de los principios en sentido estricto sobre<br>las directrices .....                    | 53 |
| Bibliografía citada .....  | 55 |

|  |     |
|--|-----|
| 5.1. Juzgamiento-alerta: el anuncio público del posible cambio o reapreciación del entendimiento consolidado ... | 629 |
| 5.2. Ejemplos de anuncio público en la jurisprudencia extranjera .....   | 634 |
| 5.3. Forma y contenido del juzgamiento-alerta .....  | 636 |
| 6. Conclusión .....  | 638 |
| 7. Bibliografía .....  | 639 |

RECONOCIMIENTO Y EJECUCIÓN DE LAS PROVIDENCIAS EXTRANJERAS EN MATERIA FAMILIAR EN EL DERECHO ITALIANO

PAOLO BIAVACCI

|       |     |
|-------|-----|
| ..... | 645 |
|-------|-----|

DEFENSA JURÍDICA Y MEDIACIÓN FORMAL E INFORMAL

JOSÉ BONET NAVARRO

|   |     |
|---|-----|
| I. Expectativa ponderada frente a espejismos ilusionantes en la mediación formal .....        | 670 |
| II. El procedimiento de mediación en la Ley 5/2012, de 6 de julio y la defensa jurídica ..... | 679 |
| 1. Aspectos generales de la mediación formal y su procedimiento en derecho español .....      | 679 |
| 2. Fases del procedimiento de mediación formal .....  | 693 |
| A) Fase de inicio .....   | 694 |
| B) Fase preparatoria .....  | 701 |
| C) Sesiones de desarrollo de la mediación .....   | 707 |
| D) Terminación del procedimiento .....  | 708 |
| E) La mediación desarrollada por medios electrónicos o análogos .....                         | 713 |
| 3. El abogado en el procedimiento de mediación .....  | 715 |
| III. La mediación informal: el abogado litigante y negociador ..                              | 718 |

¿QUÉ ES LA TUTELA INHIBITORIA?

ENTENDIENDO EL PROCESO CIVIL A PARTIR

DE LA TUTELA DE LOS DERECHOS

RENZO CAVANI

|  |     |
|--|-----|
| 1. Premisa .....   | 725 |
| 2. La diferencia entre ilícito y daño y su repercusión en el proceso ..... | 726 |

|   |     |
|---|-----|
| 3. La inhibición del ilícito: una teorización a partir del plano del derecho material .....           | 734 |
| 4. La respuesta del proceso: el derecho fundamental a la tutela efectiva, adecuada y tempestiva ..... | 742 |
| 5. Conclusiones .....   | 748 |
| Bibliografía .....  | 748 |

EL DERECHO A LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA

EN PERÚ Y EN ESPAÑA

VICENTE CIMENO SENDRA

|   |     |
|---|-----|
| 1. Concepto .....   | 755 |
| 2. La carga material de la prueba incumbe exclusivamente a las partes acusadoras .....  | 758 |
| 3. La prueba ha de practicarse en el juicio oral bajo la inmediación del tribunal sentenciador .....  | 759 |
| 4. No constituyen actos de prueba los atestados y demás actos de investigación de la policía judicial .....   | 761 |
| 5. El tribunal no puede fundamentar su sentencia en la «prueba prohibida» .....   | 762 |
| 6. No puede el tribunal decisor fundar una sentencia de condena exclusivamente en la declaración de coimputados .....                               | 764 |
| 7. Prohibición de fundar la prueba en declaraciones de testigos indirectos .....  | 765 |
| 8. Obligación del tribunal de razonar la prueba. La prueba indiciaria .....   | 765 |
| 9. El derecho a un proceso con todas las garantías y la inmediación del tribunal «ad quem» en la valoración de la prueba de carácter personal ..... | 767 |
| A) En la apelación .....  | 767 |
| B) En la casación .....   | 771 |

EL ENTAMADO INQUISITORIAL

HISTORIA Y TRADICIONES EN LA CONEGLORACIÓN DE LA JUSTICIA PENAL

ALBERTO MARTÍN BENDER

|  |     |
|--|-----|
| I. La importancia de una visión histórica .....                        | 777 |
| II. El delito como desobediencia (el derecho penal infraccional) ..... | 781 |

## DEFENSA JURÍDICA Y MEDIACIÓN FORMAL E INFORMAL\*

JOSÉ BUNIL NAVARRO

Catedrático de Derecho Proceso, Universitat de València  
(Estudi General)

---

\* El trabajo base de este artículo, con el título «El abogado ante el procedimiento de mediación: de espejismo ilusionantes a expectativas ponderadas», ha merecido el primer premio en el 28º concurso para la concesión del premio San Ramon de Penafort 2014 que organiza el Colegio de Abogados de Murcia (España).

El papel de la defensa jurídica en el procedimiento de mediación formal, tal y como se configura en la Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles (en adelante, LM), es el objeto principal del presente trabajo, así como también lo es resaltar la importancia de profundizar en el papel negociador o de mediación informal que corresponde a la abogacía. Una vez desprendidos de ideas preconcebidas y poco o nada contrastadas, de ciertos apostolados jurídicos, y, en suma, de espejismos ilusionantes escasamente realistas, se persigue alcanzar una idea cabal sobre el ámbito competencial que el fenómeno mediador verdaderamente ofrece al abogado.

Por lo que se refiere a la mediación en sentido estricto, se atiende tanto a las más importantes patologías legales, lo que impone prestar atención especial a la correcta interpretación y recta aplicación de la regulación sobre la materia desde una perspectiva jurídica, como a los espacios de ejercicio idóneos para el abogado en cuanto derivan ámbitos en los que cabe su actuación porque, al configurarse el procedimiento condicionado por la autonomía de la voluntad, requiere igualmente contar con conocimientos jurídicos y experiencia en negociación y gestión de los litigios. Y en lo referente a la potenciación de la actitud negociadora o mediación informal, junto a la visualización de sus ventajas incluso frente a una hipotética solución mediante mediación formal, se pondrá de manifiesto que su viabilidad solamente depende de la voluntad de los abogados.

Probablemente con incidencia menor a la que algunos pretenden y están esperando, la mediación en sentido estricto sin duda ofrece posibilidades de desarrollo competencial para el abogado, sea realizando funciones como mediador o sea asesorando a las partes que puedan verse inmersas en un procedimiento de mediación dado. Y en cualquier caso, la misma LM, las expectativas generadas y el

toque de atención sobre la llamada «cultura» de la mediación, deberían servir para que el abogado redoble sus esfuerzos negociadores o, en otros términos, desarrolle la mediación informal, como solución alternativa que, bien gestionada y con ciertos límites, generalmente será más beneficiosa a la que ofrece el proceso judicial en todas sus fases e instancias.

#### L. Expectativa ponderada frente a espejismos ilusionantes en la mediación formal

La entrada en vigor de la LM no ha representado precisamente un episodio anecdótico en el ordenamiento jurídico español: de un lado, ha supuesto un hito relevante para todos aquellos juristas que, desde diversas esferas, venían impulsando la implantación y desarrollo de la mediación como alternativa a la solución de conflictos; y, de otro, ha generado importantes expectativas profesionales para distintos colectivos profesionales y, particularmente, para el de los abogados, como encargados, entre otras cosas, del asesoramiento y la defensa en juicio<sup>1</sup>. En fin, puede afirmarse sin un ápice de exageración, que se trata de un tema de moda actualmente.

Uno de los aspectos influyentes en este al menos aparente éxito de la mediación es precisamente el contexto de profunda crisis económica que sufre España y que tantas dificultades laborales provoca, particularmente a quienes pretenden acceder a los primeros puestos de trabajo o iniciar actividades profesionales como autónomos. Este contexto socioeconómico, los insistentes esfuerzos argumentativos en defensa de la mediación, evidenciando sus bondades frente a otras vías alternativas<sup>2</sup>, unidos a un cierto componente de oportunidad

<sup>1</sup> Dos buenos testimonios de la actualidad e interés que suscita la mediación son la multitud de trabajos de investigación que, en forma de monografía o de artículos doctrinales, vienen publicándose sobre la materia por las editoriales especializadas, así como la cantidad y concurrencia de los cursos de formación especializada que se están impartiendo en diversas instituciones, y entre ellas, con especial intensidad, en las colegiales. No en vano el art. 12 LM dispone que la administración, en colaboración con las instituciones de mediación, «fomentarán, y requerirán, la adecuada formación inicial y continua de los mediadores...».

<sup>2</sup> Un buen ejemplo de las mismas podemos encontrarlo en DORADO PRADO, A.: «El arbitraje y la mediación en España», en *Revista Jurídica de Castilla y León*, N.º 29, 2013, pp. 1-8, quien señala que la mediación es positiva para las partes, al ser solución más ágil y rápida del conflicto y también para el sistema

temporal, por aquello de que es posible que en un futuro cercano se introduzcan nuevas o mayores exigencias para el acceso a la función mediadora, ha multiplicado el efecto «expectativa profesional» que ya deriva de por sí de la LM en diversos sectores profesionales, y sin duda también en el colectivo de los abogados, en cuanto el núcleo de su actividad siempre se ha relacionado íntimamente con la solución de los conflictos entre las personas<sup>3</sup>. Por ese camino, la formación y experiencia del abogado encajaría perfectamente en la mediación, sea para realizar funciones mediadoras o, al menos, como asesores de las partes involucradas<sup>4</sup>.

judicial porque reduce la carga de trabajo, y como lo que denomina «mediación como instrumento de diálogo de la pacificación». Probablemente por todo ello afirma que «ha existido en el CGPJ un compromiso claro de estimular el impulso de la mediación, contribuyendo a crear una cultura de mediación». También puede verse el argumentario en GARCÍA ALVAREZ, R.: «Guía de mediación para abogados», en *Diario La Ley*, N.º 7828, 29 de marzo de 2012, pp. 4-6, si bien también incluye algunas posibles desventajas como menor garantías en el procedimiento, menor exhaustión o práctica de prueba; posibilidad de que la prueba y la estrategia procesal sean reveladas o conocidas por la contraparte; pueda añadir tiempo y costes, las posibilidades de recurso son reducidas y el proceso de mediación no proporciona precedente legal.

<sup>3</sup> «Ser abogado es una garantía para trabajar en cualquier sector» es como se titula un artículo publicado en el Diario Expansión.com de 11 de septiembre de 2013 (<http://www.expansion.com/2013/09/11/juridico/1378921878.html>). En el mismo se citan, como habilidades útiles «la capacidad analítica, la persuasión, la habilidad para hablar en público y de manejar proyectos complejos, la pericia en la resolución de conflictos y en la negociación, la gestión eficaz del tiempo, o la capacidad estratégica». Y se afirma, entre otras cosas que «la resolución de conflictos mediante el arbitraje, mediación y negociación son campos de nuevas oportunidades para profesionales con formación jurídica».

<sup>4</sup> Un indicio de la importancia que adquiere la mediación para los abogados en la actualidad podemos encontrarlo en el presente y futuro Estatuto General de la Abogacía Española. El Real Decreto 656/2001, de 22 de junio, por el que se aprueba el citado Estatuto solo contiene una referencia muy residual a la mediación en relación con la labor mediadora del Decano del Colegio en el caso de que un abogado reciba el encargo de promover «acciones» contra otro abogado sobre responsabilidades relacionadas con el ejercicio profesional. Sin embargo, el Proyecto del Estatuto General de la Abogacía española, en la versión de abril de 2013, ya se hace una referencia directa a la mediación como actividad profesional del abogado. Primero, en su art. 4.1, cuando determina que «son abogados quienes... se dedican de forma profesional a realizar los actos propios de la profesión, tales como... arbitrajes, conciliación; conciliaciones, acuerdos y transacciones...», y con similar

Al objeto del estudio de la regulación que aglutina el principal haz de posibilidades que la LM ofrece sobre la actividad del abogado, sea como nuevas competencias o ámbitos competenciales, o por la recuperación y potenciación de técnicas adecuadas para lograr el objetivo de solucionar los conflictos en que están involucrados sus clientes, se hace necesario partir de unas premisas despegadas de espejismos fruto de la ilusión y la necesidad. Las expectativas no son más que futuribles que, como tales, siempre se presentan con importantes dosis de incertidumbre. Y las afirmadas bondades de los medios alternativos y, en particular, de la mediación, por mucho que se hayan defendido con gran esfuerzo y vehemencia argumentativa, no necesariamente han de corresponderse a toda la realidad ni, por tanto, tendrán siempre los positivos resultados que inicialmente cabría esperar.

Ciertamente de un tiempo a esta parte se viene perfeccionando una tendencia manifiestamente favorable a la llamada «cultura» basada en la solución derivada de la voluntad de las partes frente a la justicia considerada «formal». En este sentido, resulta significativo que sea nada menos el Consejo General del Poder Judicial quien el 28 de junio de 2012 quien aprobara por unanimidad un informe en el que se presentan las soluciones alternativas a la jurisdicción, y entre ellas, la mediación, como una especie de solución milagrosa a los problemas de la justicia. Así, junto a otras soluciones como la potenciación de la justicia de paz, apoya decididamente fomentar y redoblar los esfuerzos por implantar en España una cultura de resolución de conflictos fundada sobre tres pilares básicos: la mediación, el arbitraje y la conciliación. Y por lo que respecta a la mediación, si bien aconseja imponerla como «requisito obligatorio», por último termina

rotundidad, en su art. 5.1 se dice que «el abogado... podrá ejercer como árbitro, mediador o interviniente en cualesquiera otros métodos alternativos a la jurisdicción para la resolución de conflictos o litigios». Asimismo, VALERO TORCA, J., y CORTÉS COMELLA, M. E., «La responsabilidad del mediador a la luz de la Ley 7/2012, de 6 de julio, de Mediación en asuntos civiles y mercantiles. Aproximación a la cuestión», en *Durro La Ley*, N° 7987, 19 de diciembre de 2012, p. 2, informan de que el seguro de responsabilidad civil que cubre a los abogados del Ilustre Colegio de Abogados de Valencia se ha ampliado sin coste para los colegados cubriendo la responsabilidad derivada del ejercicio de la mediación, tanto si es designado por el Centro de Mediación que tiene el propio Colegio como si ejerce de forma privada desde su propio despacho.

proponiendo una especie de «requisito no obligatorio». Todo porque resulta, en las palabras del mismo informe, «especialmente aconsejable en contextos en que las partes, pese a la controversia surgida entre ellas, están llamadas a seguir manteniendo relaciones personales o comerciales en el futuro», añadiendo además que «debe ser fomentado desde las instancias públicas, creando condiciones legislativas adecuadas». De ese modo, en mi opinión está olvidando que alguna de las medidas propuestas, como la conciliación obligatoria, ya fue desterrada del proceso civil español en otros momentos históricos<sup>5</sup>; y,

<sup>5</sup> Como ocurrió claramente con la obligatoriedad de la conciliación que fue desterrada del proceso civil español precisamente porque la opinión generalizada reconocía la escasa eficacia práctica de esta figura. Así, afirman, por ejemplo, GARCÍA SERRA, V., y MOREJÓN Y ALLARÉ, P., *Curso Práctico Civil*, 2ª ed., Colex, 2007, pp. 287-8, que el acto previo se revelaba como «superfluo y dulatorio», aunque pueda tener algunas ventajas como ser más económico que un requerimiento notarial. También, MONTE RIVAS, A., «Justificación e inconvenientes del acto de conciliación en el proceso civil», en *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada*, N° 20, 1986, p. 263. En el mismo sentido, AVILÉS NAVARRO, M., «La conciliación civil preprocesal», original, p. 79, significa que «se ha convertido en un mero trámite al que se ha prestado poca o nula atención». Asimismo, dice gráficamente LÓPEZ ORZUELA, F. J., «Jueces de Paz Competencias», en *Ponencia formada Jueces de Paz (en web CGPJ)*, que «de todos es conocida la escasa eficacia de estos actos de conciliación en orden a evitar un futuro litigio»; y BENT NAVARRO, A., «La división de lo conciliado fuera del proceso civil», en *Revista General de Derecho Procesal*, N° 24, 2011, p. 5, afirma que «se estableció como facultativo, ante el elevado índice de fracasos o pérdidas de oportunidad de resolver en ese momento previo los conflictos». Como excepción, MONTE ARIAS, J., «La conciliación preventiva en el proceso civil. (Notas para la reforma de la Ley de Enjuiciamiento)», en *Revista Jurídica de Catalunya*, N° 4, 1971, pp. 875-95, defiende con algunas estadísticas, de los años 1953 a 1967 su eficacia. A quien sigue otros autores como ALVARADO VILLERO, A., «La conciliación», en *Revista Vasca de Derecho Procesal y Arbitraje*, enero 1989, pp. 10-1. Lo bien cierto es que en el penúltimo párrafo de la Exposición de Motivos de la Ley 34/1984, de 6 de agosto, de reforma urgente de la Ley de Enjuiciamiento Civil, se indica rotundamente que el acto de conciliación «como demuestra la experiencia, ha dado resultados poco satisfactorios». Por cierto, cuando ha ocurrido similarmente en diversos ordenamientos jurídicos. Así, por ejemplo, FERRÉS COMELLA, V., «La preparación del juicio (alegaciones, audiencia preliminar, conciliación). El juicio oral», en *Revista de Derecho Procesal*, N° 3, 1991, p. 528, con cita de Stein-Jurass, en relación con la *Verbindlichungsverfahren* alemana de 3 de diciembre de 1976 y la discusión y propuestas sobre la introducción de una conciliación extrajudicial y pre-procesal, recuerda que «el instituto de conciliación general y obligatoria, pre-procesal, fue abolido tras experiencias negativas por la Novela de 1924».



sobre todo, que la eventual ineficacia de las tan empeñadas medidas podría erigirse no obstante en un verdadero obstáculo para el ejercicio de un derecho fundamental como es el de la tutela judicial efectiva (art. 24 CE). En fin, aunque se constata una cierta tendencia en algunos ordenamientos jurídicos hacia su imposición preceptiva<sup>7</sup>, resulta llamativa la curiosa defensa a ultranza que hace el Informe sobre las vías alternativas a la jurisdicción partiendo de ideas preconcebidas y poco o mala contrastada, y de parámetros lógicos pero que pueden no ofrecer los resultados esperados al atender a condiciones pendientes de ser evaluadas. Lo bien cierto es que, sin dejar de reconocer que los argumentos pueden estar sólidamente contruidos, suelen presentarse con más dosis de autocritica en cuanto a la conveniencia o necesidad de las técnicas alternativas a la jurisdicción, y con escasa constatación de sus resultados. En mi opinión, convendría desprenderse de ideas preconcebidas y recuperar una postura algo más aséptica en este punto, valorando no solamente los pros sino también todos los posibles contras.

De entrada, orillando sumisiones humillantes, podemos convenir que la prevención de los conflictos tiene efectos sociales beneficiosos.

<sup>7</sup> Aunque sea en el ámbito de la protección de un derecho fundamental concreto como es el de libertad sindical, la STC 81/1992, de 28 de mayo, ya lo puso de manifiesto. Véase un comentario a la misma en RODRÍGUEZ SÁNCHEZ, F., «Tutela judicial efectiva, sobre la necesidad del acto de conciliación como presupuesto procesal para el restablecimiento de derechos fundamentales», en *Civitas. Revista Española de Derecho del Trabajo*, Nº 59, 1993, pp. 405-10, quien reconoce (p. 407), entre otras cosas, que «el agotamiento necesario de un trámite previo de conciliación, al obligar a prolongar el procedimiento con una formalidad anterior al proceso propiamente dicho, conduce a dilatar la situación de probable lesión del derecho fundamental cuya tutela corresponde al proceso mismo».

<sup>8</sup> Así, por ejemplo, la reciente Ley n.º 1564, de 17 de julio de 2012, por medio de la cual se «expide» el Código General del Proceso de la República de Colombia, en su art. 372.6, prevé que «desde el inicio de la audiencia y en cualquier etapa de ella el juez exhortará diligentemente a las partes a conciliar sus diferencias, para lo cual deberá proponer fórmulas de arreglo, sin que ello signifique prejulgamiento». A lo que se añade, en su art. 90 que «mediante auto no susceptible de recursos el juez declarará inadmisibles las demandas sólo en los siguientes casos... 7. Cuando no se acredite que se agotó la conciliación prejudicial como requisito de procedibilidad». Así y todo plantea algunas excepciones, como la del art. 394, para la restitución de inmueble arrendado, donde «el demandante no estará obligado a solicitar y tramitar la audiencia de conciliación extrajudicial como requisito de procedibilidad de la demanda».

Esto es sabido desde antiguo. De hecho, evidenciaba el clásico griego PLATÓN, en su *República*<sup>9</sup>, que «es infinitamente más conveniente y más bello conducirse de manera que no haya necesidad de acudir a un juez soñoliento». Y si no hay otro remedio, una vez generada la controversia, lo ideal es que los propios involucrados en el conflicto sean capaces de ponerle fin, sin necesidad de la intervención de terceros que impongan forzosamente su solución. Así, la prudencia de un lado, y la libertad individual de otro, imperarían como valores preponderantes en la vida social.

Pero me da la impresión de que la gran mayoría de los trabajos que abordan las soluciones alternativas a la jurisdicción coinciden en partir de su conveniencia como idea preconcebida, presupuesto indubitado y realidad casi inmutable. Básicamente se basan puntos como el coste económico; la rapidez procedimental; la participación y el control de las partes en el resultado y sin riesgos a una decisión de todo o nada; la incapacidad de la jurisdicción para resolver eficazmente determinados asuntos o materias, debido a «se dice» su intrínseca lentitud, onerosidad y consecuente desconfianza generada; y hasta una conveniencia general y genérica, son todos ellos argumentos argüidos para sustentar la natural conveniencia de los medios alternativos o complementarios de la jurisdicción.

La solución jurisdiccional de los conflictos en ocasiones se presenta al mismo tiempo casi como apocalíptica. Sin embargo, las construcciones argumentadas en principio convincentes, basadas muchas veces en apreciaciones subjetivas cuando no meramente intuitivas y casi siempre parciales, deberían dar paso a su contraste: primero, con datos rigurosos, objetivos y completos; y, a continuación, con resultados empíricos. De otro modo, con no mucho esfuerzo, pueden construirse igualmente nuevos discursos dialécticos con similares argumentos y lógica pero esta vez para llegar a conclusiones diametralmente opuestas<sup>10</sup>. Por este camino tan relativista, al final

<sup>9</sup> PLATÓN, *La República o el Estado*, Libro III, 15ª ed., Austral, Madrid, 1982, pp. 172-3.  
<sup>10</sup> Sin ánimo de exhaustividad, mediante los principales pilares argumentales que se suelen mantener para la defensa de las vías alternativas: el onerosidad, de ejercicio de la libertad individual y de reducción de volumen de trabajo en los órganos jurisdiccionales, puede defenderse también la conveniencia de la vía jurisdiccional. Así, por ejemplo, en lo económico, al margen de la remuneración adicional o complementaria al mediador, y hasta incluso la

podría resultar que la posición ante las alternativas a la jurisdicción se redujera a la merca discreción, gusto personal o interés profesional o académico. No niego, ni tampoco presupongo, que las alternativas a la jurisdicción puedan representar una opción adecuada y eventualmente conveniente a la jurisdicción, pero creo que está de más la apología acrítica a favor de su desarrollo. Y, desde luego, frente a posibles castillos de naipes argumentales y cantos de sirenas, convendría atarnos con maromas de rigor al bauprés del navío de la realidad.

Además del amplio abanico de posibilidades argumentales citadas, no conviene pasar por alto que la experiencia ha constatado que los instrumentos procesales que han exigido un esfuerzo económico adicional, en forma de fianza, tasa, depósito, arancel..., aunque sea eventual como los honorarios del mediador y los propios de la

derivada de la protocolización del acuerdo, las alternativas a la jurisdicción en principio no resultarán rentables para quien decida suificar una posible solución totalmente favorable a su pretensión en aras de una solución autocompositiva que implique concesiones. En cuanto a la Libertad individual, el proceso no es ajeno a la misma, de ahí que sea lugar común afirmar que rige en el mismo el proceso dispositivo, de modo que, entre otras cosas, es posible terminar el proceso por voluntad de las partes, mediante los llamados «medios anormales de terminación» como, entre otros, el allanamiento, el desistimiento, la renuncia o la transacción. Y además, si partimos de la aceptación del ordenamiento jurídico, al margen de que podamos no compartirlo en todo o en parte, y si aceptamos que el mismo ha de regir en cualquier caso, el mecanismo para hacer efectivo este marco de convivencia social puede ser una opción tan voluntaria y libre como cualquiera de sus alternativas. Y, por último, en cuanto a la reducción del volumen de trabajo en los órganos jurisdiccionales, desde luego no existe contraste empírico alguno. Más bien al contrario los asuntos judiciales no han hecho más que aumentar por mucha potenciación de vías alternativas que se hayan intentado como el arbitraje y antes la conciliación. Además, comparto las palabras de GUTIÉRREZ SAAZ, M. R., «La cuestión de inclinación en el Real Decreto-Ley 3/2012, de 3 de marzo, de mediación en asuntos civiles y mercantiles», en *Órgano La Ley*, Nº 7871, de 1 de junio de 2012, p. 1, cuando afirma: «que haya más o menos procesos judiciales no es ni bueno ni malo si lo analizamos de forma aislada. El hecho de que el ciudadano medio tenga fácil acceso a los órganos jurisdiccionales es un logro, y la ausencia de procesos no está necesariamente en consonancia con una sociedad menos conflictiva... que haya pleitos no es mejor ni peor que los haya. A veces la inexistencia de conflictos no supone paz, no supone ausencia de enfrentamientos, supone miedo, o la responsabilidad o la dificultad de plantear la queja».

protocolización, suelen conducir a una utilización escasa o residual del instrumento económicamente condicionado o gravado. De hecho, la supresión de la fianza en la vigente LEC para la ejecución provisional se justificó, entre otras cosas, reconociendo que suponía un lastre para su utilización<sup>10</sup>; similares términos se utilizaron en su momento en relación con el depósito previo para los recursos extraordinarios, considerándolos como una verdadera rémora para su interposición<sup>11</sup>, siendo que la reincorporación del depósito para recurrir en la Disposición adicional decimoquinta LOUJ introducida por el número 19 del artículo primero de la LO 1/2009, de 3 de noviembre complementaria de la Ley de reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva Oficina judicial, ha supuesto una cierto freno a la interposición de recursos, aunque sea proporcional a la relativa importancia mayor o menor de la cantidad en juego. Y similar efecto se viene produciendo hasta la actualidad con la adopción de unas medidas cautelares condicionadas como regla general a la constitución de una fianza, que contribuye, en comparación con los asuntos procesales ingresados, a que las mismas no pasen prácticamente de una mera anécdota<sup>12</sup>; o, todavía con mayor claridad, con la exigencia de la lamentablemente célebre y actual tasa por el ejercicio de la potestad juris-

<sup>10</sup> En este punto, el legislador (párrafo 5 del punto XVI de la LEC), reconoce que la caución al solicitante operaba «a costa de dejar en exceso la ejecución provisional, dejándola sólo en manos de quienes dispusieran de recursos económicos líquidos. Y a costa de otros diversos y no pequeños riesgos: el riesgo de la demora del acreedor en ver satisfecho su crédito y el riesgo de que el deudor condenado disputara del tiempo de la segunda instancia y de un eventual recurso extraordinario para prepararse a eludir su responsabilidad».

<sup>11</sup> También en este punto el legislador (párrafo 12 del punto XIV de la LEC) admite que «además de representar un factor de encorramiento de la Justicia, de desigual incidencia sobre los justiciables, plantea, entre otros, el problema de su posible transformación en obstáculo de ejercicio del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, conforme al principio de igualdad».

<sup>12</sup> Como muestra un botón según las memorias judiciales del Tribunal Superior de Justicia de Cantabria, en el Juzgado de Primera Instancia núm.10 de Santander se registraron en el año 2006, 354 asuntos en materia civil, de los que 21 eran medidas cautelares; en el año 2007, de 308 asuntos fueron 23; en el año 2008, de 384, 20; en el año 2009, de 323, 22; en el año 2010, de 363, 14; y en el año 2011, de 412, 25. En conclusión, en los últimos seis años con constancia estadística, de una media de 357 asuntos civiles registrados, 21 son medidas cautelares, lo que representa un 5,8 % de los asuntos.

diccional, que permite constatar una clara reducción de la actividad procesal<sup>14</sup>, especialmente en los recursos de apelación. En fin, creo que contamos con ejemplos sobrados para afirmar con cierta solvencia que la exigencia de abono de cantidades adicionales a las estrictamente necesarias, salvo que sean irrelevantes por mínimas, limita con intensidad variable la instrumentación de los actos condicionados. Hasta tal punto es así que, cuando por motivos diversos el legislador ha pretendido potenciar alguna institución procesal, una de las medidas clave suele ser precisamente la de eliminar la prestación de caución o fianzas<sup>15</sup>. Y aunque todo esto no suele ser objeto de atención por quienes se ocupan de la defensa de las alternativas a la jurisdicción, como sea que las bondades genéricas que justificaría el apoyo y potenciación de las vías alternativas a la jurisdicción, sin ponerlas en duda, permanecen en la órbita de la mera creencia o en el plano de la teoría en su sentido de no haberse contrastado con la realidad, creo que conviene que no pase por alto el -digamos- posible «reverso oscuro» de estas alternativas. De otro modo no será posible ninguna previsión medianamente certera acerca del éxito cuantitativo futuro de una solución alternativa a la jurisdicción como es la mediación, ni, por tanto, sobre la expectativa profesional, la ampliación de ámbitos competenciales y la necesidad o conveniencia de aplicación de métodos y protocolos adecuados

<sup>14</sup> En el Boletín de Información Estadística núm. 34, de junio 2013, del CGPJ, en la «primera valoración del impacto de la modificación de las tasas en la entrada de los órganos judiciales en base a la Estadística Judicial», aunque aún no hay datos completos sobre la jurisdicción civil, se concluye, entre otras cosas, que el número de asuntos ingresados descendió un 14,9% en los juzgados de lo contencioso-administrativo; y en la jurisdicción social, los recursos de suplicación cayeron un 15,5%. De otro lado, la cuestión de inconstitucionalidad presentada el pasado 6 de septiembre de 2012 por la Audiencia Nacional, se basa esencialmente en la vulneración al derecho a la tutela judicial efectiva pues su finalidad no es la de financiar la asistencia jurídica gratuita sino, según afirma, «reducir de manera drástica la litigiosidad».

<sup>15</sup> Así ocurre con la exención provisional que, conforme al art. 526 LEC, está actualmente exenta de caución o también con la innecesaria prestación de fianza para la adopción de embargo preventivo, a pesar de la regla general en las medidas cautelares (art. 728.3 LEC), tanto en el juicio cambiario (art. 821.2.2ª LEC) como en el procedimiento monitorio para la reclamación de los gastos de comunidad de propietarios (art. 21.5.II Ley de Propiedad Horizontal).

para afrontar con éxito una realidad que, por mucho que se pretenda defender y potenciar, no pasa de ser incierta en estos momentos<sup>16</sup>.

## II. El procedimiento de mediación en la Ley 5/2012, de 6 de julio y la defensa jurídica

No obstante todas las prevenciones y aunque quizá con efectos modestos en comparación a las iniciales expectativas, la LMI sin duda va a posibilitar en cualquier caso a diversos profesionales, y con intensidad a los abogados, poder ampliar y desarrollar ámbitos competenciales relacionados con el procedimiento de mediación, sea en labores mediadoras o de asesoramiento jurídico de las partes inmersas en el procedimiento de mediación; así como también, fuera del mismo, profundizando el interés y el esfuerzo para la obtención de soluciones amistosas que eviten el litigio en la medida de lo posible. Veamos ahora si esta inicial apreciación se corrobora en la vigente LM española.

### 1. Aspectos generales de la mediación formal y su procedimiento en derecho español

Aunque la mediación puede desarrollarse en ámbitos diferentes al civil y mercantil<sup>17</sup>, sin perjuicio de las disposiciones que dictan las Comunidades Autónomas en el ejercicio de sus competencias, así como de normas sectoriales que regulen otros ámbitos no contemplados o

<sup>16</sup> Tomando el eco en una especie de «madurez social» o «cultura colectiva» de la pacificación» María Muñoz, I., «La mediación civil y mercantil en la nueva Ley 5/2012, de 6 de julio», en *Revista Jurídica de Castilla y León*, Nº 29, 2013, pp. 10-1, sitúa correctamente en el «ámbito del devenir social, en la conducta de quienes actúan en el mundo jurídico, de los sujetos de derechos» el éxito de estas vías. En mi opinión, junto a la bondad platónica, la clave del posible éxito no puede ser otra más que la conveniencia para las partes en todos los sentidos y principalmente en cuanto al tiempo de respuesta y al costo, junto a la confianza que ha de generarse en lo relativo a la calidad y garantías en el desarrollo de la mediación. Desde luego, como afirma el mismo autor citado (p. 6), «en con la obligatoriedad de intentar la conciliación previa... ni con la voluntariedad... el procedimiento de conciliación puede cumplir con su objeto y finalidad de reducir la carga de litigiosidad que llega ante la justicia si la respuesta social e institucional no es la necesaria y suficiente».

<sup>17</sup> Sobre la incidencia de la mediación en el ámbito laboral, véase GARCÍA SUÁREZ, M. R., «Los procedimientos de mediación y arbitraje en la reforma. Una oportunidad perdida», en *Diario La Ley*, Nº 7488, 14 octubre 2010, pp. 1-7.

incluso expresamente excluidos en la citada Ley, es en este ámbito donde es regulada completa y sistemáticamente en el derecho español. Ahora bien, esta relativa concreción regulatoria de la mediación en el ámbito civil y mercantil no obsta para que la propia LM reconozca que la misma en ningún caso pretende, como indica el párrafo primero del punto III de su preámbulo, «cercenar toda la variedad y riqueza de la mediación, sino tan sólo sentar sus bases y favorecer esta alternativa frente a la solución judicial del conflicto...» de modo que opta por establecer determinadas líneas maestras, principios, reglas o directrices, y requisitos generales del procedimiento<sup>17</sup>.

Sin ánimo de exhaustividad, merece destacarse que una de las principales líneas maestras de la mediación es su carácter preferente frente a la jurisdicción. Como se reconoce en el párrafo segundo del punto II del preámbulo LM, la opción por la mediación permite concebir la jurisdicción como un remedio último, cuya intervención queda reducida a los supuestos en que no sea posible a las partes alcanzar una solución autocompositiva<sup>18</sup>. La mera existencia de un sistema de mediación permite per se concebir un marco general de solución de conflictos en el que prime naturalmente la autonomía de la voluntad frente a la imposición vinculante de terceros. Surge así la flexibilidad procedimental que<sup>19</sup>, junto a la incorporación de la

<sup>17</sup> María Diz, F., *La mediación, sistema complementario de administración de justicia*, CCFP, Madrid, 2010, pp. 112-6, califica los caracteres generales de la mediación con los términos de «transparencia», «confidencialidad», «eficacia», «legalidad», «libertad» y «confidencialidad».

<sup>18</sup> Dice literalmente que la mediación «...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».

<sup>19</sup> El preámbulo de la LM reconoce expresamente que «el marco flexible que plantea la Ley pretende ser un aliciente más para favorecer el recurso a la mediación, de tal forma que no tenga repercusión en costes procesales posteriores ni se permita su planteamiento como una estrategia dilatoria del cumplimiento de las obligaciones contractuales de las partes». Sin embargo, esto se concreta solamente a la «suspensión de la prescripción cuando tenga lugar el inicio del procedimiento frente a la regla general de su interrupción, con el propósito de eliminar posibles desincentivos y evitar que la mediación pueda producir efectos jurídicos no deseados».

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, se erigen como plasmación de la voluntad de fomentar el recurso a la mediación y a la solución amistosa de los asuntos. Todo ello al margen de que esta preferencia solamente se actualizará cuando la mediación de verdad represente una opción realmente más beneficiosa en relación con sus alternativas. Sobre ello, al margen del saldo que corresponde a la conveniencia e inconveniencia de la mediación, resulta influyente el gravamen a la potestad jurisdiccional mediante la Ley 10/2012, de 20 de noviembre, por la que se regulan determinadas tasas en el ámbito de la Administración de Justicia, favoreciendo así de algún modo la mediación, aunque sea de modo artificial fruto de la voluntad política del legislador<sup>20</sup>. Esto constata que, cuando menos, se pretende que la mediación tenga operatividad en nuestro derecho y, por tanto, que represente un ámbito real para el ejercicio profesional, aunque sea por una vía inadecuada como es la de imponer gravamen a una jurisdicción que, no ha de olvidarse, da satisfacción a un derecho fundamental.

En la pretendida potenciación de la mediación, y también en el respeto a la autonomía de la voluntad, se encuadra la flexibilidad procedimental<sup>21</sup>. La misma se presenta ciertamente útil para adecuar

<sup>20</sup> En el párrafo segundo del punto III del preámbulo de la Ley 10/2012, de 20 de noviembre, por la que se regulan determinadas tasas en el ámbito de la Administración de Justicia, se reconoce expresamente la voluntad de incentivar la solución extrajudicial cuando afirma que «con la finalidad básica de incentivar la solución de los litigios por medios extrajudiciales, se establece una devolución de la cuota de la tasa, en todos los procesos objeto de la misma, cuando se alcance una terminación extrajudicial que ahorre parte de los costes de la prestación de servicios». Lo que se concreta en el art. 85 de la citada Ley, con la «devolución del 60 por ciento de importe de la cuota de la tasa, que en ningún caso dará lugar al devengo de intereses de demora, cuando, en cualquiera de los procesos cuya iniciación dé lugar al devengo de este tributo... se alcance un acuerdo que ponga fin al litigio».

<sup>21</sup> En el párrafo primero del punto III del preámbulo LM se reconoce que «el régimen que contiene la Ley se basa en la flexibilidad y en el respeto a la autonomía de la voluntad de las partes». Y, entre otros preceptos, el art. 16 LM establece que la mediación se inicie de voluntad, sea de común acuerdo entre las partes, o, aunque sea por una de las mismas, lo será en cumplimiento de un pacto de sometimiento que necesariamente habrá de haberse adoptado voluntariamente. Incluso se prevé que, «cuando de manera voluntaria se inicie una mediación estando en curso un proceso judicial, las partes, de común acuerdo podrán solicitar su suspensión...» (art. 16.3 LM).

el procedimiento al ámbito sectorial o materia que se trate, eventualmente compleja o altamente especializada, y sirve de vehículo eficaz para el desarrollo de la autonomía de la libertad de las partes, conforme a sus particulares necesidades o preferencias<sup>22</sup>. En efecto, en lugar de contener un diseño procedimental predefinido, la LM establece meras líneas maestras, principios, reglas o directrices y requisitos generales, estableciendo un marco lo suficientemente amplio que pueda adaptarse a los correspondientes objetos y sujetos implicados<sup>23</sup>. La flexibilidad desde luego supone una ventaja por lo que implica de adaptabilidad objetiva y subjetiva, pero también puede representar una desventaja en cuanto la adaptación resulte inefectiva o inadecuada consecuencia de la impresión, el error o la impericia del mediador así como también simultánea o alternativamente consecuencia de imposiciones de las partes en ejercicio inadecuado de su autonomía de la voluntad. Esta circunstancia supone un estímulo para que sean profesionales debidamente formados y expertos quienes se ocupen de actividad tan relevante como la mediación, siendo que el abogado, como profesión vinculada constantemente con el conflicto y los sujetos implicados en el mismo, se encuentra particularmente cualificado para esta función, al margen de que ocasionalmente puedan ser convenientes conciliadores especializados sobre el objeto del conflicto.

<sup>22</sup> La flexibilidad es apta para que en efecto la autonomía de las partes alcance su efectivo ejercicio, haciendo real la afirmación (párrafo primero del punto III del preámbulo LM) según el cual «el modelo de mediación se basa en la voluntariedad y libre decisión de las partes...», en el que, como se ha indicado, «sean los sujetos implicados en la mediación los que determinen libremente sus fases fundamentales» (sea directamente o por su decisión de remitirse a las normas reglamentarias de la correspondiente institución). No en vano, sobre este punto el art. 16.1 LM se muestra rotundo al disponer que «sin perjuicio del respeto a los principios establecidos en esta Ley, la mediación se organizará del modo que las partes tengan por conveniente». Y todo, además, sin que sea imprescindible alcanzar un acuerdo, incluso recomendándose que «como enseña la experiencia aplicativa de esta institución, no es extraño que la mediación persiga simplemente mejorar relaciones, sin intención de alcanzar un acuerdo de contenido concreto».

<sup>23</sup> Afirma el párrafo quinto del punto IV del preámbulo LM, que «es un procedimiento sencillo y flexible que permite que sean los sujetos implicados en la mediación los que determinen libremente sus fases fundamentales». Y a tal efecto, continúa, «la norma se limita a establecer aquellos requisitos imprescindibles para dar validez al acuerdo que las partes puedan alcanzar».

Junto a la preferencia y flexibilización, también se afirma que la mediación se caracteriza por la «deslegalización»<sup>24</sup> y «desjuridificación»<sup>25</sup>, con lo que, en realidad, no se alude más que a la rétrica legislativa por la que es posible actualizar la flexibilidad procedimental, pues en lugar de un diseño predefinido y completo se establece un amplio marco que dé cabida a procedimientos adaptados a los distintos objetos y sujetos implicados. Así, «deslegalización» no es abandono o carencia legislativa sino amplitud y adaptabilidad a distintos ítems procedimentales; y «desjuridificación» se refiere a las posibilidades autorizadas por el ejercicio de la autonomía de la voluntad para configurar soluciones o acuerdos, aunque con respeto al orden público, con independencia, al margen o incluso en contradicción con las normas que eventualmente pudieran regir las relaciones o situaciones jurídicas implicadas en el conflicto resuelto por las propias partes. Caracteres ambos que, a pesar de lo que podría inicialmente entenderse, refuerzan la necesidad de que un profesional cualificado y experto en conflictos como el abogado intervenga a los efectos de garantizar, además de la eficacia del procedimiento de mediación, su regular sustanciación con respeto a los principios, reglas, características, requisitos y principios de la mediación y su procedimiento por muy flexibles que se pretenda.

Asimismo, se pretende un procedimiento ventajoso, por sencillo o fácil, económico y breve<sup>26</sup>, como clave del éxito de la mediación<sup>27</sup>. En la consecuencia de esa pretensión se orienta el establecimiento de

<sup>24</sup> Según el párrafo primero del punto III del preámbulo LM, se trata de «deslegalización o pérdida de papel central de la ley en beneficio de un principio dispositivo que rige también en las relaciones que son objeto del conflicto».

<sup>25</sup> El párrafo quinto del punto III del preámbulo LM señala literalmente nada menos que «tercer eje de la mediación, que es la desjuridificación, consistente en no determinar de forma necesaria el contenido del acuerdo restaurativo o reparatorio».

<sup>26</sup> Como reconoce el párrafo octavo del punto III del preámbulo LM, «se articula un procedimiento de fácil tramitación, poco costoso y de corta duración en el tiempo».

<sup>27</sup> Para BARONA VILAR, S., *Mediación en asuntos civiles y mercantiles en España, tras la aprobación de la Ley 5/2012, de 6 de julio*, Ricart de Blanch, Valencia, 2013, p. 337, «son las tres garantías de éxito de la mediación: fácil y cómodo, barato y breve». De otro lado, clave de éxito de la mediación es, sin duda, la fuerza vinculante de sus decisiones (por ejemplo, SJPI Málaga, Nº 66/2012, de 27 de septiembre de 2012).

un contexto legal en el que pueda optarse libre y eficazmente por la mediación así como, al mismo tiempo, la introducción de obstáculos complementarios a la jurisdiccional como la citada Ley de Tasas. Precisamente cuando esta pretensión se lleve a la práctica, esto es, si realmente el procedimiento es fácil, económico y breve en comparación con otros instrumentos de solución de conflictos, la mediación llegará a convertirse en una alternativa o complemento real a la jurisdicción, y un ámbito competencial amplio para el desarrollo profesional.

De otro lado, el título II de la LM contiene los que denomina principios de la mediación, esto es, en palabras del párrafo primero del punto IV del preámbulo LM, los «de voluntariedad y libre disposición, el de imparcialidad, el de neutralidad y el de confidencialidad». No se trata tanto de principios del procedimiento de mediación, aunque tienen incidencia en su configuración, sino que lo son de la mediación en sí misma y en relación con las partes (voluntariedad, libre disposición y buena fe); estrictamente de las partes (igualdad); exclusivamente del mediador (imparcialidad y neutralidad); así como de todos los sujetos implicados, esto es, tanto las partes, como el conciliador y en su caso la correspondiente institución (confidencialidad).

Dispone tajantemente el art. 6.1 LM que «la mediación es voluntaria»<sup>24</sup>. Obviamente, la voluntad es de las partes, pero no debería

<sup>24</sup> Señala la SAP, Secc. 72, Barcelona, núm. 466/12, de 29 de junio de 2012, que «el carácter voluntario de la mediación determina que la obligación de seguir un proceso de la naturaleza no puede ser impuesto por el tribunal, por lo que el alcance de lo acordado al respecto se sitúa en el nivel de recomendación que ha señalado la doctrina (SAP Barcelona de 21.2.2008, sección 18ª), y se ha reiterado por el RDL 5/2012 de mediación en el ámbito civil y mercantil». Ni siquiera un pretendido interés del menor, con base en el art. 158 CC, justificaría imponer una «mediación» forzosa. En ese sentido, resultan interesantes las palabras de la SAP, Secc. 9ª, Alicante, con sede en Elche, núm. 92/2013, de 18 de febrero de 2013, cuando afirma «que la voluntariedad está en la naturaleza de la mediación, es evidente y así lo recoge la legislación al respecto y en concreto el art. 1 de la Ley 7/2001, de 26 de noviembre, Reguladora de la Mediación Familiar en el ámbito de la Comunidad Valenciana. La resolución de la Juez, forzando la asistencia a la sesión informativa, busca su apoyo legal en el artículo 158 CC, invocando la protección del menor... Sin embargo aun comprendiendo y siendo conscientes de la motivación de la resolución recurrida, ni en la regulación autonómica de la mediación, ni en la estatal, existe apoyo legal para establecer como obligatoria la comparecencia de las partes a una sesión informativa sobre mediación... la Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y

negarse la influencia relevante que ostenta el abogado asesor de la parte. Aunque la LM solamente contempla el supuesto de compromiso de mediación expreso y por escrito<sup>25</sup>, esta voluntad pueda manifestarse tanto expresa como tácitamente<sup>26</sup>. Así, hacer caso omiso cuando se inicie la mediación por una de las partes a la espera de que la otra se persone, servirá para hacer inviable ab initio la mediación<sup>27</sup>. Sin

mercantiles, aun no siendo aplicable al supuesto por razón del tiempo, mantiene la voluntariedad de la asistencia a sesiones informativas, art. 17. Por su parte el art. 443 de la LEC modificado por dicha Ley, limita la función del juez a instar a las partes sin imposición de previas obligaciones... La normativa específica del supuesto concreto, ha de ser de aplicación preferente a la genérica del art. 158 CC, y dicha normativa, aun admitiendo que la solución de conflictos a través de la mediación es beneficiosa para los menores, no da ventura a la resolución de la Juez a quo».

<sup>25</sup> El art. 6.2 LM dispone que «cuando exista un pacto por escrito que exprese el compromiso de someter a mediación las controversias surgidas o que puedan surgir, se deberá intentar el procedimiento pactado de buena fe, antes de acudir a la jurisdicción o a otra solución extrajudicial. Dicha cláusula surtirá estos efectos incluso cuando la controversia verse sobre la validez o existencia del contrato en el que conste». Ahora, eso sí, una vez intentado el procedimiento pactado, «nada está obligado a mantenerse en el procedimiento de mediación ni a concluir un acuerdo» (art. 6.3 LM).

<sup>26</sup> Parece que si una parte solicita de hecho el inicio del procedimiento de mediación para dar solución a un conflicto ya iniciado o que pueda iniciarse y la otra parte decide personarse y seguir la mediación, nada impide que pueda llegarse al acuerdo y que el mismo sea plenamente eficaz.

<sup>27</sup> Resulta dudoso que tenga efectos negativos para el demandado incluso en lo relativo a la consideración de su actuación con mala fe o temeridad a efectos de costas. En efecto, dispone el art. 395.1.11 LEC, a los efectos de condena en costas cuando el demandado se allanara antes de la contestación que «se entenderá que, en todo caso, existe mala fe, si antes de presentada la demanda se hubiese formulado al demandado requerimiento fehaciente y justificado de pago, o si se hubiera iniciado procedimiento de mediación o dirigido contra el demandado de conciliación». Precepto que tiene su lógica en que el demandado ha podido reconocer la pretensión del demandante en la misma mediación, evitando que el demandante deba interponer su pretensión. Sin embargo, la situación de la mediación no es exactamente la misma a la de la conciliación o el requerimiento puesto que el procedimiento de mediación, salvo supuestos especiales, resulta gravoso económicamente en comparación con las otras situaciones previstas. Por su parte, la jurisprudencia ha empezado a matizar la aplicación automática de este precepto. Así, por ejemplo, la SAP, Secc. 5ª, Cartagena, núm. 278/2013, de 9 de julio de 2013, se refiere a que «es decisivo con probar si la conducta preprocesal de la parte demandada, por su carácter abiertamente inadmisibile, fue la única causante del proceso, ahorrando a la actora necesariamente acudir a los Tribunales para obtener la satisfacción de su derecho ante la actitud contumaz y abiertamente injustificada de la



embargo, existiendo pacto expreso y por escrito, la voluntad de no aceptar, no mantenerse o concluir la mediación, solamente podrá hacerse efectiva en momentos posteriores al inicio de la mediación. De aquí deriva la importancia de que las partes cuenten con un buen asesoramiento ya en etapas iniciales, pues, una vez firmado el compromiso de mediación, el procedimiento se iniciará a pesar de que ya en ese momento se carezca de voluntad de mantener o alcanzar un acuerdo, con la exigencia añadida de que debe mantenerse una predisposición positiva hacia la mediación o, en los infelices términos de la LM<sup>10</sup>, «de buena fe».

Y como principio referente netamente a las partes, en correlación con el art. 14 de la Constitución española, el art. 7 LM proclama que en el procedimiento de mediación se garantizará que las partes intervengan con plena igualdad de oportunidades, manteniendo el equilibrio entre sus posiciones. Esto opera como garantía de justicia pues, de otro modo, el acuerdo podría alcanzarse con base en vicios en la voluntad a favor de la parte que hubiera tenido más oportunidades. Y aunque pueda ser recomendable en principio y deba tenerse en la medida de lo posible a la identidad de actuaciones, no será siempre necesaria pues, con las debidas decisiones tomadas por el mediador, la flexibilidad del procedimiento podrá y deberá permitir su adaptación a las específicas y diversificadas condiciones que puedan concurrir en las partes. De nuevo se requiere la intervención de un profesional que adopte las decisiones adecuadas a las circunstancias sin tolerar injustos desequilibrios ni uniformidades sin sentido.

interpelada»; o la SAP. Sect. 14, Barcelona, núm. 134/13, de 7 de marzo de 2013 habla de que se negó a participar en el proceso de mediación «sin causa justificada, lo que podría llevar consigo incluso la declaración de temeridad». En fin, creo que la expresión «en todo caso» debería interpretarse limitándola al supuesto de haberse iniciado el procedimiento de mediación válidamente, esto es, con pacto expreso y por escrito.

<sup>10</sup> Asimismo, la expresión del precepto no es la más feliz ni destaca precisamente por su precisión. Cuando el art. 6.2 LM dispone que «se deberá intentar el procedimiento pactado de buena fe», no queda claro si la buena fe ha de ser característica de cómo deberá intentarse el procedimiento, o si, por el contrario, la buena fe se predica de cómo haya sido pactado el procedimiento, de modo que solamente se deberá intentar el procedimiento que haya sido pactado de buena fe. Aunque parece que el legislador probablemente quiso decir lo primero, lo que literalmente dice no queda claro.

Por lo que se refiere a los principios en la actuación del mediador, destaca que el mismo deberá sujetar su actuación al deber de respeto e imparcialidad, a la neutralidad y a la confidencialidad. Así, correlativamente con la igualdad de las partes y como manifestación de una imparcialidad que producirá respeto aunque el mismo se base en un deber de comportamiento social de espectro más amplio al que deriva de la imparcialidad, el mismo art. 7 LM impone al mediador respeto hacia los puntos de vista expresados por las partes, exigiendo que no actúe en perjuicio o interés de cualquiera de ellas. No obstante, esta imparcialidad no debe suponer un impedimento para la labor mediadora. Se trata de una posición de lejanía respecto de las partes preordenada a la obtención de un acuerdo. Y no ha de olvidarse que el mismo implicará algún sacrificio, total o parcial, respecto de las iniciales posiciones de las partes o de alguna de ellas, sin que el tratamiento igual, respetuoso e imparcial por parte del mediador suponga necesariamente que el acuerdo derive de un sacrificio de las pretensiones de las partes en idéntica medida. Es más, por más que improbables, no se descartan acuerdos en los que, similares a un allanamiento, una de las partes reconozca la inviabilidad de su pretensión de modo que se logre un acuerdo perfectamente viable con el sacrificio completo de la inicial pretensión de una sola de las partes.

Paralelamente, la imparcialidad deberá implicar, como ocurre con el deber de abstención y el derecho de recusación, que, cuando concurren circunstancias por las que objetivamente el mediador se acerque a una de las posiciones, por vínculos familiares, laborales, de amistad o equivalentes, se abstenga de conocer, salvo consentimiento expreso de las partes; y, además, que el mediador deba manifestar que actuará con total imparcialidad, lo que incluye el deber de revelar cualquier circunstancia que pueda afectar a su imparcialidad o generar conflicto de intereses como relaciones personales, contractuales o empresariales, intereses directos o indirectos, actuaciones anteriores y distintas a la mediación a favor de una o varias de las partes (art. 13.4 y 5 LM). Asimismo, aunque no se prevea expresamente, parece claro que si el mediador incumpliera el deber de abstención, las partes podrán recusarse y, en definitiva, intentar que se aparte de la mediación o, en todo caso, poder justificar su posible voluntad de no mantenerse en la

mediación<sup>35</sup>. Y en íntima conexión con la imparcialidad, el mediador deberá actuar con neutralidad o, en otros términos, de tal forma que sean las partes en conflicto quienes alcancen la solución autocompositiva por sí mismas (art. 8 LM). A tal efecto el mediador habrá de actuar facilitando la comunicación entre las partes, velando porque dispongan de la información y el asesoramiento suficientes; y adoptará una conducta activa tendente a lograr el acercamiento entre las partes, con respeto a los principios recogidos en la LM (art. 13.1 y 2 LM). De nuevo se pone en evidencia la necesidad de contar con formación adecuada para alcanzar la necesaria imparcialidad y neutralidad, haciendo en su caso valer los instrumentos adecuados y las técnicas pertinentes para ello cuando sea necesario. Por supuesto, la mediación ha de ser confidencial, de modo que el mediador, las instituciones de mediación y las partes intervinientes no deberán revelar información sobre el procedimiento de mediación ni la documentación utilizada en el mismo (art. 9.1 LM)<sup>36</sup>. Esto implica, en lo que se refiere al procedimiento, el secreto respecto de terceros; para el mediador, la protección del secreto profesional; y, en general para todos los intervinientes, que no estén obligados a declarar o aportar documentación en procedimiento judicial o arbitral sobre la información y documentación derivada de un procedimiento de mediación o relacionada con el mismo, salvo que las partes expresamente y por escrito les dispensen y cuando sea solicitada por los jueces del orden jurisdiccional penal mediante resolución judicial motivada (art. 9.2 LM).

Y por lo que se refiere a la actuación de las partes, deberán regirse por los principios de lealtad, buena fe y respeto mutuo, así como por

<sup>35</sup> En mi opinión, si se diera una situación de causa de abstención e incumplimiento de la recusación por parte del mediador, si realmente estuviera justificada la misma, podría servir para motivar eficazmente la negativa al pago de la mediación y hasta incluso para solicitar indemnización por eventuales daños y perjuicios.

<sup>36</sup> Matzaba la S19, Sala 1ª, núm. 714/2011, de 2 de marzo de 2011, que «el deber de secreto que alcanza a la persona mediadora y a las propias partes se refiere a «informaciones confidenciales», que lógicamente quedan reservadas al estricto conocimiento de la partes y del mediador, pero no puede extenderse al caso presente en que se pretende traer a un proceso judicial lo que una de las partes considera que es un acuerdo libremente adoptado y referido a las consecuencias de la ruptura matrimonial».

el deber de colaboración y apoyo al mediador. A estos últimos se refiere el art. 10.3 LM y, en su concreción, podemos encontrar ejemplos como la presencia a las reuniones o la aportación de los documentos que se les requieran. En cambio, los primeros son conceptos jurídicos indeterminados a los que se refiere el art. 10.2.1 LM y, como tales, se presenta más ardua su concreción. Parece que esta se contiene en los dos párrafos siguientes del mismo precepto cuando dispone una especie de prohibición al ejercicio de acción judicial o extrajudicial frente a las otras partes en relación con el objeto de la mediación y mientras dure la misma salvo que se trate de medidas cautelares u otras medidas urgentes imprescindibles para evitar la pérdida irreversible de bienes y derechos<sup>37</sup>.

Por su parte, el procedimiento de mediación se caracteriza por la vigencia de la oralidad, de la que, no obstante y a diferencia de lo que ocurre en el proceso, no siempre derivan los principios consecuencia de la misma como son la inmediación, concentración y publicidad real, o, al menos, estos principios reciben importantes matizaciones.

En efecto, junto a la pretensión de flexibilidad, sencillez, facilidad, economía y brevedad, desde una perspectiva formal, el procedimiento se caracteriza por la oralidad. Si la mediación basa su estructura básica a través de una serie de reuniones y entrevistas, en el procedimiento ha de primar la palabra oral respecto de la escrita, aunque sea sin excluirla en absoluto pues no solamente son posibles actos escritos sino que resultan habituales y hasta necesarios en atención a la naturaleza del acto (como la presentación de documentos, el pacto de sometimiento a mediación, conforme al art. 6.2 LM; o la dispensa del deber de confidencialidad a que se refiere el art. 9.2 LM). Así y todo,

<sup>37</sup> Incluso dispone que «el compromiso de sometimiento a mediación y la iniciación de ésta impide a los tribunales conocer de las controversias sometidas a mediación durante el tiempo en que se desarrolle ésta, siempre que la parte a quien interese lo invoque mediante declinatoria», lo que, como idea aproximativa, pueden resultar coherentes con la pretendida efectividad de la mediación pero no tanto con la libertad de las partes y el principio dispositivo en los procesos civiles. Por mucha buena fe que se pretenda de las partes, el art. 6.3 LM previene con toda rotundidad que «nadie está obligado a mantenerse en el procedimiento de mediación ni a concluir un acuerdo» y una forma de manifestar la voluntad de su sometimiento al procedimiento de mediación y, por tanto, de ejercicio de la libertad, puede ser la de solicitar el inicio o la reapertura del proceso judicial.



la mediación se estructura mediante una serie de reuniones y entrevistas que implican oralidad e inmediación como la que deriva de la participación directa del mediador<sup>26</sup>, sin perjuicio del procedimiento por medios electrónicos, considerado incluso preferente cuando la cuantía no supere los seiscientos euros conforme al art. 24 LM. Asimismo, la concentración va a tener una traslación todavía más clara en el ámbito de la mediación como principio consecuencia de la oralidad, no obstante la flexibilidad, «deslegalización» y «desjuridificación» pretendida. De hecho, como pone de manifiesto ORTIZ<sup>27</sup>, la eficacia de la oralidad y de la misma inmediación depende de la concentración en el tiempo de los actos integrantes en el procedimiento de mediación. De ese modo, la mediación se realizará en el menor número de sesiones consecutivas posibles y además cercanas en el tiempo. La misma presencia de las partes y el mediador permite prescindir de los actos de comunicación formal propia de los actos escritos, aunque exige una buena preparación, sobre todo por parte del mediador y, en su caso, de los asesores de las partes. Cuestión distinta ocurre con la publicidad real que, como consecuencia del deber de confidencialidad, quedará excluida. Por supuesto será así en relación con los procesos, puesto que los actos de mediación en ningún caso serán secretos para el mediador ni para las partes involucradas en la misma pues de lo contrario producirían indetención e inviable el procedimiento. Lo bien cierto es que la actuación preferentemente oral y la concentración de las actuaciones hace particularmente idónea la mediación para el abogado en cuanto exige profunda preparación sobre aspectos generales y, entre ellos con

<sup>26</sup> No queda expresamente resuelto es si el mediador que está renunciando ha de seguir la mediación en todos sus trámites hasta su finalización. Parece que sea conveniente la presencia del mismo mediador, pues debe hacerse una idea cabal del conflicto para instrumentar las técnicas tendentes a intentar que las partes alcancen un acuerdo de solución. De ese modo, solamente si el mediador ha participado directamente en las actuaciones sobre todo orales estará en condiciones óptimas para desarrollar y calmar el procedimiento de mediación. Sin embargo, no se prevé causa ni sanción alguna en caso de cambio del mediador. Al contrario, el art. 22.2 LM presupone el cambio de mediador cuando dispone que «la renuncia del mediador a continuar el procedimiento o el rechazo de las partes a su mediador sólo producirá la terminación del procedimiento cuando no se logre a nombrar un nuevo mediador».

<sup>27</sup> Si bien lo señala en relación con el proceso judicial, ORTIZ RAMOS, M., «Los principios del proceso (II)», en *Introducción al Derecho Procesal*, (con otros), 3ª ed., Thomson-Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2013, pp. 362-3.

especial intensidad, los jurídicos, así como sobre las circunstancias concretas del supuesto sometido a mediación.

Por último, en cuanto a los actos de la mediación, habrán de realizarse por partes con aptitud y voluntad, objeto válido, causa, lugar, tiempo y forma<sup>28</sup>. Así, el mediador ha de tener atribuido el asunto, directamente o a través de la correspondiente institución, mediante un compromiso válido; todos los sujetos deberán estar en pleno ejercicio de sus derechos civiles o, en su caso, integrada su eventual falta de capacidad; las partes serán aquellas interesadas directamente en el objeto de la mediación; sus actos habrán de ser voluntarios, pudiendo afectar a la validez, conforme al art. 23.4 LM, los actos, la ausencia o los vicios de voluntad, como puede ser la intimidación y violencia que puedan sufrir; los actos de mediación, para que produzcan con normalidad sus efectos, deberán ser posibles, suficientemente determinados e idóneos para la finalidad al que se destina y que representa su causa; además, los actos se desarrollarán en el lugar adecuado que determinen las partes, si bien lo habitual sea en el despacho del mediador o en el lugar destinado al efecto en la institución<sup>29</sup>, sin perjuicio de que puntualmente por

<sup>28</sup> Como desarrolla ORTIZ RAMOS, M., «Concepto, requisitos e ineficacia de los actos procesales», en *Introducción al Derecho Procesal*, (con otros), Thomson-Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 3ª ed., 2013, pp. 390-91, para la teoría de los actos procesales, son requisitos de las partes la aptitud de los sujetos, la voluntad, el objeto, la causa, el lugar, el tiempo y la forma.

<sup>29</sup> No es el lugar un tema precisamente irrelevante. Hasta el punto que BAYONA VILAR, S., *Mediación de asuntos civiles y mercantiles en España*, cit., pp. 351-3, estima que el que denomina «países adecuados» puede influir en el éxito del resultado de la mediación. Para ello, según afirma (p. 353), pueden tomarse medidas «que ofrezcan sensación de respeto y confidencialidad, se evitara la iluminación excesivamente intensa, los asientos deben ser medianamente confortables, de manera que no decaen ser ni demasiado confortables ni demasiado incómodos, la temperatura adecuada, no asfixiándose por el calor de la sala ni tampoco helándose... habrá que contar con bebidas que permitan sentirse medianamente cómodo y agradable, no deben estar en activo teléfono ni móviles... contar con la posibilidad de aseos y de lugares en los que pueda efectuarse una pausa, sin tener que desplazarse y ni tampoco sentir que se está aislado». Por su parte, MÚNIZ CATALANA, F., y VIAL THIBAUD, A., *La mediación. Resolución pacífica de conflictos. Régimen jurídico y eficacia procesal*, La Ley, Madrid, 2013, p. 134, indican que mientras la mediación familiar se suele desarrollar en los centros, despachos e instituciones donde trabajan los mediadores, es corriente que el mediador se desplace fuera de su ámbito, como polígonos industriales, empresas, barrios, comunidades de propietarios, escuelas... lo que genera cierta dificultad de acomodamiento y confianza del propio mediador al tener que utilizar espacios no habituales y extraños

necesidades concretas puedan realizarse en otros lugares; se realizarán concentradamente en días y horas hábiles, sin perjuicio de que la flexibilidad del procedimiento y libertad de las partes permita que excepcionalmente se acuerde otra cosa, siempre con lo más breve posible, concentrada y brevemente prefijado sin perjuicio de posibles adaptaciones<sup>10</sup>; y por su parte la forma será la más adecuada para obtener el fin correspondiente, preferentemente oral, sin perjuicio de algunos actos por escrito.

<sup>10</sup> La LM no determina con exactitud la duración del procedimiento de mediación, en la línea de otorgar la máxima flexibilidad al procedimiento, pero ofrece algunas pautas. De entrada, el art. 20 LM dispone que «la duración del procedimiento de mediación será lo más breve posible y sus actuaciones se concentrarán en el mínimo número de sesiones». Legalmente no se establecen límites temporales máximos, si bien podrán determinarse por acuerdo de las partes, por el mediador o, más habitualmente, conforme a las reglas de la institución. Asimismo, el art. 19 LLM establece que en la sesión constitutiva las partes deben constatar, entre otras cosas, del «programa de actuaciones y duración máxima prevista para el desarrollo del procedimiento, sin perjuicio de su posible modificación». Y la disposición final séptima, prevé para el procedimiento simplificado de mediación por medios electrónicos para reclamaciones de cantidad, que «el procedimiento tendrá una duración máxima de un mes, a contar desde el día siguiente a la recepción de la solicitud y será prorrogable por acuerdo de las partes». Por último, parece que el plazo debería ser más breve cuando se trata de una mediación vinculada a un proceso judicial, a los efectos de que no se instrumente para entorpecerlo, además de que, en otro caso, hay menor interés público que condicione la voluntad de las partes. Con todos estos parámetros y como requisito conformado y moldeado por la voluntad de las partes, habrá de establecerse un programa aproximativo, breve y concentrado de actuaciones y hasta incluso especificando el efecto resolutorio de su eventual incumplimiento. Como señala MORA CARRANZA, F. y VIDAL TORRES, A., *La mediación. Resolución pacífica de conflictos. Régimen jurídico y eficacia procesal*, cit., p. 141, en las mediaciones públicas o intrajudiciales se ha venido estableciendo plazos que limitan la duración de la mediación y que «generalmente no exceden de sesenta días hábiles». Pero la duración, como indican, depende de la tipología, por ejemplo, los mismos autores añaden (p. 142) que cuando el conflicto surge de una problemática matrimonial, la duración del proceso de mediación no acostumbra a ser inferior a seis sesiones. Y, en fin, como idea aproximativa, pueden ser interesantes los datos que ofrece BARRAZANO, M. J., «La dimensión temporal durante la mediación», en *Revista de la Universidad Nacional de Córdoba*, N.º 6, 2001-2, págs. 360-1, en las causas ingresadas y finalizadas en el 2007 en Argentina. Desde el ingreso del asunto hasta el sorteo del mediador se resuelve una o tres semanas. Una vez designado mediador, el periodo de negociación se extiende durante 37 días de promedio, de modo que la media total de las causas quedaría en 52 días, con dos audiencias de media.

No obstante la amplitud del marco regulatorio así como de la flexibilidad, «deslegalización» y «desjuridificación» que se pretende del procedimiento de mediación, y aunque no sea imprescindible la condición de jurista ni que el mismo cuente con experiencia dilatada como litigante, los conocimientos y experiencia del abogado le otorgan una especial cualificación para la función de mediación. El diseño del procedimiento requiere conocimientos idóneos en la formación y experiencia del abogado.

La misma flexibilidad, «deslegalización» y «desjuridificación» pretendida en el procedimiento de mediación exige una adecuación a las especiales condiciones del asunto, las particularidades del objeto y de los sujetos implicados, configurando un procedimiento que responda suficientemente a las necesidades que deriven y que facilite la consecución del objetivo de que se obtenga una solución satisfactoria del conflicto. Y lo mismo deriva de la necesidad de que el procedimiento resulte realmente ventajoso para la partes: además de por la sencillez o facilidad, sobre todo por lo breve y económico. También la misma formación y experiencia del abogado le dota de una especial sensibilidad para entender y valorar las exigencias de igualdad, imparcialidad, neutralidad y confidencialidad en el asunto. Y lo mismo cabe decir del resto de requisitos y condiciones formales del procedimiento, particularmente la oralidad, concentración, con aptitud subjetiva, objeto válido, etc., para cuya consecución son idóneos los conocimientos jurídicos y la experiencia en litigación. Así y todo, aunque no se exige en absoluto como requisito y, de hecho, no impide que puedan desarrollarse eficientemente ambas actividades, se presenta conveniente que, en la medida de lo posible, la actividad de mediar y la de defensa en juicio en otros asuntos no sea simultánea. Si la especialización ya representa en sí mismo un valor, cuando un jurista decide ocuparse de mediar, opino que su dedicación en exclusiva favorecerá que pueda situarse en una posición objetiva de mayor imparcialidad y neutralidad, previniendo al mismo tiempo ciertas suspicacias posibles y desconfianzas que a la postre frustran la consecución del acuerdo.

## 2. Fases del procedimiento de mediación formal

En coherencia con las amplias posibilidades otorgadas a la autonomía de la voluntad para la configuración del procedimiento

de mediación, la LM establece unas pautas generales que básicamente consisten en una fase de inicio, de preparación y, tras las sesiones de desarrollo de la mediación, suponen la terminación del procedimiento.

#### A) Fase de inicio

##### a) Relevancia del acuerdo de mediación para su inicio

Dispone el art. 16 LM que el procedimiento de mediación podrá iniciarse de común acuerdo o por una de las partes. En el primer caso, la solicitud incluirá la designación del mediador o de la institución correspondiente, así como el acuerdo sobre el lugar en el que se desarrollarán las sesiones y la lengua o lenguas de las actuaciones. Si es por una de las partes, lo será en cumplimiento de un pacto de sometimiento a mediación existente en las partes. En ambos casos, el mismo precepto prevé que la solicitud se formulará ante la institución de mediación o directamente ante el mediador propuesto por una de las partes a las demás o ya designado. Y también que cuando de manera voluntaria se inicie la mediación pendiente un proceso judicial, las partes podrán solicitar la suspensión de conformidad con lo dispuesto en la ley procesal, que será acordada por el Secretario judicial «siempre que no perjudique al interés general o a tercero y que el plazo de la suspensión no supere los sesenta días» (art. 19.1 LEC).

La LM está reconociendo la importancia del acuerdo de mediación. No resulta irrelevante la persona que resulte ser el mediador o la institución que corresponda, como tampoco lo es el lugar en que la misma se desarrolle. Aunque puede ser habitual que las actividades de mediación se practiquen bien en el espacio destinado a ello en los locales de la institución o bien en el despacho del mediador, no se hace difícil imaginar situaciones en las que, por la distancia entre las partes, el lugar de la mediación pueda resultar un aspecto trascendental por gravoso para una o ambas partes, hasta el punto de su poner un impedimento para el fin de la mediación.

Desde luego, la importancia del acuerdo se manifiesta en la medida en que la misma LM prohíbe el ejercicio de acción judicial o extrajudicial frente a las otras partes mientras dure la mediación y en relación con su objeto. Hasta el punto es así que la LM dispone que «el compromiso de sometimiento a mediación y la iniciación de ésta impide a los tribunales conocer de las controversias sometidas a mediación durante el tiempo en que se desarrolle ésta, siempre que la parte a

quien interese lo invoque mediante declinatoria». Esto evidencia ya la importancia del acuerdo, además de contrastar en cierto modo con el régimen de libertad que pretende estar en la base del sistema, no en vano el art. 61 LM determina derechamente que «la mediación es voluntaria». Asimismo, esta voluntad deberá manifestarse expresamente y por escrito para ser realmente eficaz (art. 6.2 LM).

Sin embargo, como ocurre en supuestos como la atribución de competencia territorial, parece que esta voluntad en principio podría manifestarse tanto expresa como tácitamente. De ese modo, incluso de la propia literalidad de la LM, cuando prevé que pueda iniciarse «de común acuerdo por ambas partes», la voluntad de someterse a mediación y el eventual acuerdo que se adopte podrá ser válido si una parte decide de hecho solicitar el inicio del procedimiento de mediación para dar solución a un conflicto ya iniciado o que pueda iniciarse, y la otra parte decide personarse y seguir la mediación. Con lógica similar, a pesar de existir expresamente un compromiso previo de mediación si, una vez solicitada la mediación por una de las partes, la otra manifiesta su voluntad de no aceptar la mediación aunque sea de forma tácita no personándose ante el mediador o ante la institución correspondiente de mediación, debería entenderse que no tiene voluntad mediadora y ni siquiera procedería la apertura de la mediación. Otra cosa es que los gastos generados hasta ese momento deba asumirse solamente por quienes adoptaron el compromiso, sean ambas partes o únicamente quien ha pretendido alcanzar el compromiso mediante la solicitud de mediación. Quizá por esto la LM solamente otorga eficacia al supuesto de compromiso de mediación expreso y por escrito<sup>41</sup>. Ahora, eso sí, una vez intentado el procedimiento pactado, «nadie está obligado a mantenerse en el procedimiento de mediación ni a concluir un acuerdo» (art. 6.3 LM). De ese modo, en el supuesto de que, como parece, sea admisible el compromiso tácito de mediación, hacer caso omiso, cuando se inicie la mediación por una de las partes a la espera de que la otra se personé,

<sup>41</sup> Hasta el punto que el art. 6.2 LM dispone que «cuando existe un pacto por escrito que exprese el compromiso de someter a mediación las controversias surgidas o que puedan surgir, se deberá intentar el procedimiento pactado de buena fe, antes de acudir a la jurisdicción o a otra solución extrajudicial. Dicha cláusula surtirá estos efectos incluso cuando la controversia verse sobre la validez o existencia del contrato en el que consta».

servirá también para hacer inviable ab initio la mediación, sin que derive ningún tipo de responsabilidad ni gasto.

Sin embargo, de existir pacto expreso y por escrito, la voluntad de no aceptar, no mantenerse o concluir la mediación, solamente podrá hacerse efectiva en momentos posteriores al inicio de la mediación. Podría decirse que, una vez firmado un compromiso de mediación, el procedimiento se iniciará a pesar de que ya en ese momento una parte no tenga voluntad de mantener ni alcanzar un acuerdo, y además curiosamente con la exigencia de cierta predisposición positiva o de buena fe hacia la mediación. El pacto de mediación, por lo tanto, resulta un elemento clave y por ello debe extremarse la atención a la hora de su adopción, que debe producirse con voluntad y pleno conocimiento de los aspectos que son relevantes para el desarrollo de la mediación, pues incluso la parte que eventualmente pueda haber perldido la voluntad de mediar quedará vinculada por el acuerdo hasta el momento en que se inicie la mediación, con los gastos que inmediatamente esto implica.

#### b) Modalidades y efectos de la solicitud de mediación

Tras la afortunada exclusión del art. 7 del Proyecto de Ley de Mediación y de la frustrada introducción del apartado 4 del art. 437 LEC, que pretendía abrir las puertas a la mediación obligatoria como requisito previo a la vía judicial en determinados casos<sup>42</sup>, en derecho

<sup>42</sup> Sobre la pretendida mediación preprocesal obligatoria en el proyecto puede verse ORTIZ-PRADILLO, J. C., «Mediación y proceso civil. Luces y sombras de la proyectada reforma procesal», en *Documentos de trabajo. Seminario: Progreso de Ciencias Sociales*, UCLM, pp. 9-12. Sobre experiencias concretas de implementación de la misma puede verse ÁLVAREZ, G. S., «Hacia un cambio de paradigma cultural en resolución alternativa de disputas. El modelo de la «mediación prejudicial obligatoria, anexa o conectada con tribunales civiles o comerciales en Argentina», en *Arbitraje y mediación en las Américas* (Cuor, Vargas y Corcos), Santiago de Chile, 2006, pp. 29-50; LEE, PASCUAL, D. L., «Situación de la mediación y arbitraje en Argentina», en *Arbitraje y mediación en las Américas*, cit., pp. 57-65, caso caso al parecer con una «mediación prejudicial y obligatoria mixta». En otros ordenamientos, por ejemplo, PÉREZ SALCEDA, J. B., «La situación actual de la mediación en México», en *Arbitraje y mediación en las Américas*, cit., pp. 317-370; y ARRIAGA MORA, D. J., «Arbitraje y mediación en las Américas. Teoría y práctica. Caso Nicaragua», cit., pp. 351-74. Con todo, no es este momento adecuado para el debate sobre la posible obligatoriedad de la mediación, solamente indicaré que, en mi opinión, es un contrasentido que se comparece francamente mal con su naturaleza basarla

español vigente la mediación es opcional. Puede ser solicitada, pendiente o no un proceso judicial (art. 19.1 y 4, 414.1, 415.1 y 3, 440.1.II y 443.3.II LEC) o arbitral (dada la configuración del procedimiento fuertemente dependiente de la autonomía de la voluntad, sin perjuicio de su diseño por la institución mediadora), por ambas partes de común acuerdo o solamente por una de ellas.

Parece derivar del tenor del art. 16 LM que el acuerdo de mediación lo constituye la propia solicitud, por eso se prevé que esta solicitud incluya los datos necesarios para que la misma pueda desarrollarse: la designación del mediador o la institución de mediación en la que llevarán a cabo; el acuerdo sobre el lugar en el que se desarrollarán las sesiones, y la lengua o lenguas de las actuaciones. Sin embargo, nada impide que sea solicitada por ambas partes existiendo pacto previo, ni tampoco que pueda integrarse otras normas reguladoras de la mediación no expresamente contempladas, como puede ser la fijación de un plazo o un número de sesiones máximo. En cambio, si se solicita por una de las partes, se hará con base en un pacto de sometimiento a mediación existente entre las partes. Esto presupone que el pacto sea preexistente a la misma solicitud y, en relación con el art. 6.2 LM, que por escrito se exprese el compromiso de someter a mediación las controversias surgidas o que puedan surgir. El pacto exige que se produzca entre partes que tengan capacidad, y que el objeto sea disponible. Asimismo, tendrá naturaleza contractual, pudiendo constituir formalmente bien un contrato ad hoc o bien una cláusula más en un contrato, en cuyo caso «surtirá efectos incluso cuando la controversia verse sobre la validez o existencia del contrato en el que conste» (art. 6.2 in fine LM).

Esta segunda modalidad de solicitud de mediación puede resultar problemática pues, aunque la primera presupone la subsistencia del compromiso, en la segunda, en cuanto se refiere a un acuerdo preexistente, cabe la posibilidad de que no se mantenga la voluntad

básicamente en la libertad. Es posible que pueda ser operativa en contextos sociales en los que, sobre todo por la escasa atención del poder político, por falta de inversión y en atención a las dilaciones que sufre, la respuesta judicial sea de tan poca calidad que aconseje las vías alternativas. Sin embargo, ni siquiera así se justifica una obligatoriedad que, eventualmente, de no tener éxito la mediación, se convertirá en un obstáculo más de la jurisdicción. Y no ha de pasar por alto que se trata de un derecho fundamental.

de someter a mediación. En tal caso, a pesar de que la mediación sea voluntaria y hasta incluso de que la voluntad de no someterse podría manifestarse tácitamente no presentándose a la sesión informativa, el art. 6.2 LM exige que «se deberá intentar el procedimiento pactado de buena fe». Esto supone que no presentarse a esta sesión informativa pueda ser considerado como manifestación de la voluntad de no aceptar la mediación puesto que nadie está obligado a mantenerse en el procedimiento ni a concluir un acuerdo conforme al art. 6.3 LM. Y además, como previene el art. 17.1, «en caso de inasistencia injustificada de cualquiera de las partes a la sesión informativa se entenderá que desisten de la mediación solicitada». Sin embargo, la inasistente tendría que cargar con las costas de dicha sesión informativa y, además, podría ser considerada que actuó con mala fe a efectos de costas en el correspondiente proceso judicial a pesar de que se ailara antes de la contestación (art. 395.1.II LEC). Asimismo, en el caso de que la voluntad revocadora de la mediación se pudiera manifestar tácitamente formulando proceso judicial, conforme el art. 10.2.II y III LM, «durante el tiempo en que se desarrolle la mediación las partes no podrán ejercitar contra las otras partes ninguna acción judicial o extrajudicial en relación con su objeto... el compromiso de sometimiento a mediación y la iniciación de ésta impide a los tribunales conocer de las controversias sometidas a mediación durante el tiempo en que se desarrolle ésta, siempre que la parte a quien interese lo invoque mediante declinatoria».

Aunque la posibilidad de formular declinatoria se relaciona directamente en la LM con los principios de lealtad, buena fe y respeto mutuo (art. 10.2.I LM), más bien se trata de un efecto de la fuerza contractual del acuerdo de mediación, que impone la necesidad, subsista la voluntad o no, de someterse a la mediación, al menos hasta la sesión informativa. Se presenta coherente y lógico que al citado acuerdo se le dote de cierto valor vinculatorio que, en la práctica, se limita a que quien eventualmente no mantenga su voluntad mediadora deba soportar la carga de pago de los gastos ocasionados por la sesión informativa, pero se coherente mal con la naturaleza esencialmente voluntaria de la mediación y con el pretendido carácter principio de voluntariedad que rige según la LM. Desde luego, su art. 6.1 es elocuente en su tenor cuando derechamente afirma que «la mediación es voluntaria». Parece como si el legislador hubiera querido que la

voluntad de no aceptar la mediación solamente deba encauzarse en el propio contexto de la mediación. A tal efecto, convendría que el abogado asesor de la parte recomendara manifestar la voluntad de no mediar en el mismo procedimiento de mediación y posteriormente, si es el caso, ya se presentará la pretensión en vía judicial o extrajudicial (se supone que básicamente mediante arbitraje, en su caso).

El problema que se ha planteado al legislador aquí es, como tantas veces, de equilibrio entre dos aspectos en cierto punto contradictorios: de un lado, la voluntariedad y libre disposición esencial de la mediación; de otro, el cierto efecto vinculante que se quiere dotar al acuerdo de mediación, unido a los principios de «lealtad, buena fe y respeto mutuo». La forma que ha encontrado el legislador para equilibrar esta dicotomía no ha sido en mi opinión la más feliz porque la declinatoria constituye una defensa especial para supuestos de falta de jurisdicción y competencia que, en sus efectos, no casa bien con la voluntariedad de la mediación<sup>63</sup>. Aunque sea con intensidad variable, dependiendo de si nos encontramos ante falta de jurisdicción y competencia, la declinatoria supone no solamente la suspensión del procedimiento (art. 64.2 LEC) sino también, en caso de ser estimada, que el juez se abstenga de conocer y sobresca el procedimiento, bien directamente sin más o indicando el órgano competente, o bien remitiendo las actuaciones al competente cuando la declinatoria se haya basado en la infracción de norma de competencia territorial no imperativa (art. 66. 2, 3, 4 y 5 LEC). Además, en todos los supuestos, salvo eventualmente en el de la mediación, una vez estimada la declinatoria el asunto no volverá a ser conocido por el mismo órgano jurisdiccional que estimó la declinatoria, ni siquiera en el arbitraje para la fase declarativa<sup>64</sup>. En cambio, atendidas las características de la

<sup>63</sup> Contreras Sanz, M. R., «La cuestión declinatoria en el Real Decreto-Ley 5/2012, de 5 de marzo, de mediación en asuntos civiles y mercantiles», cit., p. 6, considera que la declinatoria se basa en una ausencia de jurisdicción temporal o la falta de jurisdicción, si junto a la demanda no se presenta un acta que refleje que se ha intentado, por tanto, no se trata de un presupuesto del proceso sino un requisito de admisibilidad de la demanda.

<sup>64</sup> Otra cosa es que el mismo órgano pudiera conocer de la ejecución del laudo, pero sería por la pura casualidad de que el laudo se dictara posteriormente en el lugar en que reside el órgano jurisdiccional que conoció (art. 545.2 LEC en relación con el art. 26 L.A.), y todavía así sin perjuicio de las normas de reparto correspondientes.

mediación, si subsiste la voluntad de revocar el acuerdo de mediación y se quiere ejercitar la autonomía de la voluntad y el derecho a no mantenerse en el procedimiento de mediación y a no concluir un acuerdo (art. 6.2 LM), al contrario del resto de supuestos de la declinatoria, será regla general que el asunto vuelva a ser conocido por el mismo órgano que estimó la declinatoria. Estos efectos de finalización, en aras de una genérica y más bien voluntarista lealtad y buena fe en las relaciones de las partes mediadores, representarán unos esfuerzos procesales reiterativos e innecesarios (como la apertura de nuevo expediente y necesidad de formular demanda) que van en contra de la lógica y economía procesales. En atención a todo esto, se ha de compartir plenamente, con ORTELLS<sup>15</sup>, que la consecuencia de abstención judicial y sobreseimiento del procedimiento «es excesiva en el supuesto de mediación, porque mantenerse en esa vía de solución del litigio es libre (art. 6 Ley 5/2012) y haber presentado demanda puede considerarse una conducta indudablemente significativa de no querer resolver el litigio por la vía de la mediación»<sup>16</sup>. Y en esta línea, se presenta más coherente, si se quiere instrumentar de eficacia al acuerdo de mediación y a los principios de lealtad, buena fe y respeto mutuo mediante la declinatoria, que el efecto estimatorio de la declinatoria con base en un acuerdo de sometimiento a mediación se limite únicamente a la suspensión del procedimiento judicial, a resultas de lo que acontezca en el procedimiento de mediación

<sup>15</sup> ORTELLS RAMOS, M., «Capítulo 9», en *Derecho Procesal Civil* (con otros), 12ª ed., Thomson-Reuters Aranzada, Cizur Menor, 2013, p. 240.

<sup>16</sup> GUTIERREZ SANZ, M. R., «La cuestión declinatoria en el Real Decreto-Ley 5/2012, de 5 de marzo, de mediación en asuntos civiles y mercantiles», cit., p. 6, en esta línea crítica señalamos en relación con el RIDL que «si el demandante ha mostrado claramente que no desea llegar a un acuerdo con la otra parte, obligarle a iniciar el procedimiento mediador no deja de ser obligar a esa parte a una especie de ficción que solo supone dilación y gastos». Por su parte, SANTOS VILANDE, J. M., «Tratamiento procesal de la mediación y eficacia ejecutiva del acuerdo de mediación en la Ley 5/2012», en *Revista Internacional de Estudios de Derecho Procesal y Arbitraje*, N.º 1, 2013, p. 10, afirma que «este tratamiento procesal es incoherente o contradictorio en términos dogmáticos, además de no favorecer la viabilidad de la mediación, por no tratar con eficacia ni realismo los comportamientos patológicos -dilatatorios o fraudulentos- que se puedan suscitar en la vida de esta institución, al tiempo que desperdicia la posibilidad de mantener la validez de lo ya actuado para finalmente -con el consiguiente ahorro de toda suerte de recursos para la Administración de Justicia-».

correspondiente. Si no es así, el difícil equilibrio entre respeto a la voluntad, esencial y básica en la mediación, con la eficacia contractual y la buena fe, se escoraría peligrosamente hacia este segundo aspecto sin ningún tipo de justificación más que la pretensión política de intentar quitar lastre a la jurisdicción.

## B) Fase preparatoria

### a) Sesión informativa

Dispone el art. 17.1 LM que, recibida la solicitud y salvo pacto en contrario de las partes, mediador o la institución de mediación citará a las partes para la celebración de la sesión informativa<sup>17</sup>. El fin de esta sesión es, una vez el mediador toma contacto con el asunto, ilustrar a las partes que han acordado someterse a mediación sobre el alcance concreto de lo que supone o puede suponer dicho acuerdo, básicamente, qué es la mediación, qué condiciones principales se darán para su desarrollo y conclusión y qué efectos tendrán los acuerdos que se adopten<sup>18</sup>. Lo relevante es que la información ha de ser concretada a las características específicas de las partes y del objeto sometido a mediación. No se trata de ofrecer información genérica pues, para ello, el punto segundo del mismo precepto ya prevé que las instituciones de mediación puedan organizar las denominadas «sesiones informativas abiertas» para el público en general que en ningún caso sustituirán a la información concreta prevista en el apartado primero del mismo precepto.

En el contexto de la necesaria flexibilidad y respeto de la autonomía de la voluntad<sup>19</sup>, como principios rectores del procedimiento de

<sup>17</sup> En opinión de MUNNE CARRERA, F. y VIDAL TERRO, A., *La mediación. Resolución pacífica de conflictos*, cit., pp. 130-1, se diferenciaría la sesión informativa de el caso de la mediación intrajudicial de la sesión inicial sin haber pasado previamente por la sesión informativa. En las mediaciones privadas, afirman, generalmente ajenas a cualquier tipo de protocolo, la sesión informativa da paso a una sesión inicial que en cierto modo es la constituyente del proceso de mediación.

<sup>18</sup> MUNNE CARRERA, F. y VIDAL TERRO, A., *La mediación*, cit., p. 133, llaman la atención a la importancia de que se invite a las partes acompañados de sus letrados, porque, en sus palabras, «el papel de los abogados es fundamental para la mediación de la mediación».

<sup>19</sup> Sin perjuicio de que, como advierte MARTÍN DÍAZ, F., *La mediación. Sistema complementario de administración de justicia*, cit., p. 115, la mediación no puede dispensarse ni emplearse como mecanismo para burlar o defraudar la ley,



mediación, ha de entenderse la salvedad al pacto en contrario por el que podría evitarse tanto la modalidad y hasta necesidad de la citación como la forma -pactándose que se realice por escrito, por ejemplo- y hasta la propia existencia de la sesión informativa<sup>71</sup>. Piénsese, entre otros, en supuestos en los que las partes ya hayan desarrollado previamente otros procedimientos de mediación sobre objetos similares que podrían hacer innecesaria por reiterativa esta sesión informativa. En general, esto se justifica en que la flexibilidad procedimental presupone que la autonomía de la voluntad, directa o derivadamente, pueda matizar las reglas de la institución, de modo que determine o matice las condiciones en las que se desarrollará y culminará la mediación. Además, en concreto, la información no es un fin en sí mismo, sino que lo es la ilustración de las partes sobre el alcance, características y posibles consecuencias concretas que derivan del acuerdo de mediación que tomaron, de modo que las partes pueden establecer perfectamente la forma y hasta la misma necesidad de esta sesión cuando ya estén ilustrados suficientemente.

Y en esta misma línea ha de entenderse el alcance y consecuencias de la inasistencia a esta sesión informativa. De entrada, el acuerdo de mediación podrá tener cierto efecto contractual entre las partes, hasta el punto que deban corresponder consecuencias al incumplimiento<sup>72</sup>,

tampoco como una opción que prive a las partes de la protección que le otorgan las normas legales de carácter imperativo. Y en sentido similar, LÓPEZ JARA, M., «Inexistencia del nuevo procedimiento de mediación en el proceso civil. A propósito del Real Decreto-Ley 5/2012, de 5 de marzo, de mediación en asuntos civiles y mercantiles», en *Diario La Ley*, Nº 7877, 14 de mayo de 2012, pág. 9 se refiere a los límites al poder de disposición del art. 191 LEC, es decir, prohibición legal así como interés general o beneficio de tercero. VALLE LUCENA, I. y COBAS COMELLA, M. E., «La responsabilidad del mediador a la luz de la Ley 5/2012, de 6 de julio, de Mediación en asuntos civiles y mercantiles. Aproximación a la cuestión», cit., p. 7, advierte que el acuerdo no ha de ser contrario a la ley ni al orden público y no ha de perjudicar a terceros. También BARONA VILAR, S., *Mediación en asuntos civiles y mercantiles en España*, cit., p. 396, recuerda que la autonomía de la voluntad tiene límites como el del principio de igualdad, lo que excluiría un sistema desequilibrado de comunicación, más flexible o seguro para una parte que para la otra.

<sup>71</sup> MUNNE CATARINA, F. y VIDAL TERROCI, A., *La mediación*, cit., p. 138.

<sup>72</sup> BARONA VILAR, S., *Mediación en asuntos civiles y mercantiles en España*, cit., p. 396, aunque sin mayores concreciones, advierte de que la inasistencia a la sesión informativa cuando afirma que «impliría una dejación de la obligación que podrá tener repercusiones jurídicas y generar responsabilidad por incumplimiento de una obligación».

Pero estas vendrán condicionadas por la propia esencia voluntaria de la mediación, por el respeto a la autonomía de la voluntad de las partes así como también por la misma determinación legal de los efectos de la inasistencia. Si la LM prevé que «la mediación es voluntaria» (art. 6.1 LM), si nadie está obligado a mantenerse en el procedimiento de mediación ni a concluir un acuerdo (art. 6.3 LM)<sup>73</sup>, si la ley prevé que en caso de inasistencia injustificada de cualquiera de las partes a la sesión informativa «se entenderá que desisten de la mediación» (art. 17.1 LM); si incluso en la sesión constitutiva se prevé que las partes declaren la aceptación voluntaria de la mediación y de que asumen las obligaciones de ella derivada (art. 19.1.f LM); y si se contempla expresamente que deba pechar con la mitad del coste de la sesión informativa (art. 15.1 LM) y no quedar cubierto por la confidencialidad (art. 17.1 in fine LM), «ubi lex voluit dixit, ubi voluit tacuit» y además «ubi lex non distinguit, nec nos distinguere debemus»<sup>74</sup>, no se alcanza a comprender qué otras consecuencias más allá de las previstas por la ley merecerá soportar quien manifieste su voluntad de no aceptar la mediación mediante su inasistencia. Quizá pueda considerarse más cortés o atento personarse para negarse a mantenerse en la mediación tras escuchar e ilustrarse de la información sobre la mediación. Pero no parece que la inasistencia a la sesión informativa deba entenderse en la órbita de la deslealtad ni la mala fe cuando, por ejemplo, la parte ya haya participado en sesiones informativas sobre objetos idénticos o similares o cuando, aunque no justifique la inasistencia, la

<sup>73</sup> GUTIÉRREZ SÁENZ, M. R., «La cuestión declinatoria en el Real Decreto-Ley 5/2012, de 5 de marzo, de mediación en asuntos civiles y mercantiles», cit., p. 4, inicialmente afirma, consecuencia de este precepto que «el legislador no puede sancionar en forma alguna el incumplimiento del acuerdo de sometimiento a la mediación con la prohibición de resolver su conflicto ante los órganos jurisdiccionales». Así, y todo, con base en la doctrina de la STS de 12 de enero de 2008, plantea la posibilidad de plantear una demanda indemnizatoria en tal caso en cuanto que se incurre una prohibición de acudir a los tribunales, y, según dicha sentencia, no cabe dejar a las partes el incumplimiento de cláusulas «adjetivas» o «preprocesales», a sabiendas de que los daños que se ocasionen al contrario no deberán ser indemnizados en ningún caso. Pero señala que sería contra productivo generalizar esta doctrina pues crearía «mayor reticencia a la hora de firmar un compromiso de sometimiento a mediación».

<sup>74</sup> En una traducción libre «Donde la ley ha querido, lo ha dicho, donde no ha querido, ha callado», y «cuando la ley no distingue, no debemos distinguir nosotros».

misma se haga más cómoda. Y del mismo modo, tampoco se explica cómo la inasistencia es apta para producir más daño a la otra parte que la comparecencia para negarse a continuar. La inasistencia injustificada sencillamente es una forma si se quiere abrupta de manifestar la voluntad contraria a la mediación. De no entenderse así, se estaría atribuyendo responsabilidad sin cobertura legal y sin constatar daños especiales por el mero hecho de la forma en que se ejercita la autonomía de la voluntad. Además, al mismo tiempo se estaría incentivando la mera formalidad de hacer constar bilateralmente en el acta la voluntad de no continuar, o la de comparecer para luego no firmar el acta constitutiva en el plazo cuyo único efecto, según el art. 19.2 LM, será la declaración de que la mediación se ha intentado sin efecto.

Y por lo que se refiere a la información que el mediador ofrecerá a las partes, el art. 17.1.II LM menciona «las posibles causas que puedan afectar a su imparcialidad, de su profesión, formación y experiencia; así como de las características de la mediación, su coste, la organización del procedimiento y las consecuencias jurídicas del acuerdo que se pudiera alcanzar, así como del plazo para firmar el acta de la sesión constitutiva». De estos aspectos cabe distinguir, de un lado, los que pueden ser en ocasiones perfectamente prescindibles, como son «las características de la mediación» y «las consecuencias jurídicas del acuerdo que se pudiera alcanzar», cuya necesaria información parte de una cierta presunción de ignorancia en las partes y, en cualquier caso, será efímera al justificarse solamente hasta que la parte adquiera conocimiento, por ejemplo, tras haber asistido previamente a una sesión informativa; de otro, puede apreciarse los efectos que pueden ser convenientes o interesantes según las circunstancias, como las posibles causas que puedan afectar a la imparcialidad del mediador, sus valores personales (profesión, formación y experiencia), o la organización del procedimiento, sobre todo en lo referente a su duración o a los posibles caracteres diferenciadores a lo que constituya un modelo tipo o habitual; y por último, observamos aquellos efectos absolutamente imprescindibles, como conocer con precisión el coste de la mediación, sobre todo los honorarios del mediador, las cantidades a satisfacer por los servicios de la institución y por otros eventuales como los derivados de la posible intervención de traductores, que pueden ser muy variables para cada

mediador, institución o profesional. Además, como ya se ha indicado, el coste de la mediación es una de las principales claves para su éxito. Junto a unas expectativas favorables al acuerdo satisfactorio, posiblemente el coste sea de los aspectos más relevantes para considerar con fundamento si se decide seguir o no con el procedimiento. Por último, se informará también del plazo para la firma del acta de la sesión constitutiva, puesto que, de no firmarse, el procedimiento de mediación *sensu stricto* no se iniciará (art. 19.1 LM).

#### b) Sesión constitutiva

El art. 19 LM se presenta rotundo al atribuir a la sesión constitutiva la virtualidad de dar comienzo al procedimiento de mediación. Esta sesión se desarrollará a continuación de la de información, incluso en unidad de acto como de otro lado recomienda el art. 20.1 LM<sup>24</sup>. Y en la misma, se entiende que en el acta correspondiente según deriva del punto segundo del mismo precepto, las partes expresarán su deseo de desarrollar la mediación y dejarán constancia de diversos aspectos como son: la identificación de las partes; la designación del mediador y, en su caso, de la institución de mediación o la aceptación del designado por una de las partes; el objeto del conflicto que se somete al procedimiento de mediación; el programa de actuaciones y duración máxima prevista para el desarrollo del procedimiento, sin perjuicio de su posible modificación; 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; la declaración de aceptación voluntaria por las partes de la mediación y de que asumen las obligaciones de ella derivadas; y el lugar de celebración y la lengua del procedimiento<sup>25</sup>.

<sup>24</sup> BARONA VILAR, S., *Mediación en asuntos civiles y mercantiles en España*, cit., p. 403, considera que «lo recomendable es levantar acta de cada una de las sesiones que se vayan desarrollando, aun cuando más de una sesión se realice en el mismo día, de forma consecutiva».

<sup>25</sup> GARCÍA ALVAREZ, R., «Guía de mediación para abogados» cit., pp. 14-5, contempla la posibilidad de incorporar al acta otros extremos como concreción de los honorarios del mediador, forma de pago, costo del proceso, y otros gastos; de la duración del proceso. Asimismo MORALES CALAZANO, F. y VILAR TEJUDO, A., *La mediación*, cit., p. 140, entiende que en este momento se debe informar también «de la conveniencia de recibir asesoramiento jurídico y de la necesidad de la intervención letrada para la redacción de los documentos jurídicos convenientes cuando sea preceptiva su intervención».



Buena parte de los anteriores aspectos vendrán predeterminados: sea por voluntad previa de las partes, directa o derivadamente, en el acuerdo de mediación o en momento posterior; sea por las reglas de la institución; o sea por el mediador en atención a las condiciones particulares subjetivas y objetivas. El respeto a la voluntad de las partes y la coherencia supondrá que en el acta queden reflejados aquellos aspectos ya determinados. En cualquiera de los casos, y sin perjuicio de las posibilidades de su modificación en atención a circunstancias sobrevinidas, el acta fijará y dará formalidad a las condiciones y reglas del juego en el concreto procedimiento de mediación que se decide seguir. Si la parte, con el consejo de su asesor jurídico, ha de ser muy cuidadosa a la hora de decidir y pactar aquellos extremos que condicionarán el desarrollo y conclusión de la mediación, igualmente lo ha de ser en el momento de comprobar que dichos aspectos se trasladan correctamente al acta constitutiva que representa, podría decirse, la culminación de la fase preparatoria de la mediación.

Por su parte, la firma del acta que se confeccionará en la sesión constitutiva tendrá la virtualidad de poner fin a la fase preparatoria y al mismo tiempo dar inicio al procedimiento de mediación en sentido estricto<sup>66</sup>. Representará así el día a quo por el que se iniciará el cómputo del plazo máximo que pueda haberse establecido para la duración de la mediación, que siempre habrá de ser lo más breve posible (art. 20 LM)<sup>67</sup>. En caso de que no se firme, se declarará en la misma que la mediación ha sido intentada sin efecto tal y como establece el art. 19.2 LM, por tanto, reconociendo a la actitud pasiva el valor de manifestación tácita de voluntad.

<sup>66</sup> Según VALERO LLOCA, J. y CONAS CUMPLIA, M. E., «La responsabilidad del mediador a la luz de la Ley 5/2012, de 6 de julio, de Mediación en asuntos civiles y mercantiles. Aproximación a la cuestión», cit., p. 3, el acta constitutiva constituye el contrato de servicios profesionales que vincula al mediador con las partes del que derivarán jurídicamente las responsabilidades que, en su caso, puedan exigirsele.

<sup>67</sup> Asimismo, en opinión de SANTOS VILLAS, J. M., «Tratamiento procesal de la mediación y eficacia ejecutiva del acuerdo de mediación en la Ley 5/2012», cit., p. 8, solamente tras la firma del acta constitutiva será operativa la declaración a que se refiere el art. 10.2 LM, pues según entiende este precepto no se aplicará por el hecho de no observar el deber de intentar el procedimiento de mediación o el desistimiento unilatera, aun unilateral, tras la solicitud de mediación pactada.

### C) Sesiones de desarrollo de la mediación

A partir de este momento es cuando se manifiestan con mayor rotundidad los principios de flexibilidad, «deslegalización» y «desjuridificación». Los arts. 20 y 21 LM básicamente se limitan: a determinar unas pautas genéricas sobre la duración del procedimiento: «será lo más breve posible y sus actuaciones se concentrarán en el mínimo número de sesiones»; a establecer unas pautas generales de actuación para el mediador: «dirigirá las sesiones y facilitará la exposición de sus posiciones y su comunicación de modo igual y equilibrado»; a fijar unas garantías básicas de comunicación: «convocará a las partes para cada sesión con la antelación necesaria»; y a prever la posibilidad de comunicación entre mediador y partes simultánea o no, estableciendo la comunicación de la celebración de las reuniones que tengan lugar por separado, sin perjuicio de la confidencialidad de lo tratado, y sin que se le permita comunicar ni distribuir la información o documentación que la parte le hubiera aportado, salvo autorización expresa de esta.

Las pautas mínimas son tan amplias que las posibilidades de configuración prácticamente resultan ilimitadas<sup>68</sup>. Solamente será necesario que, en la medida de lo posible, resulten adecuadas a las partes, al conflicto, a las circunstancias concurrentes y, en definitiva, al objetivo de lograr la solución del conflicto con la mayor simplicidad, brevedad y menor costo posible<sup>69</sup>. Así, podrán realizarse entrevistas preferentemente conjuntas pero también por separado cuando lo

<sup>68</sup> MARTÍN DEZ, F., *La mediación: sistema complementario de administración de justicia*, cit., pp. 119-20, en la que denomina «fase de debate» integra un encuentro inicial, relato de las partes, configuración de una agenda, y etapa de creación de opciones posibles. GARCÍA ÁLVAREZ, R., «Guía de mediación para abogados», cit., p. 3, subdivide esta gran fase en otras: apertura; comunicación; negociación y cierre. Asimismo, véanse algunas pautas prácticas de actuación en MUÑOZ CATARINA, F. y VIDAL TORRES, A., *La mediación*, cit., pp. 141-7. Y algunas técnicas en DE AROCAS HERNÁNDEZ, M., «La mediación en la resolución de conflictos», en *Édica*, N.º 3, 2003, pp. 125-36.

<sup>69</sup> GARCÍA ÁLVAREZ, R., «Guía de mediación para abogados», cit., p. 3, resume las actuaciones básicas del mediador como «traslada ofertas a partes; protege a las partes de tácticas agresivas en la negociación; gestiona la dinámica en la negociación basada en el reparto o distribución de valor; rompe los bloques; testa y proporciona dosis de realidad en relación con las ofertas recíprocas; ayuda en la generación de ideas, opciones y soluciones; controla el proceso de mediación; crea el entorno físico y emocional del proceso».

precisen las circunstancias, procurando que sean las estrictamente necesarias y los más cercanas en el tiempo posible. Igualmente, se procurará facilitar al máximo la presencia de las partes advirtiéndoles de las fechas de las sesiones con la antelación suficiente para que puedan organizarse la agenda.

En este punto es quizá donde menos necesario resulte contar con unos conocimientos jurídicos más allá de la experiencia negociadora que pueda ofrecer la actividad de abogado litigante, precisamente por la flexibilidad y por ende amplitud de posibilidades, tan variadas como los prácticamente ilimitados supuestos que ofrece la realidad, junto a la «deslegalización» y «desjuridificación» particularmente acusada en este estadio y, por tanto, con las escasas y de otro lado mínimas exigencias legales. Por esto que posiblemente jueguen ahora un papel más preponderante otras competencias, habilidades, disciplinas y conocimientos más propios de la órbita de la psicología y hasta el marketing<sup>60</sup>. Se trata, en definitiva, de establecer un clima de confianza y comunicación entre las partes y el mediador para que, impregnando la relación con buenas dosis de asertividad y empatía<sup>61</sup>, se facilite el objetivo de alcanzar un acuerdo que solucione el conflicto.

#### D) Terminación del procedimiento

Las actividades mediadoras pueden finalizar exitosamente con acuerdo o sin que llegue a alcanzarse el mismo (art. 22.1 LM). En cualquiera de los casos, se confeccionará un acta final que determinará su conclusión y, en su caso, reflejará bien los acuerdos alcanzados de forma clara y comprensible, o bien la finalización sin acuerdo. Como es regla general, deberá firmarse por todas las partes y por el mediador o mediadores y se entregará un ejemplar original a cada una de ellas.

<sup>60</sup> Según YARRI: LLOREN, J. y COBAS CORREIA, M. P., «La responsabilidad del mediador a la luz de la Ley 5/2012, de 6 de julio, de Mediación en asuntos civiles y mercantiles. Aproximación a la cuestión», cit., p. 6: «La finalidad del mediador es «facilitar la comunicación de las partes, velando por el equilibrio en las intervenciones, velando por que la buena fe presida el proceso y aplicando conocimientos en técnicas de mediación, en negociación, en psicología, en derecho, en el ejercicio del poder de las partes, con el objetivo de que alcancen por sí mismo el mejor acuerdo posible».

<sup>61</sup> Asimismo, MURRIÉ CALZARSA, F. y VILA JERÓNIMO, A., *La mediación*, cit., p. 140, afirma que «es preciso un lenguaje claro y llano por parte del mediador y ser lo más receptivo y empático posible».

Sin embargo, en caso de que alguna de las partes no quisiera firmar el acta, el mediador hará constar en la misma esta circunstancia, entregando un ejemplar a las partes que lo deseen (art. 22.3 LM). A pesar del tenor del art. 25.1 LM, referido a que al acuerdo se acompañarán las actas de la sesión constitutiva y final, en mi opinión, acuerdo y acta no son elementos a efectos prácticos diferenciables<sup>62</sup>, la negativa a firmar el acta equivaldrá a la terminación de la mediación sin acuerdo, incluso a pesar de que hubiera manifestado previamente su voluntad de alcanzarlo, lo que permitirá la apertura de la vía heterocompositiva, judicial o arbitral, correspondiente.

La terminación tendrá como efecto, según el art. 4.111 LM, el final de la suspensión del plazo de prescripción o de la caducidad de acciones que se hubiere producido. Y también, según el art. 22.1.11 LM, impondrá que se devuelva a cada parte los documentos que hubiere aportado, si bien, en el caso de que consten documentos que no hubieren de devolverse (por ejemplo, cuando se trate de meras copias o documentos realizados ad hoc para el procedimiento de mediación y solo útiles en el mismo), se formará un expediente que conservará y custodiará el mediador o, en su caso, la institución de mediación, una vez terminado el procedimiento y durante el plazo de cuatro meses.

Este plazo, por muy poco o nada justificado que se encuentre en cuanto a su determinación concreta<sup>63</sup>, debe ser mínimo y, en mi opinión, también podrá serlo máximo. Transcurrido el mismo, aunque no necesariamente, los documentos podrán ser destruidos si bien parece conveniente en tal caso la previa advertencia a la parte que corresponda a los efectos de que pueda recuperarlos si lo estima oportuno.

Con todo, la consecuencia más relevante de la terminación del procedimiento, con independencia de su resultado, es el deber de pagar los gastos que se hubieran generado, como, entre otros, honorarios del mediador o uso de espacios o servicios en la institución de mediación. El art. 15 LM dispone que, haya concluido o no con acuerdo, el coste de la mediación se dividirá por igual entre las partes, salvo pacto en contrario.

<sup>62</sup> Opinión en contra, ARVABIZ SACRISTAN, I., *La mediación Civil y Mercantil*, Gurmilux, Bilbao, 2012, p. 97.

<sup>63</sup> BAZONA VILAR, S., *Mediación en asuntos civiles y mercantiles en España*, cit., p. 131, manifiesta rotundamente que «no existe una justificación al respecto».

sea expreso, estableciendo un régimen particular o adaptación que estimen oportuno, o tácito por remisión a las posibles normas de la institución que ponderen la distribución de las costas de modo diverso.

Para el pago de estos costes se supone que podrá liquidarse la provisión de fondos que haya podido exigirse a las partes<sup>64</sup>. Dada la trascendencia del aspecto económico, de nuevo vuelven a ser las amplias posibilidades ofrecidas a las partes para modificar el régimen general de pago por partes iguales. Circunstancia que exigirá una muy especial atención a los pactos realizados en este sentido, así como un esfuerzo para conocer exactamente el régimen particular que puede establecer la institución, a los efectos de no sufrir sorpresas desagradables en esta trascendental cuestión.

#### a) Terminación sin acuerdo

El art. 22.1 LM enumera una serie de circunstancias que motivarán que la mediación termine sin acuerdo durante o al finalizar sus sesiones: «porque todas o alguna de las partes ejerzan su derecho a dar por terminadas las actuaciones, comunicándoselo al mediador, bien porque haya transcurrido el plazo máximo acordado por las partes para la duración del procedimiento, así como cuando el mediador aprecie de manera justificada que las posiciones de las partes son irreconciliables o concorra otra causa que determine su conclusión». A estas causas ha de añadirse también la renuncia del mediador a continuar el procedimiento o el rechazo de las partes a su mediador, siempre que no se llegue a nombrar uno nuevo (art. 22.2 LM).

#### b) Terminación con acuerdo

Sea total o parcial, el acuerdo se documentará por escrito, firmado por las partes por sí o mediante sus representantes. Se hará constar la identidad y el domicilio de las partes; el lugar y fecha en que se suscribe, las obligaciones que cada parte asume; y que se ha seguido un procedimiento de mediación ajustado a las previsiones de esta Ley, con indicación del mediador o mediadores que han intervenido y, en su caso, de la institución de mediación en la cual se ha desarrollado el procedimiento. Se harán tantas copias como partes más un ejemplar para el mediador para su conservación.

<sup>64</sup> Provisión que podía determinar la conclusión de la mediación si las partes o alguna de ellas no la hacía efectiva, sin perjuicio de que las otras partes pudieran cumplir dicho pago conforme al art. 15.2.11 in fine LM.

El mediador en ese momento informará a las partes de las consecuencias que derivan del acuerdo alcanzado: su carácter vinculante<sup>65</sup>, y la posibilidad de instar su elevación a escritura pública para que adquiera el carácter de título ejecutivo. Ante ello, y en atención al carácter contractual del acuerdo, contra lo convenido solamente podrá ejercitarse la acción de nulidad por las causas que invalidan los contratos (art. 23 LM).

Junto a los condicionamientos formales, especialmente aquellos necesarios para evitar posibles controversias en el entendimiento de los términos del acuerdo, lo más relevante son las, al menos en apariencia, expeditivas consecuencias que se atribuyen al acuerdo: de un lado y con carácter general, siempre que se cumplan las exigencias generales<sup>66</sup>, lo acordado vinculará a las partes, siendo impugnabile únicamente mediante la llamada «acción de nulidad» por las causas que invalidan los contratos; de otro, la «posibilidad» de que alcance la categoría de título ejecutivo. El primer aspecto, el civil, no ofrece mayores explicaciones habida cuenta del carácter contractual que se atribuye a lo acordado y del que derivarán los correspondientes derechos y obligaciones entre las partes, por supuesto siempre que aquello acordado conste inteligiblemente. En cambio, la eficacia ejecutiva de lo acordado en mediación puede generar alguna dificultad puntual a la hora de trasladar lo acordado a la protocolización notarial, y, sobre todo, alguna duda.

Veamos una de las principales<sup>67</sup>. El art. 23.3.11 LM se refiere a que «el mediador informará a las partes... de que pueden instar su elevación a escritura pública al objeto de configurar su acuerdo como un título ejecutivo»; y el art. 25.1 LM, a que «las partes podrán elevar a escritura

<sup>65</sup> Esta vinculación serán la propias de los contratos, esto es, conforme se previene en los arts. 1091, 1256, y 1258, y además, será similar a la produce la transacción, en los términos del art. 1816 CC.

<sup>66</sup> Incluso, como afirman MUNKÉ CALSOMBA, F. y VIDAL TURVÍS, A., *La mediación*, cit., p. 149, en los supuestos en que las partes merezcan protección especial, como menores e incapaces, o se trate de materias sujetas a orden público, los acuerdos requieren la aprobación judicial para ser eficaces.

<sup>67</sup> El tema de la adquisición de eficacia ejecutiva de la mediación sea uno de los más deficientemente regulados y, por tanto, con mayores problemas interpretativos. Su ánimo de exhaustividad, entre otros temas dudosos o debatidos, no acaba de aclararse la eficacia en juicio de la mediación como excepción ante futuros litigios entre las mismas partes y mismo objeto, operando quizá de modo similar a la transacción conforme al art. 1816 CC; no se sabe a ciencia cierta si procederá la homologación por el árbitro si la mediación se inicia pendiente el arbitraje; a efectos de ejecución, se vuelve a

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». Lo que no se termina de aclarar es si cualquiera de las partes podrá instar la elevación o si será necesario que lo hagan conjuntamente. Esta última solución se presenta más acorde con el sentido literal de los términos, con el ejercicio amplio de la autonomía de la libertad, y con la exclusión de la eficacia ejecutiva per se atribuida en el art. 26 del proyecto de mediación<sup>68</sup>. Sin embargo, en términos comparativos, no se coherencia con la tendencia en nuestro ordenamiento a otorgar esta eficacia en supuestos similares como lo acordado en conciliación (el art. 476.1 LEC 1881 en relación con el art. 517.2.3 LEC).

Pero es más, en el caso de que el acuerdo se hubiere alcanzado en una mediación desarrollada después de iniciar un proceso judicial, y quizá también arbitral<sup>69</sup>, según el art. 25.4 LM «las partes podrán

incurrir en el error que también surge el art. 545 LEC, dando a entender que podrá ejecutar una Audiencia o Tribunal, al prever el art. 26 LM que la homologación «se hará ante el juez que haya homologado el acuerdo», pues puede homologar el órgano que esté conociendo en fase de recurso, pero que no va a ejecutar el acuerdo; si es necesaria la ratificación de las partes como ratificación para homologar, tampoco queda claro si, producido pendiente un recurso, prevalece la devolución o no del depósito pues no hay pronunciamiento y no se trata propiamente de un desistimiento; tampoco se acaba de aclarar las razones de por qué el ámbito de control notarial ha de ser más amplio que el judicial a los efectos de elevar la mediación a la categoría de título ejecutivo, analizando la adecuación a derecho de lo convenido.

<sup>68</sup> La doctrina parece dividirse igualmente por esta segunda posibilidad. Así, por ejemplo, afirma rotundamente Santos Vázquez, J. M., «Tratamiento procesal de la mediación y eficacia ejecutiva del acuerdo de mediación en la Ley 5/2012», cit., p. 23, que «la negativa de una de ellas a acudir al notario frustra ab initio la descabida conversión en título ejecutivo de lo efectivamente acordado. Ante esa negativa, la efectividad de lo convenido —a falta de cumplimiento voluntario— pasará por el ejercicio de la correspondiente acción judicial solicitando el cumplimiento de lo pactado». También Muñoz Carasina, F. y Vidal Texido, A., *La mediación*, cit., p. 171, si bien matizan que «si podrá cuando en el mismo acuerdo de mediación las propias partes hayan acordado a futura tal elevación a pública (art. 1.279 CC)

<sup>69</sup> Y, en opinión de Muñoz Carasina, F. y Vidal Texido, A., *La mediación*, cit., pp. 161-2. También cabra la homologación arbitral del pacto de mediación conforme al art. 36 Ley de Arbitraje «a similitud» cuando hubiere proceso arbitral a partir de la presentación de la demanda ante el árbitro.

solicitar del tribunal su homologación de acuerdo con lo dispuesto en la Ley de Enjuiciamiento Civil». Aunque los términos son similares a los anteriores, en este caso nos encontramos inmersos en un proceso, suspendido o no conforme a los arts. 414.1.II, 415.1, 440.1.II y 443.3.II LEC, lo que justifica que, a diferencia de lo que ocurre fuera del proceso, la mediación deba tener efectos procesales sin necesidad de un nuevo acuerdo de voluntades. Por esto se concita cierto acuerdo doctrinal en un tratamiento diferenciado, al considerar que cualquiera de las partes podrá solicitar la homologación y conversión a título ejecutivo por el juzgado mediante auto, meramente previa audiencia de la otra parte<sup>70</sup>.

#### E) La mediación desarrollada por medios electrónicos o análogos

En el contexto de la libertad de las partes<sup>71</sup>, no resulta extraño que se permita que las partes puedan acordar que el procedimiento de mediación, total o parcialmente, se desarrolle por medios electrónicos, por videoconferencia o por otro medio análogo de transmisión de la voz o de la imagen, con la única condición de que quede garantizada la identidad de los intervinientes y el respeto a los principios de la mediación. Incluso se considera como «preferente» cuando la mediación «consista en una reclamación de cantidad que no excede de 600 euros», salvo que el empleo de los medios electrónicos

<sup>70</sup> Santos Vázquez, J. M., «Tratamiento procesal de la mediación y eficacia ejecutiva del acuerdo de mediación en la Ley 5/2012», cit., pp. 28-30, lo justifica, en síntesis, en que el objetivo inicial de quien acude a la mediación, estando pendiente un proceso judicial intentar ponerle fin y que rige el art. 247 LEC. Estruz que en este caso no tiene sentido que si una parte solicita la homologación del acuerdo de mediación pueda oponerse sin causa justificada, como si el acuerdo no tuviera que tener eficacia procesal, de otro modo se fomentaría la mediación con fines meramente dilatorios con infracción de la buena fe procesal y, además, de lo contrario, se vulneraría el derecho de acceso a la jurisdicción. Además, conforme a lo previsto en el art. 25.4 LM en relación con el art. 191 LEC, a diferencia de lo previsto en la actuación del notario, en este caso el juez no deberá analizar en toda su extensión la adecuación a Derecho de lo convenido, sino, únicamente, si la ley prohíbe el acuerdo o que se ha llegado o si lo causa por razones de interés general o en beneficio de tercero.

<sup>71</sup> Y en atención igualmente al contexto normativo, así por ejemplo, el considerando 9 de la Directiva 2008/52/CE de Mediación en Asuntos Civiles y Mercantiles, que pretende impedir obstáculos a la utilización de nuevas tecnologías de comunicación en los procedimientos de mediación.

no sea posible para alguna de las partes (art. 24 LM). A tal efecto, la Disposición final séptima de la misma Ley anuncia que se promoverá un procedimiento simplificado de mediación por medios electrónicos para reclamaciones de cantidad, que no durará más de un mes desde el día siguiente a la recepción de la solicitud sin perjuicio de prórrogas por las partes y que se desarrollará exclusivamente por medios electrónicos. Así, las pretensiones de las partes «quedarán reflejadas en los formularios de solicitud del procedimiento y su contestación que el mediador o la institución de mediación facilitarán a los interesados». En este caso, parece que el método sería prácticamente automatizado y basado en una fórmula matemática, de modo que la plataforma resuelve problemas financieros con un sistema en el que las partes comunican sus ofertas y se comparan las cantidades para ver si se acercan a una base de acuerdo (la media entre la diferencia)<sup>72</sup>.

La tramitación por medios electrónicos en general se supone que resulta más sencilla y sobre todo más económica o, al menos, menos molesta en la medida que pueda evitar traslados y reducir tiempos, al margen de las exigencias y condicionamientos generales. Además, implica específicamente que la solicitud de mediación se haga «preferentemente» mediante formulario electrónico remitido a través de algún mecanismo «seguro» al realizarse a través de una web debidamente protegida o por utilizar instrumentos de cifrado de las comunicaciones<sup>73</sup>. Parece bastante claro que el principio de confidencialidad que debe regir en el procedimiento de mediación puede quedar en entredicho con cierta facilidad en el procedimiento de mediación sin los instrumentos y técnicas adecuadas<sup>74</sup>. A partir de ahí, el mediador evaluará la conveniencia de la mediación, en atención a las circunstancias y de que pueda garantizarse la identidad de las partes, mediante el DNI electrónico, la autenticidad de las firmas, con

<sup>72</sup> GARCÍA FERNÁNDEZ, M. A., «Mediación on-line: pasado y presente de esta institución», en *Derecho La Ley*, N.º 8043, 21 de marzo de 2013, p. 3.

<sup>73</sup> Se trata de certificación SSL (Secure Socket Layer) o capa de conexión segura que proporciona privacidad mediante el uso de criptografía. En cambio, el correo electrónico no es medio de información seguro al menos si no se envía cifrado como afirma GARCÍA FERNÁNDEZ, M. A., «Mediación on-line: pasado y presente de esta institución», cit., p. 2, y también TALAVERA HERNÁNDEZ, J. A., *La mediación y las nuevas tecnologías*, original inédito, p. 133.

<sup>74</sup> Sobre este trascendental punto, véase TALAVERA HERNÁNDEZ, J. A., *La mediación y las nuevas tecnologías*, cit., pp. 136 y ss.

la firma electrónica (Ley 59/2003, de 19 de diciembre), así como la integridad de los documentos (Ley 11/2007, de 22 de junio). Con todo será exigible que los medios técnicos operen regularmente, ofreciendo imagen nítida que permita un contacto visual, un sistema de audio adecuado que permita una comunicación eficaz sin elementos de distorsión. En fin, no obstante las indudables ventajas, no conviene olvidar que también puede generar inconvenientes como posibles fallos del sistema, necesidad de contar con infraestructuras técnicas, o mayor frialdad en las reuniones virtuales.

### 3. El abogado en el procedimiento de mediación

Con todas las prevenciones que merece una institución cuyo futuro todavía se presenta incierto por todo apostolado jurídico que se practique y por mucha potenciación que se pretenda, llegados a este punto puede afirmarse con cierto fundamento que la mediación es un ámbito idóneo para que el abogado desarrolle y amplie sus competencias. En efecto, podrá ejercer funciones como mediador o, al menos, asesorar a sus defendidos inmersos, presentes o futuros, en un procedimiento de mediación<sup>75</sup>. Pero conviene distinguir ambos supuestos.

Aunque ninguna norma lo exige expresamente, en la medida que lo permita el volumen de trabajo, considero altamente conveniente que el abogado que realice funciones como mediador se ocupe exclusivamente de la actividad mediadora, evitando simultanear el ejercicio de la abogacía en el sentido tradicional del término, esto es, como asesor y director de la parte en los procesos judiciales. De entrada, similares razones que impusieron la exclusividad (art. 117.3 y 4 CE y 2.1 LOPJ) e incompatibilidad (art. 127.2 CE y 389 a 394 LOPJ) a los titulares de potestad jurisdiccional integrantes del poder judicial, aunque no requieren si aconsejan que el mediador, en cuanto encargado de intentar conseguir que las partes solucionen su conflicto de común acuerdo, se ocupe también con exclusividad a dicha función y además de modo incompatible a otras actividades, funciones y cargos que, como el ejercicio de la abogacía, pudieran perjudicar la imagen y la misma actividad mediadora. De su luego, dedicarse exclusivamente a la función mediadora favorecerá un clima adecuado de confianza,

<sup>75</sup> En tal caso, en opinión de GARCÍA ÁLVAREZ, R., «Guía de mediación para abogados», cit., p. 17, «el abogado debe concebir al mediador como un ayudante para lograr una negociación más efectiva».

evitando susceptibilidades y prevenciones injustificadas, y contribuirá a facilitar el objetivo último de alcanzar un acuerdo entre las partes que solucione el conflicto. Asimismo, aunque los conocimientos jurídicos y la experiencia del abogado en la gestión litigiosa de los conflictos son muy útiles en la función mediadora, todavía será necesario que el abogado que accede a esta función adquiera competencias complementarias al menos en aspectos no jurídicos. Esto supondrá tener que dedicar cierto tiempo realizando actividades de formación continuada<sup>76</sup>, cuya compatibilidad física con la exigente actividad profesional propia del abogado no parece que se presente cuanto menos sencilla. En fin, aunque no sea absolutamente necesario jurídica ni físicamente, será altamente conveniente para la eficacia y calidad de la actividad mediadora que el mediador se dedique única y exclusivamente a esta última función, ya de por sí compleja.

Con todo, que la actividad mediadora represente un ámbito competencial apto para que un número representativo de abogados puedan desarrollar su actividad con la suficiente intensidad dependerá, de un lado, de que la llamada «cultura» mediadora logre penetrar en la conciencia y en la voluntad de quienes se ven involucradas en un conflicto, cosa sobre la que hemos de tener alguna prevención; de otro, de la concurrencia con profesionales provenientes de otros ámbitos profesionales como la psicología, sociología, antropología, economía y hasta incluso la arquitectura o las diversas ingenierías especialmente para determinados objetos en conflicto.

<sup>76</sup> En el art. 1.1 del Código de conducta europeo para mediadores se prevé que ya que «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». Asimismo, en el punto segundo del mismo precepto, se impone que «el mediador se asegurará de que posee la formación y la competencia necesaria para mediar en el caso concreto antes de aceptar su designación. A petición de las partes, el mediador proporcionará a las mismas la información relativa a su formación y experiencia». En fin, como afirman MURRI CACABINA, E. y VIAL TIZADO, A., *La mediación*, cit., p. 119, «una vez acreditada su competencia e inscrito como tal en los distintos centros habilitados para ello, deberá actualizar su formación específica mediante una formación continuada... a través de cursos especiales, charlas, conferencias y demás elementos que permitan una mejora del conocimiento de las técnicas y habilidades que irá perfeccionando con el trabajo constante de los casos...».

Como asesor jurídico de quienes puedan verse involucrados, en el presente o en el futuro, en un procedimiento de mediación, también en dependencia del nivel de penetración de la mediación como medio realmente escogido para la resolución de conflictos, parece que se presenta como terteno abonado para que tenga un papel importante. De entrada, la regulación de la mediación, a pesar de la pretendida «deslegalización» o «pérdida del papel central de la ley en beneficio de un principio dispositivo» y de la «desjuridificación» por no determinar de forma necesaria el contenido del acuerdo restaurativo o reparatorio, la regulación de la LM actualmente vigente todavía presenta patologías jurídicas de suficiente calado, particularmente graves en lo referente al posible alcance de eficacia ejecutiva que precariamente se atribuye al acuerdo de mediación, para que sea necesaria la actuación de quien posea conocimientos jurídicos y experiencia en litigación, esto es, el abogado<sup>77</sup>. Pero todavía más, su participación se hace precisa en atención al amplísimo margen que ofrece la ley, precisamente por las citadas deslegalización y desjuridificación, y por las posibilidades de conformar el haz de relaciones partiendo de la autonomía de la voluntad que, como hemos visto, requiere prestar una atención muy cuidadosa tanto en el momento de acordar el sometimiento a mediación como, una vez inmerso en el mismo, conformar un procedimiento con unas condiciones y características idóneas y adecuadas a las condiciones objetivas y subjetivas en juego. Asimismo, no obstante los muy amplios márgenes que ofrece la LM, todavía será necesario respetar y no sobrepasar los límites generales que tanto la misma LM como el resto del ordenamiento jurídico impone, además de las pautas legalmente previstas, entre otras, las grandes fases del procedimiento, la elaboración y firma de actas o las notificaciones... Y también habrán de atenderse aquellos aspectos derivados de los principios y derechos constitucionales, sobre todo en lo concerniente al respeto a la necesaria contradicción e igualdad de las partes. Nadie mejor que el abogado, por su formación y experiencia, para afrontar con éxito las necesidades

<sup>77</sup> Sobre otros problemas de aplicación práctica, véase las referencias a diversas resoluciones judiciales en LARA PASTAS, E. R., «Aplicación práctica de la Ley 5/2012, de Mediación», en *Diario La Ley*, núm. 8067, 22 de abril de 2013, págs. L-4. Asimismo, en relación con las medidas cautelares, véase PÉREZ DAVAL, V., «La mediación y las medidas cautelares», en *JedNot*, 3, 2012, pp. 1-16.



que surgen para las partes del procedimiento de mediación en todas y cada una de sus fases. Más en concreto y a modo de ejemplo, corresponde al abogado planificar la estrategia, y preparar y orientar al cliente<sup>25</sup>, tanto en la sesión inicial o de apertura, privada, conjunta y de cierre<sup>26</sup>.

Sin embargo, una vez más se han de poner prevenciones y cautelas a las expectativas que puede generar este ámbito de actuación. Además de lo incierto del mismo recurso a la mediación, se presenta igualmente dudoso y hasta poco probable que quienes se sometan a un procedimiento de mediación, al margen claro está de la derivada de un proceso judicial, opten por los servicios y asesoramiento de un abogado. Podremos valorar esta renuente actitud como errónea, inadecuada y hasta contraproducente pero, dado que el acuerdo lo han de alcanzar ellas mismas y el mediador legalmente ha de ofrecer pautas informativas, cabe esperar que al menos en algunas ocasiones las partes se consideren aptas para transitar por el procedimiento de mediación sin el asesoramiento jurídico ni, sobre todo, el coste de un abogado.

### III. La mediación informal: el abogado litigante y negociador

Las prevenciones y cautelas puestas de manifiesto en las páginas anteriores sirven para transitar del espejismo ilusionante a la expectativa ponderada. Así y todo, como dijo Humphrey, «We'll always have Paris», porque nadie podrá quitarle al abogado las posibilidades de negociación que puede y debe desarrollar para dar una solución eficaz a los asuntos que les encomiendan sus clientes.

No resulta una novedad para cualquier abogado medianamente experto, porque es práctica habitual, la posibilidad de alcanzar una solución al conflicto mediante el pacto o, en términos del art. 9.1 del

<sup>25</sup> Justifica GARCÍA ÁLVAREZ, R., «Guía de mediación para abogados», cit., p. 18, entre otras cosas, en que la mediación es más intensa puede que tenga que negociar con el abogado contrario; tendrá que asistir, apoyar, asesorar y aconsejar a su cliente, orientarle sobre como comportarse con la otra parte y el mediador; decidir la distribución de papeles con la otra parte y el mediador, y advertir al cliente de la posibilidad de adoptar conducta conciliadora para la mejor defensa de sus intereses.

<sup>26</sup> Véanse otros aspectos concretos en GARCÍA ÁLVAREZ, R., «Guía de mediación para abogados», cit., pp. 18-20.

Estatuto General de la Abogacía Española, la «concordia»<sup>27</sup>. Sin embargo, en términos generales puede comprobarse que suele imperar la rutina, como la de remitir, antes de iniciar «acciones legales», una comunicación de cortesía o advertencia significando que, de no ofrecer una satisfacción a la pretensión, se verán obligados al inicio de dichas acciones... El intento de negociación, en general y salvo puntuales excepciones, se ha convertido en mero formalismo con escasa utilidad. Suele presentarse escritos reiterativos, meramente copiados de formularios en los que se solamente se incorpora el sujeto y el objeto del requerimiento, o simples afirmaciones de predisposición a llegar pactos pero sin una verdadera conciencia de su conveniencia ni voluntad real de alcanzarlos. Todo ello sin perjuicio de que, en el mejor de los casos, puedan lograrse pactos más o menos apresurados casi siempre a la puerta de las salas de vistas o audiencias en los que, a cambio de ciertas concesiones respecto de las iniciales pretensiones, obtener una satisfacción inmediata de la pretensión.

De otro lado, también podemos encontrar con el abogado que ha sobrevalorado las habilidades sociales y ha derivado su actuación en lo absolutamente negociado. Abogados que, a base de obtención acuerdos, ha relegado su pretensión a un segundo plano en aras del pacto o, lo que viene a identificar, a su propia comodidad.

Esta dicotomía: ánimo negociador y espíritu litigante, debe acompañar irresolublemente al abogado. Tan contraproducente o más como tirarse al río del litigio sin intentar cruzar el puente del acuerdo lo es rendirse al intento de acuerdo a cualquier precio. La efectividad inmediata, y la comodidad de no tener que preparar excesivamente el litigio, suele conducir a potenciar el brazo negociador a costa del

<sup>27</sup> Asimismo, según el art. 15.9 e) del Código deontológico de la abogacía española, el abogado tiene la obligación de poner en conocimiento de su cliente, las «posibilidades de transacción, conveniencia de acuerdos extrajudiciales o soluciones alternativas al litigio». Y según el art. 3.7.1 del Código Deontológico del Consejo de los Colegios de Abogados de la Comunidad Europea, «el Abogado tratará, en todo momento, de encontrar una solución al litigio de su cliente, apropiada a la cuantía del asunto, asesorándole en el momento oportuno sobre la conveniencia de llegar a una acuerdo o recurrir a soluciones alternativas para poner fin a litigio». Por ello afirma GARCÍA ÁLVAREZ, R., «Guía de mediación para abogados», cit., p. 1, que «desarrollar una función de concordia es un deber moral y promover el acuerdo entre las partes, una obligación».

litigante. A base de abandonar paulatinamente la preparación técnica de los juicios al resultar aparentemente innecesario dada la previsible solución amistosa fruto de la negociación, al final se llega a tener que aceptar cualquier acuerdo de solución, en perjuicio de unas expectativas que de otro modo serían más favorables. El futuro pacto no es ni debe ser excusa ni justificación para no prepararse. Y es que, a medio y largo plazo al menos, el brazo negociador y el litigante del abogado se complementan y son contrapeso inseparable uno del otro.

Toda previsión resulta difícilmente exacta al depender de factores muchas veces difícilmente evaluables o imprevisibles, como son, entre otros, el juzgado que corresponda conocer al resultar competente y al que se reparta el asunto; la personalidad o estado anímico del juzgador a la hora de valorar el material probatorio; ciertos criterios interpretativos que pueden ser más o menos variables o desconocidos; o incluso la actitud que, a la hora de la verdad, puedan adoptar los testigos en un interrogatorio... Así y todo, ante un conflicto determinado, el abogado ha de intentar vislumbrar de un modo lo más riguroso y completo posible las expectativas reales de éxito, tanto en su aspecto fáctico como jurídico. De un lado, atenderá a las posibilidades reales de fijación de los hechos constitutivos de su pretensión, tanto porque puedan ser reconocidos por la contraparte como, sobre todo, en atención al material probatorio que pueda adquirirse en el supuesto concreto; también todavía en cuanto al aspecto fáctico y aunque pueda ser con menor grado de certeza, a las posibilidades de que la contraparte cuente y pueda probar hechos defensivos: impositivos, extintivos y excluyentes; así mismo, de otro, se centrará en las normas aplicables, su interpretación correcta o, mejor todavía, el criterio del juzgador a la hora de interpretar y aplicar dicha norma siempre que sea posible, tanto las que puedan favorecer o perjudicar a su cliente como a la contraparte. Partiendo de todo ello, y aunque sea siempre aproximativamente, podrá tener una idea cabal de las posibilidades de éxito de la pretensión en el caso de que deba acudir a la vía judicial. Y en atención a las mismas, podrá fijar el margen negociador o el ámbito de posible «sacrificio» o «concesión» con que cuenta. De ese modo, ante una pretensión cuyos hechos constitutivos estén o puedan estar acreditados, sin que concurren hechos defensivos -o, lo que viene a ser prácticamente lo mismo, no sea previsible su acreditación-, y contando con normas aplicables

favorables para el éxito de la pretensión, las concesiones o sacrificios para alcanzar un acuerdo serán mínimas, únicamente las que compensen la obtención de la prestación, el reconocimiento del derecho o la creación, extinción o modificación de la relación jurídica en litigio de forma inmediata y sin esperar a la resolución del litigio. Y lo mismo, por el contrario, cuando las posibilidades de fijación de los hechos que favorecen a la parte sean menores, y el sustento normativo dudoso, los sacrificios sobre la pretensión habrán de ser mayores, tanto cuanto más endeble sea la pretensión. Así y todo, el espíritu negociador siempre quedará subsistente puesto que la concesión total, mediante la renuncia o al menos el desistimiento o el allanamiento quedarán excluidos mientras la pretensión mantenga, aunque pueda ser mínimo, el sustento que ofrece la incertidumbre de todo proceso judicial.

Si los abogados de ambas partes toman en consideración lo señalado y proceden de este modo, no como una rutina sin mayor interés sino como una práctica sistemática con el convencimiento de que un buen pacto, adecuado al sustento de la pretensión, es el servicio de calidad y más conveniente para los intereses de su cliente, podrán todavía sobrepasarse los objetivos de la mediación. De este modo, además de ser más rápida y económica la respuesta, no solamente se dará solución autocompositiva como ocurre con la mediación en sentido estricto, sino que además el acuerdo alcanzado objetivamente estará más cercano genéricamente a la justicia que deriva particularmente del derecho material y formal que correspondía a las partes en el caso concreto. No solo se trata, así, de alcanzar cualquier acuerdo que dé solución al conflicto sino que la debida preparación de la negociación haga que los intereses contrapuestos se tensen en función a las expectativas fácticas y jurídicas para que, al final, el acuerdo sea más justo por cercano a los derechos y a los hechos concurrentes en el caso concreto en litigio. De ese modo todo serán ventajas: cultura de paz, efectos beneficiosos para la administración de justicia, incluso el ahorro para el abogado de tener que transitar por engorrosas vistas y audiencias así como de redactar innumerables escritos en ocasiones para cuestiones de mero trámite o insustanciales, serán elementos que se cohesionarán debidamente con una solución autocompositiva que logre reunir la aceptación voluntaria y amistosa con lo que es de su conveniencia y, aunque de modo aproximativo, con lo que le correspondería en derecho. El resultado será una decisión



autocompositiva que, además, se acerque a una idea de justicia.

Puede que, a la larga, la mediación tenga una aceptación relativa en la práctica, o quizá llegue a ser un recurso aprovechado intensamente solo por unos pocos especialistas o por algunos abogados más. No hace falta ser muy agorero para preverlo, aunque como todo futurible siempre es algo incierto. Pero si la Ley de Mediación sirve para valorar la importancia del esfuerzo negociador y del litigante como dos caras de la misma moneda, y es útil para que la actitud del abogado se caracterice por presentarse siempre con una mano abierta pero también con la otra empuñando la espada de la justicia, sin duda será posible encontrar el camino del equilibrio que permita ofrecer un servicio mejor, más conveniente y profesional<sup>71</sup>.

El respeto y, sobre todo, la confianza, que debe caracterizar la relación entre abogado y cliente, así como el cordial y profesional trato entre los abogados de las partes, son un caldo de cultivo inmejorable para que los abogados, en atención al sustento realista de sus respectivas pretensiones, puedan alcanzar razonables acuerdos transaccionales con efectos similares a los que derivan de la propia mediación en sentido estricto. Desde luego, sin objeciones ni exigencias más que su propia voluntad, aquí tiene el abogado un campo idóneo para desarrollar competencias, crecer profesionalmente y ofrecer un servicio más eficaz y conveniente.

<sup>71</sup> Al menos, como afirma MARTÍ MASCARÓ, L., «La mediación civil y mercantil en la nueva Ley 5/2012, de 6 de julio», cit., p. 12: «la Ley de Mediación brinda a todos, tanto a los ciudadanos, cuyos derechos estén en cuestión como a los abogados encargados de su defensa, la oportunidad de ensanchar el campo de la concordia posible, reduciendo así el ámbito extremadamente dilatado de la litigiosidad».

### ¿QUÉ ES LA TUTELA INHIBITORIA? ENTENDIENDO EL PROCESO CIVIL A PARTIR DE LA TUTELA DE LOS DERECHOS<sup>72</sup> \*\*

RENZO CAVANI

Magíster en Derecho con énfasis en proceso civil por la  
Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UERGS)  
Profesor de la Especialización en proceso civil de la UFRGS  
en el semestre 2013-2. Abogado por la Universidad de Lima

<sup>72</sup> A Daniel Muñozero, con la admiración de un discípulo, con el cariño de un pariente.  
<sup>\*\*</sup> El presente artículo constituye una actualización de parte de mi trabajo titulado «A tutela inibitória e a multa para elevação de tutela específica: um diálogo de coerência entre os arts. 461 do CPC e 84 do CDC», publicado en la *Revista de direito do consumidor*, n. 89, *Revista das Tribunas*, São Paulo, mayo-junio 2013, pp. 153-175.