

Recibido: 30 mayo 2018  
Aceptado: 3 septiembre 2018

*Arbitraje*, vol. XI, nº 2, 2018, pp. 443–463

## ***La mediación en España, el momento del cambio de paradigma. Estudio comparado con la UE \****

Lucas Andrés PÉREZ MARTÍN \*\*

*Sumario:* I. Introducción. II. Regulación de la mediación en la Unión Europea. 1. La Directiva 52/2008. 2. La mediación en el resto de la normativa europea. 3. La mediación en los Estados Miembros. 4. La Jurisprudencia del TJUE. III. Datos de la mediación en la Unión Europea. 1. La mediación en los Estados Miembros. 2. La mediación en España. IV. El cambio de paradigma. 1. Ámbito de aplicación de la mediación. 2. Incentivos procesales de la mediación. 3. Ejecutividad de los acuerdos. 4. Mejora del sistema público de mediación. V. Conclusiones.

*Resumen:* La mediación en España, el momento del cambio de paradigma. Estudio comparado con la UE

La mediación aparece ante nosotros como la materia en la que todos los investigadores, prácticos del derecho, legisladores y ciudadanos en general encontramos un acuerdo generalizado en su bondad y en la necesidad de su aplicación. Sin embargo, ni el legislador legisla en este sentido, ni el práctico del derecho la propone de forma generalizada, ni los números de su empleo avanzan. Por este motivo, en el presente trabajo aportamos nuestra visión de cuáles son los aspectos que creemos se deben modificar en el pensamiento de los juristas y en la legislación para la futura evolución en positivo del empleo efectivo de la mediación en nuestra práctica diaria en la resolución de los conflictos. Para ello partiremos de la actual situación legislativa y estadística de la mediación en la Unión Europea, en sus Estados miembros, y en la doctrina del TJUE. Y a partir de este estado de la cuestión de la materia en el ámbito europeo y de nuestra experiencia práctica exponemos cuatro aspectos en los que creemos que la mediación debe evolucionar en España para lograr un avance en su uso. El ámbito de aplicación de la misma en el que podría ser preceptiva previamente a acudir a la vía judicial, los incentivos

\* Ponencia presentada en el Congreso Internacional “Estrategias actuales en materia de Mediación y Arbitraje comercial” que tuvo lugar en la Universidad de Alcalá el 24 abril 2018. Este trabajo se ha realizado en el marco del Proyecto: “Obstáculos a la movilidad de personas en los nuevos escenarios de la UE”, financiado por el Ministerio de Economía y Competitividad, Dirección General de Investigación Científica y Técnica con la referencia DER2017–86017–R.

\*\* Profesor Ayudante Doctor de Derecho internacional privado de la Universidad de Las Palmas de Gran Canaria.

procesales para su uso, una mejora y simplificación en los requisitos para la ejecutividad de los acuerdos y, por último, una mejora en el sistema público de mediación.

*Palabras clave:* MEDIACIÓN – DERECHO EUROPEO – CAMBIO DE PARADIGMA – ÁMBITO DE APLICACIÓN – EJECUTIVIDAD – MEJORAS DEL SISTEMA.

*Abstract: Mediation in Spain, the Moment of Paradigm Change, a Comparative Study with the EU*

*Mediation appears before us as the subject on which all researchers, law practitioners, legislators and citizens in general find a general agreement with their kindness and the need for its application. However, neither the legislator legislates in this sense, nor the practitioner of law proposes it in a wide manner, nor the numbers of its employment move forward. For this reason, in the present work we contribute with our vision of those aspects we believe that should be modified according to the jurist's thought and in the legislation for a positive future evolution of the effective use of the mediation in our daily practice in the resolution of the conflicts. To this effect, we will start from the current legislative and statistical situation of mediation in the European Union, in its Member States and in the doctrine of the CJEU. And from this state of the matter in the European field and from our practical experience we will describe four aspects in which we believe that mediation must evolve in Spain in order to achieve an advance in its use. Its scope of application in which it could be mandatory prior to the appearance in court, the procedural incentives for its use, an improvement and simplification in the requirements for the execution of the agreements and finally an improvement in the public mediation system.*

*Keywords:* MEDIATION – EUROPEAN LAW – PARADIGM CHANGE – SCOPE OF APPLICATION – IMPLEMENTATION – SYSTEM IMPROVEMENT.

## I. Introducción

1. En todos los foros jurídicos de debate sobre el arbitraje y la mediación, la mediación aparece ante nosotros como la materia en la que los investigadores que participan en los mismos, los jueces que la aplican, o los legisladores que exponen su visión, coinciden en que la misma es un instrumento muy útil para la resolución acordada de los conflictos y que debe ser potenciada en su uso. Sin embargo, tal y como expondremos en el presente trabajo, esto no se traduce en un decidido empuje legislativo en el fomento del uso de la mediación por los operadores jurídicos, ni en la superación de unas estadísticas ridículas en su empleo en nuestra práctica diaria. Por ello reflexionamos en el presente trabajo sobre cuáles son los aspectos en los que puede evolucionar la mentalidad de nuestros legisladores de cara a mejorar la actual situación legislativa y práctica de la mediación. Consideramos que el cambio que necesitamos es de mentalidad, de forma de afrontar la materia, de ahí que hablemos de un cambio de paradigma<sup>1</sup>.

<sup>1</sup> Este es el sentido del uso del término paradigma que utilizamos, la segunda acepción del término en el Diccionario de la lengua española de la RAE cuando lo define como "Teoría o conjunto de teorías cuyo núcleo central se acepta sin cuestionar y que suministra la base y modelo para resolver problemas y avanzar en el conocimiento". Al respecto, *vid.* <http://dle.rae.es/?id=RpXSRZJ>. En este sentido consideramos que el legislador debe avanzar en algunas teorías que en la actualidad se aprecia que maneja sin cuestionamiento y que creemos que impi-

2. Y consideramos que ese cambio de mentalidad, del lugar desde el que se analiza la materia y su legislación se debe producir en cuatro aspectos esenciales. El primero es el del ámbito de aplicación, ampliando las situaciones en las que el legislador debe mostrar pedagógicamente al ciudadano la bondad y la necesidad del recurso a la mediación. El segundo, muy vinculado con el anterior, es el del fomento de su uso a través de incentivos procesales. El tercero, la mejora de la ejecutividad de los acuerdos, en concreto la posibilidad de que una sola parte pueda elevarlos a público. Por último, la mejora del sistema público de mediación. Y afrontaremos estos cuatro aspectos bajo dos parámetros previos. El primero es la exposición a efectos comparativos de cuál es la situación de la mediación en la legislación de la Unión Europea y de sus Estados miembros, así como en la doctrina actual del TJUE. Y el segundo a través de situaciones que quien propone esta reflexión ha vivido en el pasado en su actividad práctica como Magistrado Suplente de la Audiencia Provincial de Las Palmas que le ha provocado desde hace años esta reflexión que ahora pone negro sobre blanco.

## II. Regulación de la mediación en la Unión Europea

### 1. La Directiva 52/2008

3. Empezaremos nuestro estudio con un breve repaso a los aspectos básicos de la regulación de la mediación en la Unión Europea. El desarrollo legislativo de la figura no ha sido breve, ya que es producto de un largo proceso de evolución que comienza hace justo 20 años, aunque tuvo algún antecedente previo fuera del marco de la Unión Europea<sup>2</sup>. A partir del Plan de Acción de Viena de 1998 y las conclusiones del Consejo Europeo de Tampere de 1999, el Consejo de Ministros Justicia e Interior invitó a la Comisión a que presentara un Libro Verde sobre modalidades alternativas de solución de conflictos en materia de Derecho civil y mercantil distintas al arbitraje, publicado en abril de 2002<sup>3</sup>. La aparición en este panorama de la Directiva sobre mediación transfronteriza de 1 mayo 2008, que tiene como razón de ser fundamental la

---

de avanzar a la mediación, como en especial el ámbito de aplicación de la misma, la ejecutividad de los acuerdos, el empleo de incentivos procesales o la mejora del sistema público de mediación que proponemos en el presente trabajo.

<sup>2</sup> Hace ya más de 35 años, el Convenio de la Haya de 1980, sobre sustracción internacional de menores, estableció en su art. 7.c, de forma muy tímida e inicial, que las Autoridades Centrales de los Estados deberán adoptar las medidas apropiadas “ya sea directamente o a través de un intermediario” —en una clara posibilidad de la entrada en juego de un mediador—, que permitan “garantizar la restitución voluntaria del menor o facilitar una solución amigable”. Es muy destacable la referencia a la mediación a través de la participación de un intermediario en esta restitución en un asunto tan delicado como el de la sustracción internacional de menores en un momento en el que la institución no estaba en absoluto tan en boga como en nuestros días.

<sup>3</sup> Libro blanco ciertamente interesante como antecedente legislativo de la posterior acción de la Unión, “<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52002DC0196&from=ES>”.

de promover la mediación en todo el territorio de la Unión, supuso un claro empuje en la actividad regulatoria de los 28 Estados miembros. En líneas generales los aspectos más destacados de la Directiva según la propia Unión Europea y que desde luego emplearemos en la reflexión sobre el cambio de mentalidad sobre la mediación son los de potenciar la formación de mediadores, promover que los jueces inviten a las partes a resolver las controversias mediante la mediación, disponer que los acuerdos sean ejecutivos, que se respete la confidencialidad en el proceso, o garantizar que aun sometiéndose a la mediación las partes no pierdan el derecho a acudir a la vía judicial<sup>4</sup>.

4. La Directiva<sup>5</sup> está limitada a los litigios de carácter transfronterizos, si bien ha motivado un gran impulso a la regulación de la mediación de la mayoría de los Estados miembros<sup>6</sup>.

Destacaremos brevemente que la Directiva, de mínimos<sup>7</sup>, regula algunos aspectos procesales del procedimiento de gran interés, como el carácter ejecutivo de los acuerdos<sup>8</sup>, la confidencialidad del proceso<sup>9</sup>, los importantes efectos de paralización mientras dura el proceso de los plazos de caducidad y prescripción<sup>10</sup>. La Directiva no desarrolla todos estos aspectos, dejando su detalle posterior al legislador nacional. También la directiva insiste en aspecto que suponen parte de nuestra reflexión en el presente trabajo, como es el de la forma-

---

<sup>4</sup> Tal y como veremos en el presente trabajo creemos que en la práctica dichas finalidades no se han logrado aún. Sí que se ha producido una gran actividad legislativa en los Estados Miembros, pero tal y como expondremos en nuestro trabajo dichas finalidades, que sí nos parecen acertadas, no las podemos considerar alcanzadas, ni en la Unión en general ni en España. Se pueden consultar estas intenciones oficiales de la Unión en [https://e-justice.europa.eu/content\\_eu\\_overview\\_on\\_mediation-63-es.do](https://e-justice.europa.eu/content_eu_overview_on_mediation-63-es.do).

<sup>5</sup> No aplicable en Dinamarca –considerando 30–, pero sí aplicable a Reino Unido y e Irlanda –considerando 29– toda vez que estos dos países tienen, como veremos, una larga tradición de práctica en la mediación, en especial el Reino Unido.

<sup>6</sup> No podemos desarrollar con detalle por motivos de espacio la totalidad del contenido de la Directiva. En relación a su trascendencia para la mediación familiar internacional, puede consultarse, por ejemplo, a A. Ybarra Borres., “Mediación familiar internacional, la directiva sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles y su incorporación al Derecho español”, *REEI*, N° 23, 2012, pp. 1 a 26. También, analizando el contenido básico de la misma, se puede consultar a, M.P. Calderón Cuadrado y J.L. Iglesias Buhigues, “La mediación como ‘alternativa’ a la jurisdicción. Directiva 2008/52/CEE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de mayo, sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles”, en A De la Oliva Santos (dir.), *Derecho procesal civil europeo*, vol. II, Pamplona, Thomson Reuters, 2011.

<sup>7</sup> Opinión que podemos apreciar, por ejemplo, en P. Ortuño Muñoz, “A propósito del ámbito de la Directiva 2008/52/CE, sobre mediación, en asuntos civiles y mercantiles”, *Aranzadi Civil–Mercantil*, n° 20, 2008, p. 3. Debemos destacar que es una directiva breve, de 14 artículos, siendo esta una materia que hubiese permitido, desde luego, un mayor contenido si así lo hubiese deseado el legislador europeo y si hubiese tenido como finalidad.

<sup>8</sup> Considerando 16 y art. 6.

<sup>9</sup> Considerando 23 y art. 7.

<sup>10</sup> Considerando 24 y art. 8.

ción de los mediadores<sup>11</sup>, la asistencia judicial y la información al público en general<sup>12</sup>.

## 2. La mediación en el resto de la normativa europea

5. Debemos destacar, de manera instrumental únicamente para nuestro trabajo, que La Unión Europea, en su actividad legislativa general posterior a la aprobación de la Directiva sobre mediación, ha reconocido la posibilidad del acuerdo de las partes para establecer la competencia judicial y la ley aplicable en los distintos instrumentos aprobados, lo que nos lleva a la necesaria conclusión de que la mediación se admite en la consecución de dichos acuerdos. Ha regulado con ello el recurso a la mediación, a tenor de lo establecido en el Reglamento Bruselas II *bis*<sup>13</sup>, y la más decidida apuesta por la misma en la elección de las partes de la ley aplicable a las crisis familiares que recoge en el Reglamento Roma III<sup>14</sup>. El Reglamento Bruselas II *bis*<sup>15</sup> regula las reglas para determinar la competencia en materia de crisis familiares<sup>16</sup>, permitiendo que los cónyuges interpongan la demanda de manera conjunta en la residencia habitual de cualquiera de ellos, lo que les posibilita acudir a la mediación si el Estado al que recurren la acoge en su normativa, lo que veremos es absolutamente generalizado. Incluso el Reglamento regula expresamente en su art. 55.e que “las autoridades centrales cooperarán (...) y adoptarán, ya sea directamente o por conducto de las autoridades públicas u otros organismos, todas las medidas adecuadas, con arreglo a la legislación de dicho Estado miembro

<sup>11</sup> Considerando 16 y art. 4 de la directiva titulado “calidad de la mediación”.

<sup>12</sup> Un estudio muy completo sobre la Directiva se puede consultar a M.P. Diago Diago, “Aproximación a la mediación familiar desde el Derecho internacional privado”, en A. L. Calvo Caravaca y E. Castellanos Ruiz, *La Unión Europea ante el Derecho de la globalización*, Colex, Madrid, 2008, p. 270. Por otro lado, una visión de las obligaciones que la Directiva 52/2008 le imponía a España en dicho momento la podemos ver en, I. García Presas, “Las directrices de la Unión Europea en materia de mediación. Su proyección en España”, *Dereito*, vol. 18, 2009, pp. 239–263. Otro trabajo en igual sentido desde la perspectiva procesalista es el de J.C. Ortiz Pradillo, “La mediación en asuntos civiles y mercantiles: propuestas para la incorporación de la Directiva 2008/52/CE al Derecho español”, *Revista General de Derecho Procesal*, n° 26, 2012, pp. 5–10.

<sup>13</sup> Reglamento (CE) n° 2201/2003, de 27 noviembre 2003, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental, por el que se deroga el Reglamento (CE) n° 1347/2000, publicado en el DO n° L338, de 23.12.2003.

<sup>14</sup> Reglamento (CE) n° 1259/2010, de 20 diciembre 2010, por el que se establece una cooperación reforzada en el ámbito de la ley aplicable al divorcio y a la separación judicial, publicado en el DO L 343, de 29.12.2010. Un desarrollo de su contenido lo encontramos en M. Guzmán Zapater, “Divorcio, matrimonio y ciertas diferencias nacionales: a propósito de su tratamiento en el art. 13 del Reglamento Roma III”, en C. Esplugues Mota y G. Palao Moreno (eds.), *Nuevas fronteras del Derecho de la Unión Europea. Liber amicorum José Luis Iglesias Buhigues*, Valencia, Tirant lo blanch, 2012, pp. 521–536.

<sup>15</sup> Aplicable en todos los Estados de la Unión salvo en Dinamarca —art. 2.3—.

<sup>16</sup> El Reglamento Bruselas II *Bis* ha tenido desde su publicación una gran trascendencia en el establecimiento de las reglas de la competencia judicial en las crisis familiares, que se refuerza tras la modificación del art. 22 LOPJ por la Ley 7/2015 de 21 de julio, BOE 22.7.2015, y el juego que a la autonomía de la voluntad le da la relación actual entre de los arts. 22 *bis* y el 22 *quáter letra c*, que han “copiado” en lo básico los criterios establecidos por la normativa europea.

en materia de protección de datos personales, para *facilitar la celebración de acuerdos entre los titulares de la responsabilidad parental a través de la mediación o por otros medios, y facilitar con este fin la cooperación transfronteriza*<sup>17</sup>.

6. El Reglamento Roma III<sup>18</sup> establece la ley aplicable a la separación y al divorcio aplicable en España<sup>19</sup>, y en ella le da una gran virtualidad a la autonomía de la voluntad, suponiendo un avance muy destacado de la regulación existente hasta el momento. Así, los cónyuges podrán elegir como ley aplicable a su separación o divorcio<sup>20</sup> la ley del estado donde tuviesen su residencia en el momento del convenio, o donde tuvieron la última residencia habitual si uno de ellos sigue allí residiendo, la ley de la nacionalidad de cualquiera de ellos, o la ley del foro. Con ello se facilita a los cónyuges la posibilidad de acordar la mediación si la norma de cualquiera de esos países en el que se desarrolla el proceso la admite. Es una clarísima evolución hacia una mayor flexibilidad, previsibilidad, estabilidad y seguridad jurídica para las partes que fomenta la libre circulación de personas y la capacidad de actuación de las partes<sup>21</sup>. Se ha producido así, en la actual evolución de la norma, una progresiva contractualización del matrimonio y su disolución que ya era señalada con anterioridad a la propia existencia de los reglamentos, pero que estos confirman<sup>22</sup>, en una progresiva mayor libertad de las partes para es-

<sup>17</sup> La misma previsión la tiene el art. 51.2.d del Reglamento (CE) n° 4/2009 del Consejo, de 18 diciembre 2008, relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones y la cooperación en materia de obligaciones de alimentos, publicado en el DO L 7 de 10.12.2009, cuando señala que las autoridades centrales tomarán las medidas para “promover las soluciones amistosas a fin de obtener el pago voluntario de los alimentos, recurriendo cuando sea apropiado a la *mediación*, la conciliación o mecanismos análogos”. Un estudio detallado de la mediación en las crisis familiares lo podemos encontrar en G. Palao Moreno, “Crisis matrimoniales internacionales, y autonomía de la voluntad”, *Cursos de derecho internacional y relaciones internacionales de Vitoria-Gasteiz 2013*, pp. 451-531, esp. p. 475.

<sup>18</sup> Vigente únicamente en los quince Estados participantes del mismo mediante cooperación reforzada, esto es, Alemania, Bélgica, Bulgaria, Eslovenia, España, Francia, Italia, Letonia, Lituania, Luxemburgo, Hungría, Malta, Austria, Portugal, Rumanía—art. 3.1 en relación al Considerando 6—.

<sup>19</sup> El carácter universal del Reglamento (art. 4) ya provocaba que desplazase absolutamente al art. 107 Cc hasta su modificación del año 2015, que sólo se mantenía vigente en su apartado primero relativo a la nulidad, como destaca M. Sabido Rodríguez, “La nueva regulación del divorcio en la Unión Europea. Su proyección en el Derecho Internacional Privado español”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, 2013, p. 517. En la actualidad, la modificación del n° 2 del art. 107 redactado por el apartado veintiocho de la disposición final primera de la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria, BOE 3.7.2015, ya lo dejó redactado de la siguiente manera; “2. La separación y el divorcio legal se regirán por las normas de la Unión Europea o españolas de Derecho internacional privado”, con lo que la regulación en la actualidad es uniforme independientemente de que el demandado resida en la Unión Europea, con lo que habría que aplicar el Reglamento Roma III, como que resida fuera de la Unión Europea, situación en la que se aplica este citado 107.2° Cc que nos remite a la normativa europea o a una específica española que no existe.

<sup>20</sup> Art. 4 del Reglamento.

<sup>21</sup> G. Palao Moreno, *loc. cit.*, nota 33, p. 494.

<sup>22</sup> Idea desarrollada en J. Carrascosa González, *Matrimonio y elección de ley. Estudio de Derecho Internacional Privado*, Granada, Comares, 2000, p. 80.

tablecer la norma que regule su separación o divorcio, y con ella la mediación en las crisis familiares. Desde la perspectiva práctica este hecho es trascendental. Los ciudadanos europeos pueden iniciar un proceso de mediación en cualquiera de los Estados de la Unión en los que residan que lo admitan, que ya veremos que es la totalidad de los mismos salvo Hungría en lo relativo a la custodia de los menores.

7. Por último, hemos de señalar que la UE publicó en el Diario Oficial de 8 julio 2016<sup>23</sup> los Reglamentos europeos 1103/2016 y 1104/2016 de 24 de junio por los que se establece la cooperación reforzada<sup>24</sup> en el ámbito de la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia de regímenes económicos matrimoniales y de uniones registradas<sup>25</sup>. Ambos reglamentos permiten acudir a órganos no jurisdiccionales para resolver estas controversias, en concreto a todas las autoridades que puedan tener competencias en la materia objeto de los mismos, que en los distintos sistemas jurídicos europeos pueden no ser únicamente jurisdiccionales, ya que también tienen competencias para ello notarios y mediadores<sup>26</sup>.

### 3. La mediación en los Estados Miembros

8. Para situarnos ante la realidad legislativa sobre la mediación en los Estados Miembros tras la aprobación de la Directiva de cara a poder tener el panorama general para hacer el análisis comparativo entre la UE y las medidas que proponemos, haremos un somero repaso de la regulación y a la actual importancia práctica del uso de la mediación en los 28 países. La Comisión ha llevado a cabo un encomiable esfuerzo de mayor transparencia e información pública, intentando tener actualizada la información en el Portal Europeo de e-Justicia<sup>27</sup>. Haciendo un somero recorrido por la situación actual de la regulación de los 28 países de la Unión según dicho portal, hemos de decir que todos afirman aplicar los principios de la Directiva. Tres de

<sup>23</sup> Textos oficiales en el DO L 183.

<sup>24</sup> Aplicables en 18 países de la Unión, Alemania, Austria, Bélgica, Bulgaria, Chipre, Croacia, Eslovenia, España, Finlandia, Francia, Grecia, Italia, Luxemburgo, Malta, Países Bajos, Portugal, República Checa y Suecia —ver considerando 11 de ambos documentos—.

<sup>25</sup> Regula el 1103 los regímenes económicos matrimoniales y el 1104 los efectos patrimoniales de las uniones registradas, tal y como establecen los arts. 1.1 de ambos reglamentos.

<sup>26</sup> Para ello el art. 3.2º de ambos reglamentos establece con meridiana claridad que los reglamentos obligan a “toda autoridad judicial y todas las demás autoridades y profesionales del Derecho con competencias” en ambas materias “que ejerzan funciones jurisdiccionales o que actúen por delegación de poderes de una autoridad judicial o bajo su control, siempre que dichas autoridades y profesionales del Derecho ofrezcan garantías en lo que respecta a su imparcialidad y al derecho de todas las partes de ser oídas, y que sus resoluciones, adoptadas con arreglo al Derecho de Estado miembro en el que actúan pueda ser objeto de recurso y tengan fuerza similares a las resoluciones de una autoridad judicial”.

<sup>27</sup> Lo que no ha conseguido de forma plena. Se puede consultar la página web de la Unión Europea sobre la mediación en “[https://e-justice.europa.eu/content\\_mediation-62-es.do](https://e-justice.europa.eu/content_mediation-62-es.do)”.



ellos aún sin publicar normativa específica al respecto<sup>28</sup>. Solo siete países aplican la mediación pero sin haber renovado su legislación desde la entrada en vigor de la directiva, lo que no significa necesariamente que sus normas no estén adaptadas a la misma<sup>29</sup>. Diez países han modificado sus normas con posterioridad a la Directiva, adaptándola a ella<sup>30</sup>. Por último ocho países han renovado recientemente su regulación u organización administrativa sobre la mediación y esto provoca que hoy en día no existan datos absolutamente actualizados de los mismos<sup>31</sup>. Así pues, el primer aspecto básico para que la Directiva y el resto de la normativa sea efectiva, esto es, que la mediación sea admitida en los 28 países, ya está lograda, si bien no es absolutamente uniforme la forma en la que se le reconoce, habiéndose producido una renovación de las normas aplicables en 18 países.

9. En cuanto a la admisión expresa de la mediación familiar en los países de la Unión, de los 28 Estados 16<sup>32</sup> recogen expresamente que sí que admiten la mediación en el ámbito familiar. 11 Estados, por el contrario<sup>33</sup>, la admiten en el ámbito civil, sin especificar expresamente en dicha información que se admita en el derecho de familia. Solo uno de los 28 Estados de la Unión la limita expresamente negando el recurso a la mediación en materia de custodia de menores<sup>34</sup>. La implantación de esta normativa es seguida por el Parlamento Europeo, que emite informes sobre la misma de manera periódica<sup>35</sup>.

#### 4. La mediación en la doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea

10. Nos detenemos con algo más de detalle en esta doctrina porque ha estudiado expresamente la primera de las medidas de cambio de paradigma que proponemos en el presente trabajo, el trascendental asunto de la posibilidad de que el ordenamiento de algún estado miembro establezca la obligatoriedad de la mediación previamente a acudir a la vía judicial. Lo hizo en su Sentencia de 14 junio 2017<sup>36</sup>, caso *Menini*<sup>37</sup>. Consultaba al TJUE el órgano italiano

<sup>28</sup> Austria, Finlandia, y el Reino Unido (si bien debemos destacar que Reino Unido tiene regímenes algo diferentes en los países que lo componen).

<sup>29</sup> Señalamos los Estados y los años de sus normativas, Hungría (2002), Eslovaquia (2004), Lituania (2004), Malta (2004), Irlanda (2005), Bulgaria (2007) y Rumanía (2007).

<sup>30</sup> Dinamarca (2009), Italia (2010), Grecia (2010), Francia (2011), Estonia (2011), Croacia (2011), Alemania (2012), Chequia (2012), España (2012), Luxemburgo (2012).

<sup>31</sup> Bélgica, Chipre, Eslovaquia, Letonia, Países Bajos, Polonia, Portugal y Suecia.

<sup>32</sup> Alemania, Bélgica, Chequia, Eslovaquia, Eslovenia, España, Estonia, Francia, Irlanda, Letonia, Luxemburgo, Malta, Polonia, Portugal, Reino Unido y Rumanía.

<sup>33</sup> Austria, Bulgaria, Croacia, Chipre, Dinamarca, Grecia, Finlandia, Italia, Lituania, Países Bajos y Suecia.

<sup>34</sup> Hungría en su Ley de mediación de 2002 excluye expresamente los procedimientos de custodia.

<sup>35</sup> Se puede consultar el detallado informe del Parlamento Europeo julio 2017 sobre la implantación de la mediación en la Unión Europea en "<http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//NONSGML+REPORT+A8-2017-0238+0+DOC+PDF+VO//ES>".

<sup>36</sup> Asunto C-75/16, ECLI:EU:C:2017:457.

<sup>37</sup> En cuanto a los hechos, el Banco Popular de Italia le abrió al Señor *Menini* y a la Señora *Rampantelli* sendas aperturas de crédito en cuenta corriente para permitirle adquirir acciones, del mismo



proponente de la cuestión prejudicial si el derecho italiano en el que se obliga en materia de consumo a acudir inicialmente a una mediación puede ser contrario a la Directiva 2013/11 sobre resolución alternativa de litigios en materia de consumo, en concreto a su art. 9, que permite a las partes retirarse de la mediación en todo momento, ya que según el tribunal, la obligatoriedad colocaría al consumidor en una posición más desfavorable que aquella en la que se encontraría si el recurso a la mediación tuviera carácter meramente facultativo. Al no poder retirarse las partes incondicionalmente del proceso de la mediación se incumple el art. 9.2 de la Directiva, ya que si la causa de la retirada no es justificada el Juez está obligado a imponer una sanción a la parte.

11. El TJUE señala, inicialmente, que no estamos ante un litigio y una normativa, la italiana, sobre una mediación con implicaciones transfronterizas, por lo que no procede analizar la relación entre la Directiva 2008/52 y la 2013/11 sobre resolución alternativa de litigios en materia de consumo en relación a este procedimiento. En cuanto al asunto central, analiza los tres requisitos de la obligatoriedad de la mediación en la legislación italiana, ya que esta considera el recurso a la mediación como requisito de inadmisibilidad de la demanda judicial relativa a los procedimientos de consumo, porque en la mediación el consumidor debe ser asistido por un abogado y finalmente dado que únicamente puede eludir el recurso previo a la mediación si demuestran que concurre una causa justificada que sustente su decisión. Teniendo en cuenta que estamos ante un procedimiento y una normativa de consumo, pero relacionándolo con la Directiva 2008/52, en una extensa resolución, el TJUE estima que la remisión obligatoria a la mediación es ajustada al Derecho europeo siempre que la legislación no impida ejercer su derecho de acceso al sistema judicial, en sintonía con el art. 5.2 de la Directiva. Para el TJUE lo que tiene importancia no es el carácter obligatorio o facultativo del sistema de mediación, sino que se preserve el derecho de las partes de acceder al sistema judicial, y aunque “este requisito podría afectar a la tutela judicial efectiva”, este derecho puede ser restringido siempre que responda a objetivos de interés general, y aunque en el caso *Alassini*<sup>38</sup> el mismo TJUE se cuestionase esta obligatoriedad, la inclusión de medidas para evitar la obstaculización del acceso al sistema judicial, como que el resultado de la resolución alternativa no sea vinculante para las partes o que los plazos de caducidad o prescripción no venzan en este periodo, puede hacerlo lícito.

---

banco y de otras sociedades relacionadas con él. El banco les requirió pasado el tiempo por una suma elevada, de casi un millón de euros, a lo que se opusieron ambos. El Tribunal, dado que los considera consumidores, afirma aplicable la normativa de consumo italiana que establece que el procedimiento de oposición solo es admisible si las partes han incoado previamente un procedimiento de mediación. El Tribunal Ordinario de Verona presentó una cuestión prejudicial consultando si dicha obligatoriedad era conforme al Derecho europeo.

<sup>38</sup> Asunto C-317/08 a C-320/08, EU:C:2010:146.

12. La trascendental conclusión de la Sentencia del TJUE fue la de que la exigencia de un procedimiento de mediación como requisito de admisibilidad de las acciones judiciales puede ser compatible con el principio de tutela judicial efectiva cuando dicho procedimiento *“no conduce a una decisión vinculante para las partes, no implica un retraso sustancial a efectos del ejercicio de una acción judicial, interrumpe la prescripción de los correspondientes derechos, y no ocasiona gastos u ocasiona gastos escasamente significativos para las partes, y siempre y cuando la vía electrónica no constituya el único medio de acceder a ese procedimiento de conciliación y sea posible adoptar medidas provisionales en aquellos supuestos excepcionales en que la urgencia de la situación lo exija”*<sup>39</sup>. Si se considera una restricción al derecho de las partes a acceder al sistema judicial el hecho de que los consumidores únicamente puedan retirarse de un procedimiento de mediación si demuestran que concurre una causa justificada que sustente su decisión, so pena de ser sancionados en el procedimiento judicial ulterior<sup>40</sup>.

### III. Datos de la mediación en la Unión Europea

#### 1. Actual situación de la mediación en la Unión Europea

13. Sin embargo, a pesar de todo lo dicho anteriormente respecto a la evolución legislativa de la mediación en la Unión, su implantación efectiva es poco esperanzadora. En 2014 menos del 1% de los asuntos de la Unión se resolvían mediante mediación, habiendo un 50% del territorio de la misma en el que se habían llevado a cabo menos de 500 mediaciones al año, y en el 68% de los países se realizaban menos de 2.000 mediaciones al año (España entre ellos). Solo en cuatro países de la Unión<sup>41</sup> se realizaban más de 10.000 mediaciones al año<sup>42</sup>.

---

<sup>39</sup> La Sentencia también establece que no se puede obligar a la parte a acudir a la mediación asistido de abogado, lo que desarrollaremos al final del presente trabajo promoviendo una mediación gratuita.

<sup>40</sup> Aunque al respecto la Sentencia también señala en su ap. 70 que, “dicho esto, se ha de señalar que el Gobierno italiano declaró en la vista que la imposición de una multa por parte del juez en un procedimiento ulterior sólo está prevista en el supuesto de que no se participe en el procedimiento de mediación sin que exista una causa justificada y no en el supuesto de retirada de dicho procedimiento. Si tal es el caso, extremo que corresponde verificar al órgano jurisdiccional remitente, la Directiva 2013/11 no se opone a una normativa nacional que únicamente permite que el consumidor se niegue a participar en un procedimiento previo de mediación si concurre una causa justificada, por cuanto puede ponerle fin sin restricciones desde el momento en que tenga lugar el primer encuentro con el mediador”. Este aspecto también se deberá tener en cuenta en las medidas que proponemos en el presente trabajo.

<sup>41</sup> Alemania, Italia, Países Bajos y Reino Unido. Italia, por ejemplo, recurre seis veces más a la mediación que el resto de Europa (*vid.* el informe del Parlamento Europeo de 27 junio 2017, p. 7).

<sup>42</sup> Para conocer con más detalle los datos de cada país *vid.* M. Zato Etcheverría, “Una aproximación al mapa de la mediación en la Unión Europea”, *Revista de mediación*, vol. 8, 2015, p. 72–49. La UE no ha publicado de manera formal y oficial datos más cercanos. Nos remitimos al informe del Parlamento citado para exponer la situación actual de la mediación en la Unión.

14. En aplicación del art. 11 de la Directiva de 2008, la Comisión Europea debe presentar al Parlamento Europeo, el Consejo y el Comité Económico y Social un informe sobre la evolución de la aplicación de la Directiva y la situación de la mediación en la Unión cada año en el que se exponen los avances y necesidades de la misma. El informe de 2017 señala como datos destacados que casi todos los Estados Miembros han ampliado la aplicación de la directiva a asuntos nacionales<sup>43</sup>, que todos los Estados miembros prevén la posibilidad de que se invite a las partes a la mediación, y quince a sesiones de información sobre la misma. Dieciocho Estados han introducido mecanismos de control de calidad y diecinueve han creado códigos de conducta. El informe establece que la posible obligatoriedad de la mediación podría afectar al ejercicio del derecho a la tutela judicial efectiva reconocido en el art. 47 de la Carta de los Derechos Fundamentales, si bien se podría incentivar su aplicación previa en ciertos litigios con salvaguardias para proteger tal derecho con información, el carácter no vinculante de las decisiones pronunciadas, la rapidez de la finalización del proceso y la toma de medidas cautelares si fueren necesarias.

15. De entre sus *considerandos* destacaremos que tras la aprobación de la Directiva se afirma la inicial concienciación de los operadores jurídicos en las ventajas de la mediación, pero que sus objetivos de promover el uso de la mediación y lograr una relación equilibrada entre la mediación y el proceso judicial no han sido alcanzados, ya que en la mayoría de los Estados se sigue usando en menos del 1% de los casos que llegan a los tribunales. Dentro de sus *conclusiones* debemos destacar que, aunque los Estados han modificado sus legislaciones, no se ha implantado una cultura de la mediación en la Unión, que solo alguno de los Estados obliga a participar en sesiones informativas y que numerosos Estados ofrecen incentivos económicos para participar en la misma, así como la dificultad para obtener datos estadísticos, destacando la importancia de mejorar el carácter ejecutivo de los acuerdos de mediación a escala europea sin necesitar la homologación por una autoridad pública. En sus *recomendaciones* las que nos parecen más importantes son las de la necesidad de la implicación de los estados en campañas de información de las bondades de la mediación, que se creen registros nacionales de acuerdos de mediación, que se proponga la mejora de la libre circulación de los acuerdos de mediación, que se amplíe a otros ámbitos en los que no es tan común, y que se salvaguarde los derechos de la parte más débil en la misma. Como veremos en el último epígrafe de este trabajo, el citado informe motiva las medidas que proponemos en el mismo para la consecución de un cambio de paradigma en lo que se relaciona con la mediación en nuestro país.

---

<sup>43</sup> Solo tres la han transpuesto aplicándola únicamente a asuntos transfronterizos, Países Bajos, Irlanda y Reino Unido, y precisamente es porque son los países más avanzados en sus normas internas sobre la mediación.

## 2. Actual trascendencia práctica de la mediación en España

16. Un dato muy clarificador sobre el que volveremos en nuestro último epígrafe es el de que si queremos consultar datos prácticos oficiales sobre la mediación en España debemos acudir al año 2015, el último sobre el que hay datos oficiales publicados sobre la mediación intrajudicial por el Consejo General del Poder Judicial<sup>44</sup>. Empezaremos hablando de la mediación *familiar*. En comparación con el año anterior, en 2014 hubo 6.101 derivaciones y en 2015, 5.829. A pesar de haber derivado menos el número de mediaciones es similar, 1.379 en 2014 y 1383 en 2015. Un dato muy preocupante es que el 54,75% de los casos ni siquiera acuden a la primera sesión informativa. De esas mediaciones derivadas en 2014 el 43,36% acabó con acuerdo y en 2015 el 38,97%. En cuanto a la mediación *penal*, en 2014 hubo 4.349 derivaciones y en 2015, 3.850. Se efectuaron 2.243 en 2014 y 1.881 en 2015. Acabaron con acuerdo el 62,27% en 2014 y el 79,26% en 2015. El número de derivaciones que no llegan a la primera sesión informativa es solo del 20,64%. En cuanto a la mediación *civil general*, en 2014 solo hubo 567 derivaciones y en 2015, 549. Acabaron con acuerdo el 31,09% en 2014 y el 46,15% en 2015. El número de juzgados que han derivado ha pasado de 78 a 111. El número de derivaciones que no llegan a la primera sesión informativa es solo del 28%<sup>45</sup>.

17. Como vemos, podemos concluir que los números de la mediación intrajudicial son ciertamente escasos, irrisorios. No se puede afirmar que haya una verdadera política estatal de fomento de la mediación, habiendo sido abandonados algunos proyectos por los recortes presupuestarios. En la mediación penal las partes están mucho más implicadas que en la civil o en la familiar dada la gravedad de la situación y las consecuencias posteriores que a las partes les puede provocar la inasistencia a la misma. Esta trascendencia debe hacernos pensar en cuáles pueden ser los medios para incrementar la participación en la mediación de los ciudadanos, ya que parece que la cultura no siempre cala en la práctica de nuestra resolución de conflictos diaria. No tenemos datos de la mediación no intrajudicial, pero no creemos que los datos puedan ser más favorables que los aquí expuestos.

---

<sup>44</sup> Consideramos este dato significativo en sí mismo. Los datos pueden ser difíciles de obtener, pero una política activa de fomento de la mediación exigiría datos globales oficiales fiables más actualizados. Pueden consultarse los datos en <http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Temas/Mediacion/Datos-mediacion-intrajudicial/>.

<sup>45</sup> Hay únicamente dos proyectos abiertos en Cataluña y Granada para implantar la mediación en el ámbito laboral, solo uno en Canarias para la mediación contencioso-administrativa y aún no había proyectos en firme en lo mercantil.

#### IV. El cambio de paradigma

18. Tal y como citamos en la introducción, no hablamos de cambio de paradigma según ha establecido la doctrina clásica en la materia<sup>46</sup>, sino en el de la simple acepción de la RAE cuando lo define como “Teoría o conjunto de teorías cuyo núcleo central se acepta sin cuestionar y que suministra la base y modelo para resolver problemas y avanzar en el conocimiento”. Pues bien, creemos que es esencial que el legislador y los operadores jurídicos avancen en las consideraciones que hasta este momento parece que han sido inmutables, como la ampliación del ámbito de aplicación de la mediación a situaciones en las que se establezca la obligatoriedad de someterse a la misma antes del procedimiento judicial vinculado a incentivos económicos relacionados con ventajas o penalizaciones en las costas. Y esto unido a una mejora en el sistema de ejecución de los acuerdos y en el sistema global de mediación. Desarrollamos estas ideas a continuación.

##### 1. *Ámbito de aplicación de la mediación*

19. La mediación, en la actualidad, es absolutamente voluntaria en nuestro Derecho, sin que exista obligación alguna de someterse a la misma, tal y como recoge el art. 6 Ley 5/2012<sup>47</sup>. Este principio ha sido asumido con naturalidad y casi sin discusión alguna por el legislador y por la doctrina<sup>48</sup>. Sin embargo, nuestra experiencia práctica en el mundo de la aplicación del derecho nos hace considerar que en multitud de ocasiones llegan procedimientos a los Juzgados de escasa cuantía y entidad jurídica e incluso alarma social, que no tienen sentido jurídico ni necesidad social de llegar a los Juzgados y Tribunales, y que podrían ser previamente estudiados en un ámbito vinculado a la mediación, sin que esto supusiese que se le anulase o impidiese el acceso posterior al proceso judicial<sup>49</sup>. Creemos

---

<sup>46</sup> Sobre la concepción clásica del paradigma en la disciplina dejamos únicamente citado a J.D. González Campos, “El paradigma de la norma de conflicto multilateral”, *Estudios Jurídicos en homenaje al profesor Aurelio Menéndez*, vol. IV, Madrid, Civitas, 1996, pp. 5239–5270. También habla de un cambio de paradigma en la Justicia del Siglo XXI, H. Soletó Muñoz, “La mediación, tutela adecuada en los conflictos civiles”, en A.I. Blanco García, *Tratado de Mediación*, t. I, *Mediación en asuntos civiles y mercantiles*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2017, pp. 19 a 48.

<sup>47</sup> “La mediación es voluntaria”, tal y como recoge el art. 6.1 de la norma. La Exposición de Motivos lo desarrolla de manera muy puntual cuando en su apartado III establece que “El modelo de mediación se basa en la voluntariedad y libre decisión de las partes y en la intervención de un mediador, del que se pretende na intervención activa (...). El régimen que contiene la Ley se basa en la flexibilidad en el respeto a la autonomía de la voluntad.”

<sup>48</sup> Sobre la voluntariedad de la mediación se puede consultar, por ejemplo, a J.A. Torres Lana, “Principios rectores de la mediación”, en F. López Simó y F. Garau Sobrino, (coordinadores), *Mediación en materia civil y mercantil*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2014, pp. 125-128. En la misma obra colectiva se puede apreciar la relación que hay entre la ley estatal y las autonómicas en su capítulo introductorio, pp. 78- 91.

<sup>49</sup> Evidentemente todos somos lo que vivimos y nutrimos nuestro conocimiento y opiniones de nuestra experiencia personal y profesional. Quien esto suscribe es Magistrado Suplente de la Audien-

que ha llegado el momento de establecer la obligatoriedad del sometimiento a la mediación en determinado tipo de procedimientos, y establecer determinadas obligaciones legales vinculadas a la mediación, todo ello unido a los incentivos procesales que desarrollamos en el apartado segundo de este epígrafe.

20. Así, consideramos que se debería legislar en el sentido de establecer la obligación legal de deber recurrir a la mediación en cuantías menores de determinada cantidad económica que podemos proponer situar en 3000 €<sup>50</sup> y la obligación de someterse a una sesión informativa en crisis familiares con menores al menos respecto a las medidas a acordar sobre estos y aconsejarlo en los procedimientos de familia sin menores y en el resto de procedimientos civiles. Esta obligación no impedirá la posterior remisión de las partes a la jurisdicción civil y motivará la paralización de los plazos de prescripción y caducidad, con lo que cumpliría la doctrina del TJUE. Con ello consideramos que estaríamos cumpliendo de verdad, y de forma efectiva uno de los objetivos de la Directiva, que depende mucho de la propia voluntad y libre decisión del juzgador, como es la de promover que los jueces inviten a las partes a resolver las controversias mediante la mediación, no dejando esta posibilidad al albur de la voluntad de un juzgador o de otro, sino situándolo como obligación legal. También creemos que con este cambio normativo el legislador estaría cumpliendo su función social de educar al ciudadano en las ventajas y bondades de la mediación, provocando que pueda tener relación con la misma<sup>51</sup>.

## *2. Incentivos procesales a la mediación*

21. Una segunda medida, y consideramos que directamente relacionada con la anterior es la de unir esta obligación con la modificación legal en or-

---

cia Provincial de Las Palmas desde 2004, habiendo dictado más de 400 resoluciones. Pues bien, una de estas resoluciones de la que fui ponente, fue el procedimiento resuelto en segunda instancia de cuantía 144 € en el que un ciudadano había demandado a otro porque al abrir una puerta parece que la puerta del vehículo golpeó a la del demandante, provocándole un "picotazo" en la carrocería. Por otro lado, el picotazo no se veía por ningún lado, y la demanda fue desestimada en primera y segunda instancia. La condena en costas no compensa el empleo de recursos públicos del Estado en la resolución del conflicto en dos instancias, en un procedimiento que siempre consideré que nunca debió llegar a los tribunales.

<sup>50</sup> Desde luego que partimos de la base de que la cuantía puede ser opinable, pero consideramos que la cuantía del juicio ordinario, hasta los 6000 € según lo dispuesto en el art. 249.2º LEC nos da margen para establecer una cuantía que situemos justo en la mitad de dicha cuantía.

<sup>51</sup> Por un lado, es el legislador el que debe educar y promover que el ciudadano acuda al recurso de la mediación, y si no le incita a ello muchos ciudadanos, como el caso ya citado, no lo harán nunca. En otro orden de cosas, y aunque no podamos desarrollar la idea, citaremos que hace quince años no estaba generalmente admitido que una persona pudiese acabar en prisión por conducción bajo los efectos del alcohol, se modificó el Código Penal y la sociedad comprendió la necesidad de la medida y en la actualidad es un hecho admitido socialmente con naturalidad. Esta solución, por otro lado, cumple con la doctrina del TJUE que ya vimos que estima que la remisión obligatoria a la mediación es ajustada al Derecho europeo, en concreto con el art. 5.2 de la Directiva, siempre que la legislación no impida ejercer su derecho de acceso al sistema judicial, lo que no se impide en nuestro planteamiento

den de introducir incentivos en las costas o desincentivos en forma de posibles sanciones en caso de falta de finalización injustificada del proceso de mediación. Ya se reguló inicial y tímidamente esa relación entre costas y allanamiento en 2015, impidiendo que quien se allanare no fuese condenado en costas si anteriormente se hubiese presentado una mediación y no hubiese participado en la misma. No lo dice la norma textualmente, en una dudosa técnica legislativa, pero se debe entender necesariamente que se condenará en costas a quien haya sido citado a una mediación, no se haya presentado o acudido a la misma, y posteriormente se allanase nada más recibir la demanda. Estimamos que en el actual estado de la regulación cualquier otra interpretación de esta norma estaría fuera de lugar<sup>52</sup>.

22. La propuesta es la de la modificación del art. 394 LEC en el sentido de que las partes que se sometan a un proceso de mediación previa que no finalice por causas no imputables a las mismas no puedan ser condenadas en ningún caso a la totalidad de las costas del procedimiento judicial posterior<sup>53</sup>. Y por otro lado que quienes no se sometan a un procedimiento de mediación o lo finalicen con causa no justificada no puedan disfrutar de la condena a la contraparte incluso ante desestimación de la demanda de esta<sup>54</sup>. Esta propuesta motiva que los acuerdos de mediación deban recoger los motivos por los que no finalizan en acuerdo, lo que relacionaremos con el contenido del acuerdo y quién debe participar de él, lo que analizaremos en el siguiente epígrafe. Dicha propuesta también provoca que se cumplan más correctamente los fines de la Directiva europea, que tal y como hemos citado, no se cumplen, y sería una manera cierta de fomentar no solo el uso de la mediación, sino también la cultura de su utilidad y de su empleo con afán de lograr acuerdos que eviten procedimientos judiciales y que simplifiquen la resolución de los conflictos. Por otro lado, esta medida promovería un mejor y más correcto uso de la condena en costas, decisión que suele pasar inadver-

---

<sup>52</sup> Por ejemplo, que la parte sí acudiese a la mediación y la misma no finalizase con éxito en tal caso no debería ser condenado en costas si iniciada la demanda se allanare. El art. 395 de la LEC ha sido modificado por el apartado dos de la disposición final tercera de la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria (BOE de 3 de julio), quedando redactado de la siguiente forma; "1. Si el demandado se allanare a la demanda antes de contestarla, no procederá la imposición de costas salvo que el tribunal, razonándolo debidamente, aprecie mala fe en el demandado. Se entenderá que, en todo caso, existe mala fe, si antes de presentada la demanda se hubiese formulado al demandado requerimiento fehaciente y justificado de pago, o si se hubiera iniciado procedimiento de mediación o dirigido contra él solicitud de conciliación". Se ha de entender que se aplica la mala fe si se inicia un procedimiento de mediación, no se acude a él, y posteriormente la parte se allana en el inicio del procedimiento.

<sup>53</sup> Esta posibilidad no ha sido analizada con detenimiento por la doctrina patria actual. Por ejemplo, no ha sido tratado en ninguno de los tres completos tomos sobre mediación publicados como obra colectiva por Tirant Lo Blanch en 2017, citados alguno de ellos en este trabajo. al final de este trabajo. Consideramos que el posible daño a la parte vencedora del procedimiento se vería mitigada por la posibilidad de condena al 50% de las costas, y que es un coste que debe ser asumido en la voluntad de potenciación de la mediación, amén de que los posibles efectos positivos del mayor sometimiento de los litigantes a la posibilidad de acuerdo

<sup>54</sup> Esta sería también una manera de sancionar a quien no se someta a esta mediación con afán constructivo y compensar de alguna manera a quien sí lo haga y no logre un acuerdo.



tida y tener nula trascendencia en las resoluciones de primera instancia o en las deliberaciones de la segunda instancia<sup>55</sup>.

### 3. Ejecutividad de los acuerdos

23. La ejecución del acuerdo logrado tras la mediación es el aspecto esencial para que el proceso triunfe. Sin dicha ejecución la virtualidad de la mediación quedará claramente en entredicho. En España los acuerdos de mediación internos logran su ejecución de dos maneras. La primera, si proviene de un procedimiento judicial, "las partes podrán solicitar del tribunal su homologación de acuerdo con lo dispuesto en la Ley de Enjuiciamiento Civil"<sup>56</sup>. Si la mediación no se ha iniciado dentro de un procedimiento judicial, se puede ejecutar elevando a público el acuerdo por ambas partes<sup>57</sup>, debiendo el notario verificar el cumplimiento de la Ley durante el proceso y que el acuerdo no es contrario a Derecho. Se debe considerar que el documento debe contener la identidad de las partes y la del mediador, pero no debe ir firmado por el mediador<sup>58</sup>. Así pues, el legislador español ha optado, en el desarrollo del contenido de la Directiva que establece en su art. 6.1º que "los Estados miembros garantizarán que las partes, o una de ellas con el consentimiento explícito de las demás, puedan solicitar que se dé carácter ejecutivo al contenido de un acuerdo escrito resultante de una mediación", que el acuerdo no deba estar firmado por el mediador y que exija en todo caso la participación de ambas partes. Consideramos que la obligación de que ambas partes deban acudir a la ejecución del acuerdo una vez finalizado este puede provocar en las ejecuciones nacionales y más en las transfronterizas claras dificultades que la Directiva debería haber evitado y que pueden motivar la falta de virtualidad final práctica del acuerdo<sup>59</sup>.

---

<sup>55</sup> La regulación del art. 394 LEC del vencimiento pleno para la condena en costas salvo que el procedimiento presente dudas de hecho o de derecho, unido a la especial falta de interés que los juzgadores demuestran en apreciar la temeridad del ap. 3 del artículo motivan que en la experiencia propia las deliberaciones sobre las costas pasen muy inadvertidas y motiven una verdadera atención en las deliberaciones de las Salas en contadísimas ocasiones. Con esta propuesta se le daría a la condena en costas una utilidad más allá del propio principio del vencimiento en la intención de favorecer el uso de la mediación de manera responsable. Recordemos al respecto el ap. 70 de la Sentencia *Menini* (*vid. supra*, nota 39).

<sup>56</sup> Art. 25.4º Ley 5/2012.

<sup>57</sup> Art. 25.1º de la ley de mediación que señala que "El acuerdo de mediación se presentará por las partes ante un notario acompañado de copias de las actas de la sesión constitutiva y final del procedimiento, sin que sea necesaria la presencia del mediador".

<sup>58</sup> Art. 23.2º de la Ley que señala que "el acuerdo de mediación deberá firmarse por las partes o sus representantes.

<sup>59</sup> Un interesante trabajo sobre la ejecución de estos acuerdos, si bien referido a la regulación anterior a la aprobación de la Ley de Cooperación Jurídica Internacional, es el de S. Feliú Álvarez de Sotomayor, "Particularidades en materia de reconocimiento y declaración de ejecutividad en España de acuerdos de mediación dictados en el extranjero (Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles", *AEDIP*, t. XIV–XV, 2014–2015, pp. 395 a 416.

24. La finalización de un acuerdo que, pasado algún tiempo, se presente como poco satisfactorio para alguna de las partes, puede abocarlas al procedimiento judicial únicamente con la actitud pasiva de una de ellas, y esta posibilidad debería haber sido evitada por el legislador, en especial en las mediaciones transfronterizas. En tal situación promovemos una interpretación flexible de la Directa en la que se regule expresamente en la normativa española que el consentimiento explícito de las partes para que la otra pueda elevar a público pueda figurar en el propio acuerdo de mediación, y con ello la ejecución podrá ser iniciada por una sola de las partes, sin que exista un derecho perpetuo al desistimiento hasta que el acuerdo se eleve a público<sup>60</sup>. Y también proponemos que en esta mayor facilidad para elevar a público los acuerdos el mediador asuma un papel más activo.

El mediador no debe ser resuelva el conflicto, no es un árbitro, pero sí debe acompañar, aconsejar y conducir a las partes al acuerdo, y como especialista en la materia debe sancionarlo y figurar en él, no solo con su identidad, sino también firmándolo, y dándole con su rúbrica un mayor rigor jurídico al documento que con esta firma podrá ser elevado a público por una sola de las partes con mayores garantías. Este mayor papel del mediador se relaciona directamente con la siguiente y última medida del cambio de paradigma<sup>61</sup>.

#### 4. Mejora del sistema público de mediación

25. La última de las medidas propuestas es la mejora del sistema público de mediación creando centros públicos de mediación gratuitos en el caso de mediación con menores y cuantías mínimas que serían obligatorias tal y como propusimos en la primera medida de este trabajo. Creemos que, a pesar de que no existan trabajos económicos profundos que analicen esta realidad, podemos presumir que toda inversión pública en el sistema de mediación supondría un ahorro en el sistema judicial y una mejora de la calidad de

---

<sup>60</sup> Creemos que la mediación debe finalizar con el acuerdo celebrado entre ambas partes con la participación del mediador, y en ese momento la voluntad de consenso queda concretada y perfeccionada. El hecho de otorgar una "derecho de desistimiento" posterior al acuerdo perpetuo hasta la elevación a público del acuerdo perjudica a la parte que ha llegado al mismo de buena fe y puede provocar una actitud no transparente de una de las partes que firme un acuerdo ante el mediador porque se presente ante las partes como muy razonable y que sin embargo impida su virtualidad final y la utilidad del proceso. Y también creemos que recoger esta posibilidad tanto en la ley como en el acuerdo cumple las exigencias de la directiva de que conste el consentimiento explícito de quien no acuda al notario a elevar a público el acuerdo.

<sup>61</sup> Para citar lo ocurrido con la ejecución de acuerdos que provengan de países de la UE solo dejaremos citado que habrá de estarse en tal caso básicamente a lo establecido en los Reglamentos Bruselas I bis o Bruselas II bis según si estemos ante una mediación en el ámbito civil o de familia. Véanse al respecto, las breves referencias sobre esta ejecución de J.C. Fernández Rozas y S. Sánchez Lorenzo, *Derecho internacional privado*, 9ª ed., Cizur Menor, Civitas, 2016, p. 231, o la de C. Esplugues Mota, J.L. Iglesias Buhigues y G. Palao Moreno, *Derecho internacional privado*, 9ª ed., Valencia, Tirant lo Blanch, 2015, pp. 302-304.

la justicia en general<sup>62</sup>. Y esta mejora debe venir en varias dimensiones. En primer lugar, con recogida cierta, actualizada y global de los datos de resolución de conflictos mediante la creación de un registro público que se nutra tanto de Juzgados como de notarios<sup>63</sup>. Por otro lado, en el cumplimiento de la finalidad de la Directiva de potenciar la formación de mediadores, creando un sistema público de mediadores, toda vez que en la actualidad el panorama no es nada claro al respecto. Hay los más variados tipos de asociaciones de mediadores<sup>64</sup>, y el Ministerio de Justicia publica un registro de mediadores en el que los mediadores se pueden inscribir<sup>65</sup>, pero que es voluntario. Por otro lado, la formación de los mediadores se ha multiplicado, pudiendo ser de lo más variada, de carácter universitario<sup>66</sup> o sin él<sup>67</sup>.

26. Este panorama es el que indicamos porque la ley establece unos requisitos muy laxos para ser formador<sup>68</sup>, sin ser concretados. Con el mismo las

<sup>62</sup> Sobre la bondad de la existencia de un sistema público de mediación totalmente gratuito muchas son las voces que se han alzado. *Vid.* al respecto a F. Martín Diz, *La mediación: sistema complementario de Administración de Justicia*, Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 2000, pp. 162-167. La mediación, por otro lado, se ha intentado implementar en varios sectores de la actividad pública española, pero con una suerte muy poco destacada. Se puede consultar un interesante trabajo sobre un aspecto lateral de la mediación en otras materias, como la discapacidad, la dependencia funcional, o la salud en M. P. Munuera Gómez, *Nuevos retos en mediación*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2014, pp. 159-195 en el que realiza una incursión en la mediación familiar en situaciones de dependencia funcional. O sobre la mediación policial en E. Cobler Martínez, y otros, *La mediación policial*, Madrid, Dykinson, 2015.

<sup>63</sup> Ambos son funcionarios públicos sometidos al imperio de la Ley y podrían llevar a cabo esta labor perfectamente. Hemos visto en este trabajo que los últimos datos sobre mediación publicados por el poder judicial son de 2015, y este hecho, en mayo de 2018, demuestra a las claras la falta de un compromiso público efectivo por dedicar medios materiales a la mejora de la situación de la mediación.

<sup>64</sup> Asociación Española de Mediación, "<https://www.asemed.org/>. Otras asociaciones son <http://www.xn--mediadorespaa--crb.es/>" o "<http://www.mediacionmercantil.org>, creándose incluso servicios de mediación universitarios, <https://ulpgc.es/noticia/nuevo-servicio-arbitraje-y-mediacion-ulpgc>".

<sup>65</sup> "<http://www.mjusticia.gob.es/cs/Satellite/Portal/es/servicios-ciudadano/tramites-gestiones-personales/registro-mediadores>".

<sup>66</sup> De carácter generalistas, "<https://www.ulpgc.es/titulospropios/mediacion-civil-y-mercantil-xv-ed>", "<http://www.cedeco.net/curso-superior-universitario-en-mediacion/>", "<https://www.universidadviu.com/master-mediacion-conflictos>", "<https://postgrado.ufv.es/curso/curso-de-experto-en-mediacion-familiar-y-en-materia-civil-mercantil/>", o sectoriales, "<http://samadr.ulpgc.es/imagenes/cursos/curso-mediacion-civil-SANITARIA.pdf>", "<https://www.emagister.com/cursos-mediador-madrid-kwprov-37472-35.htm>".

<sup>67</sup> Como se puede apreciar en "<http://samadr.ulpgc.es/formacion/experto-en-arbitraje-y-mediacion.html>", "<http://www.diariodemediacion.es/cursos-de-mediacion-escuela-de-mediacion/>", "<http://mediador.org/abierto-plazo-de-inscripcion-en-el-curso-de-formacion-en-mediacion-familiar/>", "<https://cursomediacioncomunitaria.mantia.es/>".

<sup>68</sup> Establece el art. 11 de la Ley 5/2012 que "El mediador deberá estar en posesión de 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. El mediador deberá suscribir un seguro o garantía equivalente que cubra la responsabilidad civil derivada de su actuación en los conflictos en que intervenga".

partes que se quieran someter a la mediación no tienen el amparo de un sistema público que les dé cobijo, siendo las actuales iniciativas muy puntuales y nada estructurales<sup>69</sup>. Por ello proponemos un sistema público de mediación que acoja a los ciudadanos que deben acudir a la misma de manera obligatoria, que sea gratuito<sup>70</sup>, con buenos mediadores formados, gestionados y evaluados por el Estado y con la posibilidad de desarrollar todo el procedimiento de manera informada, gratuita y ágil. Todo ello, cómo no, acompañado de una potente campaña de información de las bondades de la mediación frente al uso de la jurisdicción ordinaria. En estas condiciones los ciudadanos se someterán gustosos a la mediación, logrando con ello el efecto multiplicador que la institución necesita en la actualidad.

## V. Conclusiones

27. Tal y como hemos analizado en el presente trabajo, la mediación ha experimentado un auge legislativo en la Unión Europea y en sus Estados miembros en la última década, en la clara intención de extender su uso entre los ciudadanos para la resolución de los conflictos privados, en especial en derecho civil y de familia. A esta evolución no ha sido ajena España, que ha aprobado normas de mediación de ámbito estatal y autonómico. Sin embargo, la mediación no logra despegar en los números de su implantación, resolviendo menos del 1% de los procedimientos en España. Creemos que esto obliga al legislador y a los operadores jurídicos a saltar por encima de ideas preconcebidas, razonamientos asumidos como únicos y difíciles de salvar para lograr una mayor trascendencia de la mediación y un mayor uso de la misma. A ello le hemos llamado en el presente trabajo un cambio de paradigma respecto a la mediación. Y entendemos que dicho cambio se debe centrar en cuatro aspectos principales.

28. En primer lugar en ampliar muy claramente el ámbito de aplicación de la mediación y establecer la obligación legal de recurrir a la mediación en cuantías menores de determinada cantidad económica, que situamos en los 3000 €, y la obligación de someterse a una sesión informativa en crisis familiares con menores al menos respecto a las medidas a acordar sobre estos y aconsejarlo en los procedimientos de familia sin menores y en el resto de procedimientos civiles. Ligada a esta obligación, una segunda medida que proponemos es la de ofrecer incentivos económicos para participar en la mediación, aparte de la gratuidad expuesta en la siguiente conclusión, vinculados a una futura rebaja muy sustancial en las costas si se participa en el

---

<sup>69</sup> Se puede consultar un reciente trabajo que analiza dicha situación en S. Rodríguez Llamas, "El papel de las comunidades autónomas en el impulso de la mediación familiar", en C. Azcárraga Monzonís y P. Quinzá Redondo, *Tratado de mediación*, t. III, *mediación en conflictos de familia*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2017, pp. 210 a 230.

<sup>70</sup> Con lo que cumpliríamos la doctrina del TJUE que recoge que no se puede obligar a la parte a acudir a la mediación asistido de abogado.

proceso mediador no obligatorio o el posible incremento de las mismas si no se participa, si se participa de mala o se frustra un acuerdo razonable. Ambas propuestas cumplen la doctrina sobre la mediación del TJUE expuesta en este trabajo.

29. Las siguientes dos medidas se centran, la primera, en el cambio de los requisitos para la ejecutividad de los acuerdos y que una vez firmados estos puedan ser elevados a público únicamente por una de las partes, y no por las dos o por una con el consentimiento de la otra. Esta posibilidad también aconseja un papel más activo del mediador que el que en la actualidad tiene en la legislación en especial en lo relativo a la formalización del acuerdo final al que han llegado las partes. Y como última medida, una clara mejora del sistema público de mediación creando centros de mediación gratuitos en el caso de mediación con menores y cuantías mínimas, con mediadores formados y gestionados por el Estado, que facilite la gratuidad del sistema, unido todo ello a una potente campaña de información y sensibilización en el uso de la mediación como método de resolución de conflictos. Toda inversión pública en el sistema de mediación supondrá un ahorro en el sistema judicial que a la postre redundará en una menor litigiosidad en nuestros Juzgados por la implantación de una cultura de la mediación socialmente asentada.

### Bibliografía

- CALDERÓN CUADRADO, M.P. e IGLESIAS BUHIGUES, J.L.: "La mediación como 'alternativa' a la jurisdicción. Directiva 2008/52/CEE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de mayo, sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles", *Derecho procesal civil europeo* (A. de la Oliva Santos, dir.), vol. II, Thomson Reuters, Pamplona, 2011.
- CARRASCOSA GONZÁLEZ, J.: *Matrimonio y elección de ley. Estudio de Derecho Internacional Privado*, Granada, Comares, 2000.
- COBLER MARTÍNEZ, E., y otros: *La mediación policial*, Madrid, Dykinson, 2015.
- DIAGO DIAGO, M.P.: "Aproximación a la mediación familiar desde el Derecho internacional privado" en Calvo Caravaca, A.L. y Castellanos Ruiz, E.: *La Unión Europea ante el Derecho de la globalización*, Madrid, Colex, 2008.
- ESPLUGUES MOTA, C., IGLESIAS BUHIGUES, J.L., PALAO MORENO, G.: *Derecho internacional privado*, Valencia, 9ª ed., Valencia, Tirant lo Blanch, 2015.
- FELIU ÁLVAREZ DE SOTOMAYOR, S.: "Particularidades en materia de reconocimiento y declaración de ejecutividad en España de acuerdos de mediación dictados en el extranjero (ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles)", *AEDIPr*, t. XIV–XV, 2014–2015.
- FERNÁNDEZ ROZAS J. C. y SÁNCHEZ LORENZO, S.: *Derecho internacional privado*, 9ª ed. Cizur Menor, Civitas, 2016.
- GARCÍA PRESAS, I.: "Las directrices de la Unión Europea en materia de mediación. Su proyección en España", *Derecho*, vol. 18, 2009.
- GONZÁLEZ CAMPOS, J.D.: "El paradigma de la norma de conflicto multilateral", *Estudios Jurídicos en homenaje al profesor Aurelio Menéndez*, vol. IV, Madrid, Civitas, 1996.
- GUZMÁN ZAPATER, M.: "Divorcio, matrimonio y ciertas diferencias nacionales: a propósito de su tratamiento en el art. 13 del Reglamento Roma III", en Esplugues Mota, C., Palao Moreno, G.

- (eds.), *Nuevas fronteras del Derecho de la Unión Europea. Liber amicorum José Luis Iglesias Buhigues*, Valencia, Tirant lo blanch, 2012.
- LÓPEZ SIMÓ, F. y GARAU SOBRINO, F. (coordinadores): *Mediación en materia civil y mercantil*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2014.
- MARTÍN DIZ, F.: *La mediación: sistema complementario de Administración de Justicia*, Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 2000.
- MUNUERA GÓMEZ, M. P.: "Nuevos retos en mediación", Valencia, Tirant lo Blanch, 2014.
- ORTIZ PRADILLO, J.C.: "La mediación en asuntos civiles y mercantiles: propuestas para la incorporación de la Directiva 2008/52/CE al Derecho español", *Revista General de Derecho Procesal*, nº 26, 2012.
- ORTUÑO MUÑOZ, P.: "A propósito del ámbito de la Directiva 2008/52/CE, sobre mediación, en asuntos civiles y mercantiles", *Aranzadi Civil-Mercantil*, nº 20, 2008.
- PALAO MORENO, G.: "Crisis matrimoniales internacionales, y autonomía de la voluntad", *Cursos de Derecho internacional y relaciones internacionales de Vitoria-Gasteiz 2013*.
- RODRÍGUEZ LLAMAS, S.: "El papel de las comunidades autónomas en el impulso de la mediación familiar", en Azcárraga Monzonís, C. y Quinzá Redondo, P., *Tratado de mediación, Tomo III, mediación en conflictos de familia*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2017.
- SOLETO MUÑOZ, H.: "La mediación, tutela adecuada en los conflictos civiles", en A. I. Blanco García, *Tratado de Mediación*, t. I, *Mediación en asuntos civiles y mercantiles*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2017.
- SABIDO RODRÍGUEZ, M., "La nueva regulación del divorcio en la Unión Europea. Su proyección en el Derecho Internacional Privado español", *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, 2013.
- TORRES LANA, J.A.: "Principios rectores de la mediación", en F. López Simó y F. Garau Sobrino, (coordinadores), *Mediación en materia civil y mercantil*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2014, pp. 125-128.
- YBARRA BORRES, A.: "Mediación familiar internacional, la directiva sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles y su incorporación al Derecho español", *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, Núm. 23, 2012.
- ZATO ETHCEVERRÍA, M.: "Una aproximación al mapa de la mediación en la Unión Europea", *Revista de mediación*, vol.8, 2015.