



universidad
de león

Facultad de Derecho

Grado en derecho

curso 2015/2016

**LOS MEDIOS ALTERNATIVOS DE SOLUCIÓN DE
CONTROVERSIAS. ESPECIAL REFERENCIA A LA
MEDIACIÓN SEGÚN LA LEY 5/2012, DE 6 DE JULIO**

**(ALTERNATIVE MEANS OF DISPUTE. SPECIAL REFERENCE
TO MEDIATION IN LAW 5/2012, OF JULY 6)**

Realizado por la alumna Dña. Beatriz Brianda Miguélez Rodríguez.

Tutorizado por la profesora Dra. Eva Isabel Sanjurjo Ríos.

Grado en Derecho
Facultad de Derecho
Universidad de León
Curso 2015/2016

**LOS MEDIOS ALTERNATIVOS DE SOLUCIÓN DE
CONTROVERSIAS. ESPECIAL REFERENCIA A LA
MEDIACIÓN SEGÚN LA LEY 5/2012, DE 6 DE
JULIO**

**(ALTERNATIVE MEANS OF DISPUTE. SPECIAL REFERENCE
TO MEDIATION IN LAW 5/2012, OF JULY 6)**

Realizado por la alumna Dña. Beatriz Brianda Miguélez Rodríguez.

Tutorizado por la profesora Dra. Eva Isabel Sanjurjo Ríos.

ÍNDICE

ABREVIATURAS.....	5
RESUMEN.....	6
ABSTRACT.....	6
OBJETO.....	8
METODOLOGÍA.....	10
CAPÍTULO 1: EL CONFLICTO JURÍDICO Y LAS FORMAS DE SOLUCIÓN	11
1.1 EL LITIGIO JUDICIAL Y SU COMPOSICIÓN: CONCEPTO Y ELEMENTOS	11
1.2 EVOLUCIÓN DE LAS FORMAS DE SOLUCIÓN DE CONFLICTOS	12
1.2.1 Autotutela y sus formas.....	12
1.2.2 Autocomposición.....	14
1.2.3 Heterocomposición	14
1.2.3.1 Arbitraje.....	15
1.2.3.2 Proceso jurisdiccional.....	16
CAPÍTULO 2: MEDIOS ALTERNATIVOS A LA JURISDICCIÓN DE SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS.....	19
2.1 CONCEPTO Y DIFERENTES DENOMINACIONES	19
2.2 PRINCIPALES CAUSAS DEL SURGIMIENTO Y EXPANSIÓN DE LOS MASC	20
2.3 LOS DERECHOS E INTERESES DE LAS PARTES	21
2.4 VENTAJAS DE LOS MASC FRENTE AL PROCESO JURISDICCIONAL.....	22
2.5 ESTUDIO PARTICULAR DE LOS MASC.....	23
2.5.1 La mediación	23
2.5.1.1 Mediación y jurisdicción.....	24
2.5.1.2 Ventajas de la mediación con respecto a la jurisdicción ordinaria.....	25
2.5.1.3 Modelos de mediación.....	26
2.5.1.3.1 Modelo HARVARD	26
2.5.1.3.2 Modelo Lineal de FISHER y URY.....	27
2.5.1.3.3 Modelo Transformativo de BUSH y FOLGUER	28
2.5.1.3.4 Modelo Circular Narrativo de SARA COBB	29
2.1.5.4 La mediación en un contexto internacional.....	31
2.5.2 Conciliación.....	32
2.5.2.1 Concepto.....	32
2.5.2.2 El conciliador	34
2.5.2.3 Etapas de la conciliación.....	34

2.5.3 Negociación.....	35
2.5.3.1 Tipos de negociación.....	35
2.5.3.2 El negociador	36
2.5.4 Arbitraje	37
2.5.4.1 Clases de arbitraje	38
2.5.4.2 El árbitro.....	39
2.5.4.2.1 La misión del árbitro	40

CAPÍTULO 3: LA MEDIACIÓN EN ASUNTOS CIVILES Y MERCANTILES EN ESPAÑA. LEY 5/2012, DE 6 DE JULIO. 41

3.1 ASPECTOS GENERALES DE LA MEDIACIÓN CIVIL Y MERCANTIL EN LA REGULACIÓN ESTATAL. 41

3.1.1 El contexto histórico de la mediación en España	41
3.1.2 Base legal de la Ley 5/2012	42
3.1.2.1 La Directiva 2008/52/CE del Parlamento Europeo y del Consejo sobre ciertos aspectos de la mediación en aspectos civiles y mercantiles	42
3.1.2.2 El Anteproyecto de la Ley de Mediación.....	43
3.1.3 Concepto de mediación en la Ley 5/2012	44
3.1.4 Ámbito material	44
3.1.5 Finalidad de la Ley 5/2012 del 6 de julio, sobre mediación en asuntos civiles y mercantiles.....	45
3.1.6 Tipos de mediación que aborda la Ley 5/2012.....	47
3.1.7 Principios que rigen la mediación según la Ley de Mediación 5/2012	48
3.1.7.1 Principio de voluntariedad y libre disposición.....	49
3.1.7.2 Principio de confidencialidad.....	52
3.1.7.3 Principio de imparcialidad	52
3.1.7.4 Principio de neutralidad.....	52
3.1.7.5 Principio de igualdad de las partes y equidad	53
3.1.8 Sujetos esenciales de la mediación.....	54
3.1.8.1 Los mediados.....	54
3.1.8.2 La figura del mediador	54
3.1.8.2.1 Cualidades, funciones y herramientas de un buen mediador.....	55
3.1.8.2.2 La actuación del mediador	58
3.1.8.2.3 Registro de mediadores e Instituciones de mediación.....	59
3.1.8.3 Otros intervinientes (facultativos o eventuales)	60
3.1.8.3.1 Peritos o expertos	60
3.1.8.3.2 Testigos, familiares u otras personas	61
3.1.8.3.3 El papel de los abogados, defensores legales o asistentes jurídicos.....	61

3.2 PROCEDIMIENTO DE LA MEDIACIÓN. FASES DE LA MEDIACIÓN 62

3.2.1 Mediación extrajudicial	63
3.2.1.1 Inicio de la mediación	63
3.2.1.2 Información	63
3.2.1.3 Constitución	64
3.2.1.4 Desarrollo	64
3.2.2 Mediación intrajudicial y el consiguiente apoyo institucional a ésta	65
3.2.3 El acuerdo obtenido en mediación	68
3.2.4 Ejecución de los acuerdos.....	70
CONCLUSIONES.....	73
BIBLIOGRAFÍA	77

ABREVIATURAS

ADR	Alternative Dispute Resolution.
Ap.	Apartado.
Art./arts.	Artículo/artículos.
Cap.	Capítulo.
CC.	Código Civil.
CE.	Constitución Española.
CGPJ.	Consejo General del Poder Judicial.
Ed.	Editorial.
LA.	Ley de Arbitraje.
LEC.	Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil.
Ley 5/2012	Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles.
LVMA.	Código de Conducta Europeo para Mediadores.
MASC.	Medios Alternativos de Solución de Conflictos.
Nº.	Número.
Op. Cit.	Obra citada.
P./pp.	Página/páginas.
RAE.	Real Academia Española.
Ss.	Siguientes.
UE.	Unión Europea.
UNAM.	Universidad Nacional Autónoma de México.
Vol.	Volumen.

RESUMEN

En las relaciones privadas entre partes, el principio básico es el de la autonomía de la voluntad, que permite a los individuos acordar y pactar lo que tengan por conveniente. Cuando se dan diferencias y aparecen nuevos conflictos, las partes podrán intentar resolverlo de forma autónoma llegando a un acuerdo, pero si ello no fuera posible siempre podrán recurrir los tribunales para dirimir la cuestión sustituyendo la voluntad de las partes.

Pues bien, uno de los medios de solución de conflictos de los que pueden servirse las partes es la mediación, fórmula alternativa al recurso a la Administración de Justicia, y por tanto, al proceso judicial. Con ella las partes intentan lograr un acuerdo con la ayuda de un mediador.

En nuestro país, la mediación en asuntos civiles y mercantiles está regulada en la Ley 5/2012. Su entrada en vigor supuso una gran novedad, ya que se reguló por primera vez a nivel estatal este medio de resolución de conflictos y con ella se ha intentado promover el uso por los ciudadanos de formas distintas al proceso judicial para resolver las controversias que se pueden suscitar entre ellas. Por ello, según indica la propia Ley, el Ministerio de Justicia y las Administraciones públicas competentes, en colaboración con las instituciones de mediación, se encargarán de fomentar la adecuada formación inicial y continua de los mediadores, la elaboración de códigos de conducta voluntarios, así como la adhesión de aquéllos y de las instituciones de mediación a tales códigos.

PALABRAS CLAVE: Voluntad. Conflicto. Medios de solución. Mediador. Acuerdo. Extrajudicial e intrajudicial.

ABSTRACT

In private relations between parties, the basic principle is the autonomy, which allows individuals to agree and agree what they see fit. When differences occur and appear new conflicts, the parties will try to resolve autonomously reaching an agreement, but if this is not possible always may use the courts to settle the issue by replacing the will of the parties.

Well, one of the means of resolving conflicts that may serve the parties is mediation, alternative to the use of the Administration of Justice formula, and therefore

the judicial process. With it the parties attempt to reach an agreement with the help of a mediator.

In our country, mediation in civil and commercial matters is regulated in the Law 5/2012. Its entry into force was a great novelty, since it was first regulated at the state level this means of conflict resolution and she has tried to promote the use by citizens of other than the judicial process ways to resolve disputes that may arise between them. Therefore, according to the Act itself, the Ministry of Justice and the competent public authorities, in collaboration with institutions of mediation, will be responsible for promoting adequate initial and continuing training of mediators, the development of voluntary codes of conduct, so as the accession of those and mediation institutions such codes.

KEYWORDS: Will. Conflict. Media solution. Mediator. Agreement. Extrajudicial and intrajudicial.

OBJETO

La mediación, que tiene su propia regulación y, está en la Ley 5/2012, es un procedimiento en el cual dos o más personas que tienen un problema en común, solicitan el apoyo de un tercero que facilitará la comunicación entre ellos, para que de manera pacífica y equitativa, lleguen a un acuerdo satisfactorio para ambas partes. El mediador conduce a las partes a que de ellas surja la decisión.

En el primer capítulo de nuestro estudio, queremos dar al lector una visión general del conflicto jurídico y de las formas más comunes de llegar a solucionarlo, centrándonos en el litigio judicial, su composición y los elementos de éste; además nos tendremos que referir a la evolución de las formas de solución de conflictos.

En el segundo de nuestros capítulos, analizaremos de una forma más o menos profunda los medios alternativos a la jurisdicción de solución de controversias, adentrándonos en las causas de su surgimiento y expansión, las ventajas de éstos frente al proceso jurisdiccional y los derecho o intereses de las partes en conflicto, entre otras cosas, acabando el capítulo en un estudio particular de dichos medios centrándonos sobre todo en intentar que el lector, al leerlo, tenga claro cuáles son los medios de solución más utilizados hoy en día y sea capaz de diferenciar perfectamente uno de otro.

Mediante el extenso capítulo tercero, trataremos de efectuar un estudio pormenorizado del procedimiento de la mediación en España en asuntos civiles y mercantiles siguiendo la Ley de Mediación estatal, de reciente implantación, contrastándola con la Ley de Enjuiciamiento Civil, además de con otras disposiciones normativas supletorias que nos ayudarán a reforzar nuestro estudio y a entender la procedencia de dicha Ley de Mediación.

Analizaremos también los principios que rigen la mediación, los tipos y los sujetos esenciales, entre otros temas, y tendremos que hacer especial importancia a distinguir las dos vías o vertientes de llevar a cabo la mediación civil y mercantil (la vía intrajudicial y la vía extrajudicial) teniendo en cuenta, en caso de que se produzca, el acuerdo de mediación y la ejecución de éste.

Por tanto, a lo largo de nuestra investigación, intentaremos prestar especial atención a la Ley 5/2012, centrándonos en los aspectos de mayor actualidad y que

pueden suscitar controversias, además de las opiniones vertidas por procesalistas y especialistas en la materia.

Presentamos, en definitiva, una visión lo más completa posible de un aspecto procesal relevante en materia civil y mercantil como es la mediación tanto intra como extraprosesal, la cual, se encuentra actualmente en un desarrollo constante e intenta poco a poco hacerse un hueco más grande en nuestro ordenamiento jurídico.

METODOLOGÍA

La metodología de investigación utilizada para la realización de este trabajo podemos estructurarla de la siguiente manera:

En primer lugar, hemos realizado la elección del tema entre la inmensidad de posibilidades que nos otorga el ámbito del Derecho Procesal dando preferencia a los medios alternativos a la jurisdicción para resolver conflictos y en concreto, a la mediación, utilizada con frecuencia en sus dos vertientes: tanto de forma intrajudicial como extrajudicialmente.

En segundo lugar, hemos dividido nuestro trabajo en tres capítulos diferenciando claramente las diferentes cuestiones a tratar en relación con los MASC y centrándonos sobre todo, en la mediación en el ámbito civil y mercantil, haciendo especial hincapié en la Ley 5/2012.

En tercer lugar, para la elaboración de nuestro trabajo, hemos consultado diversas fuentes normativas, tanto de carácter sustantivo como procesal, todas ellas referidas a la materia en cuestión constituyendo, de esta forma, la base legal sobre la que sustentar nuestro estudio.

También hemos realizado la búsqueda y recogida de información de manuales teóricos, monografías y artículos publicados en revistas especializadas en materia procesal y en la resolución de conflictos. Todo este tipo de fuentes nos han servido para analizar, valorar y desarrollar la información obtenida en la normativa legal consultada, pudiendo así obtener una visión lo mas completa posible para la realización de nuestro trabajo.

Para apoyar nuestros análisis teóricos, nos hemos hecho valer de nuestra experiencia personal en México que nos ha dado una visión globalizada del tema, además de ayudarnos a entender la importancia de los MASC y en concreto, de la mediación en un país que, como España, posee una gran saturación en los Juzgados y Tribunales.

Finalmente, debemos mencionar, al referirnos a la metodología, que en todo momento este trabajo ha estado supervisado por una tutora especializada en Derecho Procesal.

CAPÍTULO 1: EL CONFLICTO JURÍDICO Y LAS FORMAS DE SOLUCIÓN

1.1 EL LITIGIO JUDICIAL Y SU COMPOSICIÓN: CONCEPTO Y ELEMENTOS

De acuerdo a lo que sostienen SAID RAMÍREZ Y GONZÁLEZ GUTIÉRREZ, en el primer diccionario del castellano del siglo XVII se recoge la palabra litigio en un sentido muy amplio como sinónimo de disputa. En el ámbito procesal litigar es pleitear. Estos autores sostienen que se usó el término “pleito” como litigio y pleito es una palabra forense que significa contienda o diferencia judicial entre las partes¹.

El litigio forma parte de los fenómenos de la conflictiva o sinergia social. GÓMEZ LARA considera que cuando el choque de fuerzas contrarias dentro de una sociedad se mantiene en equilibrio, el grupo social progresa, o bien se conserva estable. Por el contrario, el choque violento de fuerzas provocará la rotura del equilibrio que llevará consigo que el grupo social entre en crisis o se estanque².

Para CARNELUTTI³, el litigio es el conflicto de intereses calificado por la pretensión de uno de los interesados y por la resistencia del otro. El conflicto de intereses sólo se convierte en litigio cuando una persona formula contra otra una pretensión, es decir, exige la subordinación del interés ajeno al propio y frente a esa pretensión, la otra parte expresa su resistencia, o sea, se opone a la misma, negando subordinar su interés propio al interés hecho valer mediante la pretensión. Si ante la pretensión de la primera no hay oposición, no surgirá el litigio.

El mismo procesalista nos da unas claves sobre el litigio que debemos tener en cuenta:

a) El litigio es presupuesto y contenido del proceso jurisdiccional, pues sin litigio no hay proceso jurisdiccional y éste a su vez tiene como finalidad dirimirlo.

b) El litigio presupone, a su vez, dos personas, un bien, y el conflicto de intereses con respecto a ese bien.

¹ SAID RAMÍREZ, A. *Teoría General del Proceso*. IURE. México, 2007. p.9.

² GÓMEZ LARA, C. *Teoría General del Proceso*. Oxford. México, 2004. p.1.

³ CARNELUTTI, F. *Sistema de derecho procesal civil*, traducido por ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, N. / SENTÍS MELENDO, S.. Tomo I. UTEHA. Buenos Aires, 1944, p. 44.

c) No todo conflicto de intereses es un litigio, pues para que éste exista se requiere además que el conflicto sea jurídicamente calificado, es decir, trascendente para el Derecho y que el conflicto se manifieste al exterior mediante dos pretensiones opuestas.

De lo expuesto advertimos que cuando en un conflicto el Derecho otorga su tutela a favor de uno de los intereses en pugna, se puede hablar propiamente de litigio. El litigio puede tener lugar porque la pretensión de una de las partes sea discutida, es decir, se oponga resistencia, o bien porque la pretensión sea insatisfecha, esto es, no se discuta, pero simplemente no se cumpla.

Según PALLARES, los elementos del litigio son: sujetos, objeto o materia del litigio, las pretensiones del actor y del demandado dirigidas al órgano jurisdiccional, y las razones o argumentos en que se apoyan dichas pretensiones⁴.

1.2 EVOLUCIÓN DE LAS FORMAS DE SOLUCIÓN DE CONFLICTOS

Una vez que surge el litigio es necesario ponerle fin a través de cualquiera de los siguientes medios: autotutela, autocomposición o heterocomposición.

1.2.1 Autotutela⁵ y sus formas

EL CONDE DE LA CAÑADA se refirió a esta figura de la siguiente manera:

“Los hombres, que en su primitivo estado natural no reconocían superior que los defendiese de insultos, opresiones y violencias, estaban de consiguiente autorizados para hacerlo de sí propios: la experiencia les hizo entender los graves daños a que los conducían estos medios; pues o no podían defenderse por sí mismos, o excediendo los justos límites para conservarse, excitaban turbaciones, a que eran consiguientes mayores desavenencias, injurias y muertes; y consultando otros medios que mejorasen la seguridad de sus personas sin los riesgos anteriormente indicados, acordaron unirse en sociedades y confiar su defensa y la de todos sus derechos a una persona que mirándolos con imparcialidad les distribuyese sus derechos y los conservase en paz y

⁴ PALLARES PORTILLO, E. *Diccionario de Derecho Procesal Civil*. Porrúa. México, 1998. pp. 544 y 545.

⁵ También se le ha denominado autodefensa, defensa extrajudicial o privada de un derecho. En general, existe consenso en que el término de autotutela es más amplio y permite considerar como tales a un mayor número de figuras.

en justicia”⁶.

Es la forma más primitiva de solucionar el litigio. Expresa la reacción de un sujeto al que se le ha lesionado su interés y que lleva a cabo una pretensión propia en perjuicio del interés ajeno y, por consiguiente, brinda una solución parcial y egoísta del litigio prescindiendo de toda idea de solidaridad social.

Se caracteriza porque uno de los sujetos en conflicto y, a veces, los dos⁷ resuelven o intentan resolver el conflicto pendiente con el otro mediante su acción directa, en lugar de servirse de la acción dirigida hacia el Estado a través del proceso.

El art. 24 CE establece que: “*Todas las personas tienen derecho a obtener la tutela efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión*”. Aunque no se hace alusión a la autotutela⁸, se entiende que el Estado, en principio, es el único que tiene la potestad para dirimir los conflictos empleando, en su caso, el uso de la fuerza. Por tanto, se intenta erradicar el uso de la misma por parte del ciudadano para hacer valer sus derechos.

En referencia a México, la Constitución de 1857 introdujo por primera vez la prohibición de la autotutela en el artículo 17: “(...) Nadie puede ejercer violencia para reclamar su derecho (...)”.

El artículo 17 de la Constitución mexicana vigente prohíbe la autotutela y a su vez reconoce el derecho a la tutela jurisdiccional: “*Ninguna persona podrá hacerse justicia por sí misma, ni ejercer violencia para reclamar su derecho. Toda persona tiene derecho a que se le administre justicia por tribunales que estarán expeditos para impartirla en los plazos y términos que fijen las leyes, emitiendo sus resoluciones de manera pronta, completa e imparcial. Su servicio será gratuito, quedando, en consecuencia, prohibidas las costas judiciales*”⁹.

Las formas de autotutela pueden clasificarse de la siguiente forma¹⁰:

⁶ CONDE DE LA CAÑADA. *Instituciones prácticas de los juicios civiles, así ordinarios como extraordinarios, en todos sus trámites, según que se empiezan, continúan y acaban en los tribunales reales. Imprenta de la Compañía General de Impresores y Libreros del Reino*. Edición facsimilar de la SCJN. Madrid, 1845, p. 16.

⁷ Como en el duelo o en la guerra.

⁸ En Derecho Penal: “realización arbitraria del propio derecho”

⁹ Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Diario Oficial de la Federación.

¹⁰ ALCALÁ ZAMORA / CASTILLO, N. *Proceso, autocomposición y autodefensa*. UNAM. México, 1991. p. 55.

- De autodefensa en sentido estricto, como réplica a un ataque precedente.
- De ejercicio personal o directo de un derecho subjetivo, sin que su titular haya sufrido previo ataque.
- De ejercicio de facultades atribuidas al mando para hacer frente a situaciones de excepción.
- De ejercicio de una potestad por uno de los sujetos en litigio.
- De combate entre partes enfrentadas, que fían a la fuerza y no a la razón la decisión de sus diferencias.
- De coacción sobre la contraparte para lograr imponer el prevalecimiento de los propios intereses.

1.2.2 Autocomposición

Para FAIRÉN GUILLÉN, la autocomposición “se trata de un arreglo pacífico del conflicto por medio de un acuerdo, expreso o tácito, de los interesados en él, sin acudir a una tercera persona o entidad que lo dirima”¹¹.

La autocomposición puede clasificarse desde el punto de vista de su relación con el proceso en:

- 1) Extra-procesal: se encuentra fuera del proceso, aunque puede llegar a ser pre-procesal si se discute su eficacia en juicio
- 2) Intra-procesal: si tiene lugar una vez iniciado el proceso
- 3) Post-procesal: cuando se origine después de la sentencia firme y verse sobre la ejecución de la misma.

1.2.3 Heterocomposición

Para GÓMEZ LARA, es una forma evolucionada e institucional de solución de conflictos sociales e implica la intervención de un tercero ajeno e imparcial al conflicto¹².

Las formas heterocompositivas son el proceso jurisdiccional y el arbitraje y ambas guardan semejanzas y diferencias. El tercero que interviene cuenta con facultades decisorias y de imposición de la resolución que pone fin al litigio. En el caso del proceso, el tercero es un juez, titular de una potestad pública que le legitima para

¹¹ FAIRÉN GUILLÉN, V. *Teoría General del Proceso*. UNAM. México, 1992. p. 18.

¹² GÓMEZ LARA, C. *Teoría General...* op cit., p. 25.

imponer su decisión. En el caso del arbitraje, son las partes las que mediante la celebración del convenio arbitral previo, otorgan al árbitro (o árbitros) la potestad de imponer su decisión. En ambos casos, las partes deben cumplir lo decidido por el tercero, juez o árbitro. En caso contrario, el ordenamiento jurídico articula los mecanismos legales para que pueda exigirse su cumplimiento¹³.

Sin embargo, en el arbitraje la decisión contenida en el laudo proviene no de una autoridad sino de un árbitro, mientras que la sentencia que pone fin al proceso emana de la autoridad jurisdiccional en ejercicio de una función estatal¹⁴.

1.2.3.1 Arbitraje

De acuerdo con el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, arbitraje es la acción o facultad de arbitrar. Arbitrar, significa dicho de un tercero: resolver, de manera pacífica, un conflicto entre partes.

Para BECERRA BAUTISTA es la institución jurídica que permite a las partes confiar la decisión de una controversia a uno o más particulares¹⁵.

SIQUEIROS PRIETO afirma que el arbitraje como método, involucra un proceso en que, un tercero ajeno a las partes (árbitro) y designado normalmente por ellas, resuelve un diferendo que puede surgir o que ya ha surgido entre las mismas. Las facultades jurisdiccionales del árbitro derivan del consenso acordado por las partes involucradas en la controversia¹⁶.

El requisito *sine qua non* para someter un conflicto a la decisión de un árbitro es la existencia de un consenso entre las partes. Según el artículo 2 de la Ley de Arbitraje 60/2003¹⁷ “Son susceptibles de arbitraje las controversias sobre materias de libre

¹³ CUCARELLA GALIANA, L.A. *Principios relativos a las partes en mediación*. Revista Práctica de Tribunales, n° 98-99, noviembre-diciembre 2012, p.5.

¹⁴ GÓMEZ LARA, C. *Teoría General...* op cit., p. 26.

¹⁵ BECERRA BAUTISTA, J. *El proceso civil en México*. Porrúa. México, 1999. p.17.

¹⁶ SIQUEIROS PRIETO, J.L. *El arbitraje y los órganos judiciales*. Anales de Jurisprudencia, n° 232, Sección de Previa, 1998, p. 30.

¹⁷ El artículo 2 de dicha ley regula las materias objeto de arbitraje sobre la base del criterio de la libre disposición, como hacía la Ley 36/1988. Sin embargo, se reputa innecesario que esta ley contenga ningún elenco, siquiera ejemplificativo, de materias que no son de libre disposición. Basta con establecer que la arbitrabilidad de una controversia coincide con la disponibilidad de su objeto para las partes. En principio, son cuestiones arbitrables las cuestiones disponibles. Es concebible que por razones de política jurídica haya o pueda haber cuestiones que sean disponibles para las partes y respecto de las que se quiera excluir o limitar su carácter arbitrable. Pero ello excede del ámbito de una regulación general del arbitraje y puede ser objeto, en su caso, de disposiciones específicas en otros textos legales.

Respecto de las materias objeto de arbitraje se introduce también la regla, para el arbitraje internacional, de que los Estados y entes dependientes de ellos no puedan hacer valer las prerrogativas de su

disposición conforme a derecho”. Por virtud del convenio arbitral, las partes deciden someter al arbitraje todas las controversias o ciertas controversias que hayan surgido o que puedan surgir entre ellas respecto de una determinada relación jurídica, contractual o no contractual. El acuerdo de arbitraje podrá adoptar la forma de una cláusula compromisoria incluida en un contrato o la forma de un acuerdo independiente. La Ley refuerza el criterio antiformalista. Así, aunque se mantiene la exigencia de que el convenio conste por escrito y se contemplan las diversas modalidades de constancia escrita, se extiende el cumplimiento de este requisito a los convenios arbitrales pactados en soportes que dejen constancia, no necesariamente escrita, de su contenido y que permitan su consulta posterior.

Si durante las actuaciones arbitrales las partes llegan a un acuerdo que ponga fin total o parcialmente a la controversia, los árbitros darán por terminadas las actuaciones con respecto a los puntos acordados y, si ambas partes lo solicitan y los árbitros no aprecian motivo para oponerse, harán constar ese acuerdo en forma de laudo en los términos convenidos por las partes. Dicho laudo tendrá la misma eficacia que cualquier otro laudo dictado sobre el fondo del litigio¹⁸.

1.2.3.2 Proceso jurisdiccional

En el Diccionario de Derecho Procesal del Colegio de Profesores de Derecho Procesal de la UNAM¹⁹, se le define de la manera siguiente: “(...) *el proceso jurisdiccional es una heterocomposición al litigio, en la que el tercero (heterocomponedor) es ajeno a los intereses en conflicto y no es designado por las partes sino por el Estado (a diferencia de otras formas heterocompositivas en las que las partes interesadas, sí lo nombran*”.

GÓMEZ LARA apunta que el proceso es “(...) *un conjunto complejo de actos del estado como soberano, de las partes interesadas y de los terceros ajenos a la relación sustancial, actos todos que tienden a la aplicación de una ley general a un caso concreto controvertido para solucionarlo o dirimirlo*”²⁰.

En cuanto a la naturaleza jurídica del proceso, se han formulado diferentes

ordenamiento jurídico. Se pretende con ello que, a estos efectos, el Estado sea tratado exactamente igual que un particular.

¹⁸ Art. 36 de la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje.

¹⁹ Colegio de Profesores de Derecho Procesal de la Facultad de Derecho de la UNAM. Diccionario de Derecho Procesal. México, 1997.

²⁰ GÓMEZ LARA, C. *Teoría...op. cit.*, p. 81.

teorías para explicarla, sin embargo, la que goza de mayor aceptación es aquella que sostiene que el proceso es una relación jurídica a través de la cual se establecen derechos y obligaciones entre todos los sujetos procesales que participan en él y se trata de una relación de derecho público porque interviene el Estado a través del órgano jurisdiccional. Sobre esta teoría, CHIOVENDA sostuvo que el proceso es una relación jurídica de derecho público, que goza de las características de autonomía y complejidad. Autonomía porque tiene vida y condiciones propias, independientemente de la voluntad concreta de la ley afirmada por las partes. Su complejidad radica en que no comprende un solo derecho u obligación sino un conjunto de varios derechos y obligaciones, coordinados en un fin común que sería satisfacer las pretensiones de las partes²¹.

En los últimos lustros se han podido constatar importantes cambios en los tribunales españoles que prueban la profunda transformación política y demográfica que se ha dado en España. Nuestro país, que hasta hace no tanto era una nación emisora de emigrantes, ha pasado a ser un Estado receptor de inmigrantes a la par que miembro integrante de la Unión Europea y de un mundo cada vez más globalizado, un lugar en el que los diferentes intereses políticos, comerciales y personales se han ido entrelazando hasta unos límites insospechados. Las distancias se han reducido, y en la actualidad ya no le extraña a nadie ver pleitear a un ciudadano comunitario o extracomunitario en los tribunales españoles. Las causas en las que las partes intervinientes son de nacionalidad extranjera y desconocedoras de nuestro idioma se han convertido en algo habitual y, definitivamente, natural en sede judicial. La integración internacional de España ha conllevado un progresivo e importante aumento de la cooperación jurídica internacional, originando un volumen incesante de documentos judiciales y comisiones rogatorias que se remiten entre los juzgados nacionales y extranjeros.

Los intérpretes judiciales asisten en la tarea de la comunicación a la Administración de Justicia y a las diferentes partes que intervienen en un proceso judicial y constituyen el nexo de unión comunicativo entre el ciudadano, los abogados y, cómo no, los jueces. La tarea de los intérpretes que trabajan en los juzgados deviene así en un requisito indispensable de la propia justicia, ya que difícilmente cabe juzgar un asunto o defender a una persona si se carece de una comunicación fluida con la parte

²¹ CHIOVENDA, G. *Teoría del Derecho Procesal*. 7ª edición. Porrúa. México, 2010, p. 105.

afectada, los testigos o, en su caso, la víctima extranjera²².

²²GASCÓN NASARRE, F. *Traducción jurídica*. Revista “La linterna del traductor” Disponible en: <http://www.lalinternadeltraductor.org/n6/interpretacion-judicial.html> Fecha de consulta: 15 de junio de 2016.

CAPÍTULO 2: MEDIOS ALTERNATIVOS A LA JURISDICCIÓN DE SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS

Los legisladores de todo el mundo abrumados por el aumento de la litigación, el desbordamiento de los tribunales, la lentitud y la menguante calidad de la administración de justicia se han centrado en los medios de resolución de controversias, sobre todo en la mediación, como remedio para solucionar el atasco jurisdiccional²³.

La justicia no es solo una cuestión de Jueces y Tribunales sino también de los ciudadanos y de su convivencia. Esto quiere decir que los ciudadanos son los responsables de prevenir y solventar los conflictos en primer término y para ello no necesitan de la intermediación de ningún poder del Estado que intervenga.

Por esta razón, a los Tribunales hay que acudir cuando sea estrictamente necesario, pues no todo conflicto tiene que tener siempre una solución judicial; solo cuando los intereses legítimos de los ciudadanos estén gravemente afectados o no puedan ser tutelados más que con la intervención éstos²⁴. Estamos totalmente de acuerdo con este autor ya que si todos los individuos que tienen un conflicto solo se limitan a solucionarlo por vía judicial, sin mediar diálogo entre las partes afectadas, lo único que conseguirán es alargar el proceso y, como consecuencia, aumentar los costes de solución del conflicto.

2.1 CONCEPTO Y DIFERENTES DENOMINACIONES

De acuerdo con GORJÓN GÓMEZ, el entorno donde se desarrollan los MASC es multidisciplinario, lo que se considera como una de sus virtudes, ya que la aplicación de la negociación, la mediación-conciliación y el arbitraje no es privativa de los abogados, sino que depende del problema por resolver y de su especificidad para determinar la profesión del tercero.

²³ FERNÁNDEZ-BALLESTEROS, M.A. *Avenencia o ADR*. Iurgium, Madrid, 2013, p.110.

²⁴ PRATS ALBENTOSA, L. *Desjudicialización: el proyecto de Ley de Mediación en Asuntos Civiles y Mercantiles*. Diario La Ley, nº7625, mayo de 2011, p.1. “Sin duda, el recurso directo a los Tribunales, sin intentar soluciones autocompositivas, no ha de estar vetado en ningún caso. No obstante, los litigantes deberían demostrar, que han agotado todos los medios legítimos a su alcance para resolver el conflicto o que la gravedad de la lesión padecida es tal que, razonablemente justifica que se acuda a ellos directamente (...)”

Los MASC forman parte de un sistema conciliatorio y se conocen de diferente forma en distintos países²⁵, lo que no cambia su esencia y le confiere otra de sus características, su internacionalidad. Lo que varía es el fondo del asunto y no la forma en la que llegamos a la solución, dado que los MASC son técnicas aplicables a un caso concreto para encontrar la solución al conflicto o controversia²⁶.

Bajo el concepto de MASC, se ubica todo medio permitido por la Ley distinto al proceso ante tribunales judiciales. Se trata de alternativas al proceso jurisdiccional que se caracterizan por tener su fundamento en la autonomía de la voluntad, por su celeridad, flexibilidad e informalidad²⁷.

2.2 PRINCIPALES CAUSAS DEL SURGIMIENTO Y EXPANSIÓN DE LOS MASC

El crecimiento de la implementación de los MASC en los últimos años es innegable. Esto se debe a que su uso ha sido incentivado, entre otras cosas, por la falta de mecanismos estatales eficientes en la resolución de diferencias en el ámbito internacional y doméstico, el tiempo y los costes excesivos asociados a los procedimientos judiciales y la incompatibilidad de sistemas jurídicos²⁸.

Entre los motivos más importantes que llevan a los diferentes ordenamientos jurídicos a introducir estos mecanismos se encuentran: la necesidad de descongestionar los Juzgados y Tribunales de asuntos, la confidencialidad tan necesaria en muchos temas, la presencia de nuevas tecnologías en las relaciones contractuales, así como la ausencia de un órgano supranacional que puede dirimir controversias entre elementos de diferentes ordenamientos²⁹.

Para justificar su existencia, existen diversas teorías heterogéneas que los conciben, analizan y explican atribuyéndoles diferentes propiedades y

²⁵ Las denominaciones más comunes de los MASC son: ADR Alternative Dispute Resolution/ Appropriate Dispute Resolution; MARD Métodos alternos para la resolución de disputas; MASD Métodos alternos para la solución de disputas; MASC Medios alternativos para la solución de conflictos; RAC Resolución alternativa de conflictos; RAD Resolución alternativa de disputas; TARC Técnicas alternativas de resolución de conflictos ; GAC Gestión alternativa de conflictos; GAD Gestión alternativa de disputas; RAC Resolución apropiada o resolución activa de conflictos.

²⁶ GORJÓN GÓMEZ, F. *Métodos alternativos de solución de conflictos*. Oxford. México, 2008, pp. 16-17

²⁷ GORJÓN GÓMEZ, F. *Métodos alternativos...* op cit., p. 17.

²⁸ GUTIÉRREZ-ALVIZ CONRADI, F. *Justicia: poder y servicio público*. Cuadernos de Derecho Judicial, Madrid, 2007, p. 377.

²⁹ GALEOTE, M.P. *Novedades en materia de asuntos civiles y mercantiles*. Diario La Ley, nº7456, julio de 2010, pp. 4-6.

conceptualizándolos en forma distinta en su relación con la sociedad, el Derecho y la Administración de Justicia: positivismo, análisis económico del derecho, racionalidad económica, sociología jurídica y teoría discursiva de HABERMAS.

HABERMAS ha defendido los MASC como una forma socialmente más adecuada de resolver conflicto ya que según afirma las estructuras de acción comunicativa orientadas a un acuerdo se vuelven cada vez más efectivas tanto en la reproducción cultural como en la interacción social³⁰.

MÁRQUEZ ALGARA refiere que la utilización de los MASC implica para el operador del derecho positivista-dogmático aceptar trabajar con conceptos que no son jurídicos³¹.

La negociación, la mediación y el arbitraje sustentados en los principios de entendimiento y cooperación mutua logran el arreglo pacífico de los conflictos, manteniendo unidas las relaciones interpersonales en todos los niveles de la sociedad en un ambiente de paz y no violencia. Los MASC son una fuente diferente de entender la relaciones humanas, tienen los elementos suficientes para poder ser catalizadores que transformen el conocimiento y las costumbres de nuestras sociedades³², ampliamente ligados a la cultura de la paz, ya que ambas fórmulas expresan sentimientos de cohesión de todos los individuos³³.

2.3 LOS DERECHOS E INTERESES DE LAS PARTES

Para comprender la naturaleza y funcionamiento de los MASC, es necesario distinguir los derechos y los intereses de las partes. De acuerdo con HILL, los derechos provienen de la Ley o de los contratos inter-partes, mientras que los intereses consisten en aquellas cosas o bienes en lo que una parte está interesada (dinero, reconocimiento, bienes materiales, etc). En el litigio, las controversias se resuelven en base a los derechos de las partes, mientras que en los MASC se tiene en cuenta los intereses de las mismas, permite evitar los conflictos y convertirlos en oportunidades de mejora y por su rapidez y economía se les considera como una alternativa más viable para acceder a la

³⁰ HABERMAS, J. *Conciencia moral y acción comunicativa*. Península, Barcelona, 1985, pp. 278-294.

³¹ MÁRQUEZ ALGARA, M.G. *La nueva cara de la justicia en México: Los medios alternativos de resolución de conflictos de las Entidades Federativas*. DE JURE, Revista de investigación y análisis. México, 2010, n°5, p.3.

³² MUNNÉ TOMÁS, M. *Los diez principios de la cultura de la mediación*. GRAÓ, España, 2006, p. 86.

³³ MUNNÉ TOMÁS, M. *Los diez...* op cit., p.84

justicia³⁴.

2.4 VENTAJAS DE LOS MASC FRENTE AL PROCESO JURISDICCIONAL

Conforme a la teoría de los MASC, un método de solución de disputas será preferido frente a los tribunales si el coste de transacción es menor que el que implica acudir ante ellos. El profesor ARNOLD SANDER³⁵ considera que a través de los medios alternativos se puede enseñar a las partes para que resuelvan sus conflictos en el futuro, con alta probabilidad de que se puedan evitar o al menos minimizar.

De acuerdo con CRUZ BARNEY³⁶, las ventajas de los MASC son las siguientes:

- Flexibilidad: permite optar por el MASC más idóneo para cada caso y posibilita una amplia gama de soluciones que no necesariamente están dentro de las posibilidades de los medios jurisdiccionales.

- Concentración en los principales problemas a resolver: gracias a la intervención de terceros neutrales, expertos en diferentes materias, permite concentrarse en los puntos objeto de la controversia y evitar así la distracción en asuntos meramente procesales.

- Celeridad: ofrecen la posibilidad de resolver los conflictos de manera mucho más expedita que los medios jurisdiccionales y al ser producto de la voluntad de las partes, permiten una ejecución más rápida del acuerdo.

- Costes: resultan más económicos que los mecanismos jurisdiccionales y/o arbitrales de solución de controversias, por lo que desde esta perspectiva representan una mejor opción de acceso a la solución de conflictos. Lo más común es que el coste sea sufragado por las partes pero puede suceder que la propia organización encargada del procedimiento, especialmente en el supuesto de que tenga carácter público, asuma los gastos inherentes a su gestión, o que los profesionales

³⁴ HILL, citado por CRUZ BARNEY, O, *Notas sobre los medios alternativos de solución de controversias*. Disponible en: http://works.bepress.com/oscar_cruz_barney/34 Fecha de consulta: 24 de Febrero de 2016.

³⁵ ARNOLD SANDER, F.E. *Varieties of Dispute Processing*. Longman Inc. New York, 1976, p. 26.

³⁶ CRUZ BARNEY, O. *Arbitraje y otros medios alternativos de solución de controversias*. Porrúa, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México, 2004, p.58.

responsables de los MASC no perciban remuneración alguna³⁷.

- Conservación de la relación entre las partes: dado que se busca una fórmula ganar - ganar, es posible que las partes en conflicto logren conservar sus relaciones de negocios.

- Confidencialidad: dada la intervención de terceros expertos, las partes pueden mantener la confidencialidad de su controversia que en muchos casos puede versar sobre secretos industriales o tecnológicos.

- Control: las partes pueden mantener el control sobre el procedimiento, lo que no se puede dar en el proceso jurisdiccional.

2.5 ESTUDIO PARTICULAR DE LOS MASC

El descontento generalizado de la ciudadanía con la Administración de Justicia, provocado por el funcionamiento ineficiente del aparato judicial y unido a la crítica situación económico-financiera, han provocado un aumento notable de la demanda de justicia; lo que ha llevado a la promoción de medios alternativos a la jurisdicción, si bien, la falta de conciencia de nuestra sociedad ha hecho que el éxito de esta medida no sea el esperado³⁸. A continuación, nos vamos a referir a algunos de esos métodos de resolución de conflictos más frecuentemente utilizados en la práctica.

2.5.1 La mediación

La palabra mediación proviene del latín *mediatio - onis* y es la acción y efecto de mediar. Mediar es llegar a la mitad de algo, interponerse entre dos o más que riñen o contienden, procurando reconciliarlos y unirlos en amistad³⁹.

Es un procedimiento en el cual dos o más personas que tienen un problema en común, solicitan el apoyo de un tercero que facilitará la comunicación entre ellos, para que de manera pacífica y equitativa, lleguen a un acuerdo satisfactorio para ambas partes. El mediador conduce a las partes a que de ellas surja la decisión⁴⁰.

Este medio de solución de conflictos consiste en un proceso de resolución de

³⁷ CRISTOBAL CARLÉ, G. *Los ADR: un instrumento de resolución de conflictos en el seno de la Unión Europea*. Disponible en: <http://www.derecho.com/articulos/2004/05/01/las-adr-un-instrumento-de-resoluci-n-de-conflictos-en-el-seno-de-la-uni-n-europea/> Fecha de consulta: 25 de junio de 2016.

³⁸ SANJURJO RÍOS, E.I. *La eficacia jurídica del acuerdo de mediación. Ejecución y posibles efectos de cosa juzgada*, en Processulus. Estudios sobre Derecho Procesal. Comares, Granada, 2015, p.288.

³⁹ Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española. Consultable en: <http://www.rae.es>

⁴⁰ PACHECO PULIDO, G. *Mediación. Cultura...* op cit., p.3.

disputas en el cual una o más terceras partes imparciales intervienen en un conflicto con el consentimiento de los disputantes y los asisten para que negocien un convenio satisfactorio para las partes. La mediación abre un espacio seguro para que las personas involucradas en una controversia puedan expresarse libre y abiertamente. El aspecto fundamental en la mediación es reconstruir la comunicación o acercamiento entre las partes⁴¹.

La mediación tiene carácter eminentemente voluntario y, en consecuencia, no debe haber acto o disposición que implique obligatoriedad para las partes.

Más adelante estudiaremos con más detenimiento el concepto de mediación. Sin embargo, ahora vamos a centrar nuestra atención en distinguirlo de otros métodos autocompositivos, con los que guarda gran similitud.

2.5.1.1 Mediación y jurisdicción

La CE configura nuestro país como un Estado Social Democrático de Derecho y como caución del Estado de Derecho, el propio texto garantiza un derecho fundamental como es la tutela judicial efectiva (art. 24 CE), esto es, se debe garantizar a los ciudadanos que puedan acceder a la justicia para resolver sus conflictos.

Con el transcurso del tiempo, los tribunales van perdiendo importancia y se convierten en excepciones. De esta manera, encontramos un regreso a los métodos extrajudiciales de resolución de conflictos ya que la Administración de Justicia no siempre responde a lo que los ciudadanos piden de ella, por su sobrecarga judicial y porque éstos demandan vías más ágiles para resolver sus litigios.

Cuando contraponemos mediación y justicia nos referimos a la justicia en cuanto Poder Público por lo que si lo entendemos de este modo no hay ninguna incompatibilidad entre la administración de justicia y la mediación, ya que la mediación se presenta como un método adicional de resolución de conflictos, como un complemento de la Jurisdicción.

En este sentido, GIRÓ PARIS pone de manifiesto que la justicia y la mediación tienen su propia finalidad específica, por lo que no pueden ser reducidos a dos

⁴¹ JANSEN RAMÍREZ, V.G. *Control social y medios alternos para solución de conflictos*. 2ª Edición. Valencia. 2008. Consultable en: <http://www.juridicas.unam.mx> Fecha de consulta 26 de febrero de 2016.

fenómenos intercambiables o sustituibles entre sí. La mediación y la justicia deben colaborar franca y lealmente⁴².

2.5.1.2 Ventajas de la mediación con respecto a la jurisdicción ordinaria⁴³

Hasta la aprobación del Real Decreto Ley de 5/2012 se carecía de una ordenación general de mediación aplicable a los asuntos civiles y mercantiles, al tiempo que asegurara su conexión con la jurisdicción ordinaria, haciendo así efectivo el primero de los ejes de la mediación que es la desjudicialización de determinados asuntos que pueden tener una solución más adaptada a las necesidades e interés de las partes en conflicto que la que podría derivarse de la previsión legal⁴⁴.

A continuación, para facilitar la explicación, exponemos a modo de cuadro las ventajas que, a nuestro juicio, presenta la utilización de la mediación como método de resolución de conflictos frente a las asignadas a la jurisdicción.

MEDIACIÓN	TRIBUNALES
CONTROL TOTAL del Proceso y del resultado por las partes.	Control del Proceso y el resultado por parte del Juez.
El acuerdo se adopta LIBREMENTE por los interesados con la ayuda del mediador.	Se soluciona por una imposición del Juez.
RAPIDEZ. Es un procedimiento muy rápido	Procedimiento muy lento.(El plazo medio para resolver una demanda ante un tribunal español de Primera Instancia es de 296 días)
AHORRO. Menor coste económico para las partes.	Mayor coste económico para las partes.
FACIL ACCESO a la Justicia. Técnica de mediación basada en el dialogo, comunicación y mediación neutral por parte del mediador. Hay una colaboración entre las partes y el mediador para llegar a una solución beneficiosa y amistosa.	Imposición por parte del Juez. Basado el procedimiento en la confrontación, donde hay un ganador y un perdedor que decide el juez.
Procedimiento A MEDIDA. En la	Las soluciones que aporta la

⁴² GIRÓ PARIS, J., *La justicia y la mediación: dos figuras diversas de la actividad comunicativa*, en *Mediación y resolución de conflictos*, Revista de Educación Social e Intervención socioeducativa, Editorial Institut de la Fundació Pere Tarres, nº8,1998, p.19.

⁴³ Cámara Oficial de Comercio, Industria y Servicios de Badajoz. Disponible en www.camarabadajoz.es. Fecha de consulta 30 de abril de 2016.

⁴⁴ PEREIRA PARDO, M.C. *La mediación paso a paso. De la teoría a la práctica*. Dykinson, Madrid, 2014, p.225.

mediación, las partes llevan las riendas del proceso, asumen el protagonismo y diseñan una salida a la medida de ambos, lo que permite alcanzar soluciones más imaginativas. En una disputa por impago, por ejemplo, puede optarse por un pago a plazos de la deuda, algo que sería impensable en un proceso judicial.	Justicia se ajustan siempre a criterios estrictamente jurídicos y no siempre satisfacen a ambas partes.
Posibilidad de REANUDAR dialogo y relaciones comerciales entre las partes.	Normalmente tras un procedimiento judicial esas partes ya no vuelven a realizar actividades comerciales aunque resultara beneficioso.

2.5.1.3 Modelos de mediación

A la hora de afrontar el proceso de mediación, debemos conocer que podemos enfocarlo desde diversos puntos de vista. Así, diferenciaremos por tradición cuatro líneas de pensamiento diferentes, que engloban cada una de ellas un tipo diferente de modelo de mediación. Hablamos del modelo HARVARD, del modelo lineal de FISHER y URY, del modelo transformativo de BUSH y FOLGER y del modelo circular narrativo de SARA COBB⁴⁵, a los que nos referimos a continuación de forma separada:

2.5.1.3.1 Modelo HARVARD⁴⁶

Este modelo plantea que cada parte tiene una postura que refleja su alternativa. Dicha alternativa se refiere a toda opción que una parte puede realizar por cuenta propia sin necesidad que la otra parte esté de acuerdo. En términos concretos una alternativa es la posición buscada por cada parte sin consideración a los deseos de la otra parte. Un avance en la posición de negociación se logra cuando cada parte considera los intereses que reflejan los deseos, necesidades, inquietudes, esperanzas y temores de la contraparte. En general, los intereses reflejan todo aquello que se quiere. Ciertamente la negociación no iría por buen sendero si no se construyen posturas conjuntas que ambas partes

⁴⁵ ROJAS, A. *Modelos de mediación: el método tradicional-lineal*. Revista “La fábrica del mediador”. Disponible en: <http://arojis.blogspot.com.es/2013/01/modelos-de-mediacion-el-metodo.html> Fecha de consulta: 28 de junio de 2016.

⁴⁶ En cuanto a su origen, tenemos que a mediados de los 70’s ROGER FISHER, profesor de la Facultad de Derecho de Harvard, inició a URY en el campo de la negociación. En 1981 ambos expertos en colaboración con BRUCE PATTON, publicaron *Getting to yes* (Obtenga el sí). Diez años más tarde, URY publicó *Getting Past No* (Supere el No). URY es consultor y profesor de negociación en la Facultad de Derecho de Harvard, cofundador y director asociado del Programa de Negociación en la Facultad de Derecho de Harvard y Patton es el director adjunto del Proyecto Harvard de Negociación.

valoren. Esto se refiere a las opciones de toda una gama de posibilidades en las cuales las partes pudieran llegar a un acuerdo. En general un acuerdo en conjunto es mejor si incorpora la mejor de muchas opciones. En este sentido el mejor de los acuerdos se logra cuando no es posible mejorar la posición de una de las partes sin perjudicar a la otra. Una vez alcanzado el nivel de opciones, lo importante es que las partes entiendan la legitimidad de dicha postura conjunta. Un acuerdo es legítimo en la medida que a cada parte le parece justo en relación a algún criterio o principio que vaya más allá de la simple voluntad de cualquiera de ellas. En la medida en que se logra un acuerdo en torno a una opción y existe consenso en su legitimidad.

La conciliación intraprocesal como forma de composición del litigio es el momento para que se celebre el compromiso, el cual se refiere a planteamientos verbales o escritos que especifican lo que las partes harán o dejarán de hacer. Luego de esto viene la etapa de la comunicación, en particular una efectiva comunicación bilateral que permita que los acuerdos se logren con eficiencia y sin perder tiempo y esfuerzo. Finalmente logrado el compromiso y acordados los medios de comunicación entre ellas se llega a la una relación en que cada parte habrá mejorado su capacidad para trabajar colaborando con su contraparte⁴⁷.

2.5.1.3.2 Modelo Lineal de FISHER y URY⁴⁸

El modelo tradicional más popular de mediación fue presentado por FISHER y URY basándose en la promoción de la comunicación entre las partes, entendida en sentido lineal, es decir, los mediados deberían comunicarse entre sí continuamente, transmitiendo información de forma clara para que sean entendidos por la otra parte y prestando atención a lo que el otro transmite⁴⁹.

FISHER y URY apuntaban tres problemas fundamentales y habituales en la comunicación. Primero, las partes podrán hablar entre sí de modo que se entiendan. En segundo lugar, aunque hablen directamente de forma clara entre sí, podrán no oírse mutuamente o no prestar atención a lo que el otro está diciendo. Por último, las partes podrán ser malentendidas o entender de forma equivocada lo que el otro dice, incluso

⁴⁷ NOCETTI NUNEZ, V. *Fundamentos de Negociación*. Serie Documentos Docentes, nº1, año 5, Julio 2007. Disponible en: http://panorama.utralca.cl/dentro/sdd/fundamentos_neg%5B1%5D.pdf Fecha de consulta: 1 de Abril de 2016.

⁴⁸ BUSH, R.A.B. / FOLGER, J.P. *La promesa de la mediación. Cómo afrontar el conflicto a través del fortalecimiento y el reconocimiento de los otros*. Granica, 1996, pp.133-147.

⁴⁹ FISHER, R / URY, W. / PATTON, B, citado por MARQUES CEBOLA, C. *La mediación*, Marcial Pons, Madrid, 2013, p. 94.

porque las palabras podrán tener diferentes significados mantenimientos para cada uno. Para solucionar estos problemas, FISHER y URY proponen como reglas o pautas la escucha activa para que las partes puedan entender lo que cada uno está diciendo; hablar de forma clara para que cada parte pueda ser entendida; cada interviniente deberá hablar de sí mismo sin criticar o condenar al otro, y cada parte deberá intervenir con un propósito en intención. Dichas reglas deberán ser evocadas y aplicadas por el mediador que deberá promover el diálogo entre las partes con el objetivo de minimizar sus diferencias y lograr el acuerdo⁵⁰.

2.5.1.3.3 Modelo Transformativo de BUSH y FOLGUER

En este modelo se trabaja para conseguir la Revalorización (“*empowerment*”) y el Reconocimiento:

Revalorización: Remite a la autoestima de las personas y a sus capacidades para afrontar sus vidas. Se alcanza la revalorización cuando las partes en disputa realizan la experiencia de una conciencia más sólida de su propia valía personal y de su propia capacidad para resolver las dificultades que afrontan, sean cuales fueran las restricciones internas.

Reconocimiento: Se alcanza el reconocimiento cuando dado cierto grado de revalorización, las partes en disputa son capaces de reconocer y mostrarse mutuamente sensibles a las situaciones y las cualidades humanas comunes del otro”. De acuerdo con BUSH y FOLGUER, una parte concede reconocimiento en la mediación cuando:

“(…)comprende que, más allá de poseer la fuerza necesaria para resolver su propia situación, posee la capacidad de reflexionar, considerar y reconocer en cierto modo la situación de la otra parte, no sólo como estrategia para facilitar su propia situación, sino por un impulso de sincero aprecio a la dificultad humana en que se encuentra el otro; comprende que se siente bastante seguro como para cesar de pensar exclusivamente en su propia situación, y concentrarse hasta cierto punto en lo que está viviendo la otra parte”

(…) asume que, más allá de poseer la capacidad para considerar y comprender la situación de otro, alienta el deseo real de hacerlo; advierte que desea concentrar su atención en lo que el otro está experimentado y encontrar un modo de reconocer esa

⁵⁰ MARQUES CEBOLA, C., *La mediación*. Marcial Pons, Madrid, 2013, p.194.

experiencia a través de su comportamiento en la sesión”.

Posteriormente, una parte puede otorgar reconocimiento en tres planos: el pensamiento, la palabra y la acción. En el primero, se permite ella misma ver a la otra parte, y en su comportamiento, bajo una luz diferente y más favorable que antes; se dedica conscientemente a reinterpretar la conducta y el comportamiento anteriores de la otra parte y trata de verlos de un modo nuevo y más condescendiente; renuncia conscientemente a su propio punto de vista y trata de ver las cosas con la perspectiva de la otra parte; comprende que no necesita ver al otro con tanta dureza y de manera tan negativa como estuvo haciendo antes, y así se desplaza conscientemente a una visión nueva y más compasiva⁵¹.

2.5.1.3.4 Modelo⁵² Circular Narrativo de SARA COBB⁵³

Este modelo se denomina “circular” porque parte de una concepción circular tanto de la comunicación como de la causalidad, y se denomina “narrativo” porque la categoría de narrativa es central tanto desde el punto de vista analítico como propositivo.

La comunicación es concebida como un todo: las partes más el mensaje. Se tienen en cuenta tanto los elementos verbales (comunicación digital; contenidos) como los elementos para- verbales (comunicación analógica; relaciones). Se parte asimismo

⁵¹ BUSH, R.A.B. y FOLGER, J.P. *La promesa de la mediación...* op cit., p.133. De acuerdo con BUSH y FOLGER, las fases del proceso transformador son las siguientes:

“Llegan las partes: la habilitación y las oportunidades de reconocimiento surgen mientras las partes ofrecen comentarios, formulan preguntas y afrontan decisiones. El mediador trabaja sobre las oportunidades de habilitación y reconocimiento. Se estrecha el ámbito de la discusión a medida que se agotan las oportunidades.

“Puestos” de mediación: El mediador interviene para ampliar la discusión y crear un campo más amplio de oportunidades de habilitación y reconocimiento. El mediador trabaja con las oportunidades de habilitación y reconocimiento. Se reduce el ámbito de la discusión a medida que se agotan las oportunidades. “Puestos” de mediación. El mediador interviene para ampliar la discusión y crear un campo más ancho de oportunidades de habilitación y reconocimiento (Se repite el ciclo). El mediador trabaja sobre las oportunidades de habilitación y reconocimiento. Se reduce el ámbito de la discusión a medida que se agotan las oportunidades. “Puestos” de mediación. El mediador interviene para comprobar las posibles oportunidades de habilitación y reconocimiento: resume los logros si el campo está agotado. Se agotan todas las oportunidades de habilitación y reconocimiento. Las partes redactan el enunciado de los logros y los compromisos”.

⁵² GIMÉNEZ ROMERO, C. *Modelos de mediación y su aplicación en mediación intercultural*. Revista Migraciones, nº10, Diciembre 2001, Universidad Pontificia de Comillas. Disponible en: http://fongdcam.org/wp-content/uploads/2012/01/Gimenez_Modelos-deMediacion.pdf Fecha de consulta: 10 de Abril de 2016.

⁵³ GIMÉNEZ ROMERO, C. *Modelos de mediación...* op cit., SARA COOB, mediadora y profesora de la Universidad de California, desde comienzos de los 90 s ha fundamentado un sistema de mediación que pone énfasis en la comunicación. Una de sus obras más conocidas es: “la escuela de análisis y resolución de conflictos”

del axioma número uno de Wetslavick acerca de la imposibilidad de “no comunicarse”. En cuanto a la causalidad, el punto de partida es que no hay una causa única produciendo un determinado resultado, sino que se está ante una retroalimentación de las causas y los factores.

Se identifican cuatro elementos esenciales del método circular–narrativo de mediación: 1) El aumento de las diferencias, 2) La legitimación de las personas, 3) Los cambios de significados y 4) La creación de contextos.

A diferencia del modelo de Harvard, en la metodología circular-narrativa se trata de aumentar las diferencias, permitir que se manifiesten y aumenten hasta un determinado punto.

Al introducir caos en el orden se flexibiliza el sistema, se da la posibilidad de que aparezcan “estructuras disipativas”, que implica el surgimiento de alternativas que posiblemente no hubieran podido ni siquiera ser previstas, y a partir de éstas sí se podrá lograr un nuevo orden.

Un segundo rasgo de esta metodología es la legitimación a las personas, esto es de la tarea de “construcción para cada una de las personas de un lugar legítimo dentro de la situación”. La legitimación es tanto un principio de la mediación, como una técnica. Se fundamenta en dos pilares: Por un lado, la voluntariedad de las partes en acceder a la mediación y mantenerse en ella, y por otro en el trabajo del mediador para que el reconocimiento del otro avance y se consolide. Aquí vemos cómo se complementan los métodos, el circular-narrativo con el transformativo y su énfasis en el reconocimiento.

Un tercer elemento de este método, es cambiar el significado. El trabajo fundamental del mediador es construir una historia alternativa, que permita ver “el problema” desde otro ángulo, es decir, la metodología de Coob se orienta a la deconstrucción de las historias particulares y a la co-construcción de una historia alternativa y consensuada.

Finalmente, el cuarto aspecto de este modelo es la creación, enriquecimiento y manejo del contexto, teniendo en cuenta que puede cambiar y cuenta con condicionantes y oportunidades.

El proceso de mediación en el modelo narrativo cuenta con cuatro etapas y una fase previa de pre-reunión en la que se da a conocer a las partes las características del

proceso de mediación y se explica lo relativo a confidencialidad, firmándose un acuerdo al respecto. En el caso en que haya videograbación, se explica porque se hace y se firma un acuerdo de aceptación. En esta fase preliminar, se aclaran también los honorarios y se fija el tiempo máximo de encuentro.

2.1.5.4 La mediación en un contexto internacional

La adaptabilidad de la mediación a casi cualquier tipo de conflicto permite su utilización en ámbitos completamente dispares. Los MASC son comúnmente utilizados tanto en la esfera internacional pública y la privada.

Las cualidades personales de los mediados son un factor decisivo que en muchos casos define el carácter público o privado de la mediación. En los procesos de carácter público intervienen normalmente Estados situándose la mediación en otro plano y bajo reglas distintas, pero sin desvirtuar el espíritu básico del instrumento: “resolver una diferencia de forma pacífica”⁵⁴. El conflicto en el entorno internacional (normalmente entre sujetos del DIP) cobra dimensiones mayúsculas, cuyo alcance puede poner incluso en peligro el mantenimiento de la paz y la seguridad internacional, por lo cual se han instrumentado cuidadosos mecanismos de solución de controversias entre ellos la mediación⁵⁵.

REMIRO BROTONS afirma que la realidad de la resolución pacífica de controversias en la esfera pública se da en una sociedad entre Estados soberanos en situación de yuxtaposición, lo que hace necesario el consentimiento de los intervinientes para la solución pacífica de la controversia. La discrepancia debe ser evidente entre las partes y fijada a través de medios capaces de identificar la diferencia. Este autor también explica que actualmente existen dos opciones para la resolución de controversias internacionales : las no pacíficas y las pacíficas⁵⁶.

La doctrina reconoce dos métodos en la esfera internacional pública para la resolución de conflictos: el político o diplomático de un lado y los buenos oficios por el otro⁵⁷. La función de un método diplomático es facilitar el arreglo de una controversia a

⁵⁴ La carta de las Naciones Unidas en el artículo 33 consagra la necesidad de acudir a métodos pacíficos de solución de controversias.

⁵⁵ DIEZ DE VELASCO, M. *Instituciones de Derecho Internacional Público*. Tecnos, Madrid, 1997. p. 735.

⁵⁶ REMIRO BROTONS, A. *Derecho Internacional*. McGraw-Hill, Madrid, 1997. pp. 825- 826.

⁵⁷ MORENO PINO, I. *Derecho y diplomacia en las relaciones interamericanas*. Secretaria de Relaciones Exteriores y Fondo de Cultura Económica, México, 1999. pp. 514 y ss.

través de un acuerdo, es decir, preparar el camino para un entendimiento entre los interesados para concluir un acuerdo. La mediación internacional presupone la intervención de uno o varios Estados ajenos a la disputa, con el objeto de facilitar el diálogo y coadyuvar a la consecución de un acuerdo amistoso. FIXAS⁵⁸ señala que la mediación es por encima de todo “un ejercicio de comunicación que permite reconciliar los intereses de las partes en disputa, ayudándoles a encontrar una salida, pero sin imponerles una solución” .

La diferencia principal de los buenos oficios con la mediación radica en la intensidad de la intervención de facilitador. Los buenos oficios han sido utilizados para establecer o restablecer la comunicación entre las partes y sentar las bases para la negociación. En la mediación se intensifica el rol del mediador proponiendo soluciones (no vinculantes) y manteniéndose activo hasta la terminación del proceso.

De acuerdo a la Conferencia de Paz de 1907, la mediación y los buenos oficios pueden ser solicitados por los involucrados en un conflicto internacional a Estados ajenos al conflicto u ofrecida por estos últimos, sin que esto signifique un acto poco amistoso, en todo caso, las intervenciones serán tomadas en cuenta como un mero consejo desprovisto de todo carácter vinculante⁵⁹.

2.5.2 Conciliación

2.5.2.1 Concepto

De acuerdo con el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, la palabra conciliación proviene del latín *conciliatio – onis* y es la acción y efecto de conciliar. Es el acuerdo de los litigantes para evitar un pleito o desistir del ya iniciado.

En 1835, DE LA PEÑA Y PEÑA la definió como “el acto en que concurren las partes ante el alcalde, para que éste, con presencia de los fundamentos que lo motivaron, y oído el parecer de los hombres buenos, dicte la providencia que le parezca conducente a fin de componerlas y terminar su desavenencia sin más progreso”⁶⁰.

La conciliación es un intento para llegar a un entendimiento mutuo entre las

⁵⁸ FISAS, V. *Procesos de paz y negociación en conflictos armados*. Paidós, Barcelona, 2004. p. 129.

⁵⁹ HERNÁNDEZ PRADAS, S. *La Mediación en los conflictos internacionales*. Netbiblo, La Coruña, 2010. p. 261.

⁶⁰ PEÑA Y PEÑA DE LA, M. *Lecciones de práctica forense mejicana, escritas a beneficio de la Academia Nacional de Derecho Público y Privado de México*. Tomo I. Imprenta a cargo de Juan Ojeda. México, 1835. pp.75 y 76.

partes y un acuerdo razonable. Puede ser convocada por el juez quien colabora como un tercero, dirige la discusión e identifica los problemas. Es una institución procesal mixta, que consiste en que el juez, “*mediante la proposición de fórmulas adecuadas que éste debe concebir, y que en ningún caso deben dejar translucir su idea sobre el progreso o rechazo de la acción, obtiene la autocomposición del litigio, a la que las partes arriban celebrando una transacción*”⁶¹.

FLORES GARCÍA la define como “*un acuerdo celebrado entre quienes se encuentran ante un conflicto de intereses, con objeto de evitar un juicio o poner rápido fin a uno ya incoado (sin correr todos los trámites que, en otro caso, serían precisos para concluirlo)*”⁶².

De la lectura de lo anterior, podemos concluir que la conciliación es una forma autocompositiva de solución de los litigios que puede tener lugar antes del proceso o bien dentro de él, constituyendo en este último supuesto una de sus etapas. En ella interviene un tercero, el conciliador, quien además de propiciar la comunicación entre las partes tiene la facultad de proponer alternativas de solución al conflicto. Además puede llevarse a cabo de manera voluntaria u obligatoria.

Las partes tienen la libertad de adoptar o no alguna de las propuestas de solución del conciliador.

La finalidad de la conciliación es que las partes de manera conjunta adopten un acuerdo que analizará el juzgador y si está de acuerdo al derecho y lo aprobará y elevará a la categoría de cosa juzgada⁶³.

⁶¹WILDE, Z.D. *Mediación y conciliación*. Revista del Colegio de Abogados de Buenos Aires, Argentina, tomo 55, n°. 1, julio, 1995, pp. 9-10.

⁶²FLORES GARCÍA, F. *Arbitraje, conciliación, amigable composición*. Revista de la Facultad de Derecho de México. Tomo XL, México, UNAM 1995, p.79.

⁶³AÑÓN CALVETE, J. *Cosa juzgada, prejudicialidad y litispendencia*. El derecho.com. Disponible en: http://www.elderecho.com/tribuna/civil/Cosa-juzgada-prejudicialidad-litispendencia_11_883555001.html Fecha de consulta de 28 de junio de 2016. “En el art. 207.3 LEC hace referencia a la cosa juzgada formal en el sentido de que tal efecto se logra con la firmeza de las resoluciones judiciales y el tribunal del proceso en que hayan recaído deberá atenerse en todo caso a lo dispuesto en ellas. De ahí que el efecto de la cosa juzgada formal se entienda referido al proceso en el que la resolución alcanza este grado, quedando el Tribunal y las partes vinculados a lo resuelto en ella, en cuanto al efecto preclusivo, no pudiendo recurrir lo no recurrido, y en cuanto a impedir que una nueva resolución judicial dentro del mismo proceso vuelva a resolver lo ya resuelto (no se puede discutir ni resolver en ejecución de sentencia lo decidido en ella)”.

2.5.2.2 El conciliador⁶⁴

Es un tercero neutral que conoce sobre la materia del conflicto que tiene la facultad de proponer fórmulas para llegar a un acuerdo. Tiene como fin persuadir, orientar, proponer, capacitar e informar a las partes, también facilita la comunicación entre los participantes en el conflicto, da recomendaciones y sugerencias que ayudan a conseguir una solución que ponga fin al mismo.

El conciliador debe contar con los siguientes conocimientos y habilidades: Estratega, potenciador de la comunicación, líder directivo, creativo, imparcial y con gran capacidad de análisis de la conflictividad.

Frente al conflicto, la estrategia de un conciliador es: crear clima de confianza, fijar objetivos y reglas del juego, detectar el conflicto básico, organizar puntos de análisis para proponer opciones de arreglo, concretar y valorar opciones de arreglo y valorar acuerdos, compromisos y cerrar el proceso.

2.5.2.3 Etapas de la conciliación⁶⁵

Básicamente se identifican con las de la mediación, salvo la etapa de “*Propuesta de soluciones*”, en la que debido a la naturaleza de la conciliación y al papel más activo del conciliador, éste propondrá igualmente a las partes alternativas de solución al conflicto. Y son:

Introducción. La presentación. Introducción a la conciliación. Dudas iniciales de los participantes.

Búsqueda de la comunicación. Se pretende que los participantes puedan abrir sus canales de comunicación y expongan los elementos del conflicto.

Propuesta de soluciones. En ella, tanto las partes como el conciliador a través de una “lluvia de ideas” proponen las posibles soluciones al conflicto bajo el esquema ganar-ganar. Recordemos que en esta etapa no se califican las propuestas. El conciliador analizará el conflicto, identificará los puntos en que las partes están de acuerdo para delimitar la litis y a partir de ello, pasará de las posiciones a las necesidades y propondrá posibles soluciones que representen los intereses de ambas.

⁶⁴ Página del Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá. Disponible en: <http://www.cacccb.org.co/contenido/contenido.aspx?conID=116&catID=8>

⁶⁵ Página del Centro de Arbitraje y...op cit.

Selección de soluciones. Se evalúa la viabilidad de las diferentes opciones que se plantearon en la etapa anterior, se analizan todas las alternativas expuestas así como el impacto que tienen en el conflicto. El conciliador debe, en todo momento, animar a las partes para hacerse concesiones recíprocas y para adoptar alguna o algunas opciones tendientes a terminar con su conflicto.

El acuerdo. Esta etapa concluye el proceso de la conciliación y tiene lugar cuando las partes han logrado resolver su conflicto de manera exitosa, por lo que ahora es necesario formalizar el acuerdo. En él, las partes deben establecer los plazos para su cumplimiento así como garantías que aseguren que se procederá conforme a lo acordado.

2.5.3 Negociación

La negociación es un proceso durante el cual dos o más partes con un problema en común, mediante el empleo de técnicas diversas de comunicación, buscan obtener un resultado o solución que satisfaga de una manera razonable y justa sus objetivos, intereses, necesidades y aspiraciones⁶⁶.

La negociación es un arte, pero el pacto de negociar es un contrato que esté o no inserto, como el propio convenio arbitral, en un contrato principal y forme o no parte de un convenio complejo de resolución de controversias⁶⁷.

Es el hecho de plantear ante otro, de quien se quiere obtener una conducta, un resultado, o una cosa, una serie de propuestas tendientes a que él mismo otorgue voluntariamente aquello que queremos, en razón de nuestra oferta⁶⁸.

2.5.3.1 Tipos de negociación

Las clases de negociación⁶⁹ son:

a) Negociación competitiva: sea cual sea nuestra preferencia en cuanto al estilo de negociar existen circunstancias en las que es conveniente competir. Por ejemplo, cuando se trata de negociaciones que se realizarán por única vez y en las que el futuro

⁶⁶ COLAÍACOVO, J.L. *Negociación moderna. Teoría y práctica*. Ediciones Jurídicas Cuyo, Argentina, 1998, p.19.

⁶⁷ FERNÁNDEZ-BALLESTEROS, M.A. *Avenencia...* op cit., p.109.

⁶⁸ FALCÓN E. *Mediación obligatoria*. Ediciones Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2000, p.13.

⁶⁹ PONTI, F. *Los Caminos de la Negociación. Personas, estrategias y técnicas*. Granica, Argentina, 2007, pp. 26-27.

de la relación no tiene importancia.

b) Negociación colaborativa: para muchas personas y en muchas culturas resulta difícil y quizás hasta imposible la colaboración, sin embargo la mayoría de las labores diarias las realizamos precisamente de esa manera, de hecho sin colaborar no podríamos funcionar en sociedad. Colaborar no es una cuestión ética sino de eficiencia.

c) Negociación evitativa: no siempre es bueno negociar, en algunos casos es preferible mediar, conciliar, ir al arbitraje o al proceso judicial. En ocasiones podemos entablar una negociación sin que nos interese lo que pueda derivar de ella o la relación con la otra parte.

e) Negociación compromiso: este tipo de estilo de negociar se refiere a que debemos tener la capacidad para cerrar negociaciones de compromiso en donde tanto el resultado como la relación son importantes pudiendo sacrificar (dependiendo el caso) un poco de ambas para lograr llegar al acuerdo. Se requiere precisión, rapidez y tacto para conseguirlo.

f) La negociación puede ser también distributiva e integrativa⁷⁰: esta clasificación tiene su origen en el trabajo de WILTON y MACKERSIE sobre la negociación colectiva. En la negociación distributiva los resultados de las partes están inversamente relacionados, de forma que si uno gana el otro pierde. Este tipo de negociación suele aparecer cuando se trata de aspectos cuantificables, dicotómicos o cuando se negocia un único elemento. También se le llama negociación de suma cero. En la negociación integrativa los resultados de las partes pueden estar directamente relacionados de forma que es posible que todas las partes pueden salir beneficiadas del proceso negociador. El objetivo de la negociación es la distribución óptima de los recursos. Se suele dar este tipo de negociación en aspectos no cuantificables. También se le denomina negociación de suma variable.

2.5.3.2 El negociador

Los negociadores son profesionales que tratan de obtener beneficios para sí mismos o para su cliente mediante el empleo de técnicas para congeniar, persuadir y comunicar.

⁷⁰ MUNDUATE JACA, L. *Gestión del conflicto, negociación y mediación*. Ediciones Pirámide, Madrid, 2013, pp.125-126.

Según HENON-RISSO⁷¹, las características del buen negociador son:

- a) Pensar rápido y claro: se requiere de una mente estructurada y ágil.
- b) Buena y fácil expresión: se indispensable saber comunicarse con eficiencia, teniendo un conocimiento de la situación en que se encuentra.
- c) Capacidad de análisis y de síntesis: es muy importante analizar las expresiones de los demás e identificar aquellas que nos favorecen, las que se oponen a nuestros intereses y las que favorecen una solución.
- d) Ser impersonal: el negociador no debe perder la calma, debe tener en mente siempre nuestros objetivos en lugar de sus inclinaciones personales.
- e) Paciente: permitir que la otra persona se exprese de manera completa, mostrando sus puntos de vista y sus estrategias suele facilitar la resolución de problemas sin la necesidad de discutir.
- f) Empatía: es importante considerar objetivamente las ideas de las otras personas.
- g) Tacto, mantener compostura y autocontrol: es importante respetar a la gente y conocer la naturaleza humana.
- h) Buen humor: no se puede ganar todo en las negociaciones. Es primordial saber hacer concesiones y desplegar buen humor favorece la obtención de buenos resultados y las relaciones futuras.

2.5.4 Arbitraje

De acuerdo con el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, arbitraje es la acción o facultad de arbitrar. Arbitrar significa: resolver, de manera pacífica, un conflicto entre partes.

Para BECERRA BAUTISTA⁷², es la institución jurídica que permite a las partes confiar la decisión de una controversia a uno o más particulares.

SIQUEIROS PRIETO⁷³ afirma que el arbitraje como método, involucra un proceso en que, un tercero ajeno a las partes (árbitro) y designado normalmente por ellas, resuelve una diferencia que puede surgir o que ya ha surgido entre las mismas. Las facultades jurisdiccionales del árbitro derivan del consenso acordado por las partes

⁷¹ HENÓN-RISSO, J / EN MARALET, J. *Negociación en acción*. Díaz de Santos, Madrid, 2007, pp. 9-11.

⁷² BECERRA BAUTISTA, J. *El proceso civil en México*. Porrúa. México, 1999, p.17.

⁷³ SIQUEIROS PRIETO, J.L. *El arbitraje y...op cit.*, p.35.

involucradas en la controversia.

El requisito *sine qua non* para someter un conflicto a la decisión de un árbitro es la existencia de un consenso entre las partes. Por virtud del convenio arbitral, las partes deciden someter al arbitraje la controversia que haya surgido o que puedan surgir entre ellas respecto de una determinada relación jurídica, contractual o no contractual. El acuerdo de arbitraje podrá adoptar la forma de una cláusula compromisoria incluida en un contrato o la forma de un acuerdo independiente⁷⁴.

Puede concluirse que el arbitraje, es una forma heterocompositiva extraprocesal, que se funda en el principio de la autonomía de la voluntad de las partes, ya que éstas someten sus diferencias a la consideración de un particular, un tercero neutral denominado árbitro que decide la controversia mediante la emisión de un laudo, que tiene carácter vinculante para las partes y cuya ejecución corresponde a la autoridad judicial competente previa homologación. Según el art. 43 LA el laudo produce efectos de cosa juzgada y además este mismo precepto dispone que contra el laudo sólo cabrá ejercitar la acción de anulación⁷⁵ y, en su caso, solicitar la revisión conforme a lo establecido en la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil para las sentencias firmes. Al ser cosa juzgada, el juez no estudiará el fondo del asunto pero sí la forma, es decir, el procedimiento del arbitraje y en particular tendrá en cuenta, que hayan sido satisfechos los requerimientos que son de interés público.

2.5.4.1 Clases de arbitraje

Conforme a SIQUEIROS PRIETO⁷⁶, el arbitraje puede clasificarse de la siguiente manera:

- Arbitraje interno y arbitraje internacional⁷⁷. El arbitraje interno es

⁷⁴ De acuerdo con el artículo 9 LA respecto a la forma y contenido del convenio arbitral.

⁷⁵ Ya antes de la vigente LA también se preveía el recurso de anulación. Así lo señala, ÁLVAREZ SÁNCHEZ DE MOVELLÁN en su libro *La anulación del laudo arbitral*. Comares, Granada, 1996, p. 10. “Dicho laudo se puede concluir que es definitivo ya que ha sido dictado por los árbitros además de notificado a las partes de modo fehaciente; sin embargo, aún será posible la interposición, contra el mismo, de recurso de anulación”.

⁷⁶ SIQUEIROS PRIETO, J.L. *El arbitraje y...* op cit., p.36.

⁷⁷ Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje. Artículo 3. Arbitraje internacional. El arbitraje tendrá carácter internacional cuando en él concurra alguna de las siguientes circunstancias: que, en el momento de celebración del convenio arbitral, las partes tengan sus domicilios en Estados diferentes, que el lugar del arbitraje, determinado en el convenio arbitral o con arreglo a éste, el lugar de cumplimiento de una parte sustancial de las obligaciones de la relación jurídica de la que dimane la controversia o el lugar con el que ésta tenga una relación más estrecha, esté situado fuera del Estado en que las partes tengan sus domicilios y que la relación jurídica de la que dimane la controversia afecte a intereses del comercio internacional.

aquel que se desarrolla en un país con sujeción a las leyes de ese país, para resolver litigios sobre derechos y obligaciones que producen efectos jurídicos en territorio de ese país. En nuestro caso España y el arbitraje internacional es aquel que produce efectos en diferentes estados y se rige de conformidad con el derecho internacional público cuando las partes son sujetos de ese derecho o por el derecho internacional privado, del arbitraje comercial internacional, cuando las partes son personas privadas.

- Arbitraje de derecho público y arbitraje de derecho privado. El primero es aquel que conoce de controversias que tienen su causa en normas de Derecho Civil o Mercantil y el segundo es aquel en el que al menos una de las partes representa intereses públicos o nacionales que prevalecen en el proceso.

- Arbitraje civil y mercantil. Representa una forma no judicial de dirimir conflictos, mediante la que las personas naturales o jurídicas convienen en someter a la decisión de uno o de varios árbitros (siempre número impar) las cuestiones litigiosas surgidas, o que puedan surgir, en materias de su libre disposición conforme a derecho. El primero en materia civil y el segundo en mercantil.

- Arbitraje en derecho y arbitraje en equidad. El primero también se denomina Arbitraje Iuris, es aquel en el cual los árbitros deben fundamentar su laudo teniendo en cuenta las normas sustantivas vigentes y la tarifa legal probatoria y el segundo es aquel arbitraje en el cual los árbitros profieren su fallo sin la sujeción a las reglas del derecho probatorio ni al derecho sustantivo vigente. Las partes son las que deben optar por un tipo u otro. Los árbitros sólo deciden en equidad si las partes les han autorizado expresamente para ello, en caso contrario decidirán en derecho⁷⁸ (art. 34 LA).

2.5.4.2 El árbitro

LEDESMA NARVÁEZ sostiene que el árbitro “es la persona natural que interviene para definir heterocompositivamente el conflicto o situación jurídica incierta, como expresión de la voluntad de las partes contratantes bajo un ámbito de

⁷⁸ VEGAS TORRES, J. *Derecho Procesal Civil, Proceso Concursal y Arbitraje*. Universitaria Ramón Areces, Madrid, 2004, pp. 106-109.

confidencialidad”⁷⁹.

Hay que tener en cuenta que no habrá arbitraje sin convenio arbitral. Y una vez que halla convenio tendrá que producirse una controversia entre las partes respecto de una determinada relación jurídica contractual o de otra naturaleza, a la que haga referencia el convenio. Ante esto, las partes deberán ponerse de acuerdo y designar a la persona que solucione la incertidumbre planteada, la cual se denominará árbitro.

El árbitro es, visto de este modo, toda persona natural que posee plena capacidad de ejercicio y que, luego de haber aceptado la designación, tiene como función resolver la incertidumbre jurídica planteada por las partes dentro de un arbitraje que garantice el respeto a la Constitución, a toda norma que interese al orden público y a las buenas costumbres, y a las leyes imperativas⁸⁰.

2.5.4.2.1 La misión del árbitro

En España, la naturaleza de la función del árbitro ha sido claramente delimitada por el Tribunal Constitucional: la función del árbitro no puede confundirse con la que es propia de un negociador. Su cometido es el de dirimir los conflictos surgidos entre las partes y dirimirlos, además, bien con arreglo a Derecho, bien en equidad, según los casos (...).

Los árbitros no defienden los intereses de cada parte, sino que, designados por éstas, sólo buscan la solución que, en Derecho o en equidad, mejor proceda al asunto litigioso, todo ello, claro está, desde la obligada imparcialidad que de todo sujeto dirimente ha de predicarse y con la que entraría inevitablemente en pugna la concepción que del arbitraje se defiende en la demanda como una institución más próxima a la negociación de intereses encontrados que a la solución dirimente de conflictos⁸¹.

⁷⁹ LEDESMA NARVÁEZ, M. *Jurisdicción y Arbitraje*. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 2009, p. 66.

⁸⁰ MUNNÉ CATARINA, F. *La administración del arbitraje. Instituciones arbitrales y procedimiento pre-arbitral*. Aranzadi, Navarra, 2002, pp. 72 y 73.

⁸¹ CORDÓN MORENO, F. *Notas sobre la imparcialidad de los árbitros en la Ley española*. Revista Peruana de Arbitraje, n° 7, pp. 155 y 156.

CAPÍTULO 3: LA MEDIACIÓN EN ASUNTOS CIVILES Y MERCANTILES EN ESPAÑA. LEY 5/2012, DE 6 DE JULIO.

3.1 ASPECTOS GENERALES DE LA MEDIACIÓN CIVIL Y MERCANTIL EN LA REGULACIÓN ESTATAL.

3.1.1 El contexto histórico de la mediación en España

Analizando la realidad histórica española, es visible la presencia de actividad autocompositiva desde la Era Visigoda. Como señala CARBALLO MARTÍNEZ⁸², se estableció para los visigodos un juez inferior godo llamado *thiufadus*, con jurisdicción sobre su grupo, o *Thiufa*, para cada grupo de mil, de cien hombres e incluso para los grupos de familias; y los grandes propietarios territoriales o señores ejercieron también una práctica mediadora, componedora o juzgadora, en determinadas causas, sobre los habitantes de sus dominios. En el siglo IV se destaca la figura del *Defensor Civitatis* o *Defensor Plebis*, que actuaba como mediador entre los plebeyos y los curiales. Ya en la Edad Media los *boni homines* se asemejaban a mediadores, pues buscaban a través de la mediación una fórmula decisiva de concordia y de pacificación mucho mayor que el recurso a la violencia o a las sentencias de los tribunales externos. La figura de un tercero componedor distinto del juez reaparece en el Fuero Juzgo, en el Fuero Viejo de Castilla y aún en el Fuero Real de España, sin otorgarse una denominación específica, pudiendo ser un árbitro, conciliador o mediador.⁸³

El período constitucional y concretamente la Constitución liberal de 1812 recogió la mediación en el art. 283 al reconocer que el alcalde, con dos hombres buenos, nombrados uno por cada parte, oirían al demandante y el demandado o para que se enteraren de la razones en que respectivamente apoyaran su intención dictando, después una providencia de avenencia que las partes podrían aceptar voluntariamente para terminar el conflicto. En la legislación civil la actividad compositiva o componedora es también una constante. De hecho el Código Civil de 1889, que se mantiene en vigor, regula la transacción en los artículos 1809 y ss., y el artículo 402 se

⁸² CARBALLO MARTÍNEZ, G., *La mediación administrativa y el Defensor del Pueblo*. Aranzadi, Navarra, 2008, pp. 35-45.

⁸³ CARBALLO MARTÍNEZ, G., *La mediación administrativa...op cit.,pp. 35-45.*

refiere a los amigables componedores. En verdad, España tiene un modelo milenario de justicia componedora que es el Tribunal de las Aguas de Valencia, “una de las formas más sólidas y antiguas instituciones populares para regular conflictos”.⁸⁴

3.1.2 Base legal de la Ley 5/2012

3.1.2.1 La Directiva 2008/52/CE del Parlamento Europeo y del Consejo sobre ciertos aspectos de la mediación en aspectos civiles y mercantiles

Esta Directiva es la culminación del conjunto de trabajos sobre los Medios Alternativos de Resolución de Controversias hechos en la Unión Europea a partir del Plan de Acción de Viena de 1999 y las conclusiones del Consejo Europeo de Tampere de 1999. Entre éstos se pueden contar: el LVMA, el Código de Conducta Europeo para Mediadores, así como los instrumentos y propuestas previas en materia de consumo, familia, relaciones laborales, de comercio electrónico, etc. Previo a la aprobación del Proyecto de Directiva se hablaba de crear un modelo europeo de mediación, aun cuando este fuera de mínimos, que permitiera homologar y dotar de efectividad a los acuerdos transfronterizos que se generen a través de una mediación, siempre teniendo en cuenta la promoción e implementación de los MASC como política prioritaria en la UE con ánimo de mejorar el acceso a la justicia.⁸⁵

La aprobación final de la Directiva 2008/52/CE resulta de la propuesta presentada por la Comisión Europea en 2004 y evaluada por el Comité Económico y Social Europeo⁸⁶ en junio de 2005. Anteriormente, y concretamente en el ámbito del Consejo de Europa, la mediación ya constituía una de las preocupaciones en materia de justicia, como demuestra su previsión en algunos documentos normativos. Dicha Directiva constituye el marco normativo en la UE con el objetivo de promover la uniformidad en los Estados miembros y como vehículo de difusión de la mediación. En

⁸⁴ DIEGO VALLEJO, R. / GUILLÉN GESTOSO, *Mediación: proceso, tácticas y técnicas*. Pirámide, Madrid, 2006, p. 30.

⁸⁵ RHYS CLIFT, N. *The phenomenon of mediation: judicial perspective and an eye on the future*, The Journal of International Maritime Law, United Kingdom, vol.15, nº6, noviembre-diciembre, 2009, p. 513. Disponible en:

[https://www.cpradr.org/Portals/0/Resources/Articles/The%20phenomenon%20of%20mediation%20-%20judicial%20perspectives%20and%20an%20eye%20on%20the%20future%20\(JIML\).pdf](https://www.cpradr.org/Portals/0/Resources/Articles/The%20phenomenon%20of%20mediation%20-%20judicial%20perspectives%20and%20an%20eye%20on%20the%20future%20(JIML).pdf) Fecha de consulta 30 de abril de 2016.

⁸⁶ Mediante Dictamen con la referencia 2005/C 286/01, publicado en el Diario Oficial de la Unión Europea, 17 de noviembre de 2005.

su art. 1, prescribe que se deberá promover una relación equilibrada entre la mediación y el proceso judicial, lo que nos parece fundamental en la promoción de este mecanismo como un medio complementario y no sustitutivo de los tribunales.⁸⁷ Quedan excluidas del ámbito de la Directiva “las gestiones que el órgano jurisdiccional o juez competente, para conocer del conflicto, realice en el contexto de un proceso judicial relativo a dicho conflicto, así como los casos en los que el órgano jurisdiccional o el juez competente solicitan ayuda o asesoramiento de una persona competente”.⁸⁸

Esta Directiva vino a exigir en su art. 6 que los acuerdos en mediación serán dotados de fuerza ejecutiva a través de resolución jurisdiccional o acto auténtico de otra entidad competente, lo que hace necesaria la existencia de un control externo o exógeno para la mediación⁸⁹.

3.1.2.2 El Anteproyecto de la Ley de Mediación

Fruto de la Disposición Final tercera de Ley la 15/2005, de 8 de julio, por la que se modifican el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de separación y divorcio determina que el Gobierno debe remitir a las Cortes un proyecto de ley sobre mediación y de la Directiva 2008/52/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 21 de mayo de 2008 sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles. De ahí que se empezara a trabajar en el Anteproyecto de Ley de mediación en asuntos civiles y mercantiles⁹⁰ de 19 de febrero de 2010.

Debemos tener en cuenta que nuestro legislador podría haber optado por modificar los distintos textos normativos que se pudieran ver afectados con la introducción de la mediación en nuestro sistema jurídico (así, por ejemplo el Código Civil, la Ley Enjuiciamiento Civil...) o bien por redactar un texto único que regule la mediación en su conjunto, que como sabemos, es la opción elegida por nuestro legislador.

⁸⁷ MARQUES CEBOLA, C., *La mediación...* op cit., p. 88.

⁸⁸ Considerando el art. 12 de la Directiva 2008/52/ CE.

⁸⁹ El Proyecto de Ley de Mediación en asuntos civiles y mercantiles en España preveía en su art. 26 que el acuerdo de mediación tendría eficacia ejecutiva y sería título ejecutivo suficiente para poder instar la ejecución forzosa, sin embargo, esta opción legislativa ha cambiado y la Ley 5/2012 de 6 de julio, exige en su art 25 la constancia en escritura pública del acuerdo alcanzado tras un procedimiento de mediación, para su formalización como título ejecutivo.

⁹⁰ PRATS ALBENTOSA, L. *La nueva regulación europea de la mediación*. Diario La Ley, nº6958, junio de 2008, p. 8.

En dicho Anteproyecto se define la mediación como una “negociación estructurada”, no siendo éste el término más adecuado, puesto que la negociación es otro mecanismo autocompositivo de resolución de conflictos. Quizá hubiera sido conveniente eludir dicho término y definir la mediación como un procedimiento extrajudicial de resolución de conflictos.

El CGPJ, en el Informe realizado al Anteproyecto, pone de manifiesto que el concepto proporcionado en el texto es impreciso y que se debiera cuidar más este aspecto, más si cabe cuando el acuerdo alcanzado va a adquirir fuerza ejecutiva. Proponiendo la siguiente definición: “A los efectos de esta Ley se entiende por mediación aquel medio alternativo de solución de conflictos que, a través del procedimiento legalmente previsto, se dirige a intentar alcanzar la solución extrajudicial de un conflicto mediante el acuerdo y por voluntad de las propias partes interesadas, con la preceptiva intervención de uno o varios mediadores que no podrán tener funciones decisorias⁹¹”.

3.1.3 Concepto de mediación en la Ley 5/2012

Conforme a dicha Ley, se puede definir la mediación como “un instrumento eficaz para la resolución de controversias cuando el conflicto jurídico afecta a derechos subjetivos de carácter disponible. 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” (Preámbulo II).

3.1.4 Ámbito material

El propio rótulo de la Ley 5/2012, acota como materia propia y exclusiva de su regulación la mediación en asuntos civiles y mercantiles. Y en su texto se consagra expresamente que sus normas no son aplicables a la mediación penal, la de aquellos

⁹¹ PELAYO LAVÍN, M. *La mediación como vía complementaria de resolución de conflictos*. Salamanca 2011. Disponible en: http://gredos.usal.es/jspui/bitstream/10366/110555/1/DDAFP_Pelayo_Lavin_M_LaMediacion.pdf Fecha de consulta: 14 de marzo de 2016.

conflictos que puedan existir con las Administraciones Públicas, la laboral y la que se refiere a la materia de consumo. Así lo dice expresamente el párrafo segundo del artículo 2. La materia civil y mercantil acotada por la Ley propone un amplio abanico de cuestiones que, bajo tan genérico rótulo, puede ser objeto de mediación en los términos disciplinados por esta Ley.

El acotamiento de los asuntos civiles y mercantiles sujeto a las pautas de la Ley 5/2012 implica una necesaria referencia no sólo en las materias de Derecho Civil y Mercantil que puedan ser objeto de las disciplinas universitarias acotadas bajo estos títulos, sino que has de incluir, sin duda, de aquellas cuestiones que puedan ser objeto de los procesos de carácter civil que constituyen la materia de ese orden ante la jurisdicción ordinaria. El ámbito de lo civil y mercantil es ciertamente amplísimo en el panorama de la convivencia, de la economía y de la ciudadanía de nuestro tiempo. Y además, es amplitud objetiva de lo jurisdiccionalmente civil se ensancha a través de la Ley 5/2012, incluyendo en el campo de su vigencia los conflictos transfronterizos. Ello se explica porque, a pesar de tratarse de una vieja aspiración propiamente sentida en nuestro mundo jurídico, la promulgación de la Ley 5/2012 ha tenido que llegar por la presión de los plazos de incorporación al Derecho Español de la Directiva 2008/52 CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 21 de mayo de 2008. De todas formas, ha de entenderse que la mediación ha alcanzado rango normativo no sólo con una exigencia del derecho común europeo, sino como respuesta a la necesidad de construir un nuevo drenaje al insostenible embalse de asuntos que muestra jurisdicción ordinaria soporta. La mayor parte de quienes se han asomado al análisis de la Ley 5/2012 convienen en que estamos ante un intento más de búsqueda de soluciones a los conflictos por vías diferentes, que no excluyentes, del ejercicio jurisdiccional.⁹²

3.1.5 Finalidad de la Ley 5/2012 del 6 de julio, sobre mediación en asuntos civiles y mercantiles.

La aprobación de la Ley 5/2012, de 5 de marzo, de mediación en asuntos civiles y mercantiles, ha llevado como consecuencia a la necesidad de introducir cambios necesarios en la Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000, a fin de adaptar toda la regulación del régimen legal de la mediación al proceso civil, porque no se puede desconectar la

⁹² SÁEZ HIDALGO, I. / DORRIEGO DE CARLOS, A. *Arbitraje y Mediación*. Lex Nova, Valladolid, 2013, p. 229.

introducción de los mecanismos de evitación del proceso civil con el proceso en sí mismo. Y ello, en base a la necesidad de complementar los acuerdos que se alcancen en la mediación con la necesidad de su ejecución, por un lado, y, por otro, con la derivación a la mediación de los casos en los que con carácter previo las partes hayan pactado la derivación a la mediación⁹³.

Dicha ley, supone el cumplimiento definitivo de los mandatos legales, tanto internos como de la Directiva Europea en esta materia, superando los mínimos que ésta había establecido, en la línea del Proyecto de Ley de 29 de abril de 2011.

En la Exposición de Motivos de la Ley 5/2012 se señala que “la regulación de esta norma conforma un régimen general aplicable a toda mediación que tenga lugar en España y pretenda tener un efecto jurídico vinculante, si bien circunscrita al ámbito de los asuntos civiles y mercantiles”.

Parece desprenderse de esta afirmación, que la nueva regulación de la mediación es aplicable a todo el territorio nacional y a todas las materias referidas a asuntos civiles y mercantiles⁹⁴.

Esta Ley tiene tres finalidades básicas: en primer lugar, pretende sentar las bases de la mediación con carácter general; en segundo lugar, su finalidad es armonizar la mediación con la jurisdicción; y por último, establece mecanismos para fomentar este sistema autocompositivo de resolución de conflictos en materias disponibles civiles y mercantiles, frente a la jurisdicción⁹⁵.

El legislador para impulsar la mediación ha contemplado las siguientes medidas:

- El propósito de las Administraciones Públicas es informar sobre la mediación a los órganos jurisdiccionales y al público como alternativa al proceso judicial.
- Respecto a los ciudadanos, solo se prevé la intención de incluir la mediación dentro del asesoramiento y orientación gratuitos previos al proceso, previstos en el artículo 6 de la Ley de Asistencia Jurídica Gratuita Ley 1/1996, de 10 de enero.

⁹³ MAGRO SERVET, V. *Afectación al proceso civil del Real Decreto Ley 5/2012, de 5 de marzo, de mediación en asuntos civiles y mercantiles. Procedimiento*. Revista Práctica de Tribunales, nº 93, mayo 2012, pp.3 y 4.

⁹⁴ SANCHEZ MARTÍN, P. *Incidencia de la mediación en el proceso civil*. Revista Práctica de Tribunales, nº 98-99, noviembre-diciembre 2012, p.3.

⁹⁵ MUNNE CATARINA, F. / VIDAL TEXIDÓ, A. *La mediación. Resolución pacífica de conflictos*. La Ley, Madrid, 2013, p. 132.

- Respecto a los órganos jurisdiccionales, no se dice cómo se va a realizar (si con cursos de formación o de otra forma), únicamente se prevén cambios legales en la Ley de Enjuiciamiento Civil para permitir una posible mediación iniciado el proceso judicial.⁹⁶

3.1.6 Tipos de mediación que aborda la Ley 5/2012

En lo que concierne a la gestión de la mediación es común distinguir la mediación privada, por un lado, y mediación pública, por otro.

La mediación será privada si es desarrollada por mediadores elegidos por las partes, éstos son profesionales liberales que ofrecen su labor y conocimientos relativos a resolución de conflictos por mediación. Este tipo de mediación se sustenta sobre un contrato privado de prestación de servicios celebrado entre las partes y el mediador, en uso de su autonomía privada. La gestión de la mediación privada es asegurada por entidades, fundaciones o personas jurídicas privadas o por el propio mediador como profesional liberal.

Por el contrario, en la mediación pública el mediador es un profesional que presta sus servicios en el ámbito de la Administración Pública, siendo los sistemas de mediación administrados por órganos públicos⁹⁷. En efecto, el Estado u otros órganos públicos de gobierno interviene de alguna forma en la aplicación del método al caso concreto, o a través del nombramiento del mediador, ya sea a través de la recepción de las solicitudes de mediación y remisión del proceso hacia el mediador, disponiendo un servicio administrativo e institucional.

La diferencia entre mediación pública y privada se manifiesta así en el vínculo institucional o privado del mediador que, se proyecta también, en términos de honorarios. En lo que concierne a la mediación privada “los honorarios que se

⁹⁶ MUNNE CATARINA, F. / VIDAL TEXIDÓ, A. *La mediación. Resolución...* op cit., p. 133.

⁹⁷ GIL NIEVAS, R, *La Directiva de Mediación en la Comunidad Europea. Métodos alternativos de solución de conflictos: perspectiva multidisciplinar*. Dykinson, Madrid, 2006, p. 40. Este autor considera que el “carácter público puede derivar de diversos factores. Así, de que la propia Administración o Corporaciones (piénsese en los Colegios profesionales) ofrezcan servicios de mediación, velen por la cualificación y responsabilidad de los mediadores, etc...Pero quizá el carácter público puede entenderse que provendría esencialmente de la particular relación que pueda tener la mediación con el proceso judicial y, en concreto, de la posibilidad de que el Tribunal pueda propiciar o remitir a la mediación, de las consecuencias sobre la prescripción para el ejercicio de acciones y de suspensión de los plazos para la realización de actos procesales, del secreto profesional, de la especial eficacia de la que pueden quedar dotados los acuerdos alcanzados como consecuencia de la mediación, muy distinta a la de los contratos e incluso de la imposición por ley del intento de mediación como requisito previo a la apertura de un proceso judicial”

devenguen por la intervención del mediador han de ser libremente concertados entre el mismo y las partes, sin que en ningún caso pueda ser establecida cuota litis. Los honorarios del mediador público serán regulados por la administración correspondiente, en el caso en el que no se oferte la gratuidad del servicio”⁹⁸.

Además de la anterior clasificación también hay que tener en cuenta la siguiente que desarrollaremos al final del trabajo:⁹⁹

Extraprocesal: No es un paso necesario previo al proceso. Pues los ciudadanos pueden acudir directamente a los tribunales sin necesidad de acudir a mediación previamente. En ocasiones se le sustituye por conciliación, ya que suele realizarse ante un organismo público (Centros oficiales de medios alternativos)

Intraprocesal: Se realiza dentro de un proceso judicial. Suele ser sustituida por la conciliación.

Como mención a parte, merece especial atención la mediación electrónica, como subespecie o subtipo de la mediación, la cual está avalada por la Ley 5/2012 en su art. 5.2; destaca por la especificidad del empleo de mecanismos telemáticos y tecnológicos en el procedimiento de resolución del conflicto a través de esta forma complementaria de Administración de la Justicia¹⁰⁰.

3.1.7 Principios que rigen la mediación según la Ley de Mediación 5/2012

FIERRO FERRÁEZ destaca que parte del éxito de los programas de mediación es el resultado de la aplicación de los principios que rigen a los medios alternativos de solución de conflictos, pues constituyen herramientas que permiten evaluar tanto la normatividad que rige a los centros de mediación, como el desempeño de los mismos;

⁹⁸ BLANCO CARRASCO, M, *La alternativa de la mediación en conflictos de consumo: presente y futuro*, Anuario Jurídico y Económico Escorialense, nº42, 2009, p.143. Cuando refiere que el carácter gratuito del servicio de mediación es una nota caracterizadora de un sistema público. En efecto, los sistemas de mediación familiar y laboral en Portugal tienen costos para las partes fijados previamente y comunes a todos los procesos. Al contrario, el sistema de mediación penal es gratuito para las partes. De este modo, es claro que la gratuidad no es una característica presente en todos los sistemas públicos, pudiendo existir o no.

⁹⁹ VADO GRAJALES, L.O. *Medios alternativos de resolución de conflictos. Mecanismos para acercar la justicia a la sociedad*. Centro de Estudios de Justicia de Las Américas. MARC. Art. 3860. Disponible en: <http://comunidad.vlex.com/aulavirtual/vado.html>. Fecha de consulta: 20 de enero de 2016.

¹⁰⁰ MARTÍN DIZ, F. *Mediación electrónica: regulación legal y posibilidades de aplicación*. Revista Práctica de Tribunales, nº 98-99, noviembre-diciembre 2012, p.4.

además de conformar el parámetro para evaluar el procedimiento de mediación.¹⁰¹ Los principios, según la Ley 5/2012 son los siguientes¹⁰²:

3.1.7.1 Principio de voluntariedad y libre disposición

Hasta 1984, para poder acudir a la vía judicial era preciso intentar la conciliación previa; actualmente tiene carácter meramente facultativo, pues ya no resulta obligado acudir a ella como paso previo a la interposición de la demanda.

La voluntariedad constituye una condición *sine qua non* de la mediación en la medida que la ausencia de este principio haría inviable *ab initio* cualquier discusión en torno al conflicto existente. Del artículo 6.1 y 6.3 de la Ley 5/2012 se deduce que nadie puede ser obligado a argumentar puntos de vista en contra de su voluntad por lo que la obligatoriedad del recurso a la mediación podría dar lugar al silencio de las partes que haría inviable cualquier discusión y, con ello, cualquier opción a la solución del conflicto de forma dialogada.

Precisamente, sobre esto, el Libro Verde¹⁰³ sobre los modos alternativos de resolución de los litigios en materia civil y mercantil propugna en su apartado 64 que “podría ser inútil obligar a alguien a participar en un ADR contra su voluntad, en la medida en que el éxito del proceso depende de esa misma voluntad”¹⁰⁴.

La Directiva 2008/52/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 21 de mayo de 2008 sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles, consagra el principio de voluntariedad en el artículo 3, párrafo a), refiriendo que en la mediación las partes intentan voluntariamente alcanzar por sí mismas el acuerdo para su disputa.

¹⁰¹ FIERRO FERRÁEZ, A.E. *Manejo de conflictos y mediación*. Oxford, México, 2010, p. 28

¹⁰² Aunque no se nombra en la Ley 5/2012, debemos darle especial importancia al Principio de Profesionalidad, el cual, se me menciona en la Directiva 2008/52/CE; ésta obliga a los Estados miembros a fomentar la formación de los mediadores y elaborar y asegurar el respeto de códigos voluntarios de conducta, así como otros mecanismos eficaces de control de calidad de la provisión de los servicios de mediación. El art. 12 del Proyecto de Mediación en asuntos civiles y mercantiles establece una serie de condiciones para ejercer de mediador.

¹⁰³ ÁLVAREZ SACRISTÁN, I. *La mediación civil y mercantil*. Gomylex, Bilbao, 2012, pp. 22-23.

El 19 de abril de 2002 se presentó por la Comisión el denominado Libro Verde sobre las medidas alternativas de solución de conflictos en el ámbito de derecho civil y mercantil. Este libro planteaba una serie de consultas a los Estados miembros sobre los distintos aspectos, estableciendo una síntesis sobre lo que se iba a denominar “ADR” terminología que se empleará a partir de este momento.

¹⁰⁴ Libro verde sobre *los modos alternativos de resolución de los litigios en materia civil y mercantil*, presentado por la Comisión Europea en abril de 2002, referencia COM (2012) 196 final y disponible en <http://europa.eu/scadplus/leg/pt/lvb/l33189.htm> Fecha de consulta: 16 de diciembre de 2015.

El principio de voluntariedad afecta a todo el procedimiento de mediación, no sólo está presente en la decisión de someter al conflicto resolución a través de este método, sino también desde el momento en que las partes pueden renunciar al mismo en cualquiera de sus fases, sin que la otra se pueda oponer, y sin tener que aportar razón justificada alguna. Según el artículo 6.1 de la Ley 5/2012 “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”.

Como contraposición a esa voluntariedad de la mediación en nuestro país, se puede señalar el caso de Argentina, cuando en 1925, fue aprobada la mediación obligatoria por la Ley Número 24.573, en el ámbito de los procesos civiles y mercantiles, mantenida por la Ley Número 26.589 de Mediación y Conciliación, promulgada el 3 de mayo de 2010, que establece con carácter obligatorio la mediación previa a todo proceso judicial.¹⁰⁵ Algo similar se intentó en España con el Proyecto de Ley de Mediación de 2011, en donde su artículo 7 prescribía que la mediación era voluntaria, sin perjuicio de la obligatoriedad de su inicio cuando lo prevea la legislación procesal. Pues bien, se preveía reformar la LEC para obligar acudir a la mediación antes de acceder a la vía judicial en aquellos asuntos cuya objeto fuera reclamaciones de cantidad cuya cuantía no excediese de 6000 € y no se refiriese a ninguna de las materias del apartado 1 del artículo 250 o a una materia de consumo y, además el intento de mediación se debía producir en los seis meses anteriores a la interposición de la demanda¹⁰⁶.

El art. 6.2 de la Ley 5/2012 nos indica que cuando exista un pacto por escrito por el que las partes se comprometan a someter a mediación las controversias entre éstas, se deberá de intentar el procedimiento pactado de buena fe antes de acudir a la jurisdicción

¹⁰⁵ Ley número 26.589 promulgada a través del Decreto Nacional número 619/2010 y publicada en el Boletín Oficial el 6 de mayo de 2010:

Artículo 1º: *Objeto*. Se establece con carácter obligatorio la mediación previa a todo proceso judicial, la que se regirá por las disposiciones de la presente ley. Este procedimiento promoverá la comunicación directa entre las partes para la solución extrajudicial de la controversia.

Artículo 2º: *Requisito de admisión de la demanda*. Al promoverse demanda judicial deberá acompañarse acta expedida y firmada por el mediador interviniente.

¹⁰⁶ Proyecto de Ley española de mediación (2011), disposición final 4ª, apartados 10 y 11. Disponible en: http://www.uaipit.com/files/documentos/1321986107_Proyecto.pdf Fecha de consulta: 28 de junio de 2016.

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”.

Por ello la voluntad de mediación no puede sobreentenderse de ninguna actuación de las partes, a diferencia de lo que sucede en materia de arbitraje, donde el art. 9.5 de la Ley 60/2003, de Arbitraje, considera que hay convenio arbitral cuando sea afirmado en la demanda y en la contestación por una parte y no negado por la otra. En cambio, en el caso de la mediación cuando las partes han pactado, sí cabe dejar sin efecto tal pacto de forma expresa (art. 6.3 de la Ley 5/2012 en relación con el art. 22.1 de la misma Ley) o de forma tácita, conforme al art. 56.2 LEC “se entenderá tácitamente sometido al demandado, por el hecho de hacer, después de perdonado en el juicio tras la interposición de la demanda, cualquier gestión que no sea la de proponer en forma declinatoria. También se considerará tácitamente sometido al demandado que, emplazado o citado en forma, no comparezca en juicio o lo haga cuando haya precluido la facultad de proponer declinatoria”.

La mediación es de carácter voluntario y es requisito indispensable que conste la expresa voluntad de someterse a la misma. Dicha voluntad debe ser libremente expresada y su validez estará sometida a su validez sobre los vicios del consentimiento prestado por error, violencia, intimidación o dolo (arts. 1265 y ss. CC).

Aunque el acuerdo de mediación sea de cumplimiento voluntario, esto no es obstáculo para considerar el sistema “como una alternativa peor que el Proceso Judicial” y es que logrado el acuerdo, se da por hecho que las partes quedan obligadas al cumplimiento de lo pactado como si de cualquier contrato se tratara¹⁰⁷.

El pacto de mediación puede designar a la persona del mediador o a la institución de mediación que en su caso deba administrarla.¹⁰⁸

El debate sobre la obligatoriedad de la mediación como presupuesto de admisibilidad de cualquier proceso posterior ha quedado resuelto por el pronunciamiento expreso de la recién promulgada Ley que, como se dice en su Exposición de Motivos “asume un modelo de mediación basado en la voluntariedad”.

¹⁰⁷ GARCÍA VILLALUENGA, M. *Mediación, arbitraje y resolución extrajudicial de conflictos del siglo XXI*. Reus, Madrid, 2010, p.110.

¹⁰⁸ MUNNE CATARINA, F / VIDAL TEXIDÓ, A. *La mediación. Resolución...* op cit., p.33.

3.1.7.2 Principio de confidencialidad

El principio de confidencialidad se propugna como condición de efectividad y eficacia de la mediación, ya que las partes solamente sentirán libertad para divulgar informaciones del mediador si están protegidas por el secreto de las declaraciones producidas en las sesiones realizadas lo que el artículo 9.2 de la Ley 5/2012 denomina “secreto profesional”. La inexistencia de confidencialidad inherente a la mediación, mantendrá los sujetos en sus posiciones y contribuirá a que la estrategia de ocultar información a la otra parte y al mediador se mantenga, consecuentemente, dificultará la obtención del acuerdo. Por otro lado, la confidencialidad es también esencial para la integridad del papel de mediador y de su neutralidad, ya que crea un clima de confianza entre las partes y el profesional.¹⁰⁹ Además como regla general y de acuerdo al apartado dos de la mencionada Ley: “la confidencialidad de la mediación y de su contenido impide que los mediadores o las personas que participen en el procedimiento de mediación estén obligados a declarar o aportar documentación en un procedimiento judicial o en un arbitraje sobre la información y documentación derivada de un procedimiento de mediación o relacionada con el mismo”.

La Directiva 2008/52/CE, en su artículo 7, también ha consagrado el principio de confidencialidad prescribiendo que “ni el mediador ni las personas, están obligadas a declarar en un proceso judicial civil o mercantil, sobre la información derivada de un procedimiento de mediación”.

3.1.7.3 Principio de imparcialidad

En su actuación, el mediador debe estar libre de favoritismos, prejuicios y tratar a las partes con objetividad sin hacer distinción alguna. Si existe alguna situación que pueda afectar su imparcialidad debe excusarse de intervenir como mediador y los participantes deben tener la facultad de recusar a un mediador cuya imparcialidad esté en duda (art. 7 Ley 5/2012).¹¹⁰

3.1.7.4 Principio de neutralidad

El mediador debe mantener una postura y mentalidad de no ceder a sus preferencias durante todo el procedimiento de la mediación. Debe abstenerse de emitir

¹⁰⁹ LEE, J.A, y GIESLER, C. *Confidentiality in Mediation*. Harvard Negotiation Law Review, vol. 3, 1998, pp. 291-292.

¹¹⁰ PACHECO PULIDO, G. Mediación. Cultura de la paz...op cit.,p.17.

juicios u opiniones sobre los asuntos tratados y respetar las decisiones tomadas.¹¹¹ Con relación al artículo 8 de la Ley 5/2012 el cual hace referencia al 14 de la misma ley: “La aceptación de la mediación obliga a los mediadores a cumplir fielmente el encargo, incurriendo, si no lo hicieren, en responsabilidad por los daños y perjuicios que causaren”

3.1.7.5 Principio de igualdad de las partes y equidad

La mediación requiere una cierta igualdad de partida de tal modo que ambas partes puedan encontrarse en óptimas condiciones para defender sus intereses, para hacer concesiones o cesiones, lo que finalmente llevará a alcanzar, en su caso, un acuerdo cuyo origen sea la voluntad de las partes en conflicto¹¹².

La Ley 5/2012 consagra el principio de igualdad en el artículo 7, debiéndose garantizar “que las partes intervengan con plena igualdad de oportunidades, manteniendo el equilibrio entre sus posiciones y respeto hacia los puntos de vista por ellas expresados, sin que mediador pueda actuar en perjuicio o interés desde cualquiera de ellas”.¹¹³

El punto neurálgico y crítico del principio de igualdad en la mediación es el *power imbalance* de la relaciones entre mediados o relaciones en desequilibrio. Es decir, las situaciones en que una parte ejerce una influencia o presión sobre la otra y con ello afecta a su libertad de negociar y a su poder de transigir omitiendo sus verdaderas opiniones o negándose a reivindicar sus legítimos derechos e intereses.

Desde otra vertiente, el mediador desempeñará un papel esencial el control del principio de igualdad, ya que deberá utilizar técnicas para controlar la posible superioridad de una parte frente a la otra. Es esencial la formación y entrenamiento del mediador, para que se le capacite en el empleo de las técnicas necesarias para que pueda solventar situaciones de superioridad de una parte frente a la otra, situación que puede acaecer con frecuencia porque la negociación está presente en cualquier mediación¹¹⁴.

¹¹¹ PACHECO PULIDO, G. Mediación. Cultura de la paz...op cit.,pp.17-18.

¹¹² DEL POZO PÉREZ, M. *Matices y acotaciones sobre la prohibición de mediación del art. 44.5 de la Ley Orgánica 1/2004*. Revista Práctica de Tribunales, nº 98-99, noviembre-diciembre 2012,p.6.

¹¹³ El Proyecto de Ley de Mediación había eliminado la referencia expresa al principio de igualdad de las partes constante en el anterior artículo 12, apartado 1, del Anteproyecto.

¹¹⁴ MARQUES CEBOLA,C. *La Mediación*, op cit., p.186.

3.1.8 Sujetos esenciales de la mediación

Los sujetos principales de la mediación son el mediador y los mediados ya que sin ellos no hay mediación. La relación establecida entre mediador y mediados se basa en un círculo de interrelación entre todos los intervinientes. En la mediación, además, podrán participar otros sujetos que no serán fundamentales y pueden ser facultativos o eventuales¹¹⁵.

3.1.8.1 Los mediados

Los mediados tienen como labor la construcción de la salida para la resolución de su controversia, la cual, va a cerrar la mediación y restaurar la paz y la concordia entre ambos, además y de acuerdo al artículo 10 de la Ley 5/2012, actuarán entre sí conforme a los principios de lealtad, buena fe y respeto mutuo.

Su función apela a la creatividad de soluciones y a ver los cambios en la relación con el otro en el propio conflicto. El espíritu competitivo deberá dar lugar a la cooperación y a la intransigencia de opciones de solución, lo que confiere carácter único a la mediación y asimismo, la distingue de los restantes mecanismos de resolución de conflictos¹¹⁶.

Haciendo alusión al artículo 10.2 de la Ley 5/2012, hay que tener en cuenta que 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, con excepción de la solicitud de las medidas cautelares u otras medidas urgentes imprescindibles para evitar la pérdida irreversible de bienes y derechos. 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.

3.1.8.2 La figura del mediador

Es el tercero neutral que facilita la comunicación en el procedimiento de mediación, se encarga de estructurar el diálogo entre las partes para que alcancen su propio acuerdo. El mediador es el conductor del procedimiento, reconoce y comprende las emociones de las partes, debe ser asertivo, realizar una escucha activa, debe ganarse

¹¹⁵ MARQUES CEBOLA, C., *La Mediación*, op cit., p.102.

¹¹⁶ MARQUES CEBOLA, C., *La mediación...* op cit., pp.104-105.

la confianza, ser flexible e imparcial. Su papel principal es ser el puente de comunicación entre los participantes, de manera que su función no es buscar información inquisitoriamente ni proponer soluciones inmediatas¹¹⁷.

3.1.8.2.1 Cualidades, funciones y herramientas de un buen mediador

Para ser mediador hay que estar en pleno ejercicio de los derechos civiles y no estar impedidos por razón de la profesión y las personas jurídicas que se dediquen a la mediación, sean sociedades profesionales o cualquier otra prevista por el ordenamiento jurídico, deberán designar para su ejercicio a una persona natural que reúna los requisitos correspondientes.

Teóricamente, el mediador no puede tener poder coercitivo alguno. La naturaleza de su función pacíficamente persuasiva, que trata de favorecer la libertad de las partes, impide que sea así. De hecho, los sistemas que encomiendan la mediación al propio juez del asunto olvidan esa característica esencial. No obstante, no hay que dejar de lado que también es la mediación realizada por el juez del asunto aquella que acostumbra a tener más éxito, pese a que ese éxito con gran frecuencia esté basado en una especie de temor reverencial por la figura del juez, que es justamente lo que debiera excluirle como mediador¹¹⁸.

La aceptación de la mediación obliga a los mediadores a cumplir fielmente el encargo, incurriendo, si no lo hicieran, en responsabilidad por los daños y perjuicios que causaren.

Para dar garantías a la profesionalidad y calidad de la actividad del mediador se regula un estatuto del mediador que exigirá tanto la contratación de un seguro de responsabilidad civil como estar inscrito en un registro público y de información gratuita para los ciudadanos¹¹⁹.

De acuerdo con FIERRO FERRÁEZ, el mediador debe contar, entre otras, con las siguientes cualidades: escuchar activamente a los participantes, especialmente en las circunstancias más relevantes del asunto, para poder hacerse adecuadamente con los antecedentes y circunstancias del mismo; no levantar la voz, dado que su función es la

¹¹⁷ FIERRO FERRÁEZ, A.E. *Manejo de conflictos...* op cit., p. 37.

¹¹⁸ NIEVA FENOLL, J. *La mediación: ¿una «alternativa» razonable al proceso judicial?* Revista Práctica de Tribunales, nº 98-99, noviembre-diciembre 2012, p. 5.

¹¹⁹ AVILÉS NAVARRO, M. *La mediación en los diferentes...* op cit.

de escuchar y moderar; respetar al otro, dado que por descabellada que parezca una postura o una iniciativa, debe de ser abordada sobre la máxima del respeto al oponente; no interrumpir, dejar que las partes se tomen el tiempo necesario para exponer sus puntos de vista y sus criterios y desacuerdos, aceptar el desacuerdo; dar a los participantes la misma oportunidad para expresarse, dado que el reparto de los tiempos debe de ser equitativo y debe de actuar con ecuanimidad.; resumir lo que dijo la otra persona, haciendo que las exposiciones de las partes si son excesivamente largas, puedan ser manifestada de forma mas resumida a los otros intervinientes.

El mediador debe contar, además, con inteligencia emocional. Es la cualidad más importante del mediador. Supone la capacidad para reconocer sentimientos en sí mismo y en los demás, siendo hábil para manejarlos al trabajar con otros¹²⁰.

También hay que destacar como condición para ser mediador, siguiendo el art.11 de la Ley 5/2012, que éste esté en posesión del título oficial universitario o de formación profesional superior y contar con formación específica para ejercer la mediación, que se adquirirá mediante la realización de uno o varios cursos específicos impartidos por instituciones debidamente acreditadas, que tendrán validez para el ejercicio de la actividad mediadora en cualquier parte del territorio nacional.

En referencia al artículo 14 de la Ley 5/2012 sobre la responsabilidad de los mediadores, “el perjudicado tendrá acción directa contra el mediador y, en su caso, la institución de mediación que corresponda con independencia de las acciones de reembolso que asistan a ésta contra los mediadores. La responsabilidad de la institución de mediación derivará de la designación del mediador o del incumplimiento de las obligaciones que le incumben”.

COY, uno de los precursores de la mediación en España, señala que el mediador tiene como funciones¹²¹: abrir canales de comunicación para facilitar una mejor comunicación si las partes han empezado las conversaciones, ayudar a las partes a reconocer el derecho de otros a tomar parte en las negociaciones, facilitar el proceso y dirigir la sesión de negociación, enseñar a las personas no entrenadas durante proceso de negociación, ampliar los recursos de las partes y facilitar que puedan ser asistidas por asesores y especialistas en general, explorar el problema desde distintos puntos de vista

¹²⁰ FIERRO FERRÁEZ, A.E. *Manejo de conflictos...*op cit., p. 37.

¹²¹ COY FERRER, A. *La mediación*. Apuntes de psicología. Revista del colegio de psicólogos de Andalucía occidental,1989, nº28, p. 50.

y buscar opciones satisfactorias para todos y ayudar a construir un acuerdo razonable y viable.

Por su parte, PACHECO PULIDO¹²² considera como herramientas que debe conocer y manejar el mediador a las siguientes:

Empatía. Capacidad de percibir los verdaderos intereses de cada una de las partes, entender, comprender y saber qué sienten y piensan las personas sometidas a un procedimiento de mediación.

-Confiability. Crear una atmósfera de confianza con las partes.

-Creatividad. Procurar nuevas fórmulas que coadyuven a la solución del conflicto.

-Neutralidad. Ubicarse en el punto central del problema, sin inclinarse hacia alguna de las partes.

-Imparcialidad. Conservar la rectitud de su juicio para que sean las partes quienes propongan alternativas de resolución del conflicto.

-Honestidad. Debe conducirse con verdad y con justicia.

-Asertividad. El mediador debe tener habilidad para transmitir un lenguaje claro y positivo, además debe saber percibir el verdadero contenido de cualquier expresión oral, corporal, escrita que refleje los sentimientos, creencias y opiniones.

-Escucha activa. Ésta es una técnica de comunicación, en la cual se descifra un mensaje verbal, que identifica la emoción exacta expresada y después reformula dirigiéndose a la persona que habló, el contenido emocional del mensaje. Asegura que el transmisor sea tomado en cuenta, permite además que se verifique si el mensaje fue comprendido en su justa dimensión.

-Alentar el habla. Invitar a las partes a que, narren las causas que motivaron el conflicto.

-Reafirmar. Identificar y puntualizar los aspectos más relevantes del proceso de mediación, que conduzcan a la solución del conflicto.

-Resumir. Reconstruir la historia de manera concisa.

-Reformular. El mediador escucha lo que se ha dicho y repite el contenido, utilizando palabras diferentes con el mismo significado al enunciado original.

-Parfrasear. El mediador escucha lo que se ha dicho y repite el contenido, utilizando las mismas palabras en diferente orden pero sin perder el contenido original

¹²² PACHECO PULIDO, G. *Mediación...* op cit., pp. 21-22.

del enunciado.

3.1.8.2.2 La actuación del mediador¹²³

La mediación será llevada a cabo por uno o varios mediadores dependiendo de la voluntad de las partes o de la complejidad de la materia¹²⁴. La Ley 5/2012 no indica el número posible de mediadores, ni cómo se eligen. Lo que sí especifica es que los mediadores actuarán coordinadamente cuando sean varios en un mismo procedimiento, lo que en realidad sobra, porque no podría ser de otra manera en su actuación para que este sistema pueda prosperar.

Pero para que las partes puedan alcanzar el acuerdo que ponga fin a su conflicto, el mediador, o en su caso, los mediadores, pueden realizar una mediación facilitativa o evaluativa. En la mediación evaluativa, el mediador pueda hacer propuestas de solución a las partes u opinar sobre propuestas que se van haciendo a largo del proceso. En la mediación facilitativa, el mediador sólo facilitará la comunicación entre las partes, la información y el asesoramiento suficiente intentando lograr el acercamiento de las partes para llegar a un acuerdo¹²⁵.

En la Ley 5/2012 de la lectura de su artículo 8¹²⁶ se puede desprender que está a favor de la mediación facilitativa; en cambio, el artículo 13.2 de dicha Ley¹²⁷ parece ser partidario de una mediación evaluativa.

Como indica MARTÍN CASALS¹²⁸, no se pretendía favorecer un tipo de mediación respecto a otro, por tanto, pueden ser compatibles ambas clases de mediación, dependiendo de las circunstancias del caso.

En nuestra opinión, entre los factores que pueden influir en la mediación más facilitativa o más evaluativa están: la existencia de una mayor o menor voluntad de

¹²³ SAN CRISTÓBAL REALES,S. *Sistemas complementarios a la jurisdicción para la resolución de conflictos civiles y mercantiles*. La Ley, Madrid, 2013, pp.156-157.

¹²⁴ En referencia al artículo 18 de la Ley 5/2012. En el caso de que sea compleja la materia o por la conveniencia de las partes y se produjera la actuación de varios mediadores en un mismo procedimiento, éstos actuarán de forma coordinada.

¹²⁵ SAN CRISTÓBAL REALES,S. *Sistemas complementarios...* op cit., pp.156-157.

¹²⁶ El artículo 8 de la Ley 5/2012 dice textualmente que “las actuaciones de mediación se desarrollarán de forma que permitan a las partes en conflicto alcanzar por sí mismas un acuerdo de mediación, actuando el mediador de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 14”.

¹²⁷ El artículo 13.2 de la Ley 5/2012 establece que “El mediador desarrollará una conducta activa tendente a lograr el acercamiento entre las partes, con respeto a los principios recogidos en esta ley.

¹²⁸ MARTÍN CASALS, M. *La mediación como método de resolución de conflictos en seguros: Nuevas oportunidades el amparo de la ley 5/2012*, Barcelona, 2013, En Jornada de Mediación, www.jornadamediación.com Fecha de consulta: 20 de febrero de 2016.

colaborar entre las partes, la duración y el marco temporal de la disputa, la relación existente entre las partes: duración y grado de conocimiento mutuo y el equilibrio de poder entre las partes, la naturaleza del conflicto.

Entre los factores que más destacan, está la naturaleza del conflicto. De acuerdo a este criterio, la mediación será predominantemente evaluativa cuando se trate de disputas estrictamente jurídicas sobre derechos y deberes como por ejemplo en la relaciones comerciales, conflictos, etc. En cambio, será predominantemente realidad facilita activa cuando la disputa no sólo su yacen derechos y deberes sino también otros intereses y valores subyacentes por ejemplo, en el divorcio con hijos menores, etc¹²⁹.

3.1.8.2.3 Registro de mediadores e Instituciones de mediación¹³⁰

En la Disposición Final Octava de la Ley 5/2012, se indica que el Gobierno a iniciativa del ministro de justicia “podrá prever reglamentariamente la creación de un registro de mediadores y de instituciones de mediación, dependiente del Ministerio de Justicia y coordinado con los Registros de Mediación de las Comunidades Autónomas y en el que en atención al cumplimiento de los requisitos previstos en la Ley se podrá dar de baja a un mediador”.

En el Proyecto de Ley de Mediación de 29 de abril de 2011, era un requisito para ejercer de mediador figurar en el Registro de mediadores e Instituciones de mediación electrónica que debía llevar el Ministerio de Justicia y el que además se podía informar sobre la experiencia, formación y otras circunstancias que se determinarían reglamentariamente con la finalidad de dar publicidad al mediador. Con la Ley 5/2012 se reguló de forma más específica las condiciones para ejercer de mediador en “el estatuto del mediador”, título III, art. 11.

Las características del Registro de mediadores e Instituciones de mediación son: Tiene carácter público e informativo, se constituye como una base de datos informatizada, depende del ministerio de justicia y su gestión centralizada corresponde a la subsecretaría y la inscripción será voluntaria¹³¹.

La información que tiene que proporcionar las instituciones de mediación al solicitar su inscripción en el Registro de Instituciones de mediación está prevista en los

¹²⁹ MARTÍN CASALS, M. *La mediación como método de...* op cit.

¹³⁰ SAN CRISTÓBAL REALES, S. *Sistemas complementarios...* op cit., pp. 162 y 163.

¹³¹ SAN CRISTÓBAL REALES, S. *Sistemas complementarios...* op cit., p.163.

artículos 14 y 21 de la Ley de Mediación en asuntos civiles y mercantiles en materia de formación, registro y aseguramiento de la responsabilidad profesional de los mediadores (en adelante PRDMFR)¹³²

3.1.8.3 Otros intervinientes (facultativos o eventuales)

En la mediación podrán participar otros sujetos que no serán fundamentales para la definición de la mediación, serán facultativos o eventuales, como los peritos o expertos, abogados u otros intervinientes, familiares o testigos. La participación de estos sujetos será meramente accesoria a la solución del conflicto puesto que las partes tendrán que asumir, en exclusiva, la posibilidad de preparar y conseguir el acuerdo final¹³³.

3.1.8.3.1 Peritos o expertos

La participación de peritos expertos es importante porque podrán aportar los conocimientos técnicos-científicos, ayudando, por ejemplo, la obtención de propuestas creativas por la solución del conflicto. Esta intervención tendrá un impacto mayor en conflictos con un importante carácter técnico-científico, como los conflictos ambientales. Sin embargo, habrá otros campos en el que el parecer de un técnico será de mera ayuda a las partes en la solución del conflicto.

Éstos especialistas podrán ser llamados a instancia de las partes o a opuesta del mediador. Consideramos, en todo caso, que deberán ser imparciales en relación al conflicto y que todas las partes implicadas el conflicto deben estar de acuerdo en su intervención y designación. Si estas condiciones no se cumplieran, la participación de

¹³² Del Artículo 14 PRDMFR podemos extraer la información que deben proporcionar los mediadores a través del formulario de solicitud contenido en la sede electrónica del Ministerio de Justicia, los mediadores podrán inscribirse en la sección primera del Registro de Mediadores e Instituciones de Mediación, aportando para su publicidad en el mismo y mediante declaración responsable sobre su veracidad, suscrita con certificado reconocido de firma electrónica, los siguientes datos:

a) Su nombre, apellidos y número de identificación fiscal; b) Dirección profesional e información de contacto, incluidos su correo electrónico y sitio web si lo tuvieren; c) Especialidad profesional (...)

El artículo 21 de esta misma Ley nos muestra la información a proporcionar al Registro.

Mediante declaración responsable suscrita con certificado reconocido de firma electrónica por quien ostente su representación, las instituciones de mediación habrán de proporcionar la siguiente información al solicitar su inscripción y su publicidad en el Registro de Mediadores e Instituciones de Mediación: a) La denominación y número de identificación fiscal; b) El domicilio, incluida su dirección electrónica y sitio web si lo tuvieren. Cuando tengan sitio web indicarán si en el mismo se pueden consultar sus estatutos o reglamentos en materia de mediación, códigos de conducta o buenas prácticas si los tuvieren. (...)

¹³³ MARTÍN DIZ, F. *La mediación: sistema complementario de Administración de Justicia*, Consejo General del poder judicial, Madrid, 2010, pp. 92-94.

expertos en la mediación podrá ser más negativa que beneficiosa¹³⁴.

3.1.8.3.2 Testigos, familiares u otras personas

Podrán también participar en la mediación, a propuesta del mediador o por solicitud de las partes, testigos, familiares u otras personas cuando su intervención se considera imprescindible fundamental en el desenlace de la mediación. En efecto, no debemos olvidar que el carácter peculiar de la mediación, relación a otros mecanismos, implica, entre otras circunstancias, que no haya necesidad de prueba, puesto que serán las propias partes las decisorias del conflicto. Así, la participación de testigos u otras personas deberá ser valorada por el mediador para no contribuir a generar o aumentar el espíritu de batalla inherente al conflicto, en que cada parte se promete con las armas de que dispone y desde el anhelo de vencer al adversario¹³⁵.

3.1.8.3.3 El papel de los abogados, defensores legales o asistentes jurídicos

Los abogados, defensores legales o asistentes jurídicos pueden tener dos tipos de participación. Por un lado, podrán participar como especialistas legales elaborando pareceres en relación a la validez de las cláusulas que las partes pretenden pactar, debiendo esta intervención respetar los requisitos de imparcialidad y acuerdo de los mediados, que hemos apuntado anteriormente. De esta forma, deja de ser necesaria la intervención de la sesión de mediación para buscar asesoría jurídica autorizada, agilizando y dando cumplimiento a la celeridad que castiza a este método¹³⁶. Pero, podrán participar también como asesores legales de las partes, defendiendo los intereses de su cliente. Su papel pasará en este caso para acompañar a los mediados en la sesión de mediación, quienes podrán sentir, de esta forma, una confianza añadida.

Consideramos que sería deseable que la intervención del abogado se incrementase, debiendo ir su papel más allá, pasando por la propia asesoría de sus clientes respecto al recurso a la mediación. Y el colegio de abogados debería tener la facultad de formar a sus profesionales en la temática de los medios judiciales de resolución de conflictos, de forma que, posicionados ante el problema jurídico de su cliente, puedan aconsejar el mejor camino para solventar la cuestión, ya sea por medio

¹³⁴ MOORE, CH.W. *The mediation process: practical strategies for resolving conflict*, Jossey-Bass, San Francisco, 2003, p.149.

¹³⁵ MARQUES CEBOLA, C., *La mediación...* op cit., p.108.

¹³⁶ GALEOTE MUÑOZ, P. *La mediación: sistemas de solución extrajudicial de conflictos*. Editorial Universitaria Ramón Areces, Madrid, 2006, pp 89-90.

de la interposición de un proceso judicial o recurriendo a la mediación o al arbitraje¹³⁷.

3.2 PROCEDIMIENTO DE LA MEDIACIÓN. FASES DE LA MEDIACIÓN¹³⁸

Cuando hablamos de las fases de un proceso de mediación normalmente nos estamos refiriendo a un proceso de mediación formal o “tipo”, es decir, relativamente estructurado, pautado, secuenciado en unos pasos. El desarrollo de estos pasos en el tiempo necesitará más o menos sesiones dependiendo de la complejidad de la mediación. Una mediación escolar podría llevar de una a tres sesiones, como mucho, mientras que para una mediación familiar tres sesiones sería un número mínimo y muy optimista. Independientemente del tiempo que necesitemos, en principio la estructura interna del proceso responderá a la misma lógica y será, de algún modo, la misma.

Cuando nos acercamos a la, en estos momentos, prolífera literatura de mediación, encontramos todo un bosque de nomenclaturas y formas de explicar las fases: por pasos, etapas, nombrándolas, enumerándolas, poniendo la mirada en los participantes, en los mediadores o en los dos a la vez. A menudo las fases no aparecen debidamente referenciadas, sino que son el fruto de propuestas eclécticas extraídas de la práctica profesional. Podríamos decir que casi hay tantas fases como autores. Lo importante es no asustarse ante tanta propuesta, sino ver que todas ellas coinciden en su lógica interna y que responden a los conceptos generales de mediación que hemos abordado. Elegir una u otra manera de nombrarla responderá, como vemos, a la terminología que predomine en la escuela en que se enmarque, en el aspecto sobre el que el autor o autora quiera incidir más, al público al que se dirija la explicación, etc. Creemos, sin embargo, que es necesario escoger con cuidado el modelo que nos vaya a servir de guía en nuestro proceso de mediación. Este modelo ha de darle a la persona mediadora, total confianza y comodidad. Que lo sienta fácil, completo para ella, que pueda interiorizar bien sus pasos y sienta que su lógica funciona sin sentirse en exceso encorsetado por ella¹³⁹.

El procedimiento de la mediación termina cuando se producen alguna de estas circunstancias: las partes aceptan el acuerdo, no hay acuerdo y esto puede ser porque

¹³⁷ MARQUES CEBOLA, C., *La mediación*, op. cit., p.109.

¹³⁸ SUARES, M. *Mediación. Conducción de disputas, comunicación y técnicas*. Paidós, Barcelona, 1999, pp. 30-52.

¹³⁹ SUARES, M. *Mediación. Conducción de disputas...* op cit., pp. 30-52.

todas o alguna de las partes no quieran continuar adelante, haya transcurrido el plazo máximo o porque el mediador aprecie de manera justificada que las posiciones de las partes son irreconocibles o concurra otra causa que determine su conclusión¹⁴⁰.

A continuación vamos a diferenciar entre la Mediación Extrajudicial y la Intrajudicial:

3.2.1 Mediación extrajudicial

Ya visto con anterioridad qué debemos entender por la misma, pasaremos a analizar cada una de las fases en las que se hace sostener ésta de acuerdo a la LM:

3.2.1.1 Inicio de la mediación

Del artículo 16 de la Ley 5/2012 se puede deducir que el inicio de la mediación se puede presentar de común acuerdo o por una de las partes, en cumplimiento del pacto acordado por éstas previamente. En la solicitud se ha de incluir la institución en la cual se llevará a cabo y, en su caso, la designación del mediador.

Si se diera el caso de que se inicie una mediación estando en curso un proceso judicial, se podría suspender éste a instancia de las partes, a tenor de lo que se dispone en el art.19.1 LEC¹⁴¹.

3.2.1.2 Información

La norma posibilita dos tipos de información: las que llama sesiones informativas abiertas, que se ofrecerán de una forma explícita y periódica a los posibles sujetos de la mediación; y la sesión informativa interna, que se trata del primer acto de la mediación, aunque puede pactarse por las partes que se prescinda de ella.

En el art. 414 LEC se manifiesta que “ el tribunal podrá invitar a las partes (...) a que asistan a una sesión informativa”. Entendemos que dichas sesiones deben de celebrarse extrajudicialmente, a tenor de lo que se dispone en el art. 17 de la Ley 5/2012.

¹⁴⁰ GALEOTE,M.P. *Novedades en materia...* op cit.,pp.4-6.

¹⁴¹ ÁLVAREZ SACRISTÁN,I. *La mediación civil y mercantil*. Gomylex,Bilbao,2012, pp.89-92

3.2.1.3 Constitución

El art. 19 de la Ley 5/2012 se centra en la denominada “sesión consultiva”, la cual es una comparecencia en la que, a través de un escrito se levantará acta, y en ella se harán constar entre otros: la identificación de las partes, la designación del mediador, se señalara de manera clara el objeto de la mediación etc...

Hay que tener en cuenta que según el art. 19 de dicha Ley, el procedimiento debe ser “lo más breve posible” y con el menor número de sesiones.

3.2.1.4 Desarrollo

1. Convocatoria. El mediador es el encargado de citar a las partes para iniciar las sesiones. La citación, dice la Ley, que deberá realizarse con la antelación suficiente, pero al no haber plazo habrá de estarse a la norma general de que los plazos para la citación de la comparecencia sean los mínimos posibles.

2. Comunicación. Una vez citadas y personadas las partes, se comunicarán entre sí bajo la dirección del mediador que facilitará la exposición de cada una de las pretensiones, estableciendo un turno de exposiciones, igualitario y equilibrado.

3. Terminación. La norma establece dos posibles maneras de terminación: con acuerdo o sin alcanzar acuerdo.

El desacuerdo puede ser, entre otras causas, porque todas o alguna de las partes ejerzan su derecho de dar por terminadas las actuaciones, es decir, que no quieran seguir con el desarrollo de la mediación por causas subjetivas; otra causa puede ser porque haya transcurrido el plazo dado para la consecución de la mediación.

Exista acuerdo o no debe de quedar reflejado en un acta, en el cual se harán constar los acuerdos alcanzados o la causa de finalización sin acuerdo. El acta será firmada por todas las partes y por el mediador, entregando una copia a cada una de ellas.

3.2.2 Mediación intrajudicial y el consiguiente apoyo institucional a ésta¹⁴²

La Ley 5/2012, regula el procedimiento de mediación así como su encaje en el procedimiento judicial¹⁴³.

En la mediación intrajudicial la intervención del Juez en la derivación es fundamental¹⁴⁴, éste ha de hacer ver a las partes y, tratándose de un procedimiento judicial ya iniciado a sus letrados, que con la Mediación obtienen una herramienta que va a permitir que los sujetos en conflicto se comuniquen, retomen el diálogo roto, que por medio de esta vía sean capaces de poner sobre la mesa todo aquello que llevan dentro, y que sean aptos para ponderar también la posición de la parte contraria, es fundamental que de este diálogo puedan salir todas las propuestas que delimitarán el objeto de debate, y con ello las posibles soluciones a la controversia¹⁴⁵.

En la praxis anterior a la promulgación de la Ley 5/2012 algunos jueces sostenían la idea de la posibilidad de que se acordara la celebración de una comparecencia previa una vez contestaba la demanda principal, o reconvenional, en su caso, en la misma resolución que hacía el señalamiento de la fecha de juicio. De esta forma se estaría utilizando una vía totalmente válida para poder conectar el procedimiento judicial con el procedimiento de mediación, no restringiendo ni vulnerando ningún derecho de las partes, sino que por el contrario ampliaría su información, y por tanto sus posibilidades de decisión.

La mediación dentro del proceso se puede llevar a cabo en dos momentos según la LEC:

En un juicio ordinario tiene lugar en la audiencia previa, la LEC en su art. 415 aclara que “comparecidas las partes, el tribunal declarará abierto el acto y comprobará si

¹⁴² TORRES GÁMEZ, A. *Mediación intrajudicial civil...* op cit., p 9.

¹⁴³ BERNABEU PÉREZ, I.C. *El Real Decreto-Ley 5/2012, de 5 de marzo, de mediación en asuntos civiles y mercantiles y la ejecución*. Revista Práctica de Tribunales, nº 93, mayo 2012, p.2.

¹⁴⁴ Fundación Solutio Litis. La derivación a mediación judicial se realiza normalmente cuando se advierte por el Juez que las cuestiones jurídicas, aún siendo importantes, no son la parte fundamental del problema, existiendo otras razones que pueden ser determinantes para una resolución correcta del conflicto gestionado con mediación judicial. Los conflictos que son más susceptibles de ser derivados y por tanto resueltos satisfactoriamente en mediación judicial son todos aquellos en los que existe una importante implicación personal entre las partes, por existir relaciones familiares, sucesorias, de vecindad, etc. Disponible en <http://www.fundacionsolutiolitis.org/mediacion-judicial/> Fecha de consulta: 28 de junio de 2016.

¹⁴⁵ TORRES GÁMEZ, A. *Mediación intrajudicial civil...* op cit., p. 7.

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

En los juicios verbales tiene lugar antes de la vista. En el art. 440.1 LEC se deja claro que en la citación realizada a las partes se fijará el día y hora en el que haya de celebrarse la vista, y se informará a éstas de la posibilidad de recurrir a una negociación para intentar solucionar el conflicto, incluido el recurso a una mediación, en cuyo caso éstas indicarán en la vista su decisión al respecto y las razones de la misma. Además en su art. 443. 1 dicha Ley explica que si en la vista las partes manifestasen haber llegado a un acuerdo o se mostrasen dispuestas a concluirlo de inmediato, podrán desistir del proceso o solicitar del tribunal que homologue lo acordado.

Actualmente y tras la promulgación de la indicada Ley, se distinguen dos fases:

a) La sesión informativa sobre el procedimiento de mediación: En este momento ha de dejarse claro a las partes que aquí sí está presente plenamente el principio de voluntariedad; una vez que se encuentren con el mediador y estén a solas con él, serán ellos los que decidirán si quieren continuar o no. Previamente se les ha informado de que la decisión que adopten al respecto no influirá en la sentencia que finalmente se adopte en sede judicial.

En esta sesión informativa, el mediador ha de comunicar a las partes de forma prioritaria cuáles son los principios que rigen en el proceso de mediación, haciendo hincapié en todos ellos, y especialmente en la voluntariedad y confidencialidad. Les planteará como discurrirán las futuras sesiones, forma en que trabajarán, lugar de celebración y horario previsto. Explicará los derechos y deberes del mediador y de las partes, las actas que se levantarán sobre el contenido de las sesiones (son obligatorias el acta inicial y final, siendo opcional el levantar un acta de cada sesión), la forma en que se redactará el acuerdo final, en caso de que surja, y como dotarlo de fuerza ejecutiva.

Es muy importante advertir a los letrados, y partes, que al estar el procedimiento en trámite, comuniquen la decisión de someterse a mediación al Juzgado. En principio la mediación se desarrollaría antes de que tuviera lugar el acto de juicio.

b) El proceso de mediación, compuesto de varias sesiones, con el establecimiento del periodo máximo previsto legalmente, y sus correspondientes prórrogas. El art. 20 de la Ley 5/2012, prevé que se hará en el mínimo tiempo posible.

Estas sesiones tendrán lugar con las partes, no siendo conveniente que estén presentes los letrados, ya se ha indicado con anterioridad la posibilidad de levantar acta en cada una de las sesiones, en caso de que se llegue a un acuerdo. Con posterioridad cada una de las partes obtendrá copia de este acuerdo que pasarán a sus letrados a fin de que los mismos sean quienes le den forma jurídica.

El principal efecto jurídico del inicio de la mediación dentro del procedimiento judicial, es la facultad de las partes para pedir al Juez, en cualquier momento del proceso, la suspensión del trámite de las actuaciones judiciales, con el fin de someter el litigio a mediación y así poder obtener una solución consensuada a la controversia objeto del mismo¹⁴⁶.

El único problema que surge entre la mediación y la ejecución es determinar si es posible que se pueda acudir a la mediación dentro de un proceso de ejecución, no con la finalidad de modificar el contenido de la sentencia, lo cual no es posible, si no de llegar a un acuerdo sobre el modo y forma en que se ha de llevar a cabo la ejecución¹⁴⁷.

En relación con el apoyo institucional a la mediación intrajudicial, el CGPJ elaboró en el año 1986, una Guía Práctica para la Mediación Intrajudicial, en la que se establecían distintos protocolos para implantar la mediación en los distintos órdenes jurisdiccionales, civil (separadamente establece el protocolo de mediación en el ámbito familiar), penal, social y contencioso-administrativa.

En su introducción esta Guía nos habla de la promoción a que se están viendo sometidos en Europa los medios alternativos de resolución de conflictos, especialmente la mediación, entendiéndose que esta promoción se realiza al considerar que es un sistema más eficaz, más rápido y menos costoso que utilizar la tradicional vía del recurso a la vía judicial. Encomienda al juez la labor de estimular que las partes lleguen a soluciones amistosas, y a potenciar la derivación de determinados procedimientos a ser solucionados por estos medios alternativos. En definitiva, frente a la heterocomposición

¹⁴⁶ CGPJ. *Guía para la práctica de la mediación intrajudicial*. El documento, que consta de 210 páginas recorre los protocolos relativos a la Mediación Civil, Familiar, Penal, Social y Contencioso Administrativo y se incluye en una nueva sección de la Base Documental de esta web que hemos denominado Guías de Buenas Prácticas.

Disponible en: <http://www.mediacion.icav.es/noticia.php?idioma=es&id=515> Fecha de consulta: 1 de mayo de 2016.

¹⁴⁷ BERNABEU PÉREZ, I.C. *El Real Decreto-Ley...* op cit., p.2.

(intervención de un tercero ajeno e imparcial al proceso), estimula el fomento de la autocomposición (solución “inter partes” sin la imposición de un tercero).

Se manifiesta en esta Guía que optando por estos sistemas de resolución de conflictos se reducirá considerablemente el número de procesos judiciales que requieran sentencia, concluyendo que esto redundará en una mayor calidad del trabajo desarrollado por Juzgados y Tribunales.

Por otra parte el Pleno del CGPJ aprobó, en su sesión de 28 de junio de 2012, ya propuesta de los vocales integrantes del grupo de trabajo sobre reducción de la litigiosidad, el estudio sobre “Reducción de la litigiosidad”¹⁴⁸, en este estudio se indica, en clara congruencia con lo anterior, que la mediación puede cumplir un importante papel de cara a la reducción de la litigiosidad.

En todo caso el enfoque que se da a la implantación de la mediación, lo encuadran en lo que llaman un uso racional del acceso a los tribunales, y reducción de la litigiosidad.

Consecuencia de lo anterior, y conforme se pone de manifiesto en un “Taller de derivación a la mediación”, es que los jueces españoles el conocimiento que tienen de la mediación sea sólo conceptual, siendo su conocimiento práctico insuficiente. Pese a ello tienen interés y voluntad de utilizar este sistema alternativo de resolución de conflictos, pero ponen de manifiesto la dificultad de llevar a cabo la implantación en la práctica dada la escasez de mediadores (circunstancia esta que a medida que pasa el tiempo es cada vez menor) o de instituciones de mediación, así como la necesidad de “dotar a los Juzgados y Tribunales de medios que permitan realmente derivar a mediación”.

3.2.3 El acuerdo obtenido en mediación

La meta de la mediación es acomodar los interés de las partes de alcanzar un acuerdo pero no un acuerdo cualquiera, sino un buen acuerdo, un acuerdo duradero, que será así si su contenido es justo, equilibrado y deja satisfechas ambas partes.

El acuerdo obtenido en mediación es un contrato, que se encabeza como los contratos, se redacta como los contratos y les exigible la claridad y concisión de los

¹⁴⁸ MONSERRAT QUINTANA, A. *La reducción de la litigiosidad y el Consejo General del Poder Judicial*. Revista del Poder Judicial. 5ª Época, año 2012, nº 94, pp. 53-57.

contratos bien redactados. Y para que sea válido tiene que estar firmado por las partes¹⁴⁹.

En el acuerdo, que deberá tener la forma escrita, se hará constar la identidad de las partes; éstas firmarán el acuerdo, dejando constancia de la fecha y el lugar de celebración de éste; además éste debe contener una serie de consideraciones entre las que podemos destacar: la constancia de que se ha seguido el procedimiento, las obligaciones que asume cada parte y el mediador que ha intervenido.

Cuando se refiere al efecto fundamental del acuerdo obtenido en mediación la Ley 5/2012 utiliza el término vinculante que significa que no es definitivo ni ejecutivo, sino que obliga a las partes a dar, hacer o no hacer de un determinado modo; en la misma forma en que quedan obligados todos aquellos que pactan, acuerdan o contratan válidamente (art.1091 CC).

El modo en que se formalice el acuerdo que se obtenga en mediación no forma parte de la mediación misma, la mediación termina con el acta final y a partir de ese momento en el mediador queda *functus officio* y lo que a continuación hagan las partes depende exclusivamente del resultado de la mediación y de su libre voluntad conjunta. Pueden no hacer nada y conformarse con lo que digan el acta final o pueden emprender nuevas distintas actuaciones para reforzar la eficacia del acuerdo obtenido en mediación y su fuerza de título de ejecutivo.

Hay que destacar que el acuerdo de mediación al no tener porqué estar vinculado a un procedimiento judicial, aunque pudiera estarlo, no es un instituto ni tiene categoría profesional; y si se concluye que la mediación termina en una transacción¹⁵⁰ o que la mediación se presenta como medio idóneo para alcanzar la transacción, ese acuerdo transaccional, tendrá para las partes autoridad de cosa juzgada¹⁵¹.

¹⁴⁹ El artículo 23 de la Ley 5/2012 repite todo lo antes dicho e impone además, algunos requisitos formales: es preciso afirmar solemnemente que el procedimiento se ha ajustado a la Ley 5/2012, es preciso identificar al mediador y a la institución de mediación (23.1 Ley 5/2012), es preciso recordar que cada parte debe recibir un ejemplar del convenio y, sobre todo, que el mediador o institución de mediación debe guardar también un ejemplar para su conservación (23.3 Ley 5/2012). Lo que es más importante es que el mediador debe informar a las partes de que el acuerdo mediación es vinculante y que puede elevarlo a público y convertirlo en título ejecutivo (23.3 II Ley 5/2012).

¹⁵⁰ ÁLVAREZ SACRISTÁN, I. *El futuro de la mediación preprocesal*. Revista jurídica española. La Ley, nº2, 2007, pp.1623-1626. En igual sentido del mismo autor citamos el artículo: *aproximación a la mediación prejudicial que viene*.

¹⁵¹ ANDRÉS CIURANA, B. *La mediación civil y mercantil: una asignatura pendiente en España*. Actualidad Jurídica, nº 12, diciembre de 2005. Para este autor “la culminación natural de toda mediación es el contrato de transacción”.

Únicamente se podrá ejercer la acción de nulidad por las causas que invalidan los contratos a los que se refieren los arts. 1300 y siguientes del CC¹⁵².

Para terminar este apartado debemos resaltar que la mediación necesita éxitos, necesita resolver conflictos para que al público le sea atrayente este modelo de resolución de sus problemas y litigios. Si todos los parabienes y ventajas de la mediación no se traducen luego en acuerdos, la gente se quedará frustrada, si después de la mediación su conflicto acaba en el Juzgado¹⁵³. Estamos de acuerdo con este autor, ya que es necesario que un medio de solución de conflictos sea eficaz y sirva para lo que realmente se ha propuesto ya que si no cumple su función no tendrá ninguna utilidad en nuestro sistema judicial.

3.2.4 Ejecución de los acuerdos

Para que la mediación llegue a ser un verdadero método alternativo de resolución de conflictos, es necesario reforzar su eficacia atribuyendo carácter ejecutivo a los acuerdos a lo que se llegue. Esta es la idea que ha seguido la normativa comunitaria a través de su Directiva 2008/52/CE la cual señala en su artículo 6 que los Estados miembros deben garantizar que las partes o una de ellas con el consentimiento explícito de las demás, puedan solicitar que se dé carácter ejecutivo al contenido de un acuerdo escrito resultante de la mediación. De esta manera se conseguirá garantizar la verdadera eficacia de la mediación como método alternativo al proceso judicial para la solución de las controversias evitando que se convierta en un simple proceso previo al proceso judicial. Para que se dé carácter ejecutivo al acuerdo es preciso que no sea contrario al Derecho del Estado miembro donde se formule la solicitud¹⁵⁴.

La Ley 5/2012 también ha seguido esta orientación regulando en su Título V la formalización del título ejecutivo y señalando que las partes podrán elevar a escritura pública el acuerdo alcanzado tras un procedimiento de mediación. El acuerdo de mediación se presentará por las partes ante un notario acompañado de copia de las actas de la sesión constitutiva y final del procedimiento, sin que sea necesaria la presencia del mediador. Para que tenga lugar la elevación a escritura pública del acuerdo de

¹⁵² ÁLVAREZ SACRISTÁN, I. *La mediación civil y mercantil*. Gomylex, Bilbao, 2012, pp. 93-94

¹⁵³ MADRID FERNÁNDEZ, S. *Ante el conflicto, mediación y algo más: ¿mediador/negociador?* Corbalán de Celis Guerri, abogados. Disponible en: <http://www.corbalanabogados.com/ante-el-conflicto-mediacion-y-algo-mas-mediador-negociador/> Fecha de consulta: 20 de junio de 2016.

¹⁵⁴ RODRÍGUEZ-ARANA, J./ DE PRADA RODRÍGUEZ, M. *La mediación: Presente, pasado y futuro de una institución jurídica*. Netbiblo, La Coruña, 2010, p. 132.

mediación, el notario verificará el cumplimiento de los requisitos exigidos en esta Ley y que, su contenido no es contrario a Derecho.

El art. 563 LEC prevé que cuando, habiéndose despachado ejecución en virtud de sentencias o resoluciones judiciales, el tribunal competente para la ejecución provea en contradicción con el título ejecutivo, la parte perjudicada podrá interponer recurso de reposición y, si se desestimare, de apelación. Si la resolución contraria al título ejecutivo fuere dictada por el Secretario judicial, previa reposición, cabrá contra ella recurso de revisión ante el tribunal y, si fuera desestimado, recurso de apelación¹⁵⁵.

Ya en el Anteproyecto se disponía en su art. 28.4 que el acuerdo de mediación produciría efectos de cosa juzgada y frente a él sólo cabría solicitar la anulación o revisión conforme a lo establecido en la LEC para las sentencias firmes¹⁵⁶.

Cuando el acuerdo de mediación haya de ejecutarse en otro Estado, además de la elevación a escritura pública, será necesario el cumplimiento de los requisitos que, en su caso, puedan exigir los Convenios Internacionales en que España sea parte y las normas de la Unión Europea. Se contempla también la posibilidad de que las partes soliciten del tribunal la homologación judicial si la mediación se hubiera iniciado con posterioridad al inicio de un procedimiento judicial.

Siguiendo esta línea, es importante destacar la modificación que hace la Ley del artículo 517 de la LEC que otorga el carácter de título que lleva aparejada ejecución a “los acuerdos de mediación, debiendo estos últimos haber sido elevados a escritura pública de acuerdo con la Ley de mediación en asuntos civiles y mercantiles”. A diferencia de la actual redacción, el Proyecto otorgaba al acuerdo de mediación, documentado en forma no fehaciente, “eficacia ejecutiva” y establecía que “será título suficiente para instar la ejecución forzosa en los términos previstos en la LEC, siempre que a la demanda ejecutiva se acompañe copia de las actas de la sesión constitutiva y final del procedimiento”, lo que había sido muy criticado por parte de la doctrina.

En este sentido, GONZALEZ-CUELLAR dice: “Carece de sentido atribuir carácter ejecutorio a documentos firmados por personas que no ejercen función pública alguna y cuya garantía de autenticidad es inexistente o muy débil, y que no tienen por qué tener preparación jurídica y de hecho no es usual que la tenga. Al hacerlo, además,

¹⁵⁵ MARTÍNEZ DE SANTOS, A. *El proveído en contradicción con el acuerdo de mediación*. Revista Práctica de Tribunales, nº 98-99, noviembre-diciembre 2012, p.1.

¹⁵⁶ LLAMAS BAO, C. *Impugnación del acuerdo de mediación*, en Processulus. Estudios sobre Derecho Procesal. Comares, Granada, 2015, p. 252.

se produce el efecto de la desnaturalización de la ejecución forzosa, por la necesidad de realización de un control de legalidad en algún momento, con el resultado previsible de conversión de la ejecución en proceso de cognición. Pero lo más asombroso es que se equipare el acuerdo de mediación con la sentencia o el laudo arbitral y no se haga con la escritura pública, cuya posibilidad de ejecución, como sabemos, se encuentra severamente cercenada”¹⁵⁷.

En lo referente a la forma para su ejecución, se añade un nuevo párrafo al apartado 1 del artículo 539: “Para la ejecución derivada de un acuerdo de mediación o un laudo arbitral se requerirá la intervención de abogado y procurador siempre que la cantidad por la que se despache ejecución sea superior a 2000 euros”.

En cuanto a la competencia, la ejecución de los acuerdos resultado de una mediación iniciada estando en curso un proceso corresponderá al Tribunal que homologó el acuerdo. En los demás casos, será competente el Juzgado de Primera Instancia del lugar en que se haya firmado el acuerdo de mediación, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 545.2 de la LEC¹⁵⁸.

¹⁵⁷ GONZÁLEZ-CUELLAR SERRANO,N. *La limitada ejecutoriedad de la escritura pública: incoherencia del sistema*, Revista del Notario del siglo XXI, nº 38, julio-agosto 2011.

¹⁵⁸ PÉREZ GURREA,R. *Estudio sistemático, normativo y doctrinal de la mediación en asuntos civiles y mercantiles*. Disponible en:
http://portal.uned.es/pls/portal/docs/PAGE/UNED_MAIN/LAUNIVERSIDAD/UBICACIONES/06/PUBLICACIONES/REVISTA%20DIGITAL%20FACULTAD%20DE%20DERECHO/NUMEROS%20PUBLICADOS/NUMERO%20VI/ESTUDIOSISTEMATICONORMATIVODOCTRINAL_0.PDF

Fecha de consulta: 10 de junio de 2016.

CONCLUSIONES

En el presente trabajo hemos tratado de analizar los medios alternativos de solución de controversias y en concreto, la mediación, de acuerdo con la Ley 5/2012 ya sea en su vertiente judicial o extrajudicial. A modo de conclusiones podemos señalar las siguientes:

PRIMERA.- Ante la aparición de un conflicto encontramos varias vías para intentar poner solución al mismo. Así destacamos los métodos autocompositivos, en los que las propias partes lo intentan resolver y los métodos heterocompositivos, en los que un tercero impone una solución a las partes. Con carácter residual, encontramos la autotutela, que está prácticamente prohibida en los ordenamientos jurídicos.

En nuestra opinión, el tradicional sistema de resolución de conflictos (el sistema judicial) resuelve el problema formal, pero no el material; antes al contrario, creemos que agudiza el enfrentamiento interpersonal e intensifica el incumplimiento de la resolución adoptada. De ahí la relevancia de encontrar mecanismos alternativos y capaces de gestionar de forma efectiva y positiva estos conflictos y, entre ellos, debe ocupar un lugar privilegiado el recurso a la mediación, como hemos podido comprobar después de nuestro estudio sobre ella.

SEGUNDA.- La mediación es un método autocompositivo de resolución de conflictos, puesto que son las propias partes las que van a intentar poner fin a la controversia surgida. El hecho de que intervenga un tercero no hace que lo encuadremos en el marco de la heterocomposición, puesto que el elemento clave es quién soluciona el litigio y en este caso, son las partes las que adquieren el protagonismo y la exclusividad en la adopción de los acuerdos.

En las técnicas de mediación entendemos que hay tres elementos importantes: el espacio físico, las partes y el conflicto. El espacio físico entendido desde una triple vertiente: como espacio de conexión personal, como recurso para generar confianza y como herramienta de trabajo de todos quienes concurren en el encuentro; las partes, entendidas como los oponentes, cada uno con visiones e intereses distintos en la solución del conflicto; y, por último, el conflicto que ocurre cuando dos o más valores, perspectivas u opiniones son contradictorias por naturaleza o no pueden ser reconciliadas.

TERCERA.- Después de nuestra investigación, debemos entender la mediación siempre como un complemento a la vía judicial, puesto que el art. 24 CE garantiza el acceso de los ciudadanos a la justicia. Por tanto, el hecho de acudir a la mediación no puede suponer que quede vedado el acceso a los tribunales.

Nuestra Justicia está atravesando una profunda crisis motivada por distintos factores entre ellos, la situación económico-financiera en la que está inmersa España, y aunque la mediación no sea la solución a la misma, sí es cierto que puede ayudar a la descongestión de la carga de nuestros Tribunales.

CUARTA.- La mediación, mecanismo presente en la historia desde tiempos remotos, resurge en la actualidad, ganando importancia por el inherente carácter pacificador de las relaciones humanas resultante de la solución de las disputas mediante un acuerdo construido entre las propias partes.

La mediación es un proceso que busca otorgar un espacio de diálogo directo y participativo entre dos o más personas que tienen un problema. La idea es que conversen sobre el origen del conflicto y las consecuencias que se han derivado de él.

QUINTA.- Tal y como hemos expuesto a lo largo de nuestro trabajo, la mediación, como cualquier medio de resolución de conflictos, presenta ventajas e inconvenientes.

Resultado de nuestra investigación, podemos destacar como ventajas frente al proceso judicial las siguientes: la flexibilidad de procedimientos, la voluntariedad, la disminución de los niveles de conflictividad, la confidencialidad, la celeridad y los costes reducidos. Por el contrario, el desequilibrio de poder entre las partes y la realización de malas o negligentes prácticas de mediación son posibles riesgos en un procedimiento de mediación. Por ello, consideramos que ha sido muy conveniente la regulación de la mediación civil y mercantil a nivel estatal, ya que era preciso regular determinados aspectos a modo de ley de bases para su aplicación uniforme en todo el territorio nacional.

SEXTA.- Como hemos puesto de manifiesto, la intervención de las partes en la mediación es fundamental, pero tampoco podemos hablar de mediación sin tener presente la figura de un tercer sujeto ajeno y neutral a aquéllas: el mediador, entrenado para brindar asistencia a las partes en el proceso de búsqueda de soluciones aceptables y satisfactorias para ambas.

Un verdadero mediador no resuelve problemas (si los resolviese entonces sería o un juez o un arbitro, según corresponda). Su única misión es la de facilitar la comunicación entre determinadas partes en conflicto, con el objeto de alcanzar un convenio. Aunque tampoco consideramos que haya ningún inconveniente en que proponga soluciones, siempre que en última instancia sean las partes las que decidan.

En otro orden de ideas, consideramos imprescindible que el mediador tenga formación jurídica, puesto que los acuerdos alcanzados deben respetar nuestro ordenamiento jurídico y el mediador debería controlar la legalidad de los mismos.

SÉPTIMA.- El desarrollo de la mediación como medio extrajudicial de resolución de conflictos debe ser una apuesta seria, constante y decidida, como forma de promover un nuevo paradigma de Administración de la Justicia que busca la solución adecuada al caso concreto y concede voz y protagonismo a los ciudadanos en la resolución de sus propios problemas.

Por ello creemos que es necesario que la mediación extrajudicial sea objeto de promoción, tanto por los profesionales que directamente tienen acceso a las personas que podrían beneficiarse de ella, como abogados o notarios, como por instituciones de mediación, reconocidas en la Ley, alrededor de las cuales, y de la figura del mediador, gira la normativa de la mediación extrajudicial.

OCTAVA.- Por otro lado, desde el punto de vista de la Administración de Justicia, los beneficios que reporta la mediación intrajudicial son muy destacables, tanto en lo que se refiere a la gestión de la oficina judicial, como en la notable reducción de los costes económicos, redundando todo ello en una mejor y más eficaz asignación de los recursos. En efecto, los asuntos que se derivan a mediación implican una tramitación muy sencilla y, si finalizan con un acuerdo, el procedimiento se archiva. De esta forma, además de disminuir el número de asuntos en trámite, se reduce notablemente la carga de trabajo relativa a la tramitación de las sucesivas fases procesales, eliminándose incidentes, recursos y también complejas y costosas ejecuciones.

NOVENA.- Uno de los aspectos clave de la mediación es el acuerdo que las partes alcancen. Por lo que, de su adecuada regulación, depende en nuestra opinión gran parte el éxito o fracaso de la misma. A nuestro juicio, es necesario realizar un control de legalidad del acuerdo para poderle otorgar efectos jurídicos y que el mismo adquiera carácter ejecutivo.

A la vista de la Ley de Mediación Estatal, el acuerdo de mediación es ejecutable cuando está homologado judicialmente en el marco de un proceso judicial o cuando está elevado a escritura pública con las condiciones previstas en la propia Ley. Por el contrario, el acuerdo no homologado o sin formalización en instrumento público con los requisitos legales no constituye *per se* título ejecutivo, sin perjuicio de las acciones oportunas para su formalización en escritura pública o las ordinarias para el cumplimiento de lo pactado en el negocio jurídico de que se trate.

DÉCIMA.- Existe un desconocimiento social, e incluso profesional, generalizado del instituto de la mediación, debe trabajarse para que deje de ser así, debe realizarse una intensa labor de divulgación pública, que la ciudadanía y los operadores jurídicos conozcan esta herramienta, y se sensibilicen con la utilización de nuevas formas de resolución de conflictos. Sólo de esta forma comenzará a haber una demanda para que la prestación de este servicio sea operativa.

No basta sólo con legislar para que la mediación sea efectiva, es necesario además que los ciudadanos conozcan la existencia de este mecanismo de solución de conflictos y tengan facilidad para poder acceder al mismo, pues si se desconoce su existencia o no se facilita de forma adecuada el acceso a los servicios de mediación, es muy poco probable que las partes acudan a este sistema para intentar solucionar sus controversias sin acudir a la vía judicial

BIBLIOGRAFÍA

ALCALÁ ZAMORA Y CASTILLO, N. *Proceso, autocomposición y autodefensa*. UNAM. México, 1991.

ÁLVAREZ SACRISTÁN,I. *Aproximación a la mediación prejudicial que viene*. Diario La Ley, nº 7088, enero de 2009, pp.1-3.

ÁLVAREZ SACRISTÁN,I. *El futuro de la mediación preprocesal*. Revista jurídica española. La Ley, nº 2, 2007,pp. 1623-1626.

ÁLVAREZ SACRISTÁN,I. *La mediación civil y mercantil*. Gomylex,Bilbao,2012.

ÁLVAREZ SÁNCHEZ DE MOVELLÁN. *La anulación del laudo arbitral*. Comares, Granada, 1996.

ANDRÉS CIURANA,B. *La mediación civil y mercantil: una asignatura pendiente en España*. Actualidad Jurídica, nº12, diciembre de 2005.

AÑÓN CALVETE, J. Cosa juzgada, prejudicialidad y litispendencia. El derecho.com. Disponible en: http://www.elderecho.com/tribuna/civil/Cosa-juzgada-prejudicialidad-litispendencia_11_883555001.html

ARNOLD SANDER,F.E. *Varieties of Dispute Processing*. Longman Inc. New York, 1976.

AVILÉS NAVARRO, M. *La mediación en los diferentes ordenes jurisdiccionales*. Diario La Ley, nº 7704, septiembre 2011,pp. 6-9.

BECERRA BAUTISTA, J. *El proceso civil en México*. Porrúa. México, 1999, p.50.

BERNABEU PÉREZ, I.C. *El Real Decreto-Ley 5/2012, de 5 de marzo, de mediación en asuntos civiles y mercantiles y la ejecución*. Revista Práctica de Tribunales, nº 93, mayo 2012, pp. 1-3

BLANCO CARRASCO, M, *La alternativa de la mediación en conflictos de consumo: presente y futuro*. Anuario Jurídico y Económico Escorialense, nº42, 2009.

BUSH, R.A.B. y FOLGER, J.P. *La promesa de la mediación. Cómo afrontar el conflicto a través del fortalecimiento y el reconocimiento de los otros*. Granica. 1996.

CARBALLO MARTÍNEZ, G., *La mediación administrativa y el Defensor del Pueblo*, Aranzadi, Navarra, 2008.

CARNELUTTI, F. Sistema de derecho procesal civil, traducido por ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, N. / SENTÍS MELENDO, S.. Tomo I. UTEHA. Buenos Aires, 1944.

CASADO ROMÁN, J. *La Mediación Civil y Mercantil en el ámbito del Derecho Comunitario*. Diario La Ley, nº7419, junio de 2010, pp. 9-11.

CHIOVENDA, G. *Teoría del Derecho Procesal*. 7ª edición. Porrúa. México, 2010.

COLAÍACOVO, J.L. *Negociación moderna. Teoría y práctica*. Ediciones Jurídicas Cuyo. Argentina. 1998.

CONDE DE LA CAÑADA. *Instituciones prácticas de los juicios civiles, así ordinarios como extraordinarios, en todos sus trámites, según que se empiezan, continúan y acaban en los tribunales reales*. Imprenta de la Compañía General de Impresores y Libreros del Reino. Edición facsimilar de la SCJN. Madrid, 1845.

CORDÓN MORENO, F. *Notas sobre la imparcialidad de los árbitros en la Ley española*. Revista Peruana de Arbitraje, nº7, pp. 155 y 156.

COY FERRER, A. *La mediación*. Apuntes de psicología. Revista del colegio de psicólogos de Andalucía occidental, 1989, nº28, pp 7-10.

CRISTOBAL CARLÉ, G. *Los ADR: un instrumento de resolución de conflictos en el seno de la Unión Europea*. El derecho.com. Disponible en: <http://www.derecho.com/articulos/2004/05/01/las-adr-un-instrumento-de-resoluci-n-de-conflictos-en-el-seno-de-la-uni-n-europea/>

CRUZ BARNEY, O. *Arbitraje y otros medios alternativos de solución de controversias*. Porrúa, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México, 2004.

CUCARELLA GALIANA, L.A. *Principios relativos a las partes en mediación*. Revista Práctica de Tribunales, nº 98-99, noviembre-diciembre 2012, pp. 1-15.

DEL POZO PÉREZ, M. *Matices y acotaciones sobre la prohibición de mediación del art. 44.5 de la Ley Orgánica 1/2004*. Revista Práctica de Tribunales, nº98-99, noviembre-diciembre 2012, pp.1-9.

DIEGO VALLEJO,R. y GUILLÉN GESTOSO, *Mediación: proceso, tácticas y técnicas*, Pirámide, Madrid, 2006.

DIEZ DE VELASCO,M. *Instituciones de Derecho Internacional Público*. Tecnos, Madrid,1997.

Disponible en: <http://comunidad.vlex.com/aulavirtual/vado.html>.

FAIRÉN GUILLÉN,V. *Teoría General del Proceso*. UNAM. México, 1992.

FALCÓN E. *Mediación obligatoria*. Ediciones Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2000.

FERNÁNDEZ-BALLESTEROS,M.A. *Avenencia o ADR*. Iurgium, Madrid, 2013.

FIERRO FERRÁEZ, A.E. *Manejo de conflictos y mediación*. Oxford. México, 2010.

FISAS,V, *Procesos de paz y negociación en conflictos armados*. Paidós, Barcelona, 2004.

FISHER,R/ URY,W./PATTON,B, Citado por MARQUES CEBOLA,C. *La mediación*, Marcial Pons, Madrid, 2013.

FLORES GARCÍA, F. *Arbitraje, conciliación, amigable composición*. Revista de la Facultad de Derecho de México. Tomo XL, México, UNAM 1995.

GALEOTE MUÑOZ, P. *La mediación: sistemas de solución extrajudicial de conflictos*. Editorial Universitaria Ramón Areces, Madrid, 2006.

GALEOTE,MUÑOZ.P. *Novedades en materia de asuntos civiles y mercantiles*. Diario La Ley, nº7456, julio de 2010, pp. 4-6.

GARCÍA VILLALUENGA,M. *Mediación, arbitraje y resolución extrajudicial de conflictos del siglo XXI*. Reus, Madrid, 2010.

GASCÓN NASARRE, F. *Traducción jurídica*. Revista “La linterna del traductor” Disponible en: <http://www.lalinternadeltraductor.org/n6/interpretacion-judicial.html>

GIL NIEVAS, R, *La Directiva de Mediación en la Comunidad Europea. Métodos alternativos de solución de conflictos: perspectiva multidisciplinar*, Dykinson, Madrid, 2006.

GIMÉNEZ ROMERO, C. *Modelos de mediación y su aplicación en mediación intercultural*. Revista Migraciones, nº10, Diciembre 2001.pp. 10-12.

GIRÓ PARIS, J., *La justicia y la mediación: dos figuras diversas de la actividad comunicativa*”, en *Mediación y resolución de conflictos*, Revista de Educación Social e Intervención socioeducativa, nº8, Editorial Institut de la Fundació Pere Tarres, 1998.

GÓMEZ LARA, C. *Teoría General del Proceso*. Oxford. México, 2004. p.1.

GONZÁLEZ-CUELLAR SERRANO,N. *La limitada ejecutoriedad de la escritura pública: incoherencia del sistema*, Revista del Notario del siglo XXI, nº 38, julio-agosto 2011,pp. 4-6.

GORJÓN GÓMEZ, F. *Métodos alternativos de solución de conflictos*. Oxford. México, 2008.

GUTIÉRREZ-ALVIZ CONRADI, F. *Justicia: poder y servicio público*, Cuadernos de Derecho Judicial, Madrid, 2007.

HABERMAS, J. *Conciencia moral y acción comunicativa*. Península, Barcelona, 1985.

HENÓN-RISSO, J y EN MARALET, J. *Negociación en acción*. Ed. Díaz de Santos, Madrid, 2007.

HERNÁNDEZ PRADAS, S. *La Mediación en los conflictos internacionales*, Netbiblo, La Coruña, 2010.

HILL, R. The theoretical basis of mediation and other forms of ADR: why they work, *Arbitration International. The Journal of LCIA Worldwide Arbitration*, Kluwer Law International, vol. 14, nº 2, Londres,1998.

JANSEN RAMÍREZ, V.G. *Control social y medios alternos para solución de conflictos*. 2ª Edición. Valencia. 2008.

LEDESMA NARVÁEZ, M. *Jurisdicción y Arbitraje*. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima,2009.

LEE,J.A, y GIESLER,C. *Confidentiality in Mediation*, *Harvard Negotiation Law Review*, vol. 3, 1998, pp. 291-292.

LLAMAS BAO, C. *Impugnación del acuerdo de mediación*, en *Processulus. Estudios sobre Derecho Procesal*. Comares, Granada, 2015.

LUIS GONZÁLEZ, L.A. *Espacio abierto: La mediación civil y mercantil: una necesidad y una obligación legal en el espacio de la unión europea. La importancia de la figura del profesional de la mediación.* Revista de mediación, nº 9, 2010.

MADRID FERNÁNDEZ, S. *Ante el conflicto, mediación y algo más: ¿mediador/negociador?* Corbalán de Celis Guerri, abogados. Disponible en: <http://www.corbalanabogados.com/ante-el-conflicto-mediacion-y-algo-mas-mediadornegociador/>

MAGRO SERVET, V. *Afectación al proceso civil del Real Decreto Ley 5/2012, de 5 de marzo, de mediación en asuntos civiles y mercantiles. Procedimiento.* Revista Práctica de Tribunales nº 93, mayo 2012, pp.1-7.

MARC. Art. 3860 VEGAS TORRES, J. *Derecho Procesal Civil, Proceso Concursal y Arbitraje.* Universitaria Ramón Areces, Madrid, 2004.

MARQUES CEBOLA, C., *La mediación.* Marcial Pons, Madrid, 2013.

MÁRQUEZ ALGARA, M.G. *La nueva cara de la justicia en México: Los medios alternativos de resolución de conflictos de las Entidades Federativas.* De Jure, Revista de investigación y análisis. México, nº5, 2010.

MARTÍN CASALS, M. *La mediación como método de resolución de conflictos en seguros: Nuevas oportunidades el amparo de la ley 5/2012,* Barcelona, 2013.

MARTÍN DIZ, F. *La mediación: sistema complementario de Administración de Justicia,* Consejo General del poder judicial, Madrid, 2010.

MARTÍN DIZ, F. *Mediación electrónica: regulación legal y posibilidades de aplicación.* Revista Práctica de Tribunales, nº 98-99, noviembre-diciembre 2012, pp. 1-16.

MARTÍNEZ DE SANTOS, A. *El proveído en contradicción con el acuerdo de mediación.* Revista Práctica de Tribunales nº 98-99, noviembre-diciembre 2012, pp.1 y 2.

MONSERRAT QUINTANA, A Y OTROS. *La reducción de la litigiosidad y el Consejo General del Poder Judicial.* Revista del Poder Judicial, nº 94, 2012, pp. 53-57.

MOORE, CH.W. *The mediation process: practical strategies for resolving conflict,* Jossey-Bass, San Francisco, 2003.

MORENO PINO,I. *Derecho y diplomacia en las relaciones interamericanas*. Secretaria de Relaciones Exteriores y Fondo de Cultura Económica, México, 1999.

MUNDUATE JACA, L. *Gestión del conflicto, negociación y mediación*. Ediciones Pirámide, Madrid, 2013.

MUNNE CATARINA, F. y VIDAL TEXIDÓ, A. *La mediación. Resolución pacífica de conflictos*. La Ley, Madrid, 2013, pp. 132-134.

MUNNÉ CATARINA,F. *La administración del arbitraje. Instituciones arbitrales y procedimiento pre-arbitral*. Aranzadi, Navarra, 2002.

MUNNÉ TOMÁS, M. *Los diez principios de la cultura de la mediación*. GRAÓ, España, 2006.

NIEVA FENOLL,J. *La mediación: ¿una «alternativa» razonable al proceso judicial?* Revista Práctica de Tribunales, nº 98-99, noviembre-diciembre 2012,pp. 1-10.

NOCETTI NUNEZ, V. Fundamentos de Negociación. Serie Documentos Docentes, nº1, año 5, Julio de 2007. Disponible en:

PACHECO PULIDO, G. *Mediación. Cultura de la paz. Medio alternativo de administración de justicia*. Porrúa, Mexico, 2012.

PALLARES PORTILLO, E. *Diccionario de Derecho Procesal Civil*. Porrúa. México, 1998.

PELAYO LAVÍN, M. *La mediación como vía complementaria de resolución de conflictos*. Salamanca 2011.Disponible en:

PEÑA Y PEÑA DE LA, M. *Lecciones de práctica forense mejicana, escritas a beneficio de la Academia Nacional de Derecho Público y Privado de México*. Tomo I. Imprenta a cargo de Juan Ojeda. México, 1835.

PEREIRA PARDO,M.C. *La mediación paso a paso. De la teoría a la práctica*. Dykinson, Madrid, 2014.

PÉREZ GURREA,R. Estudio sistemático, normativo y doctrinal de la mediación en asuntos civiles y mercantiles. Disponible en:

PONTI, F. *Los Caminos de la Negociación. Personas, estrategias y técnicas*. Granica, Argentina, 2007.

PRATS ALBENTOSA, L. *Desjudicialización: el proyecto de Ley de Mediación en Asuntos Civiles y Mercantiles*. Diario La Ley, nº7625, mayo de 2011, pp. 1-4.

PRATS ALBENTOSA, L. *La nueva regulación europea de la mediación*. Diario La Ley, nº 6958, junio de 2008, p. 7-9.

RAMÍREZ SÁNCHEZ, J. *La conciliación en la vía judicial civil, una alternativa económica y ágil*. Disponible en:

REMIRO BROTONS, A. *Derecho Internacional*. McGraw-Hill, Madrid, 1997.

RHYS CLIFT, N. *The phenomenon of mediation: judicial perspective and an eye on the future*, The Journal of International Maritime Law, United Kingdom, vol.15, nº6, noviembre-diciembre, 2009.

RODRÍGUEZ-ARANA, J./ DE PRADA RODRÍGUEZ, M. *La mediación: Presente, pasado y futuro de una institución jurídica*. Netbiblo, La Coruña, 2010, p. 132.

ROJAS, A. Modelos de mediación: el método tradicional-lineal. Revista “La fábrica del mediador”. Disponible en: <http://arojis.blogspot.com.es/2013/01/modelos-de-mediacion-el-metodo.html>

SÁEZ HIDALGO, I. / DORRIEGO DE CARLOS, A. *Arbitraje y Mediación*. Lex Nova, Valladolid, 2013.

SAID RAMÍREZ, A. *Teoría General del Proceso*. Iure. México, 2007.

SAN CRISTÓBAL REALES, S. *Sistemas complementarios a la jurisdicción para la resolución de conflictos civiles y mercantiles*. La Ley, Madrid, 2013, pp.156-157.

SANCHEZ MARTÍN, P. *Incidencia de la mediación en el proceso civil*. Revista Práctica de Tribunales, nº 98-99, noviembre-diciembre 2012, pp. 1-12.

SANJURJO RÍOS, E.I. *La eficacia jurídica del acuerdo de mediación. Ejecución y posibles efectos de cosa juzgada*, en Processulus. Estudios sobre Derecho Procesal. Comares, Granada, 2015.

SIQUEIROS PRIETO, J.L. *El arbitraje y los órganos judiciales*. Anales de Jurisprudencia, nº 232, Sección de Previa, 1998.

SOLER PASCUAL, A. *La ejecución del acuerdo de mediación. La elevación a*

escritura pública. Problemática. Revista Práctica de Tribunales, nº98-99, noviembre-diciembre 2012, p.1-7.

SUARES, M. *Mediación. Conducción de disputas, comunicación y técnicas.* Paidós, Barcelona, 1999.

TORRES GÁMEZ, A. *Mediación intrajudicial civil. Reflejo jurisprudencial.* Revista Aranzadi, Pamplona, nº3, 2015, pp. 15-17.

TORRES GÁMEZ, A. *Mediación intrajudicial civil. Reflejo jurisprudencial.* Revista Aranzadi Doctrinal, Pamplona, nº 3, 2015, pp. 2-14.

VADO GRAJALES, L.O. *Medios alternativos de resolución de conflictos. Mecanismos para acercar la justicia a la sociedad.* Centro de Estudios de Justicia de Las Américas.

VINYAMATA CAMP, E., *“Aprender mediación,* Ediciones Paidós Ibérica, Barcelona, 2006.

WILDE, Z.D. *Mediación y conciliación.* Revista del Colegio de Abogados de Buenos Aires, Argentina, tomo 55, nº 1, julio de 1995, pp. 9-10.