

Dipartimento di Giurisprudenza di Cagliari

Camera di Commercio Industria, Artigianato
e Agricoltura di Cagliari



Camera di Commercio
Cagliari



Quaderni di conciliazione

a cura di
CARLO PILIA

N. 7



Cagliari - 2017

n.7
Quaderni di
conciliazione

N. 7
*Quaderni di
conciliazione*

a cura di
CARLO PILIA



Cagliari - 2017

Nessuna parte di questo volume può essere riprodotta in qualsiasi forma a stampa, fotocopia, microfilm o altri sistemi senza il permesso dell'Editore



© Cagliari - 2017

Volume pubblicato con il contributo
Legge Regionale 7 agosto 2007, n. 7



Fondazione Banco di Sardegna

Associazione Mediatori Mediterranei

Dipartimento di Giurisprudenza Università di Cagliari

e

Camera di Commercio Industria,
Artigianato e Agricoltura di Cagliari



Progetto grafico
EDIZIONI AV di ANTONINO VALVERI

Via Pasubio, 22/A - 09122 Cagliari
Tel. (segr. e fax) 070 27 26 22
web: www.edizioniav.it
e-mail: edizioniav@edizioniav.it

ISBN 978-88-8374-134-0

Grafica, composizione e copertina: Alessandro Valveri

Stampa e allestimento:
I.G.E.S. - 09045 Quartu S. Elena (Ca)

COMITATO SCIENTIFICO PER LA VALUTAZIONE

Carlo Pilia (Università di Cagliari); Fabio Addis (Università di Brescia); José Luis Arjona Gajardo-Fajardo (Università di Siviglia I); Giuseppina Capaldo (Università La Sapienza - Roma); Valeria Carreda (Università di Cagliari); Guillermo Cerdeira Bravo de Mansilla (Università di Siviglia); Luis-Humberto Clavería Gosálvez (Università di Siviglia); Ernesto D'Aloja (Università di Cagliari); Giancarlo Filanti (Università di Cagliari); Leonardo Filippi (Università di Cagliari); Francisco Infante Ruiz (Università di Pablo de Olavide); Manuel Espejo Lerdo de Tejada (Università di Siviglia); Piera Loi (Università di Cagliari); Helena López Barba (Università di Huelva); Enrico Mastinu (Università di Cagliari); Franco Picciardada (Università di Cagliari); Anna Moreno Sánchez Moraleda (Università di Pablo de Olavide); Francesco Sitzia (Università di Cagliari); Pasquale Stanzone (Università di Salerno); Bruno Troisi (Università di Cagliari); Giuseppe Vettori (Università di Firenze)

INDICE

CARLO PILIA, <i>Presentazione</i>	Pag. 9
C. YAMILA GONZÁLEZ FERRER, <i>La mediación desde la perspectiva de género. Una necesidad para la efectiva resolución armónica de conflictos</i>	» 13
ANA MARÍA RODRÍGUEZ TIRADO, <i>El procedimiento de mediación en España y la adaptación de medidas cautelares</i>	» 37
BRUNO TROISI, <i>La trascrivibilità dell'accordo di conciliazione in tema di usucapione dopo la conversione in legge del decreto "del fare" 69/2013 (L. 9 agosto 2013, n. 98)</i>	» 59
FRANCISCO JAVIER ALÉS SIOLI, <i>Por una justicia de calidad comentarios a la ley de mediación en asuntos civiles y mercantiles</i>	» 71
FRANCISCO JAVIER ALÉS SIOLI, <i>La radiografía del conflicto</i>	» 79
FRANCISCO JAVIER ALÉS SIOLI, <i>La creatividad en mediación: el modelo magia y mediación</i>	» 91
CARLO PILIA, <i>L'essenza volontaria del procedimento di mediazione e dell'accordo di conciliazione</i>	» 103
MANUEL GARCÍA MAYO, <i>La escritura pública como título ejecutivo en la ley 5/2012 de mediación en asuntos civiles y mercantiles</i>	» 171
PATRICIA TORRES TERÁN - MARÍA MARTÍN GONZÁLEZ - ELENA HERRANZ HUERTA - BLANCA BRAVO CASARES, <i>El conflicto organizacional y su solución en las organizaciones internacionales: el papel del ombudsman y de la mediación</i>	» 191
MARÍA-ROSARIO SÁNCHEZ-VALLE, <i>El notario y la mediación</i>	» 217

PRESENTAZIONE

La pubblicazione del volume n. 7 dei Quaderni di Conciliazione segna il completamento di un'intensa annata di impegni editoriali collegati alle attività di ricerca, formazione e divulgazione sui sistemi stragiudiziali di risoluzione delle controversie. La collana editoriale è riuscita a raccogliere i contributi dei numerosi colleghi con i quali, prima della pubblicazione, si sono condivisi i percorsi di studio, approfondimento e confronto in merito alle varie tematiche giuridiche che, in ogni ordinamento e per ciascun settore, presentano soluzioni differenti.

Le collaborazioni scientifiche che si stanno sviluppando con i colleghi non si limitano allo studio e al confronto delle conoscenze ed esperienze di ciascuno, da condividere con la comunità scientifica degli esperti della mediazione, ma iniziano a diventare occasione propizia per una dialettica che aspira ad incidere sui processi di normazione e l'elaborazione di prassi di qualità per il miglioramento dei sistemi di gestione stragiudiziale delle controversie.

In tal senso, nel corrente anno, si possono richiamare le più significative attività convegnistiche organizzate in collaborazione con la direzione scientifica della nostra collana, che ha raccolto i relativi contributi.

In primo luogo, si menziona il congresso internazionale organizzato dall'Università Loyola di Siviglia nel mese di aprile, con il prof. Francisco Javier Alés Sioli, docente responsabile, nonché direttore del Foro internacional de los mediadores profesionales (FIMEP), al quale abbiamo aderito in qualità di delegati accademici e professionali per l'Italia. La presenza di numerosi colleghi, professionisti e studenti riuniti nel «Loyola Conflict Resources Meeting» ha permesso di aprire un confronto sulla mediazione mediterranea e di stringere collaborazioni con gli oltre cinquecento aderenti al FIMEP, con i quali si organizzerà il prossimo congresso internazionale nel marzo 2018 a Cordova.

Le attività convegnistiche internazionali, peraltro, si sono sviluppate anche in Italia, presso la sede prestigiosa de La Maddalena che, nella ricorrenza dei 250 anni dalla fondazione, ha ospitato il congresso internazionale della mediazione e le Isole transfrontaliere dedicato alla costruzione delle reti dei professionisti, con la partecipazione di rappresentanti italiani e stranieri dei principali Ordini professionali dell'attività ingegneristica, CNG, CNPI e COGITI, oltre che di docenti stranieri. In particolare, è da segnalare la presenza dei colleghi argentini Alicia Millan e Alberto Elisavetsky, con i quali è stato aperto un confronto sulle migliori esperienze in materia di mediazione familiare e telematica, con una collaborazione che si avvale della rete ODR Latinoamerica. La visita del Museo Nazionale dell'eroe Giuseppe Garibaldi, senza retorica, ha costituito un emblematico segno di unione propizio per l'alleanza sulla mediazione transfrontaliera tra i due continenti.

Nel mese di luglio a Cuba, durante il «Il Coloquio Internacional Solución de Conflictos, Género y Diversidad» si è discusso di modelli di gestione stragiudiziale delle controversie familiari e commerciali che i colleghi cubani, diretti dalla prof. Yamila Ferrer González, stanno elaborando per strutturare i percorsi universitari e professionali di formazione e gestione della mediazione nell'importante isola dei Caraibi. Con l'Università de L'Avana e con l'Unión Nacional del Juristas de Cuba, oltre che con i colleghi che rappresentano tali istituzioni, sono stati cementati rapporti oramai di reciproca collaborazione, rilanciati anche all'Università di Cagliari nel mese di settembre.

Del pari significativo è stato l'annuale Congresso internazionale di Mediazione Mediterranea celebrato nel mese di ottobre a Beirut, presso l'Università statale Libanese, con la quale sono stati siglati accordi di reciproca collaborazione in materia di mediazione. L'occasione è stata propizia per sviluppare i nostri Percorsi Mediterranei di Mediazione per la Pace, di cui siamo i promotori, che hanno coinvolto gli studenti della Facoltà di Giurisprudenza dell'ateneo ospitante e permesso di conoscere un'altra prestigiosa collega, la prof.ssa Marie Line Karam, chête ha onorato la collana dei suoi primi interessanti contributi.

Infine, merita una speciale menzione il «I Congreso internacional de mediación infrajudicial, Mediación y tutela judicial efectiva: la Justicia del siglo XXI», diretto dal collega civilista prof. José Luis

Argudo Pérez, docente di mediazione dell'Università di Saragozza, che ha organizzato l'importante evento insieme al Governo dell'Aragona, in collaborazione con il Consejo Nacional del Poder Judicial e la Conferencia de las Universidades para el desarrollo de la mediación y gestión de conflictos (CUEMYC), alla quale abbiamo di recente aderito. Nell'occasione, sono state presentate le più significative esperienze regionali, statali e internazionali sul piano della formazione dei mediatori e della gestione dei servizi di mediazione. I rappresentanti delle istituzioni statali e di quelle regionali spagnole, che si accingono a normare e riorganizzare la materia, hanno partecipato ai lavori e si sono costruttivamente confrontati con i modelli stranieri degli altri Paesi, Italia e Francia, in primo luogo.

La condivisione delle principali tappe dell'appassionante anno vissuto nella mutua crescita umana, prima che professionale e scientifica, per un verso, ci ripagano di tanti sacrifici profusi per assicurare la partecipazione e l'organizzazione necessarie alla riuscita delle tante iniziative di confronto sui sistemi di risoluzione amichevole delle controversie e, per altro verso, segnano le coordinate strategiche dei programmi della collana editoriale che ho l'onore di dirigere: l'internazionalità e la socialità dei percorsi della mediazione per la pace.

Nei "Quaderni di Conciliazione", in sintesi, troverete i nomi, i pensieri e le proposte di miglioramento dei sistemi della mediazione trasmessi all'amico Antonino Valveri, responsabile della casa editrice "Edizioni AV" che dal piccolo capoluogo sardo continua a diffondere anche via web (www.edizioniav.it) le nostre iniziative scientifiche.

Un sentito grazie a lui e a tutti coloro che sono stati disponibili ad animare e vivere con noi l'anno di iniziative che si chiude, con l'auspicio di estendere l'invito a partecipare a tanti altri colleghi che vogliono sviluppare insieme la nuova stagione del diritto collaborativo nei lidi sui quali il maestrale sospingerà le pagine del taccuino di viaggio.

Con i migliori auguri per il prossimo anno.

Cagliari 30 novembre 2017

Il responsabile scientifico

prof. CARLO PILIA

C. YAMILA GONZÁLEZ FERRER¹

LA MEDIACIÓN DESDE LA PERSPECTIVA DE GÉNERO. UNA NECESIDAD PARA LA EFECTIVA RESOLUCIÓN ARMÓNICA DE CONFLICTOS²

SUMARIO: 1. El Derecho. Su multidimensionalidad y carácter dinámico. - 2. La realidad cubana contemporánea. - 3. ¿Para qué una perspectiva de género en la mediación? - 4. Estereotipos sexistas VS interés superior de niñas y niños. - 5. La experiencia cubana de solución armónica de conflictos en el ámbito familiar. - 6. Mediación y violencia. - 7. A modo de conclusiones.

Resumen:

Desde la mirada multidimensional y dinámica del Derecho pretendemos llamar la atención sobre la importancia de incorporar la perspectiva de género en los procesos de mediación, particularmente en el ámbito familiar. A partir de la socialización patriarcal, las mujeres y los hombres van asumiendo roles y comportamientos, asignados culturalmente a lo largo de la historia, que serán la clave para el desenvolvimiento de la comunicación interpersonal. Esta realidad se aprecia en los procesos de mediación, principalmente en el ámbito familiar. En este mismo sentido se hace una valoración sobre las compleji-

¹ Licenciada en Ciencias Jurídicas por la Facultad de Derecho de la Universidad de La Habana, 1993. Máster en Sexualidad por el Centro Nacional de Educación Sexual-Universidad Médica de La Habana, 2003. Vicepresidenta de la Junta Directiva Nacional de la Unión Nacional de Juristas de Cuba y de la Directiva Nacional de su Sociedad Cubana de Derecho Civil y de Familia. Coordinadora nacional del Proyecto "Justicia en clave de género: garantía de igualdad entre mujeres y hombres" de la Unión nacional de Juristas de Cuba. Profesora asistente de la Facultad de Derecho de la Universidad de La Habana. Coordinadora del Diplomado "Mediación, Género y Familia. Mediadora de la Corte Cubana de Arbitraje Comercial Internacional de la Cámara de Comercio de la República de Cuba. Mediadora familiar. *degijoya@yahoo.com*.

² Conferencia impartida en el II Coloquio Internacional "Solución de Conflictos, Género y Diversidad", Hotel Iberostar Mojito Cayo Coco, Morón, Ciego de Ávila, Julio 2017.

dades de intentar solucionar por la vía de la mediación, situaciones de violencia. Se concluye sosteniendo la idea de incorporar esta mirada como una herramienta estratégica de mediadores y mediadoras para adentrarse en las raíces de los conflictos interpersonales y coadyuvar al mejoramiento de la comunicación entre los miembros de la familia y a la búsqueda de soluciones integrales y a largo plazo.

Palabras claves:

Género, derecho, perspectiva de género, mediación familiar, prevención de la violencia.

1. *El Derecho. Su multidimensionalidad y carácter dinámico.* – El surgimiento y evolución del Derecho se hallan marcados por una serie de circunstancias particulares de cada época, que han determinado la presencia de intereses, valores y principios político-ideológicos, éticos y jurídicos que se encuentran estrechamente relacionados con las características de cada sociedad y el contexto en que actúa como legitimador del poder público político del Estado. En tal sentido, el Derecho conceptualmente, necesita ser entendido desde una perspectiva marxista, como fenómeno clasista³, multidimensional, dinámico e históricamente condicionado, que integra lo normativo, lo axiológico, lo político y lo social e incluso manifiesta una dinámica propia que lo convierte en un sistema funcional.

El Derecho ha sido históricamente una de las instituciones pilares del patriarcado⁴. Ha regulado las conductas de hombres y mujeres hacia ese modelo de convivencia, de manera que respondan a las funciones ideológicamente asignadas para unas y otros. El Derecho a través de los siglos, consolidó el poder de la

³ J. FERNÁNDEZ BULTÉ. *Teoría del Estado y del Derecho. Teoría del Derecho.* Editorial Félix Varela. La Habana. 2004, p. 17.

⁴ Augusto Bebel, refiere que esta esclavitud de la mujer que ya dura centenares de generaciones ha acabado por convertirse en una costumbre, que parece natural hasta para la propia mujer. El papel del Derecho en general, en toda esta historia en las sociedades divididas en clases antagónicas ha sido precisamente el de reforzar, afianzar y consolidar esta supeditación de la mujer, basándose en el mito de su protección por su manifiesta incapacidad y debilidad. Ver: A. BEBEL, *La mujer en el socialismo.* Ediciones Políticas - Editorial de Ciencias Sociales. La Habana. 1979.

masculinidad hegemónica⁵ y la fortaleció al utilizar la amenaza de la fuerza y el temor a su incumplimiento como mecanismos del disciplinamiento de género⁶.

No cabe duda que como resultado de las ingentes luchas de las mujeres por el reconocimiento y goce de sus derechos y el impacto que ello ha tenido en los diferentes sistemas jurídicos, principalmente en los últimos doscientos años; el papel del Derecho se ha ido transformando paulatinamente, y ha dejado de ser un sustentador de las desigualdades de género, al menos y sobre todo, en su aspecto formal-normativo⁷.

Como se apuntó, el carácter multidimensional del Derecho señala que es más que norma, que esta solo es su faz externa, pero que en su contenido se reflejan las creencias, ideas, conceptos, valoraciones de quienes ejercen el poder político en

⁵ “Modelo construido a través de procesos históricos. Exige que los hombres establezcan su autoridad y poder en todos sus ámbitos, sean en el espacio público o privado. Las relaciones de poder son ejercidas tanto a mujeres como a otros grupos de hombres”. Ver: J.C. GONZÁLEZ PAGÉS, *Macho, Varón, Masculino*. La Habana, Editorial de la Mujer, 2010.

⁶ “El más fuerte no es nunca bastante fuerte para ser siempre el señor, si no transforma su fuerza en derecho y la obediencia en deber”. Ver: J.J. ROUSSEAU, *El Contrato social o principios de Derecho Político*. Editado por elaleph.com. 1999 - Copyright www.elaleph.com.

⁷ En el mundo, el rostro de la pobreza extrema continúa siendo femenino, las niñas mantienen una situación desventajosa en el acceso a la educación, la salud, la alimentación; las mujeres siguen percibiendo salarios inferiores a los hombres por trabajos de igual valor; mueren o enferman para siempre por abortos ilegales, practicados en condiciones precarias e insalubres, otras son secuestradas por las mafias dedicadas al tráfico y trata de la explotación sexual y laboral con especial ensañamiento en las más pequeñas, otras son violadas y embarazadas forzosamente en los conflictos armados.

La Comisión de la Condición Jurídica y social de la Mujer del Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas en su 60 sesión de marzo de 2016, debatió como tema prioritario “El empoderamiento de la mujer y su vínculo con el desarrollo sostenible”, asunto que ya había constituido eje de discusión al cumplirse 20 años de la Declaración y la Plataforma de Acción de Beijing. En relación a esta prioridad, la Agenda de Desarrollo 2030 aprobada por los gobiernos del mundo en septiembre de 2015, como resultado de un largo proceso de concertación entre los Estados para alcanzar el desarrollo sostenible, en el marco de los derechos humanos y la igualdad de género; requiere de un verdadero compromiso estatal para su cumplimiento en las complejas condiciones actuales.

una sociedad dada y en un momento histórico particular. Ello significa un reto inmenso que es el desafío cultural, el de incidir en la subjetividad de cada individuo que está marcada por todo un proceso de educación y socialización patriarcal.

Al tener en cuenta lo anterior, debemos entender que el análisis jurídico con perspectiva de género debe integrar tres áreas fundamentales en las que la subjetividad está presente: el contenido y forma de la norma; la interpretación y aplicación que de ella hagan quienes operan el derecho desde sus diversas esferas, así como dirigentes y personal administrativo que incide en su cumplimiento; y por último el conocimiento que de esa norma jurídica tenga la ciudadanía en general, y en este caso particular, las mujeres, a los efectos de ser utilizada de manera efectiva para el goce y defensa de los propios derechos, principalmente cuando se ven vulnerados.

La reflexión anterior pone en evidencia la importancia de incorporar la perspectiva de género en el análisis del fenómeno jurídico en toda su dimensión, toda vez que nos permite visualizar las diversas formas en que se han manifestado las expresiones del sexismo y cómo ello ha incidido en la elaboración de las normas jurídicas, así como en su interpretación y aplicación, lo que tiene una incidencia en la manera de resolver los conflictos.

2. La realidad cubana contemporánea. – En Cuba las políticas para garantizar el avance de la mujer forman parte del Programa de Desarrollo Social desde el propio triunfo de la Revolución en enero de 1959 por lo que la política cubana de promoción de este grupo poblacional, no resulta una consecuencia de eventos o campañas esporádicas, sino que, es un proceso articulado y sistémico.

El impacto de casi seis décadas de implementación de políticas públicas y normas jurídicas dirigidas a potenciar a las mujeres como parte del proyecto de equidad social ha provocado un cambio radical en la posición y condición de la mujer, que enaltecida ante sí misma y ante la sociedad, ocupa un lugar destacado en todos los ámbitos y a todos los niveles de la nación⁸.

⁸ Baste mencionar que las mujeres en Cuba son, el 49 % de la fuerza laboral en el sector estatal civil; el 66,8 % de los profesionales y técnicos de ni-

Sin embargo, estas favorables condiciones, sustentadas por leyes y políticas sociales de avanzada y por la existencia de una organización femenina fuerte que impulsa y guía estos propósitos, no supone que se hayan eliminado todos los estereotipos, prejuicios, conductas y juicios de valor sexistas, ya que se encuentran arraigados en la cultura patriarcal y es conocida la complejidad de los procesos de transformación de la conciencia social.

Subyace en el imaginario social la idea de que, al contar con una legislación y políticas que promueven la igualdad entre mujeres y hombres, queda poco por andar en ese camino, sin embargo, la realidad es que aún se mantienen expresiones de discriminación indirecta y brechas de género en el contenido de la ley y en la práctica jurídica, principalmente en el ámbito familiar, lo que afecta la plena realización de los valores igualdad y justicia.

Es en el ámbito familiar, doméstico donde los estereotipos, prejuicios, conductas y juicios de valor sexistas se encuentran aún más arraigados toda vez que la familia marcada por la intimidad es el espacio en el que con mayor dificultad se generan los cambios.

Prueba de ello es que una de las expresiones del sexismo más naturalizadas es la de considerar a las mujeres por sobre todas las cosas en función de la familia, como si su papel dentro del núcleo familiar fuera lo que determina su existencia y por ende sus necesidades y la forma en que se la toma en cuenta, se la estudia o se la analiza.

A la luz de la realidad cubana aún falta mucho por hacer para vencer los obstáculos y desafíos que tenemos por delante y

vel medio; el 63 % de los estudiantes universitarios; el 53,4 % del personal docente, el 48,9 % de los investigadores científicos, y más del 70% del personal de la salud, de la educación. En la Asamblea Nacional las mujeres ocupan el 48,86 de los escaños y el 41% en el Consejo de Estado.

En el sector jurídico las mujeres son el 77,8% de los fiscales y el 60% de sus dirigentes, el 71,3% de los jueces profesionales, el 71,4% de los Presidentes de Tribunales Provinciales y el 66% de los Jueces del Tribunal Supremo. El Ministerio de Justicia está encabezado por una mujer y son mujeres el 40,4% de quienes dirigen a nivel central y el 42,8% de los que lo realizan a nivel provincial.

continuar la lucha contra los rezagos de una cultura discriminatoria que aún persisten en nuestra sociedad⁹.

Por ello, pudiéramos resumir las fortalezas y desafíos de la siguiente forma:

- Existencia de un proyecto de justicia social, igualdad, paz y seguridad.
- Real voluntad política de eliminar discriminaciones. (Expresada en los principales documentos rectores del estado y el Gobierno: Lineamientos de la política económica y social del Partido y la Revolución, la Conceptualización del modelo económico y social cubano y el Plan de Desarrollo hasta el 2030).
- Legislación que enaltece la igualdad de acceso y oportunidades.
- Condiciones socio-políticas que impulsan el avance de la mujer y su amplia participación social.
- Existencia de la Federación de Mujeres Cubanas¹⁰, organización femenina que tiene como eje la lucha por la igualdad con fuerza y prestigio.

⁹ Aún tenemos dificultades prácticas para que las mujeres accedan a cargos de dirección, para que se vinculen a oficios no tradicionales, para lograr la responsabilidad compartida de la pareja en las relaciones familiares, para eliminar las expresiones de violencia de género e intrafamiliar que aún se revelan, entre otras dificultades.

En el Informe central al 7mo Congreso del Partido Comunista de Cuba, si bien se reconoce lo avanzado, se señala que solo están ocupados por mujeres el 38 % de los cargos en los órganos del Estado, organismos del gobierno, entidades nacionales, consejos de la administración y organizaciones superiores de dirección empresarial por lo que debe seguir elevándose la promoción de las mujeres a cargos decisorios en toda la nación.

Es por ello que el Plan de Acción Nacional de Seguimiento a la Conferencia de Beijing, sigue siendo eje para valorar sistemáticamente, con mirada de género, el cumplimiento de nuestras políticas públicas y nuestra legislación. El último Seminario de evaluación del Plan, desarrollado en mayo de 2013 apreció rigurosamente logros y obstáculos generales y en particular en el plano jurídico, y los retos que tenemos hacia adelante.

¹⁰ La FEDERACIÓN DE MUJERES CUBANAS, es una Organización No Gubernamental, constituida oficialmente en 1960 con una amplia base social, que abarca todos los sectores femeninos de la sociedad cubana, y es el mecanismo nacional para el adelanto de la mujer en nuestro país, debido a su enorme fuerza, representatividad, influencia y prestigio. Agrupa a más de 4

En el orden jurídico los principales desafíos podrían enmarcarse en:

– Necesidad de la actualización y el perfeccionamiento de las normas jurídicas vigentes (Constitución, Plan de Acción Nacional de Seguimiento a la Conferencia de Beijing, Código de Familia, Código Penal, Leyes de Procedimiento, entre otras).

No cabe duda que es imprescindible atemperar nuestras normas jurídicas a la sociedad cubana que tenemos hoy, dar respuestas efectivas a los conflictos que se presentan en la actualidad y que no tienen establecidos en nuestras normas o no son los más idóneos, los mecanismos para su solución eficaz.

– Superación profesional de los/as juristas: sensibilización y capacitación en los temas de género, igualdad, diversidad, masculinidades, prevención de la violencia.

Quienes ejercen el derecho tienen la misión de interpretar y aplicar las normas jurídicas, sin embargo, como parte de la sociedad, tienen incorporados en su subjetividad muchos estereotipos sexistas, discriminatorios, que invariablemente influyen en sus decisiones. Sensibilizarlos y capacitarlos en estos temas apuntan directamente a la calidad del servicio jurídico que prestan. Por otra parte, y relacionado con lo anterior, tenemos normas jurídicas que por disímiles razones no han sido modificadas, están desactualizadas y no se encuentran acordes con la realidad social o con las tendencias más modernas de las materias que tratan las que deben ser respetadas y aplicadas. Para lograr su interpretación dinámica y atemperarla a su espíritu teniendo en cuenta la realidad actual, requiere también de preparación e incorporación de nuevos conceptos y miradas a la realidad.

– Necesidad de sensibilización y capacitación del personal directivo.

Similar al comentario anterior, las personas dirigentes también tienen incorporados en su subjetividad muchos estereoti-

millones 200 mil mujeres para el 88,7% de la población femenina en edad de incorporación (14 años mínimo). Entre sus objetivos principales se encuentra: Luchar por la plena incorporación, participación y promoción de la mujer en la vida económica, política, social y cultural del país, en condiciones de igualdad de derechos y oportunidades. Tiene estatus consultivo especial ante ECOSOC-ONU.

pos sexistas y discriminatorios, que inciden en la forma de dirigir, en la toma de decisiones, etc.

– Incrementar la cultura jurídica de la población.

Es necesario que las personas conozcan cómo ejercer sus derechos, a dónde acudir cuando sienten que estos han sido vulnerados. Deben sentir el apoyo y el acompañamiento de las instituciones del sector jurídico.

3. *¿Para qué una perspectiva de género en la mediación?*. – A partir de la socialización patriarcal, las mujeres y los hombres van aprendiendo actitudes, roles y comportamientos, así como adquiriendo rasgos psicológicos¹¹ “apropiados” para cada sexo, que serán la clave para el desenvolvimiento de la comunicación interpersonal. Este fenómeno visualizado desde las ciencias sociales a partir de la conceptualización de la categoría “género” nos explica que el deber ser de los seres sexuados, está predeterminado por construcciones culturales estructuradas a lo largo de la historia. A la pervivencia y obligatoriedad de estos patrones de conducta, responsabilidades y juicios de valor diseñados y atribuidos a mujeres y hombres, ha contribuido en gran medida el Derecho¹².

¹¹ http://www.fao.org/documents/show_cdr.asp?url_file=/DOCREP/x0220s/x0220s01.htm.

¹² El Derecho es quien ha asumido a lo largo de los siglos el papel de regulador de las conductas de los seres humanos, guiando las mismas a través de su normativa hacia determinados paradigmas de comportamiento y convivencia, enmarcando los roles que unas y otros desempeñarán dentro de la sociedad de que se trate. Por tanto el poder coactivo del Derecho y coercitivo de sus normas recae sobre los sujetos obligados a la realización y el cumplimiento de las mismas. Para entender lo anteriormente debemos tener en cuenta que no es posible definir el Derecho desde una mirada esquemática y unilateral. El Derecho es ante todo un fenómeno multidimensional.

Dimensión axiológica: Es la que expresa los valores, creencias, tradiciones construidas, es decir la ideología.

Dimensión política: refleja la ideología a través de la voluntad de la clase dominante y manifiesta, por sobre todo, la esencia clasista que lo define como instrumento de dominación y de poder.

Dimensión socio-histórica: Se refiere a las características y particularidades socio-históricas de cada país. Al marco geográfico y a las condiciones particulares de cada momento histórico, las que determinarán, en última instancia, el sentido y alcance de su regulación.

Esta construcción socio-histórica llega hasta nuestros días con un arraigo tal, que desde que se produce el alumbramiento y comienza a formarse la personalidad del individuo en las edades más tempranas (lo cual incluye el proceso de socialización del mismo con el resto de la sociedad) se le educa para comportarse y manifestarse según las barreras y esquemas sociales admitidos; tanto así que la sociedad en sí misma, llega a aceptar dichas conductas como “naturales”¹³.

MOYA, refiere que, “...el proceso de construcción cultural de lo femenino y lo masculino está legitimado por una red cognitiva de prácticas, significados, acciones y simbolismos... las consecuencias de lo psíquico y lo biológico en la conducta huma-

Dimensión normativa: La cuarta dimensión del fenómeno jurídico se refiere a su carácter normativo, o sea a su faz externa, ya que su contenido se expresa en normas. Estas deberán estar armonizadas según establece la teoría del ordenamiento jurídico y serán o no de obligatorio cumplimiento para los usuarios de las mismas según posean una tipología dispositiva o imperativa. Pero en todo caso han de ser fieles receptoras de la ideología imperante expresada en la voluntad de la clase dominante y adecuada a un momento socio-histórico determinado.

Atendiendo a este análisis es posible comprender por qué la ideología patriarcal ha tenido un soporte jurídico a lo largo de la historia conocida de la civilización.

¹³ La Convención sobre la Eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, (CEDAW por sus siglas en inglés) aprobada en ONU en 1979, crea un Comité de Expertas que tiene entre sus atribuciones, la potestad de realizar Recomendaciones de carácter general a los Estados partes de la Convención con el objetivo de clarificar y profundizar en el articulado de dicho documento jurídico internacional. Este Comité de Expertas de la CEDAW define el género en la Recomendación General 25 como: “Significados sociales que se confieren a las diferencias biológicas entre los sexos. Es un producto ideológico y cultural aunque también se reproduce en el ámbito de las prácticas físicas; a su vez, influye en los resultados de tales prácticas. Afecta la distribución de los recursos, la riqueza, el trabajo, la adopción de decisiones y el poder político, y el disfrute de los derechos dentro de la familia y en la vida pública. Pese a las variantes que existen según las culturas y la época, las relaciones de género en todo el mundo entrañan una asimetría de poder entre el hombre y la mujer como característica profunda. Así pues, el género produce estratos sociales y, en ese sentido, se asemeja a otras fuentes de estratos como la raza, la clase, la etnicidad, la sexualidad y la edad. Nos ayuda a comprender la estructura social de la identidad de las personas según su género y la estructura desigual del poder vinculada a la relación entre los sexos”.

na tienen que ser incluidas en una reflexión rigurosa sobre el distinto estatus social de las mujeres y los hombres. El ser mujer u hombre no se constituye solamente a partir de un hecho biológico; los sujetos sexuados se constituyen en la historia y adquieren su identidad en un movimiento relacional y complejo de interacciones sociales¹⁴.

La subjetividad del género es analizada por LAGARDE y establece que: “Hay formas de pensamiento enseñadas a las mujeres y formas de pensamiento enseñadas a los hombres. Luego está el contenido de lo que pensamos los géneros de acuerdo a la asignación de credo y a otras asignaciones. La identidad de género abarca mucho espacio de la identidad personal”¹⁵.

A partir de lo expresado anteriormente podemos comprender que el proceso de mediación¹⁶ como método para resolver conflictos no escapa de la perspectiva de género¹⁷. Hombres y mu-

¹⁴ MOYA RICHARD Isabel, “Del Género y Otros Demonios”, *Sin Contraseña Género y Transgresión Mediática*, Ameco Press, Madrid, 2010, p. 30

¹⁵ LAGARDE, Marcela, “La multidimensionalidad de la categoría género y del feminismo”, en: M.L. GÓMEZ MORÍN, *Metodología para los estudios de género*, UNAM, México, 1996, p. 47.

¹⁶ La mediación es uno de los Métodos Alternos de Solución de Conflictos. Al decir del profesor Armando Castanedo Abay “es definida de una manera sencilla como un entendimiento facilitado”.

“... significa que usted adquiere la responsabilidad de solucionar su conflicto. Es un proceso mediante el cual un mediador le ayuda, facilitándole un método privado e informal, para reflexionar acerca del conflicto o disputa interpersonal (“discutir el asunto”) y tratar de resolverlo. El mediador no es un juez y no decide quién es culpable o inocente. El proceso de mediación es flexible y permite encontrar con el mediador sus necesidades más importantes”. Y más adelante afirma: “Una de las cuestiones fundamentales a tomar en consideración para solucionar la disputa interpersonal consiste en el restablecimiento, en el mayor grado posible, de la comunicación entre las partes del conflicto, lo que generalmente se logra a partir de la comprensión por estas de que existen intereses concluyentes o complementarios entre ellas... y que el “arreglo” es posible entre ellas si se ponen de acuerdo”. A. CASTANEDO ABAY, *Mediación. Una alternativa para la solución de conflictos*. Colegio Nacional de Ciencias Jurídicas y Sociales. Hermosillo, Sonora, México, 2001, p. 17.

¹⁷ El género es una construcción sociocultural e histórica concretada en una red de rasgos de personalidad, actitudes, sentimientos, valores, conductas y actividades que diferencian a mujeres y hombres.

jeros manifiestan o evidencian en este proceso comportamientos y formas de comunicarse que inobjetablemente están determinados por los roles¹⁸ que la propia sociedad les ha asignado a ellos, a lo largo de la historia.

Esta mirada tiene una estrecha conexión con el principio de ideología¹⁹ que informa el proceso de mediación y que constituye el sistema de creencias, ideas y valores construidos socio-históricamente por los seres humanos, vemos que los roles asignados y asumidos a la mujer y al hombre en la familia crean también en su interior una manera de relacionarse entre estos, que enfoca de una manera muy peculiar el ejercicio del poder, Como la investigadora Joan SCOTT señala “el género es el campo primario dentro del cual o por medio del cual se articula el poder”²⁰.

En tal sentido encontramos en disímiles procesos de mediación familiar, hombres incapaces de asumir roles que distan o rompen el esquema patriarcal, y mujeres que aún trascendiendo en el espacio público mantienen o reproducen hacia el interior de la familia patrones de conducta o estereotipos asignados como femeninos, que trascienden inevitablemente al resto de los miembros de la familia.

¹⁸ Los roles de género es el papel que le corresponde por igual a cada uno, están los roles productivos que incluyen las tareas o acciones encaminadas a la producción de bienes o servicios en dinero o especie, los reproductivos que se encargan de las acciones o tareas encaminadas a garantizar la reproducción social y biológica.

¹⁹ Este principio fue esbozado por la prestigiosa mediadora argentina Marínés Suares en su obra “*Mediando en Sistemas familiares*”.

“La mediación considera que los seres humanos son capaces de resolver por sí mismos sus conflictos y/o disputas en forma efectiva. Esto ocurre permanentemente, solo algunas veces se empantanar; en mediación se busca rescatar esta capacidad que se encuentra, por algún motivo, obstaculizada. Los mediadores no son jueces ni consejeros, por lo tanto no deben buscar la “verdad” ni juzgar lo que se les narra, su función es restablecer e incrementar la capacidad negociadora que todos poseemos”. M. SUARES, “*Mediando en sistemas familiares*”. Paidós Mediación 11. Argentina, marzo 2002, p. 29.

²⁰ LAMAS, Martha, cita a Joan SCOTT, reconocida feminista e investigadora y apunta que ésta “ordena y clarifica el debate, y propone una vinculación con el poder”. Vid. M. LAMAS, “*Usos, dificultades y posibilidades de la categoría género*”, en <http://red-latina-sin-fronteras.lacoctelera.net/post/2009/05/17/usos-dificultades-y-posibilidades-la-categoria-genero-i>, consultado el 15 de abril del 2010.

También encontramos quienes quieren romper con esos moldes pre-establecidos y se encuentran el rechazo o el cuestionamiento de sus familiares, amistades y colegas de trabajo. Por ejemplo, hombres que desean cumplir plenamente su función paterna y se ven frenados por concepciones arcaicas de su supuesta incapacidad para el cuidado, parejas que coinciden en compartir la vida de manera armónica y son cuestionados en núcleos familiares extensos.

Apartarse de estas antiguas fórmulas de encarar la vida, resulta difícil, siglos de presencia del llamado machismo²¹, o modelo hegemónico de masculinidad en nuestro entorno, así lo demuestran. De esta forma presenciamos en procesos de mediación familiar cómo estas dinámicas patriarcales, inciden negativamente en la solución armónica de los conflictos lo que repercute notablemente en la atención y cuidado de hijos e hijas.

Resulta que cualquier estereotipo de género, puede provocar conflictos en el seno de la pareja y de la familia. Cualquier inequidad o desigualdad de poder relacionados con el género puede entorpecer la presencia de relaciones humanas armónicas, pacíficas y constructivas.

Es por esta razón que la Asociación Mundial para la Salud Sexual ha dispuesto la exhortación a la igualdad de género²² como objetivo de Desarrollo del Milenio 3²³ (ODM 3) porque la

²¹ El machismo proviene de la región mediterránea de Europa, se asocia a la imagen de macho, el cual tiene muchas mujeres, protege su honra y llega a vivir situaciones de violencia a través de peleas o duelos con sus enemigos, de ahí que bajo la óptica del machismo, los son depredadores sexuales y las mujeres puras e inocentes, ... las mujeres deben quedarse en casa, mientras que el hombre demuestra su virilidad conquistando a otras mujeres y teniendo muchos hijos, Vid *"Macho, varón, masculino. Estudios de masculinidad en Cuba"* Julio César González Pagés, Editorial de la Mujer, 2010, p. 39.

²² Igualdad de género es el tratamiento igualitario para mujeres y hombres en las leyes, políticas, acceso igualitario a los recursos, servicios, es decir exige que... "hombres y mujeres disfruten por igual de los bienes, las oportunidades, los recursos y las recompensas" Vid World Association for sexual Health (2008), p. 50. Encontramos que se utiliza indistintamente el término igualdad de género y equidad de género lo que desde nuestro punto de vista no es adecuado. La equidad de género es el proceso de tratar con justicia a las mujeres y a los hombres. La equidad es uno de los elementos que conduce a la igualdad.

²³ Salud sexual para el Milenio Declaración y documento técnico, Minneapolis, MN USA, World Association for sexual Health (2008).

consideran esencial para el bienestar humano. De igual forma el Sistema de Naciones Unidas al impulsar los Objetivos de desarrollo Sostenible hasta 2030 estableció como Objetivo 5. Lograr la igualdad de género y empoderar a todas las mujeres y las niñas²⁴⁻²⁵.

²⁴ Objetivo 5. Lograr la igualdad de género y empoderar a todas las mujeres y las niñas;

5.1 Poner fin a todas las formas de discriminación contra todas las mujeres y las niñas en todo el mundo;

5.2 Eliminar todas las formas de violencia contra todas las mujeres y las niñas en los ámbitos público y privado, incluidas la trata y la explotación sexual y otros tipos de explotación

5.3 Eliminar todas las prácticas nocivas, como el matrimonio infantil, precoz y forzado y la mutilación genital femenina;

5.4 Reconocer y valorar los cuidados y el trabajo doméstico no remunerados mediante servicios públicos, infraestructuras y políticas de protección social, y promoviendo la responsabilidad compartida en el hogar y la familia, según proceda en cada país;

5.5 Asegurar la participación plena y efectiva de las mujeres y la igualdad de oportunidades de liderazgo a todos los niveles decisorios en la vida política, económica y pública;

5.6 Asegurar el acceso universal a la salud sexual y reproductiva y los derechos reproductivos según lo acordado de conformidad con el Programa de Acción de la Conferencia Internacional sobre la Población y el Desarrollo, la Plataforma de Acción de Beijing y los documentos finales de sus conferencias de examen.

5.a Empezar reformas que otorguen a las mujeres igualdad de derechos a los recursos económicos, así como acceso a la propiedad y al control de la tierra y otros tipos de bienes, los servicios financieros, la herencia y los recursos naturales, de conformidad con las leyes nacionales;

5.b Mejorar el uso de la tecnología instrumental, en particular la tecnología de la información y las comunicaciones, para promover el empoderamiento de las mujeres;

5.c Aprobar y fortalecer políticas acertadas y leyes aplicables para promover la igualdad de género y el empoderamiento de todas las mujeres y las niñas a todos los niveles.

²⁵ Acordado por consenso, el documento "Transformando nuestro mundo: la Agenda 2030 para el desarrollo sostenible", fue adoptado formalmente por las y los líderes del mundo durante la Cumbre de las Naciones Unidas para la adopción de la agenda de desarrollo posterior a 2015, celebrada en Nueva York del 25 al 27 de septiembre de 2015. El documento contiene 17 nuevos objetivos para el desarrollo sostenible (los ODS) y 169 metas dirigidas a erradicar la pobreza, combatir las desigualdades y promover la el desarrollo sostenible hasta 2030. <http://www.unwomen.org/es/what-we-do/post-2015>.

4. *Estereotipos sexistas vs interés superior de niñas y niños.* – Particularmente difíciles son los conflictos generados por la separación o divorcio de la pareja, sobre todo cuando existen hijos e hijas menores de edad, y las consecuencias que para la familia y el normal desarrollo psicológico de esos niños y niñas tiene. Este acontecimiento convulsiona la vida familiar, saca a flote muchos de los estereotipos sexistas asumidos, representa una afectación en la vida psíquica y física de sus miembros y ante esta situación desagradable no existe fórmula única que pueda resultar la más conveniente que ayude a resolver y enfrentar la ruptura conyugal con el menos “costo” posible para las personas involucradas.

En el proceso de mediación familiar en casos de separaciones y divorcios donde existen hijos e hijas menores de edad, el mediador o la mediadora no solo debe tener en cuenta la relación conflictual entre madre y padre desde una mirada de género, sino que además, debe estimar el grado de incidencia del conflicto en la vida de los menores de edad y la significación del resultado o del acuerdo obtenido en este proceso en ellos, máxime cuando éstos muchas veces están ausentes físicamente en el mismo.

Es decir, el mediador o la mediadora en su trabajo con madres y padres en conflicto velará desde una perspectiva de género porque los acuerdos relacionados con la responsabilidad materna y paterna, no interfieran o afecten el interés superior del niño o niña²⁶, lo cual a nuestro juicio, merece la máxima atención.

Por lo general en una separación o divorcio, los hijos e hijas menores de edad son las principales víctimas de los conflictos que generan sus madres y padres que, sin proponérselo, actúan de forma tal, que desarrollan en ellos sentimientos de culpabilidad, de confusión, o de miedo, efectos negativos que el mediador o la mediadora de alguna forma debe minimizar en su labor.

Ante la vulnerabilidad de las hijas e hijos en un proceso de separación o divorcio donde se discuten cuestiones tan importantes como la guarda y cuidado, régimen de comunicación y

²⁶ El interés superior del niño está ampliamente abordado en la Convención sobre los Derechos del Niño aprobada por la Asamblea General de Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989. El Código de Familia cubano vigente desde 1975 adelantó este concepto al enfocar la actuación judicial “en beneficio de los intereses de los menores”.

pensión alimenticia, y por qué no, temas también relevantes como la educación, la forma de esparcimiento, o manera de aprovechar el tiempo libre, etc, el mediador o mediadora podría sugerir a los progenitores en conflicto la factibilidad de incorporarlos al proceso y de escucharlos, lo cual estaría acorde con algunos de los postulados de la Convención sobre los Derechos del Niño referidos al derecho del niño y niña a expresar su opinión libremente en todos los asuntos que le afectan así como la oportunidad de ser escuchado en todo procedimiento judicial o administrativo, teniendo en cuenta su capacidad²⁷.

Revertir la crisis y convertirla en un evento positivo tanto para la pareja como para los hijos/as es un proceso escabroso donde la intervención de un tercero pudiera resultar muy positiva al facilitarles visualizar los puntos de encuentro o intereses comunes que tienen y cómo asumirlos de una manera constructiva para todos los miembros de la familia.

“Planteada la crisis, será necesario intervenir a fin de reorganizar el grupo familiar. Una forma de intervención es la mediación familiar... Según Risolía de Alcaro un objetivo básico de la mediación familiar es lograr no tanto un acuerdo sino la colaboración a través de un acuerdo. La mediación familiar ofrece la creación de un contexto donde las partes afectadas pueden encontrar y generar condiciones de posibilidad y oportunidades para el cambio. Es evidente, que cualquier grupo familiar que se encuentre inmerso en un ambiente de conflicto, está destinado a continuar su relación; pero moviéndose en otros parámetros diferentes sin romperse el vínculo que les relaciona. Schiffrin, resalta la conveniencia de elegir la mediación cuando existe entre las partes una relación que subsistirá en el futuro”²⁸.

Este último aspecto nos parece de vital trascendencia ya que el objetivo primordial de la mediación familiar debe ser impedir

²⁷ Cuando nos referimos a la capacidad de los menores de edad lo hacemos desde la perspectiva de la capacidad progresiva de niños, niñas y adolescentes, en razón de su edad y grado de madurez.

²⁸ S. HINOJAL LÓPEZ, “La mediación familiar en el ámbito de las administraciones públicas. La mediación familiar en el divorcio o proceso legal de separación: Diferentes programas de intervención y desarrollo de la mediación familiar en España. Otras instituciones y centros que intervienen en mediación familiar. Ponencia de la autora. 2003.

que el conflicto destruya la familia y por ende a la sociedad. Las relaciones familiares son perdurables en el tiempo y debe lograrse que sus miembros incorporen e interioricen formas pacíficas de resolución de conflictos. En la medida que seamos capaces de informar y orientar a las familias sobre las opciones de solución de controversias en ambientes armónicos, en particular la mediación, estaremos educando a las personas a negociar pacíficamente sus problemas y garantizaremos un futuro donde la paz prime.

5. La experiencia cubana de solución armónica de conflictos en el ámbito familiar. – La experiencia ha demostrado que en los conflictos de familia, adquiere mucha más importancia la utilización de métodos consensuales. Las transformaciones en el seno familiar se inclinan hacia un modelo menos jerárquico y más igualitario, donde pueden producirse profundas crisis y disímiles problemáticas, que demandan soluciones más flexibles, más restauradoras, y menos impositivas que resuelvan eficazmente la litis.

Los conflictos familiares más que legales, son conflictos relacionales, basados en fuertes lazos de parentesco o de carácter afectivo, que por su propia naturaleza, perduran más allá del conflicto, de ahí la importancia de utilizar vías o métodos que pacifiquen la relación, que preserven las relaciones familiares, que recompongan a la familia desde “dentro” en un clima de cooperación y de respeto mutuo, reforzando el papel de la familia en el desarrollo y bienestar de sus miembros.

En el ámbito judicial cubano, primero con la Instrucción 187 de 20 de diciembre de 2007 del Consejo de Gobierno del Tribunal Supremo Popular, que comenzó a regir de manera experimental el 3 de enero de 2008 y que a partir del Acuerdo 26 de 11 de febrero de 2009 comenzó a aplicarse en todo el país; y posteriormente con la Instrucción 216 de 21 de mayo de 2012, redactadas desde el articulado de la vigente Ley ritual, le conceden especial relevancia, entre otros aspectos, a los siguientes:

- La necesidad de establecer, en correspondencia con la Convención de los Derechos del Niño, que cuando las circuns-

tancias lo permitan, el niño o niña sea oído por el tribunal que conoce del asunto, en aquellos litigios en que se discuta lo relativo a su guarda y cuidado.

- La convocatoria a la comparecencia que autorizan los artículos 42 y 384 de la Ley de Procedimiento Civil, Administrativo, Laboral y Económico²⁹ ante conflictos suscitados por separaciones y divorcios, en especial cuando se traten cuestiones relacionadas con menores de edad.
- la conveniencia de que, en los asuntos en que se requiera dada su complejidad y características, los tribunales puedan recabar el parecer de un equipo técnico asesor multidisciplinario, que posibilite el acceso de los jueces y juezas a criterios profesionales especializados en esta materia.
- La especialización de los jueces y juezas lo que les posibilita utilizar adecuadamente las herramientas técnicas que brinda la legislación vigente y redundan en el incremento de la calidad en el tratamiento judicial de las cuestiones comprendidas en el Derecho de Familia.
- La adopción por parte del Tribunal de medidas cautelares de oficio o a solicitud de las partes, a los efectos de: asegurar de manera eficaz el ulterior cumplimiento de las obligaciones decretadas por resolución firme, restablecer la equidad procesal o cuando aprecie que existen circunstancias que las

²⁹ La Ley de Procedimiento Civil, Administrativo, Laboral y Económico aprobada en agosto de 1977, establece:

Artículo 42. El Tribunal, en cualquier estado del proceso, podrá hacer comparecer a las partes para interrogarlas sobre los hechos del litigio, u ordenar la inspección de las cosas que fueron objeto del mismo y de los libros o documentos que tengan relación con el pleito, siempre que ello sea indispensable para el conocimiento de los hechos.

Artículo 384. Contestada la demanda, el Tribunal aprobará lo relativo a la guarda y cuidado de los hijos y pensión alimenticia si sobre ello hubiere conformidad de las partes. En otro caso, señalará día y hora para la celebración de una comparecencia a fin de tratar sobre los extremos en que exista disparidad.

Dicha comparecencia deberá tener lugar dentro de los seis días siguientes, con citación de las partes, que podrán concurrir personalmente o representadas por los Abogados que designen.

El Tribunal procurará obtener el acuerdo de las partes sobre los extremos que son objeto de la comparecencia, y de no obtener éste, en todo o en parte, oírá las alegaciones que hagan al respecto.

hagan aconsejable; para lo que aplicará, en lo pertinente, además de las normas que regulan el embargo de bienes y las medidas provisionales, las disposiciones contenidas en los artículos 40 y del 799 al 810 de la Ley de Procedimiento Civil, Administrativo, Laboral y Económico. En estos supuestos, las podrá disponer de forma directa, y posteriormente, oír a las partes, conforme a lo previsto en el artículo 805 de la propia norma³⁰.

Esta experiencia ha sido sumamente enriquecedora, aunque no ha estado exenta de dificultades, y ha significado un perfeccionamiento de alta calidad en nuestro sistema de justicia. Los jueces y juezas encargados de su aplicación, han confirmado sus beneficios al dotarlos de mejores herramientas para dar solución a los complejos y sensibles asuntos de familia.

Ha cumplido el objetivo de dar un tratamiento especializado a los asuntos de familia que se diferencian sustancialmente de los propios del derecho civil o de carácter patrimonial y demuestra su necesidad y efectividad.

Ha resultado muy efectiva la puesta en práctica de la comparecencia prevista en los artículos 42 y 384 de la Ley de Procedimiento Civil Administrativo, Laboral y Económico (LPCALE), que ha permitido resaltar el papel conciliador del Tribunal para los sensibles asuntos de familia y ha posibilitado llegar a acuerdos totales o parciales entre las partes, con un mejoramiento ostensible de la comunicación entre los involucrados y una aceptación y agradecimiento por parte de la familia al resultar beneficiada; haciéndose innecesaria en muchos casos la práctica de pruebas.

Esta experiencia ha demostrado también la factibilidad de la incorporación del equipo técnico asesor multidisciplinario, cuyos integrantes son profesionales colaboradoras y colaboradores de las Casa de Orientación a la Mujer y a la Familia de la Federación de Mujeres Cubanas, que auxilia al Tribunal brindándole elementos para la toma de decisiones en las comparecencias, le auxilia en las investigaciones y los dictámenes peri-

³⁰ Instrucción 216 de 21 de mayo de 2012 del Consejo de Gobierno del Tribunal Supremo Popular.

ciales, ha propiciado una valoración más integral de los casos. La intervención multidisciplinaria además, favorece la implementación de acciones preventivas y de atención que actúan como paliativos del conflicto en el ámbito extrajudicial, lo que ha constituido uno de los mayores logros de su intervención, pues se le ha dado seguimiento a los casos a través de las Casas de Orientación a la Mujer y a la Familia de la Federación de Mujeres Cubanas.

Ha sido muy provechosa la posibilidad de escuchar a los menores de edad en un ambiente adecuado, en las sedes de la Federación de Mujeres Cubanas donde radican las Casas de Orientación a la Mujer y a la Familia³¹, con la asistencia de su equipo técnico asesor multidisciplinario.

Por otra parte el proceso de capacitación que han recibido de manera sistemática jueces y juezas, abogados y abogadas, fiscales, así como los integrantes de los equipos técnicos multidisciplinarios en temas de género y derecho, violencia, sexualidad, entre otros, han propiciado la calidad y excelencia en el ejercicio de sus funciones, incorporando una perspectiva novedosa e integral a sus conocimientos lo que tributa directamente al bienestar de las familias.

En este entorno, en el año 2011 surge el Proyecto "Justicia en clave de género: garantía de igualdad entre mujeres y hombres" de la Unión Nacional de Juristas de Cuba en fuerte alianza con

³¹ Las Casas de Orientación a la Mujer y la Familia de la Federación de Mujeres Cubanas surgen en la década de los 90 como un espacio de reflexión y aprendizaje, para compartir, recibir orientación y ayuda. Ubicadas en todos los municipios del país, están dirigidas a las mujeres y demás miembros de la familia, a los(as) jóvenes, adolescentes, ancianos(as) y a las personas interesadas en los temas relativos a la mujer. Son un espacio concientizador sobre el papel de la mujer y el hombre en la familia y en la sociedad, y el de los padres y madres en la educación, formación y cuidado de los hijos e hijas. Tienen como principal objetivo implementar programas de orientación que satisfagan intereses, inquietudes y expectativas de las diversas problemáticas de las mujeres y sus familias a partir de los métodos de caracterización y diagnóstico permanente. Cuentan para su labor con grupos de colaboradores(as), mujeres y hombres profesionales de diversas disciplinas, que convocados por la Federación de Mujeres Cubanas y de manera voluntaria se integran junto a las dirigentes y activistas de la organización para constituir el equipo de trabajo de la Casa.

la Federación de Mujeres Cubanas. La organización, al tener como objetivo esencial la superación profesional y contribuir a elevar la cultura jurídica de la población aporta desde este proyecto a la transversalización de género en todas las materias, a través de sus Sociedades Científicas, en estrecha relación con las facultades de derecho del país y con una proyección multidisciplinaria e intersectorial. Desde su surgimiento ha desarrollado un sistema de capacitación y sensibilización en estos temas por la vía de cursos de postgrado, talleres comunitarios, eventos nacionales e internacionales, elaboración de productos comunicativos, etc. con el objetivo de aportar a la sensibilización y capacitación en temas de género vinculados con el derecho desde.

Una de las líneas de acción del Proyecto desde sus inicios ha sido la cultura de paz y la prevención de la violencia por lo que ese mismo año comenzó a desarrollarse el Diplomado “Mediación, Género y Familia, que en la actualidad transita por su VII edición, auspiciado por la Facultad de Derecho de la Universidad de La Habana y el Centro de Estudios de la Mujer de la Federación de Mujeres Cubanas. Hasta el momento se han graduado poco más de 100 profesionales.

En el año 2016 se crean las oficinas de resolución de conflictos en tres provincias del país: La Habana, Holguín y Villa Clara, las que brindan servicios de mediación extrajudicial, comunitaria, y gratuita en materias tales como: separaciones y divorcios, guarda y cuidado y régimen de comunicación con menores de edad, liquidación de comunidad matrimonial de bienes, sucesiones, conflictos de convivencias, intergeneracionales, vecinales.

Aunque es muy breve aún el tiempo de funcionamiento de las mismas, se aprecian como una opción viable para solucionar los conflictos por vías armónicas.

6. *Mediación y violencia.* – A partir de los principios y valores que informan el proceso de mediación, de los ámbitos en que se desarrolla y algunas de sus desventajas, queda clara la importancia del enfoque de género en la mediación familiar, y particularmente en la necesaria preparación que en este orden deben tener los mediadores y mediadoras.

El enfoque de Género, por tanto, es más que una mirada, es un guía para la interpretación y análisis teórico integral de esas construcciones sociales e históricas elaboradas sobre la base de la diferencia sexual, y que ya apreciamos como “naturales”, que han configurado las relaciones entre las mujeres y los hombres, así como las prácticas, símbolos, representaciones, normas y valores sociales considerados como pertinentes a un género u otro, variando según las diferentes culturas, momentos históricos, clases sociales, etnias, religiones, etc.

Si con esta concepción nos acercamos al principio de ideología que informa el proceso de Mediación y que no es otra cosa que el sistema de creencias, ideas y valores de los seres humanos y la sociedad, vemos que los roles asignados y asumidos a la mujer (ama de casa – madre – esposa) y al hombre (proveedor) en la familia crean también en su interior una manera de relacionarse entre estos, que ha llegado hasta nuestros días y que denota un desbalance significativo de poder. Se ha desarrollado durante milenios una *poderosísima ideología* que aún determina la imagen de la mujer y el hombre y su papel en la vida social y familiar.

Asimismo, y relacionándolo con el principio de balance o equilibrio de poder, como la investigadora Joan Scott señala “el género es el campo primario dentro del cual o por medio del cual se articula el poder”³².

Las relaciones intergenéricas no se dan de manera aislada, sino que actúan en articulación con otras relaciones sociales.

³² J. SCOTT, “El género, una categoría útil para el análisis histórico” https://www.fundacionhenrydunant.org/images/stories/biblioteca/derechos_economicos_sociales_culturales_genero/El%20Genero%20Una%20Categoria%20Util%20para%20el%20Analisis%20Historico.pdf.

³³ “Iatrogenia y error son términos con significado diferente. No son sinónimos. Iatrogenia es un daño producido por una palabra, droga, procedimiento médico o quirúrgico, pero que el médico administra o realiza, con una indicación correcta, con un criterio justo; sin embargo, produce molestias o enfermedad, de lo cual el médico tiene conciencia y advierte al paciente y a su familia, que pueden escoger el procedimiento o terapéutica propuesto con todas sus ventajas y riesgos. Error es un equívoco, está dentro de la ignorancia, no puede ser iatrogenia porque es lo opuesto a la acción médica”. *Rev Med Hosp Gen Mex* 1997; 60(2): 75-83. Suares, Marínés. Mediando en sistemas familiares. Editorial Paidós. Argentina. 1ra Edición, 2002.

Por un lado, operan en todos los ámbitos de la vida de las personas, y por otro, son relaciones de poder, pues históricamente se han configurado como relaciones de dominación del género masculino sobre el femenino, sustentado en el hecho de que los hombres adquirieron el poder económico desde el surgimiento del patriarcado y la esclavitud.

Otras interrogantes saltan ante esta reflexión dentro del marco familiar: ¿Y en los casos de violencia de género, de violencia intrafamiliar... hasta donde o cuáles serían los límites para articular un proceso de mediación? ¿Y cuando se ha cometido un delito donde víctima y victimario tienen vínculos familiares?

Este es un tema ampliamente discutido. Conocemos de diversas experiencias que existen en España, México, Argentina y algunos otros países de mediaciones en casos de violencia intrafamiliar.

Los que están a favor de utilizar la mediación para este tipo de conflictos apuestan por la mediación entre víctima y victimario como una opción por el restablecimiento del diálogo roto; consideran que la mediación es un instrumento de salud mental para lograr la paz social, que permite al victimario tener conciencia de la repercusión de su acto, arrepentirse y permite a la víctima comprender que el victimario es también una víctima y de esa forma logra perdonarlo. Es decir no se repara lo destruido, pero se construye algo nuevo.

Existe fuerte oposición a estos criterios a partir de que se considera que al aceptar la mediación para este tipo de conflictos estamos descriminalizando la violencia, el diálogo estará permeado por el desequilibrio de poder que influye necesariamente en la voluntariedad y en la obtención de acuerdos, que seguramente serán desfavorables para la víctima, aunque no lo aparente, así como que el proceso no asegura que no se repita el ciclo, incluso después de las separaciones y divorcios, en muchos casos las mujeres víctimas de violencia no dejan de ser agredidas por sus ex-parejas.

Consideramos que la violencia no puede ser un asunto a mediar. No se puede negociar sobre la cantidad, severidad o frecuencia de gritos o golpes, o si fueron o no "justificadas" las causas que los provocaron.

Mediar en situaciones de violencia pone en riesgo el cumplimiento de principios reconocidos para la solución armónica de

conflictos como el equilibrio de poder y la voluntariedad. No cabe duda que la violencia es expresión de abuso de poder, irrespeto, humillación y falta de valoración a la otra parte. Por ello admitir una mediación en estas circunstancias pondría en una posición de gran vulnerabilidad a la persona víctima, que en muchos casos pretenderá aparentar voluntariedad, pero que en realidad esta estará viciada por el miedo, la dependencia sobre el agresor.

En las mediaciones familiares frecuentemente pueden sobrevenir situaciones de violencia intrafamiliar o en determinados momentos se narran historias o episodios familiares con esas particularidades que, según las características del caso y la evaluación de la situación de riesgo, los mediadores/as deberán decidir si continuar con el proceso o denunciar si fuera procedente. Asimismo en el caso que la víctima de violencia física, sexual o de otra índole, sea una persona menor de edad el proceso de mediación no puede continuar.

Atendiendo a lo anterior, se podrá decidir entonces, si es posible mediar en otros temas, por ejemplo, división de la comunidad de bienes, régimen de comunicación, pensión alimenticia, entre otros; sin afectar principios del proceso como el equilibrio de poder y protagonismo de las partes, así como la imparcialidad del mediador/a, este último signado por las propias creencias y juicios personales que pudieran eventualmente influir como obstaculizadores del proceso.

Coincidimos con el criterio de la mediadora argentina Marinés Suares cuando expresa que "más allá de cuál sea la posición adoptada (mediar o no en casos de violencia), considero que quienes se dediquen a mediaciones familiares deben indefectiblemente tener conocimientos acerca de las características de la violencia doméstica, a efectos de poder detectarla y que su intervención no sea iatrogénica"³³. Además, como sostiene la mediadora Mónica Borra, muchas veces concurrir a un centro de mediación puede ser un primer intento de romper con esta danza y la posibilidad de que sean derivados a un centro de atención.

Es decir, se impone que mediadores y mediadoras sean capacitados en temas de género y violencia con el objetivo de que reconozcan y visualicen situaciones de este tipo, puedan decidir, siempre con apoyo de equipos multidisciplinarios, si actuar o no y de qué forma, y de hacerlo, sea de la manera más adecuada,

respetando y velando por el cumplimiento de los principios del proceso.

Por otra parte, el límite a la actuación de los mediadores y mediadoras en estos casos, y por tanto donde no sólo se ven eximidos de mantener el principio de la confidencialidad, sino que están obligados a denunciarlo a las autoridades competentes, es cuando conozcan durante el proceso de mediación de la comisión de un hecho que la Ley tipifica como delito.

7. A modo de conclusiones. – Los beneficios que ha reportado la labor conciliadora de jueces y juezas, así como las experiencias de servicios de mediación en espacios comunitarios, constata la necesidad de potenciar la utilización de la mediación extrajudicial para la solución de los litigios familiares y evitar de esta forma que gran cantidad de asuntos se presenten a los Tribunales.

Se hace indispensable incorporar la perspectiva de género como una herramienta estratégica de mediadores y mediadoras para adentrarse en las raíces de los conflictos interpersonales que se les presenten y coadyuvar al mejoramiento de la comunicación entre los miembros de la familia y a la búsqueda de soluciones integrales y a largo plazo.

Las relaciones interpersonales en el ámbito familiar son perdurables en el tiempo y debe lograrse que sus miembros incorporen e interioricen formas pacíficas de resolución de conflictos. En la medida que las controversias se solucionen en ambientes armónicos, con el apoyo de profesionales debidamente capacitados que puedan contribuir al acercamiento y la comunicación, las personas aprenderán a negociar pacíficamente sus problemas, apreciarán los beneficios y se garantizará un futuro donde la paz prime.

ANA MARÍA RODRÍGUEZ TIRADO*

EL PROCEDIMIENTO DE MEDIACIÓN EN ESPAÑA Y LA ADAPTACIÓN DE MEDIDAS CAUTELARES

SUMARIO: I. La evolución de los medios extrajudiciales de solución de conflictos en España: la mediación en asuntos civiles y mercantiles. - II. La regulación de las medidas cautelares en la mediación. - III. Supletoriedad de la regulación de las medidas cautelares del proceso civil en la mediación. - IV. Conclusiones.

Resumen:

Antes o durante el desarrollo de un procedimiento de mediación en asuntos civiles y mercantiles, puede surgir la necesidad de garantizar los derechos y bienes de las partes mediante la adopción de medidas cautelares. Si se compara con el tratamiento otorgado al arbitraje por parte del legislador, en el que se determina el órgano judicial competente para adoptarlas, completada, básicamente, en la Ley de Enjuiciamiento Civil, en el procedimiento de mediación queda mermada la previsión legal.

En efecto, la Ley de Mediación para asuntos civiles y mercantiles dedica escasa atención a las medidas cautelares que pudieran adoptarse al hilo de un procedimiento de mediación, limitándose a reconocer que podrán adoptarse medidas cautelares *u otras urgentes* sin ulterior desarrollo ni en dicha Ley ni, por remisión, a la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Este trabajo se centra en analizar la evolución de los medios extrajudiciales de solución de conflictos en España, con especial atención, a la mediación civil (“en asuntos civiles y mercantiles”), a fin de centrarse en la posibilidad de que se pueda adoptar medidas cautelares en un procedimiento de mediación, en cuyo caso cómo se completaría, por aplicación supletoria, la regulación a partir de la Ley de Enjuiciamiento. En cualquier caso, la adopción de medidas cautelares a instancia de parte sólo podrá realizarse por los jueces competentes, nunca por los mediadores, a diferencia del arbitraje.

* Profesora Titular de Universidad, Área de Derecho Procesal, Universidad de Cádiz.

Abstract:

“The Spanish civil proceeding in the Mediation and the adoption of the precautionary measures”

In this study, it will be analyzed the interim or precautionary measures of the civil proceeding, used on the mediation, previous introduction to the alternatives to litigation in order to resolve a dispute, and making a comparison between Arbitration-Mediation. It can be needed to ensure rights and assets of the claim before or during Mediation process and Arbitration process. In this matter, both Arbitration and Mediation have a different legal regulation. The law of Arbitration includes some rules about the competent judge to grant them. This regulation is completed for the legislation on civil proceedings, essentially the Code of Civil Procedure. The arbitrators can to order precautionary civil measures too.

It doesn't tell about the competent judge, such measures to grant, etc. The Code of Civil Procedure doesn't tell about it either. The mediators haven't “auctoritas” to order them in logic coherence with its legal nature. These will only be ordered for the judges in regard to Mediation process.

Palabras clave:

Arbitraje, Mediación, medidas cautelares civiles, proceso civil, medios alternativos de solución de conflictos.

Keywords:

Arbitration, Mediation, interim or precautionary civil measures, civil proceeding, alternative dispute resolution.

1. *La evolución de los medios extrajudiciales de solución de conflictos en España: la mediación en asuntos civiles y mercantiles.* – Desde hace algunos lustros, la doctrina procesal española se ha centrado en el estudio de los métodos extrajurisdiccionales de solución de conflictos. Las normas procesales ya venían regulando la conciliación preprocesal y el arbitraje, por lo que la tendencia de los últimos años, tanto desde las instituciones comunitarias como desde las internas, es la de potenciar la mediación, pero no sólo en el asuntos civiles y mercantiles, sino también el ámbito procesal penal con la mediación penal en el marco de la justicia restaurativa¹. Nos centraremos en la prime-

¹ Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la víctima del delito.

ra de ellas, siendo sustancialmente diferente de la mediación penal².

Hasta el año 2012, no existía regulación alguna sobre la mediación civil, si bien se había trabajado desde la doctrina. A raíz de la aprobación de la Directiva 2008/52/CE, de 21 de mayo, por la que se regula ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles, se ha efectuado su transposición a nuestro ordenamiento por la Ley 11/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles (en adelante, LMACM), que, además de referirse a la mediación en los asuntos transfronterizos³, desarrolla la mediación en nuestro ordenamiento que, hasta entonces, adolecía de falta de regulación general⁴. Se ha desarrollado reglamentariamente algunos aspectos de dicha Ley a través del Real Decreto 980/2013, de 13 de diciembre⁵.

En lo que concierne al arbitraje, cuya regulación se traerá a colación comparativamente con la mediación en lo que se refiere a la adopción de medidas cautelares, cabe recordar que se trata de una institución asentada en nuestro ordenamiento⁶. Su

² Vid., A.M. RODRÍGUEZ TIRADO, "Los sistemas de justicia restaurativa y la mediación penal. Efectos en el sistema procesal penal español", en *Cuestiones actuales de Derecho Procesal. Reformas procesales. Mediación y arbitraje*, coord. ANA MARÍA RODRÍGUEZ TIRADO, Valencia, Edit. Tirant Lo Blanch, 1ª ed., 2017, ISBN: 978-84-9143-691-1, pendiente de publicación, pp. 311 a 351.

³ Aunque el ámbito de aplicación de la Directiva sea el de los procedimientos de mediación en litigios transfronterizos, "nada debe impedir que los Estados apliquen dichas disposiciones también a procedimientos de mediación de carácter nacional" (considerando octavo). Será aplicable "a los procedimientos en los que dos o más partes en un conflicto transfronterizo intenten voluntariamente alcanzar por sí mismas un acuerdo amistoso sobre la resolución de su litigio con la ayuda de un mediador, fundamentalmente, en asuntos civiles y mercantiles sobre los que las partes puedan disponer (considerando décimo).

⁴ Hasta entonces, la mediación no estaba regulada en nuestro ordenamiento, a excepción de algunas Comunidades Autónomas que habían regulado la mediación dentro de sus competencias como, por ejemplo, la Comunidad Autónoma de Cataluña o la de Cantabria, y sectorialmente, de la mediación familiar, objeto de diversas leyes autonómicas.

⁵ BOE de 27 de diciembre de 2013.

⁶ Los orígenes se remontan al Derecho Romano, como BARONA VILAR señala, pasando por distintos momentos históricos: Breviario de Alarico, Las Partidas de Alfonso X, la Constitución de 1812, la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881, entre otros.

regulación básica se contiene, tanto para los arbitrajes internos o internacionales, en la vigente Ley 60/2013, de 23 de diciembre⁷, de Arbitraje (en adelante, LA), sin olvidar la existencia de regulación específica de determinados arbitrajes sectoriales⁸, de los que será norma supletoria (art. 1 LA).

Pero qué es la mediación, qué es el arbitraje y por qué considerarlos medios alternativos a la jurisdicción o complementarios. Cuando se vulnera una norma jurídica, el ordenamiento jurídico ha de disponer de mecanismos para que se tutelen los intereses jurídicos socialmente relevantes. Ha de prevenir y componer pacíficamente los conflictos surgidos entre quienes forman parte de la sociedad. Surge el conflicto de intereses cuando hay una necesidad no satisfecha y una pretensión de satisfacerla, siguiendo a MONTERO AROCA. La Constitución Española de 1978 (en adelante, CE) reconoce a todas las personas el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24 CE), de modo que, cuando surge un conflicto, un litigio, una controversia, sea posible solventarlo por los órganos jurisdiccionales a través del proceso, como garantía jurisdiccional del Estado.

Ahora bien, la controversia surgida podría solucionarse también por otras vías alternativas o, incluso, complementarias del proceso *jurisdiccional*, lo que dependerá de la naturaleza del interés afectado – público o privado – y de que los particulares puedan y quieran hacer uso de su autonomía de la voluntad. Es decir, hay que distinguir aquellos conflictos que afectan al interés público de los que afectan al interés intersubjetivo. El Estado ha de proteger ambos. Sin embargo, cuando afecta al interés intersubjetivo, las personas deciden voluntariamente si acuden al proceso para solucionarlo o lo resuelven por otra vía.

Los métodos extrajurisdiccionales de solución de conflictos pueden ser alternativos al proceso⁹, de modo que el ordenamien-

⁷ La LA derogó la Ley 36/1988, de 5 de diciembre, y ésta, a su vez, la de 22 de diciembre de 1958, por la que se regulaba los arbitrajes de Derecho Privado.

⁸ *Vid.*, v.gr., D. BELLO JANEIRO, “La modernización del arbitraje internacional”, en *Los nuevos retos del arbitraje en una sociedad globalizada*, Dir. A.J. PÉREZ-CRUZ MARTÍN, Pamplona, Thomson-Reuters-Civitas, 2011, 978-84-470-3798-8, p. 446.

⁹ Algún autor opina que el arbitraje no es alternativo al proceso, sino equivalente. Para V. PÉREZ DAUDI, “el legislador confunde en ocasiones la verdadera na-

to jurídico puede otorgar a la resolución que ponga fin una eficacia ejecutiva (laudo arbitral o acuerdo homologado de mediación) o, incluso, complementarios o coetáneos al proceso ya iniciado¹⁰ (la mediación puede provocar la suspensión del proceso para acudir a la mediación y, si se trata de mediación familiar, el acuerdo habrá de introducirse en el proceso necesariamente para su homologación judicial).

turaliza de la mediación, que es un método autocompositivo de resolución del conflicto [...]. Es decir, considera a la mediación como un mecanismo equivalente al proceso judicial y no como una alternativa al mismo, que tiene una distinta naturaleza jurídica" ("La relación entre las medidas cautelares y la mediación civil y mercantil", en *Proceso, eficacia y garantías en la sociedad global (Liber amicorum II)*, coords. A. PÉREZ-CRUZ MARTÍN y L. BUJOSA VADELL, Barcelona, Atelier, 2013, ISBN: 978-84-15690-33-7, p. 155) sino paralelo al proceso.

¹⁰ Desde la Unión Europea se potencia los métodos alternativos (o complementarios) de solución de conflictos. Aparte de disponer el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea que "la Unión facilitará la tutela judicial, garantizando en especial el principio de reconocimiento mutuo de las resoluciones judiciales y extrajudiciales en materia civil" (art. 67.4 – antiguo art. 61 del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea –), en su art. 81.1 (antiguo art. 65 TCE) establece que "la Unión desarrollará una cooperación judicial en asuntos civiles con repercusión transfronteriza, basada en el principio de reconocimiento mutuo de las resoluciones judiciales y extrajudiciales. Esta cooperación podrá incluir la adopción de medidas de aproximación de las disposiciones legales y reglamentarias de los Estados miembros". Así, a los efectos de dicho apartado y cuando resulte necesario para el buen funcionamiento del mercado interior, el Parlamento y el Consejo adoptarán medidas para garantizar, entre otros, "el reconocimiento mutuo, entre los Estados miembros, de las resoluciones judiciales y extrajudiciales, así como su ejecución" y "el desarrollo de métodos alternativos de resolución de litigios" (apartado 2, letra g).

La Directiva comunitaria 2008/52/CE señala que "el objetivo de asegurar un mejor acceso a la justicia [...] debe abarcar el acceso a métodos tanto judiciales como extrajudiciales de resolución de conflictos". Así, "la mediación puede dar una solución extrajudicial y rápida a conflictos en asuntos civiles y mercantiles, mediante procedimientos adaptados a las necesidades de las partes. Es más probable que los acuerdos resultantes de la mediación se cumplan voluntariamente y también se preserven una relación amistosa y viable entre partes. Estos beneficios son aún más perceptibles en situación que presentan elementos transfronterizos" (considerando 5).

En su considerando segundo recuerda que "el principio de acceso a la justicia es fundamental y, con vistas a facilitar y mejorar el acceso a la justicia, el Consejo Europeo, en su reunión de Tampere de 15 y 16 de octubre de 1999, instó a los Estados miembros a que instauraran procedimientos alternativos de carácter extrajudicial".

En otras palabras, se pone al alcance de las personas diversas vías para solucionar controversias. Según el método elegido, los particulares serán los que se proporcionen la solución, con o sin ayuda de un tercero, o la resolución provendrá de un tercero. En el primer caso, se habla de métodos de autodefensa y de los métodos de autocomposición; en el segundo caso, de los métodos heterocompositivos.

Como métodos autocompositivos¹¹, la doctrina mayoritaria incluye la mediación (en la que se dice que espontánea la intervención del tercero) y la conciliación (en la que la intervención del tercero es provocada)¹². Las partes ceden de forma voluntaria en sus posiciones para llegar a un acuerdo. Aun cuando intervenga un tercero, éste no podrá imponer acuerdo alguno, pues son las partes las que alcanzarán el acuerdo, las que mantienen su capacidad de decidir sobre la controversia.

Los métodos heterocompositivos se ciñen al arbitraje y al proceso. En ellos, un tercero interviene para solucionar la controversia, situándose supra partes¹³, en cuanto se le atribuye capacidad decisoria, bien por la propia voluntad de las partes (arbitraje), bien como ejercicio de la función jurisdiccional (proceso).

¹¹ Para I.M. GONZÁLEZ CANO, “la autocomposición representa un mecanismo para la solución de los conflictos que se caracteriza por ser las partes en litigio quienes, bien por un sacrificio unilateral, bien por mutuo acuerdo en sus respectivas posiciones iniciales mantenidas al tiempo del planteamiento del conflicto, deciden ponerle fin” (“Los métodos alternativos de resolución de conflictos”, en *Mediación y solución de conflictos*, AA.VV., Madrid, Editorial Tecnos, 2007, ISBN: 978-84-309-4511-5, p. 134). Los propios interesados solucionan el conflicto, “sin que altere la naturaleza autocompositiva la eventual intervención de un tercero, cuya función se limita a aproximar a las partes al objeto de favorecer el consenso”, no pudiendo el tercero en modo alguno “imponer coactivamente solución alguna” (*ibidem*).

¹² Tradicionalmente, se venía clasificando la mediación y la conciliación como métodos heterocompositivos de solución de conflictos, basados en la intervención de un tercero situado *inter partes*, en la medida en que un tercero intenta acercar las posiciones de las partes o, incluso, puede proponer soluciones. Esta concepción tradicional se ha superado por parte de la doctrina actual.

¹³ Por ejemplo, *vid.*, I.M. GONZÁLEZ CANO, “Los métodos alternativos de resolución de conflictos”, en *op. cit.*, p. 133. Para esta autora, “las formas heterocompositivas para la resolución de conflictos previstas en los modernos ordenamientos jurídicos son dos: el arbitraje y el proceso jurisdiccional” (*ibidem*).

La definición de qué sea la mediación no resulta fácil. A pesar de que la Ley de Mediación proporciona un concepto de mediación¹⁴, en concordancia con la Directiva 2008/52/CE, existe una considerable diversidad de definiciones en la doctrina. La Ley de Mediación en Asuntos Civiles y Mercantiles no es precisa en este punto, si bien en el art. 13.2 dispone que “el mediador desarrollará una conducta activa tendente a lograr el acercamiento entre las partes, con respeto a los principios recogidos en esta Ley”, que se completa con el art. 8 LEC al prever que “las actuaciones de mediación se desarrollarán de forma que permitan a las partes en conflicto alcanzar por sí mismas un acuerdo de mediación” en correlación con el concepto del art. 1 LMACM.

Para GALEOTE MUÑOZ, la mediación¹⁵ es “el mecanismo que permite a las partes llegar a un acuerdo que satisfaga al máximo sus intereses con la ayuda de un tercero, que es el mediador”. A las partes “se les sugiere una propuesta de acuerdo que [...] aceptarán o no: depende de ellas”. El mediador no podrá valorar la propuesta de acuerdo final, sino que, “en función de lo

¹⁴ El art. 1 LMACM entiende “por mediación aquel medio de solución de controversias, cualquiera que sea su denominación, en que dos o más partes intentan voluntariamente alcanzar por sí mismas un acuerdo con la intervención del mediador”.

¹⁵ El Consejo General del Poder Judicial, en su Informe al Anteproyecto de Ley de Mediación en Asuntos Civiles y Mercantiles de 19 de mayo de 2011, entra en la definición de la mediación al decir que “la mediación es un método de solución de controversias jurídicas basado en la autocomposición, de tal forma que son las propias partes las que ponen fin al conflicto por vía del acuerdo (en ello se distingue de los métodos de heterotutela, como serían el arbitraje y la decisión judicial). Ahora bien, a diferencia de otros medios de autocomposición, en la mediación es esencial la intervención de un tercero (el mediador), quien se erige en propiciador o catalizador del acuerdo entre las partes, desplegando pues una actividad en pos del acuerdo, proponiendo a las partes posibles soluciones y tratando de acercar las posturas de ambas, aunque sin capacidad para imponer ninguna decisión que no sea querida y aprobada por los propios interesados” (parágrafo IV, epígrafe 1). “Partiendo de un enfoque cooperativo en el que las posiciones de las partes son dinámicas, y en el que la solución final se construye merced a un progresivo acercamiento de las posturas iniciales de cada parte, éstas deben mostrarse de acuerdo en alcanzar un resultado con el que ninguna resulte vencedora ni perdedora” (parágrafo IV, epígrafe 1).

que le plantean las partes elabora una propuesta de acuerdo que satisfaga al máximo los intereses” de las mismas¹⁶.

Como punto de partida, en la mediación, las partes resuelven por sí mismas la controversia surgida entre ellas llegando a acuerdo, con la ayuda del mediador que tratará de acercar posturas, pero sin proporcionales la solución. En este punto, la doctrina no es unánime, pues algún sector otorga al mediador la posibilidad de efectuar una propuesta de acuerdo¹⁷ que, obviamente, las partes voluntariamente podrán aceptar o rechazar.

Cuando el tercero aparece *supra partes* en el arbitraje y en el proceso. En el arbitraje¹⁸, la intervención del tercero es provo-

¹⁶ “La negociación”, en *Sistemas de solución extrajudicial de conflictos*, op. cit., p. 68.

¹⁷ Vid., v.gr. J.L. GÓMEZ COLOMER, *Derecho jurisdiccional*, AA.VV., Valencia, Tirant Lo Blanch, 20ª ed., 2012, tomo I, ISBN: 978-84-9033-068-5, p. 46, o que atribuye al conciliador el papel de acercar posturas y no de proponer soluciones. En sentido contrario, vid. R. HINOJOSA SEGOVIA, “La conciliación”, en *Sistemas de solución extrajudicial de conflictos*, coord. R. HINOJOSA SEGOVIA, Madrid, Ramón Areces, 2006, ISBN: 84-8004-741-0, p. 91. Este último autor entiende que, a diferencia del mediador, el conciliador no se limita “a aproximar las posiciones de los sujetos en conflicto, sino que puede ofrecer la solución para, de este modo, componer las posiciones opuestas entre sí” (*ibidem*, p. 65).

Para R. PÉREZ MARTELL, “en la conciliación el tercero no hace ninguna proposición de posible solución a las partes, su fin es poner en contacto a las partes para que ellas mismas den solución a sus conflicto(s), de este modo el conciliador es un tercero que interviene (sic) para ayudar a alcanzar un acuerdo que surge de ellas mismas”. Y “en la mediación el tercero tiene más participación, hace proposiciones de posibles soluciones a las partes, así el mediador interviene en la negociación y pone en consideración de las partes fórmulas específicas de arreglo” (*Mediación civil y mercantil en la Administración de Justicia*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2008, ISBN: 9788498761948, p. 150). Así, concibe la mediación como “un método de resolución de conflictos mediante el cual un tercero, experto y neutral, ayuda a dos o más personas a buscar soluciones negociadas a su conflicto, intentando un acercamiento entre ellas con el fin de (que) estas resuelvan su disputa. En general, se define como aquel procedimiento de resolución de conflictos que tiene como características: ser flexible, voluntario y en el que una tercera persona denominado mediador facilita la negociación entre las partes para ayudarles a llegar a un acuerdo” (*ibidem*).

¹⁸ Se distingue igualmente entre arbitraje de derecho y de arbitraje de equidad y entre arbitraje ad hoc y arbitraje institucional. Con la reforma de la Ley 11/2011, de 20 de mayo, se introduce el arbitraje societario que, en realidad, es una modalidad (por el origen de la aceptación del arbitraje) puede ser ad hoc o institucional según la previsión de los estatutos sociales (art. 11 bis LA).

cada por las partes para solventar el conflicto, cuya solución es de obligado cumplimiento, en cuanto que les viene impuesta por la existencia del convenio arbitral en el que las partes manifiestan dicho compromiso. Las partes asumen, pues, de forma previa y voluntaria, la imposición de la solución adoptada *a posteriori* por ese tercero.

En cualquier caso, la mediación y el arbitraje han de estar revestidos de las máximas garantías y con el respeto al derecho a la tutela judicial efectiva, que se consagra en el art. 24.1 de nuestro texto constitucional y que se predica de cualquier persona. Ambos métodos se basan en la autonomía de la voluntad de las partes, en su capacidad de disponer jurídicamente de lo que sea objeto del conflicto, y en su voluntad de querer solucionarlo por cualquiera de estos medios, sin dejar de ser dos métodos diferentes.

La mediación¹⁹ se diferencia básicamente del arbitraje en que el mediador no impone la solución, mientras que, en el ar-

S. BARONA VILAR añade otras clases de arbitraje. Arbitraje ritual o formal y arbitraje irritual o informal, arbitraje general y arbitrajes especiales y arbitraje internacional y arbitraje interno (*Derecho jurisdiccional*, AA.Vv., Valencia, Tirant lo Blanch, t. II, ISBN: 978-84-9876-567-0, pp. 872 y 873).

R. BONACHERA VILLEGAS analiza la naturaleza jurídica del Arbitraje, analizando dos posiciones antagónicas: la que considera que el arbitraje tiene naturaleza de contrato privado y la que le atribuye naturaleza jurisdiccional. Al lado de estas teorías, surge la teoría mixta que le confiere tanto carácter contractual como jurisdiccional en cuanto por su origen es contractual y por su desarrollo y efectos, jurisdiccional. Añade que progresivamente se va asentando como naturaleza jurídica del arbitraje su autonomía institucional (*Los arbitrajes especiales*, Pamplona, Civitas, 2010, ISBN: 978-84-4703-418-5, p. 26). BARONA VILAR concluye afirmando que “el arbitraje es el arbitraje; se trata de una institución autónoma.

¹⁹ La doctrina distingue en la mediación entre mediación intrajudicial y mediación extrajudicial. La intrajudicial tendría lugar cuando se ha iniciado un proceso, si las partes llegan a un acuerdo que se trae al proceso, éste puede ser homologado como transacción, incluso, el proceso podrá suspenderse para intentar alcanzar un acuerdo a través de la mediación. En todo caso, si nos encontramos en materia no disponible y, en concreto, en los procesos matrimoniales, el legislador ha previsto dicha suspensión o que se aporte el acuerdo al proceso, puesto que será necesaria la homologación judicial (arts. 770.6^a y 777.2 LEC).

La mediación extrajudicial tiene lugar fuera del proceso, que no tiene por qué haberse iniciado, por consiguiente. Si las partes llegan a un acuerdo en la mediación, ellas mismas se someten a su cumplimiento, previéndose su carácter ejecutivo una vez homologado (notarial o judicialmente según sea el caso – arts. 23.3 y 25 LMACM –).

bitraje, sí, debido a que las partes se comprometen voluntariamente a aceptar el laudo arbitral, siendo éste de obligado cumplimiento al predicarse la eficacia de cosa juzgada. En ambos casos, dictado el laudo arbitral o alcanzado el acuerdo de mediación, no cabrá iniciar un posterior proceso con el mismo objeto. Sin embargo, si la mediación resulta infructuosa, cualquiera de las partes podrá poner en marcha un proceso con idéntico objeto.

El mediador no está investido de *auctoritas* mientras que el árbitro, sí. Así, los árbitros podrán adoptar medidas cautelares si lo prevé el ordenamiento jurídico, como hace el art. 23.1 LA. El mediador no podrá en modo alguno acordarlas al carecer de *auctoritas*, situándose al mismo nivel de las partes. Ahora bien, ambos adolecen de falta de *potestas*, de modo que ni mediadores ni árbitros podrán adoptar medidas ejecutivas para hacer cumplir las medidas cautelares acordadas por los árbitros o poner en marcha la ejecución forzosa del laudo arbitral que ponga fin al mismo y del acuerdo de mediación. Se requerirá instar su ejecución forzosa por vía jurisdiccional.

En efecto, el laudo arbitral tiene es de obligado cumplimiento, posee eficacia de cosa juzgada y es vinculante. Su falta de cumplimiento voluntario abre la fuerza de su ejecución forzosa a través de las previsiones contenidas en la Ley de Enjuiciamiento Civil para la ejecución de sentencias (art. 44 LA), correspondiendo a los jueces y tribunales. También corresponderá a los jueces y tribunales la ejecución de las medidas cautelares de no ser cumplidas voluntariamente por la parte a la que se hayan impuesto. El acuerdo de mediación tendrá una eficacia similar y, con la posibilidad de su ejecución forzosa, en caso de incumplimiento del mismo.

CUCARELLA GALIANA puntualiza que la solución que impone el árbitro no es carácter público como en el proceso, proviniendo la potestad del árbitro de un acuerdo de las partes (convenio arbitral) por el que deciden someterse voluntariamente “a la decisión de ese tercero para que les solucione la controversia”²⁰ y se obligan a aceptar la decisión que el árbitro adopte mediante

²⁰ *Derecho procesal civil*, coord. M. ORTELLS RAMOS, Pamplona, Thomson-Reuters, 10ª ed., 2010, ISBN: 978-84-9903-558-1, pp. 68 y 69.

el laudo arbitral. Mediante en el arbitraje sólo se pueden solucionar controversias de Derecho Privado con respecto a las que las partes tengan poder de disposición, aunque el legislador permite el arbitraje en relación con algunas controversias en materia administrativa (en marcas, por ejemplo).

II. *La regulación de las medidas cautelares en la mediación.* – La Ley de Mediación en Asuntos Civiles y Mercantiles prevé que, para salvaguardar derechos y bienes, puedan adoptarse medidas cautelares u otras medidas urgentes. El art. 10 LMACM dispone 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 para evitar la pérdida irreversible de bienes y derechos”.

El legislador es parco al respecto, sin concretar cuestiones relativas a qué órganos serán competentes para adoptarlas, el alcance de las mismas al distinguir entre medidas cautelares y otras medidas urgentes, cuándo se pueden solicitar, si prevé algún plazo en caso de solicitarse antes del inicio del procedimiento de mediación, cuándo se alzan las medidas adoptadas en caso de que finalice sin acuerdo, teniendo en cuenta quedará expedido el proceso, o, qué ocurre si se hubieran adoptado medidas cautelares en el curso de un proceso que se suspende a solicitud de las partes para someterse a una mediación (art. 19.4 LEC), si se mantendrían durante el plazo de los sesenta días a que se refiere el art. 19.4 LEC o, superado aun cuando no haya finalizado la mediación, se alzarían o resultaría de aplicación el plazo de seis meses previsto en el art. 731 LEC.

Quizá la falta de respuesta de algunas de estas cuestiones se deba a que ni el Proyecto de Ley ni el Real Decreto-Ley 5/2012, de 6 de marzo, del que dicho Proyecto procede²¹, habían pre-

²¹ BOCCGG, Congreso de los Diputados, X Legislatura, Serie A, 24 de mayo de 2012, núm. 6-7, y 11 de junio de 2012, núm. 6-9.

En el art. 10.2 del Real Decreto-Ley 5/2012 se dispuso que “durante el tiempo en que se desarrolle la mediación las partes no podrán interponer entre sí ninguna acción judicial o extrajudicial en relación con su objeto”. Esta redacción es idéntica a la del art. 11 del Proyecto de Ley de Mediación

visto la posibilidad de que se adoptaran medidas en relación con un procedimiento de mediación. El inciso final del apartado 10.2.II se incorporó en el mismo trámite parlamentario a través de la presentación de enmiendas²². Y, tal vez, esta incorporación sobrevenida en la elaboración de la norma, ha dificultado evaluar la trascendencia de su previsión y, sobre todo, detectar la insuficiencia de la regulación general de las medidas cautelares del proceso civil. Éstas se han de acomodar a la mediación a través de las especialidades necesarias en relación con la determinación de la competencia, el momento de solicitud (previas o coetáneas a la mediación), duración, entre otras cuestiones. Estas especialidades no se prevén ni en la Ley de Mediación en Asuntos Civiles y Mercantiles ni en la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Ello no quiere decir que no constituya un aspecto favorable la posibilidad de que se adopten dichas medidas cautelares, que lo es. Lo que no está tan claro es que la redacción del art. 10.1 LMACM sea muy afortunada. Quizá, hubiera sido deseable una mayor concreción en el Título IV de la Ley de Mediación en Asuntos Civiles y Mercantiles, relativo al procedimiento de mediación, y en la propia Ley de Enjuiciamiento Civil.

Es acertado no encomendar a los mediadores que pudieran adoptarlas, aunque tampoco se diga expresamente que serán jueces y tribunales a los que habrá de solicitarse. No en vano se

en Asuntos Civiles y Mercantiles, publicado en BOCCGG núm. 122-I, IX Legislatura, 29 de abril de 2011, cuya tramitación no finalizó.

La Directiva 2008/52/CE, de 21 de mayo, del Parlamento Europeo y del Consejo sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles en litigios transfronterizos no recoge referencia alguna a la posibilidad de adoptar medidas cautelares durante la tramitación de un procedimiento de mediación. También es cierto que resulta de aplicación el Reglamento (UE) núm 44/2001, sustituido por el Reglamento (UE) 1215/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo, 12 diciembre 2012, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, que entrará en vigor el 10 enero 2015, en el que se prevé la adopción de medidas provisionales o cautelares en litigios transfronterizos, si bien referido a resolución de conflictos por los órganos jurisdiccionales.

²² En el Congreso se adicionó el inciso sin la referencia a la pérdida de bienes, que se incorporó en el Senado.

debe partir de la base de que los mediadores carecen de *auctoritas* para establecer medidas cautelares. Como se apuntó *supra*, el mediador es un tercero que interviene en la mediación sin capacidad decisoria. Asume como misión lograr activamente el acercamiento entre las partes, y acordar medidas cautelares supone tomar una decisión. Es una actuación incompatible con las funciones del mediador.

En la mediación, no hay demandantes ni demandados en la medida en que se pretende un acercamiento en la posición de las partes para lograr un acuerdo entre ellas. Sin embargo, la mediación no finalizará mediante acuerdo en todo caso. En este sentido, el art. 22 LMACM establece que la mediación podrá concluir en acuerdo o finalizar sin alcanzarlo, quedando en este último supuesto abierta la posibilidad de iniciar un ulterior proceso. Además, las partes no están obligadas a permanecer en un procedimiento de mediación, que pueden abandonar voluntariamente, quedando expedita la vía jurisdiccional. Cuestión diferente es la relativa a las consecuencias de ese abandono en el futuro proceso²³.

El legislador pretende que el procedimiento de mediación sea lo más breve posible (art. 20 LMACM). Dependerá de la complejidad de la controversia y de los plazos que se acuerden para su resolución. Al hablar de procedimiento, eso quiere decir que las actuaciones se desarrollan en el tiempo y no de forma instantánea en unidad de acto, aun cuanto esté previsto que las actuaciones de la mediación se concentren en el mínimo número de sesiones. Al requerir un mínimo desarrollo en el tiempo, puede ser suficiente para que una de las partes pueda poner en riesgo bienes y derechos, probando su pérdida, de modo que quede impedida la efectividad del acuerdo en caso de alcanzarse. O de lograrse el acuerdo e iniciarse un posterior proceso, impedirá la efectividad de una hipotética sentencia condenatoria (art. 721 LEC)²⁴. Es decir, han de concurrir los presu-

²³ Por ejemplo, el art. 395 LEC prevé la condena en costas del demandado que se allane antes de contestar a la demanda si hubiera iniciado un procedimiento de mediación antes de presentar la demanda.

²⁴ Para V. PÉREZ DAUDI, quien considera positivo la "referencia a la posible adopción de medidas cautelares durante la tramitación (d)el procedimiento

puestos procesales para la adopción de una medida cautelar y, por consiguiente, ha de existir una situación jurídica cautelable.

La incorporación de esta previsión en la Ley de Mediación en Asuntos Civiles y Mercantiles guarda paralelismo con la previsión en la Ley de Arbitraje, en la que se dispone que, para la adopción de medidas cautelares, será tribunal competente el del lugar en que el laudo deba ser ejecutado y, en su defecto, el del lugar donde las medidas deban producir su eficacia, de conformidad con lo dispuesto en el art. 724 LEC (art. 8.3 LA).

Por su parte, la Ley de Arbitraje prevé la adopción de medidas cautelares por resolución judicial, estableciendo las reglas para determinar la competencia, o por los propios árbitros (arts. 8.3 y 23 LA, respectivamente) mediante laudo salvo que las acuerden excluyan dicha potestad a los árbitros, con la posibilidad de recurrir en anulación las decisiones arbitrales sobre medidas cautelares.

En consonancia, el art. 724 LEC prevé la determinación de la competencia para adoptar medidas cautelares en casos especiales como es la adopción de medidas estando pendiente un proceso arbitral o la formalización judicial del arbitraje²⁵. Además, el art. 722 LEC dispone que “podrá pedir al Tribunal medidas cautelares quien acredite ser parte de convenio arbitral con anterioridad a las actuaciones arbitrales. También podrá pedir las quien acredite ser parte de un proceso arbitral pendiente en España; o, en su caso, haber pedido la formalización a que se refiere el artículo 15 de la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de

de mediación”, (“La relación entre las medidas cautelares y la mediación civil y mercantil”, en *Proceso, eficacia y garantías en la sociedad global (Liber amicorum II)*, coords. A. PÉREZ-CRUZ MARTÍN y L. BUJOSA VADELL, *op. cit.*, p. 155).

²⁵ C. ARANGÜENA FANEGO entiende que el art. 724 LEC no se acomoda al art. 8.3 LA, posterior en el tiempo, en la medida que parece impedir la adopción de medidas cautelares *ante causam*, es decir, antes de iniciar un procedimiento arbitral, ya que las vincula a un arbitraje iniciado o su formalización judicial, expresión desaparecida en la Ley de 2003. Además, la Ley de Arbitraje no excluye dicha posibilidad en su art. 8.3 LA (“Tribunales competentes para las funciones de apoyo y control del arbitraje”, en *Comentarios prácticos a la Ley de Arbitraje* (Dir. V. GUILARTE GUTIÉRREZ), Valladolid, Lex Nova, 1ª ed., 2004, ISBN: 84-8406-615-0, p. 157).

Arbitraje; o en el supuesto de arbitraje institucional, haber presentado la debida solicitud o encargo a la institución correspondiente según su Reglamento”.

También se podrá pedir medidas cautelares por quien acredite ser parte de un procedimiento arbitral que se siga en un país extranjero cuando se den los presupuestos legalmente previstos, salvo que los tribunales españoles sean exclusivamente competentes por razón de la materia y sin perjuicio de las reglas especiales previstas en tratados, convenios o normas comunitarias que sean de aplicación.

Además, en el caso de que se formalice judicialmente el arbitraje o de arbitraje institucional, no se exigirá el cumplimiento del requisito temporal del art. 730.2 LEC, es decir, el previsto para presentar la demanda cuando se adoptan medidas cautelares con carácter previo a su presentación. Se exigirá que la parte beneficiada por las medidas cautelares adoptadas realice todas las actuaciones necesarias para poner en marcha el procedimiento arbitral (art. 730.3 LEC).

En consonancia con la *auctoritas* que se atribuye al árbitro, la Ley de Arbitraje les atribuye potestad cautelar, si bien sujeta a la voluntad de las partes en la medida en que no la excluyan expresamente o por remisión a un reglamento arbitral²⁶. Ahora bien, la falta de cumplimiento de las medidas cautelares acordadas por el o por los árbitros, conllevará la intervención de los órganos jurisdiccionales, puesto que los árbitros no tienen *potestas* para imponer coactivamente su cumplimiento. Las medidas cautelares se adoptarán mediante laudo, tanto la Ley de Enjuiciamiento Civil como la Ley de Arbitraje prevén la ejecución forzosa de laudos por los órganos jurisdiccionales.

²⁶ Se advierte desde la doctrina que, “al estar las medidas cautelares preordenadas al aseguramiento de la efectividad del futuro laudo arbitral, será preciso que el Juez ante quien se soliciten examine la concurrencia de los presupuestos legalmente exigidos para su adopción en el artículo 728 de la Ley de Enjuiciamiento Civil lo que exige un análisis *prima facie* del fondo del asunto para extraer un juicio de probabilidad favorable al fundamento de la pretensión ejercitada por quien demanda la tutela cautelar” (C. ARANGÜENA FANEGO, C. ARANGÜENA FANEGO, “Tribunales competentes para las funciones de apoyo y control del arbitraje”, en *Comentarios prácticos a la Ley de Arbitraje*, *op. cit.*, p. 421).

El inciso final del art. 10.2 LMACM dispone que no sólo podrán adoptarse medidas cautelares, sino también *otras medidas urgentes*. El legislador no aclara a qué se refiere con dicha previsión. Desde la doctrina, se ha querido entender que podría estar aludiendo a las diligencias preliminares²⁷. Incluso, cabe pensar si el legislador estaba pensando en el aseguramiento de la prueba. En ambos casos, las diligencias preliminares y el aseguramiento de la prueba²⁸ son instituciones procesales distintas de las medidas cautelares²⁹, aunque puedan guardar alguna afinidad. Cumplen finalidades diversas. O si podría aludir a la posibilidad de que se adopten medidas cautelares en prevención del art. 725.2 LEC.

III. Supletoriedad de la regulación de las medidas cautelares del proceso civil en la mediación. – La regulación general de las medi-

²⁷ V. PÉREZ DAUDI, *op. cit.*, p. 156. Este autor solventa el problema de la eficacia de la diligencia preliminar a la presentación de la demanda en el plazo de un mes (art. 256.3 LEC).

²⁸ V. CORTÉS DOMÍNGUEZ habla de “falsas medidas cautelares” (*Derecho Procesal Civil. Parte general* (con otro), Valencia, Tirant Lo Blanch, 9ª ed., 2017, ISBN: 978-84-9169-417-5, pp. 450 y 451). En este sentido, señala que no “son medidas cautelares aquellas que van preordenadas a la mejor del proceso, ejemplo de las cuales son las llamadas medidas de aseguramiento de la prueba [...]” (*ibidem*).

²⁹ Los caracteres definitorios de las medidas cautelares se han reconducido a la instrumentalidad, temporalidad, provisionalidad y homogeneidad, siguiendo a Manuel SERRA DOMÍNGUEZ en su construcción de la teoría general de las medidas cautelares en el proceso civil. Así, cita a CALAMANDREI, “quien centró en la instrumentalidad el carácter esencial de las medidas cautelares, siendo su doctrina sobre el particular casi unánimemente seguida por la doctrina italiana, y sin discrepancias por la doctrina española. Para CALAMANDREI la instrumentalidad de las medidas cautelares consiste en su relación de dependencia o subordinación respecto de la resolución definitiva sobre el fondo. Las medidas cautelares carecen en efecto de un valor en sí mismas consideradas, teniéndolo sólo en relación a la cuestión principal que se discute en el proceso. Una vez recaída resolución firme en el proceso, la medida cautelar queda sin efecto, bien por convertirse en medida ejecutiva, bien por desaparecer totalmente de declararse inexistente la situación material garantizada” (“Teoría general de las medidas cautelares”, en *Las medidas cautelares en el proceso civil*, Barcelona, 1974, p. 15).

Vid. V. CORTÉS DOMÍNGUEZ, *Derecho Procesal Civil. Parte general* (con otro), *op. cit.*, pp. 448 y ss.

das cautelares del proceso civil se contiene en los arts. 721 y ss. LEC, sin perjuicio de lo que se disponga en los procesos civiles o en normas procesales foráneas. La adopción de una medida cautelar exige que se cumplan los presupuestos procesales de *fumus boni iuris*, *periculum in mora* y caución, a los que se añade la idoneidad de la medida³⁰ (art. 726.1.2ª LEC). Con las medidas cautelares se persigue “asegurar que la futura sentencia que se dicte como culminación del proceso declarativo pueda llevarse a la práctica de modo útil, pueda, en suma, ser ejecutada con todas las posibilidades de éxito” (*sic*)³¹. Las medidas cautelares tienen carácter jurisdiccional como viene sosteniendo la doctrina mayoritaria³².

Aunque el art. 10.2 LMACM no disponga expresamente el órgano de su adopción, sólo jueces y tribunales podrán adoptarlas. En ningún caso podrá acometerlas un mediador por no estar investido de *auctoritas* y por ser incompatible con las propias funciones que le son atribuidas, de las que excluyen las decisorias.

Serán de aplicación las normas generales de la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de medidas cautelares, sin perjuicio de lo previsto normas procesales civiles foráneas a la Ley de Enjuiciamiento Civil³³, de modo que el art. 10.2 LMACM se ha de interpretar en concordancia con la Ley de Enjuiciamiento Civil y la legislación especial, lo que no queda exento de dificultades. Al respecto, cabe efectuar las siguientes consideraciones:

³⁰ Vid., v.gr., J. GARBERÍ LLOBREGAT, *Las medidas cautelares en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil (doctrina, jurisprudencia y formularios)*, Pamplona, Thomson-Aranzadi, 2ª ed, 2007, ISBN: 978-84-8355-493-7, pp. 46 y ss.

³¹ *Ibidem*.

³² Vid., v.gr., S. BARONA VILAR, *Derecho jurisdiccional*, AA.VV., Valencia, Tirant lo Blanch, 21ª ed., 2013, t. II, ISBN: 978-84-9053-095-5, p. 694.

³³ En relación con la redacción del art. 24 del Convenio de Bruselas de 1968, F. GASCÓN INCHAUSTI entiende que “medidas provisionales o cautelares” son aquéllas que presentan estos caracteres: “la idoneidad para combatir un *periculum in mora*”; “subordinación o accesoriedad respecto del proceso principal”; “provisionalidad en el tiempo”, y “la instrumentalidad de su contenido”, de modo que quedaría excluidos el aseguramiento y la anticipación de la prueba de la previsión del indicado art. 24. Dada la redacción sustancialmente similar entre el art. 24 del Convenio de Bruselas de 1968 y el art. 35 del Reglamento (UE) núm. 1215/2012, dicha interpretación se haría extensible al art. 35. (*Medidas cautelares de proceso civil extranjero (art. 24 del Convenio de Bruselas)*, Granada, Comares, 1998, ISBN: 978-84-8151-698-2, p. 36).

a) En cuanto a la determinación del órgano judicial competente, habrá de atender a la previsión del art. 723.1 LEC, entendiendo que la suspensión de un proceso para intentar una mediación se enmarcaría en el inciso primero del art. 723.1 LEC, es decir, será competente el tribunal que hubiera estado conociendo, hasta el momento de su suspensión, del asunto en primera instancia. Si no se hubiera iniciado proceso anterior, será competente el tribunal que lo sería para conocer de la demanda principal³⁴. Ahora bien, difiere de la previsión para la ejecución de un acuerdo de mediación formalizado tras un procedimiento de mediación, la competencia se atribuye al juzgado de primera instancia *en el que se hubiera firmado el acuerdo de mediación* (art. 26.II LMACM).

b) Surgida una controversia, pueden concurrir razones de urgencia o de necesidad que, junto que con la concurrencia de los presupuestos para ello, justifiquen su adopción, incluso antes del inicio de un procedimiento de mediación. Y de no adaptarse, siempre que una de las partes las inste, podría conllevar a la pérdida de eficacia del acuerdo. La dificultad estriba en que el art. 730 LEC vincula su adopción a la presentación de la demanda en los veinte días siguientes, quedando sin efecto si no se presentase en dicho plazo. Y a diferencia del arbitraje (art. 730.2 LEC), la LEC no contiene cláusula alguna que excepción del cumplimiento de dicho plazo en relación con la mediación.

Es cierto que la mediación es voluntaria, pero si existe un pacto por escrito en los términos del art. 6.2 LMACM, las partes quedan vinculadas a la mediación, por lo que no podrá ponerse en marcha un proceso mientras no se haya terminado la mediación (si no se logra el acuerdo)³⁵.

³⁴ V. PÉREZ DAUDI plantea dos opciones válidas (la segunda se refiere al tribunal del lugar donde deba ejecutarse el acuerdo de mediación en virtud de lo previsto en el art. 26 LMACM), aunque se decanta con la primera, con la que coincidimos. *Vid.* "La relación entre las medidas cautelares y la mediación civil y mercantil", en *Proceso, eficacia y garantías en la sociedad global (Liber amicorum II)*, *op. cit.*, pp. 160 y 161.

³⁵ "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" (art. 6.2 LEC).

Sería deseable, *de lege ferenda*, que el legislador regulase el requisito temporal del art. 730.3 LEC en relación con la mediación o que la Ley de Mediación en Asuntos Civiles y Mercantiles estableciese la especialidad al respecto.

Mientras que el legislador acomete esa necesaria modificación, la pregunta sería cómo se puede solventar en caso de que se produzca la situación analizada. Estamos en el supuesto de que se han solicitado medidas previas, por razones de urgencia, al inicio del procedimiento de mediación. Nada obsta a que el solicitante de las medidas cautelares presente su demanda en el plazo de los veinte días para mantener su vigencia, dejando al demandado la alegación en la declinatoria sobre la existencia de un compromiso de sometimiento a mediación (art. 10.2.II LMACM). Pero esta solución presenta más inconvenientes que ventajas en la medida en que la presentación de la demanda exija, en su caso, la utilización de postulación procesal (que no es necesaria para solicitar medidas urgentes previas del art. 730.2 LEC)³⁶ o el alzamiento de las medidas de estimarse la declinatoria, con los costes procesales subsiguientes.

PÉREZ DAUDI, por su parte, apunta que “la solicitud de inicio de mediación suspenderá el cómputo del plazo para presentar la demanda desde la fecha en la que conste la recepción de la solicitud por el mediador o el depósito ante la institución de mediación, que se reanudará cuando finalice el procedimiento de mediación. Como es obvio el objeto de la mediación debe ser la pretensión asegurada a través de la adopción de la medida cautelar y deberá ser notificado al Tribunal que ha adoptado la medida cautelar para que no se alcen automáticamente por

³⁶ J. GARBERÍ LLOBREGAT considera que, “debido a que la adopción preprocesal de medidas cautelares se subordina en la LECiv a la concurrencia de «razones de urgencia o necesidad» (art. 730.2.I LECiv), que son prácticamente las mismas de las que depende la aplicación del procedimiento acelerado de adopción de estas medidas sin audiencia previa del demandado [...], pensamos que debe sentarse al respecto la siguiente conclusión: las medidas cautelares preprocesales se han de adoptar por los tribunales en todo caso sin prestar previa audiencia al demandado, el cual, una vez que le sea debidamente notificado el correspondiente auto”, podrá oponerse conforme a lo previsto en los arts. 739 y ss. LEC (*Las medidas cautelares en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil (doctrina, jurisprudencia y formularios)*, op. cit., p. 115).

no iniciar el proceso judicial³⁷ y, añadimos, que no se condene en costas al solicitante ni se le declare responsable de los daños y perjuicios del art. 730.2.º I LEC.

c) Requiere una mayor concreción de la expresión *otras medidas urgentes*, distintas de las medidas cautelares, para evitar la pérdida irreversible de bienes y derechos. De las figuras previstas en la Ley de Enjuiciamiento Civil, las diligencias preliminares³⁸, cuya finalidad es la preparación del proceso, y el aseguramiento de la prueba, cuya finalidad es evitar la destrucción o alteración de fuentes de prueba. En cualquiera de estos dos casos, no se contiene previsión alguna vinculada a la mediación, exigiéndose para que se mantenga la eficacia de la diligencia preliminar en cuestión o de la fuente de prueba asegurada, la presentación de la demanda en los plazos previstos, respectivamente, en los arts. 256.3 y 297 LEC. No obstante, no parece que puedan tener virtualidad en la mediación, por su propia naturaleza y finalidad perseguida en la misma.

No parece que se refiera a las medidas en prevención que no dejan de ser medidas cautelares adoptadas por razones de urgencia, con carácter previo al inicio del proceso, por órgano incompetente territorialmente (art. 725 LEC).

d) Sería recomendable regular todo lo relativo al mantenimiento o alzamiento de las medidas cautelares en caso de se ponga fin al procedimiento de mediación sin llegar a un acuerdo de mantenerse la situación jurídica cautelable y los presupuestos procesales³⁹,

³⁷ “La relación entre las medidas cautelares y la mediación civil y mercantil”, en *Proceso, eficacia y garantías en la sociedad global (Liber amicorum II)*, op. cit., p. 158.

³⁸ Vid., v.gr., sobre medidas cautelares, entre otros, I. VILLAR FUENTES, “El régimen jurídico de la práctica de las diligencias preliminares en procesos de propiedad industrial”, en *Justicia: revista de derecho procesal*, ISSN: 0211-7754, nº 1, 2013, pp. 407-430; A. ÁLVAREZ ALARCÓN, *Las diligencias preliminares en el proceso civil*, J.M. Bosch Editor, 1997, ISBN: 84-7698-446-4; M.I. SÁNCHEZ BARRIOS, “Artículo 36. Diligencias preliminares” en *Comentarios a la ley de competencia desleal*, dirs. A. Bercovitz Rodríguez-Cano, 2011, ISBN: 978-84-9903-732-5, pp. 983-1002.

³⁹ En caso de alcanzarse un acuerdo y éste no se homologue, V. PÉREZ DAUDI entiende que se reanuda el plazo para incoar el proceso posterior en línea con lo señalado en la nota anterior.

estableciendo un plazo para interponer la demanda, transcurrido el cual se alzarían las medidas con el consiguiente pronunciamiento sobre condena en costas.

En caso de que inicio del procedimiento de mediación haya provocado la suspensión del proceso por petición de las partes en aplicación del art. 19.4 LEC y se hubieran adoptado medidas cautelares en el mismo, será de aplicación el plazo de seis meses previsto en el art. 731 LEC, en lugar del contenido en el art. 19.4 LEC, que se refiere al plazo de suspensión del proceso.

e) Y, finalmente, coincidiendo con PÉREZ DAUDI⁴⁰, no cabe vincular la no solicitud de medidas cautelares durante el desarrollo de un procedimiento de mediación con respecto a las situaciones de hechos consentidas a que se refiere el art. 728.1 LEC⁴¹. Sería obviar la propia naturaleza de la mediación, a la que se someten voluntariamente las partes, en la que el mediador ayuda al acercamiento de las partes para que alcancen un acuerdo.

IV. *Conclusiones.* – Si bien puede constituir un aspecto favorable la previsión de que, en un procedimiento de mediación, puedan adoptarse medidas cautelares, la primera y principal conclusión es la puesta de relieve de la deficiente regulación procesal española en relación con las medidas cautelares en la mediación.

Así, no determina el órgano judicial competente para adoptarlas, que habrá de ser un juez (recuérdese que los mediadores nunca podrán adoptar medidas cautelares al carecer de *auctoritas*; no en vano hablamos de un método autocompositivo en el que el mediador se sitúa en igual plano que las partes). En este sentido, sería deseable que el art. 724 LEC⁴², como se ha ex-

⁴⁰ *Ibidem.*

⁴¹ El art. 728.1.II LEC establece que “no se acordarán medidas cautelares cuando con ellas se pretenda alterar situaciones de hecho consentidas por el solicitante durante largo tiempo, salvo que éste justifique cumplidamente las razones por las cuales dichas medidas no se han solicitado hasta entonces”. En cualquier caso, el desarrollo de un procedimiento de mediación sin acuerdo final sería constituiría una razón justificada.

⁴² El art. 724.I LEC dispone que, “cuando las medidas cautelares se soliciten estando pendiente un proceso arbitral o la formalización judicial del arbitraje,

puesto; en el que se establecen reglas especiales – ceñida al arbitraje⁴³ – a la general del art. 723.1 LEC, incluyera una previsión específica en la que se refiere a la determinación del órgano competente al igual que ocurre con respecto al arbitraje.

Requiere una mayor concreción de la expresión *otras medidas urgentes*, distintas de las medidas cautelares, para evitar la pérdida irreversible de bienes y derechos.

Sería recomendable regular todo lo relativo al mantenimiento o alzamiento de las medidas cautelares en caso de se ponga fin al procedimiento de mediación sin llegar a un acuerdo en caso de mantenerse la situación jurídica cautelable y los presupuestos procesales.

Y sería, igualmente, deseable que el legislador regulase el requisito temporal del art. 730.3 LEC en relación con la mediación o que la Ley de Mediación en Asuntos Civiles y Mercantiles estableciese la especialidad al respecto.

será tribunal competente el del lugar en el que el laudo deba ser ejecutado, y, en su defecto, el del lugar donde las medidas deban producir su eficacia". La misma previsión en caso de que se siga ante un tribunal extranjero, salvo que los tratados suscritos por el Estado español dispongan otra cosa.

⁴³ Vid. V. CORTÉS DOMÍNGUEZ, *Derecho Procesal Civil. Parte general* (con otro), *op. cit.*, p. 463.

BRUNO TROISI

LA TRASCRIVIBILITÀ DELL'ACCORDO DI CONCILIAZIONE
IN TEMA DI USUCAPIONE DOPO LA CONVERSIONE IN LEGGE
DEL DECRETO "DEL FARE" 69/2013
(L. 9 AGOSTO 2013, N. 98)

L'indomani della sentenza della Corte Costituzionale n. 272/2012 – che, com'è noto, dichiarava l'incostituzionalità della previsione di obbligatorietà della mediazione di cui al d.lgs. n. 28 del 2010 – scrivevamo sulle pagine della rivista "Quaderni di conciliazione" che dal testo della sentenza emergeva chiaramente come *le censure di illegittimità costituzionale riguardavano soltanto il profilo del vizio formale, rappresentato dall'eccesso dalla delega*, e prescindevano da valutazioni sull'istituto della mediazione obbligatoria o sull'articolazione data dal d.lgs. n. 28 del 2010. Sì che, dicemmo (voce isolata in dottrina), un nuovo intervento legislativo avrebbe sicuramente potuto proporre una nuova modalità di mediazione obbligatoria, tanto più che nei suoi confronti la normativa comunitaria, interpretata dalla stessa Corte come "neutrale" nei confronti dell'obbligatorietà della mediazione, non avrebbe, certo, potuto rappresentare un ostacolo. Anzi, la stessa Corte di giustizia, con la pronuncia del 18 marzo 2010, resa a proposito del tentativo obbligatorio di conciliazione in materia di telecomunicazioni, aveva ritenuto che la previsione di un tentativo facoltativo di conciliazione, anziché di uno obbligatorio, non potesse rappresentare uno strumento altrettanto efficace per la realizzazione degli obiettivi perseguiti¹.

¹ La stessa Corte di giustizia aveva affermato con assoluta chiarezza che laddove il legislatore nazionale volesse oggi intervenire, con legge ordinaria, sulla disciplina della mediazione prevedendo ipotesi di obbligatorietà, ciò non sarebbe affatto in contrasto con la normativa europea la quale prende in

Con l'entrata in vigore del decreto "del fare" (d.l. 21 giugno 2013, n. 69, convertito in legge dalla l. 9 agosto 2013, n. 98), la mediazione civile e commerciale torna a essere *condizione di procedibilità dell'azione giudiziale*.

Oltre alla riaffermata "obbligatorietà", sono state introdotte alcune novità di rilievo, tali da incidere in maniera significativa sul modello originario, delineato dal d.lgs. 28/2010, modificandone alcuni dei profili di disciplina più importanti e ribadendo lo stretto nesso con il processo, in una logica deflattiva e, nel contempo, orientata alla pacificazione sociale, grazie alla riduzione della litigiosità, connessa con il raggiungimento dell'accordo conciliativo.

Di tali novità si darà conto in altre relazioni di questo incontro di studio.

considerazione la mediazione anche nella sua forma obbligatoria, considerandola del tutto legittima, e come una delle possibilità in cui si può articolare la mediazione, la cui scelta, insieme con quella volontaria e con quella invitata dal giudice, rientra nella piena e legittima discrezionalità del legislatore nazionale. Con l'unico limite che la relativa previsione non precludesse l'accesso all'autorità giudiziaria.

Ne conseguiva che, laddove il legislatore italiano avesse reintrodotta la mediazione obbligatoria, ciò sarebbe stato del tutto in linea con la legislazione europea, né si sarebbe potuto sollevare, con qualche fondamento giuridico, questione di costituzionalità, salvo a volere contro ogni logica e ragionevolezza ritenere che la nostra Carta Costituzionale sia confliggente ed incompatibile con siffatta normativa europea. A tal riguardo, appare particolarmente significativo un brano della proposta dei "Saggi", nominati dal Presidente Napolitano, sulla giustizia (tra i quali vi sono autorevoli giuristi, da Valerio Onida a Giovanni Pitruzzella).

Nel Cap. V., in tema di giustizia civile, infatti, si proponeva:

a) "l'instaurazione effettiva di sistemi alternativi (non giudiziari) di risoluzione delle controversie, specie di minore entità, anche attraverso la previsione di forme obbligatorie di mediazione (*non escluse dalla recente pronuncia della Corte costituzionale* – sent. n. 272 del 2012 – che ha dichiarato illegittima una disposizione di decreto legislativo che disponeva in questo senso, ma solo per carenza di delega); questi sistemi dovrebbero essere accompagnati da effettivi incentivi per le parti e da adeguate garanzie di competenza, di imparzialità e di controllo degli organi della mediazione".

Fra l'altro, un'eventuale eccezione di incostituzionalità avverso la reintroduzione, con legge, della mediazione obbligatoria, ben potrebbe essere contrastata con l'affermazione contenuta in altra precedente decisione della stessa Corte Costituzionale e che la stessa sentenza in commento ricorda.

Qui, ci si limiterà a rilevare che la mediazione torna ad essere obbligatoria – oltre che in materia di condominio, divisione, successioni ereditarie, patti di famiglia, locazione, comodato, affitto di aziende, risarcimento del danno derivante da responsabilità medica e sanitaria e da diffamazione con il mezzo della stampa o con altro mezzo di pubblicità, contratti assicurativi, bancari e finanziari (esce dall'elenco la responsabilità da sinistri stradali) – in materia di diritti reali.

A tal proposito, occorre sottolineare una novità di rilievo, novità che risolve anche un problema sorto in sede di prima applicazione della mediazione obbligatoria in materia di diritti reali: si tratta della disposizione in materia di usucapione, uno dei temi più dibattuti della precedente versione del d.lgs. 28/2010, che aveva visto la giurisprudenza contraria non soltanto all'ammissibilità di un accordo che accerti l'usucapione, ma, ancor di più, alla trascrivibilità dello stesso accordo nei registri immobiliari.

È stata, infatti, inserita una disposizione specifica che novella l'art. 2643 c.c. In particolare, è stato aggiunto il n. 12.*bis* all'articolo 2643, co. 1, che impone la trascrizione dell'accordo che accerta l'usucapione con la sottoscrizione autenticata da un pubblico ufficiale a ciò autorizzato (questa norma è già in vigore dal 21 agosto scorso). Ai sensi della suddetta disposizione, si deve rendere pubblico col mezzo della trascrizione "l'accordo che accerta l'usucapione con la sottoscrizione autenticata da un pubblico ufficiale a ciò autorizzato".

Con questa disposizione, il legislatore sancisce, in maniera chiara e inequivocabile che:

- 1) la materia dell'usucapione rientra in quella più generale dei diritti reali;
- 2) l'accertamento dell'usucapione può formare oggetto di accordo di conciliazione;
- 3) l'accordo di conciliazione avente ad oggetto l'accertamento dell'avvenuta usucapione "deve" essere reso pubblico per mezzo della trascrizione;
- 4) a tal fine è necessario che la sottoscrizione dell'accordo in questione sia autenticata da un pubblico ufficiale a ciò autorizzato (ad es., da un notaio), il quale, quindi, è considerato

espressamente legittimato a svolgere tale funzione (e, pertanto, esentato da qualsivoglia responsabilità)²;

- 5) Il verbale di accordo, infine, previo accertamento della sua regolarità formale e della legalità sostanziale (nel senso della non contrarietà all'ordine pubblico o a norme imperative dell'accordo in esso contenuto), può essere omologato con decreto del presidente del Tribunale nel cui circondario ha sede l'organismo. Il controllo dell'autorità giudiziaria, pertanto, non è limitato agli aspetti formali, ma si estende al merito dell'accordo, sia pure sul solo piano della legalità dello stesso. Il verbale di conciliazione, perfettamente aderente nel contenuto e nella forma alle prescrizioni normative, viene omologato, con l'effetto di costituire titolo esecutivo per l'espropriazione forzata, per l'esecuzione in forma specifica e per l'iscrizione di ipoteca giudiziale, conseguendo, per l'appunto, effetti ulteriori rispetto a quelli normalmente propri di un atto di autonomia privata.

Com'è noto, la giurisprudenza di merito³, pur ammettendo l'obbligatorietà della mediazione in materia di usucapione, era dell'opinione che non fosse trascrivibile il verbale di conciliazione, regolarmente formato e perfezionato nei suoi requisiti formali, ma avente contenuto di negozio accertativo dell'avvenuta usucapione della proprietà o di altro diritto reale di godimento. Una così rilevante eccezione alla regola contenuta nell'art. 11 d.lgs. n. 28/2010 veniva giustificata sulla base della natura del verbale di accordo in materia di usucapione. Si affermava, cioè, che la non trascrivibilità era conseguenza dell'incompatibilità giuridica tra il carattere meramente accertativo dell'accordo relativo all'intervenuta usucapione e il contenuto dell'art. 2643 c.c., che dichiara trascrivibili soltanto gli atti che realizzino un effetto costitutivo, modificativo o estintivo (ex art. 1321 c.c.).

² Cfr., già, Cass., n. 2485/2007, che, escludendo la nullità del contratto di compravendita che trasferisce la titolarità di un immobile sul quale l'alienante ha esercitato il possesso *ad usucapionem* per il periodo di tempo sufficiente ad acquisire il diritto (ancorché l'acquisto della proprietà da parte sua non sia stato giudizialmente accertato in contraddittorio con il precedente proprietario), riconosce la correttezza professionale del notaio rogante.

³ Trib. Roma, 22 luglio 2011, cit.; Trib. Roma, 8 febbraio 2012, cit.

In altre parole, l'accordo relativo all'intervenuta usucapione avrebbe natura di negozio di accertamento, produttivo, in quanto tale, di effetti meramente dichiarativi, essendo esso finalizzato a rimuovere l'incertezza in merito al regime di appartenenza di un bene. Pertanto, il verbale di conciliazione in esame, non essendo riconducibile ad una delle ipotesi di cui alla disposizione dell'art. 2643 c.c., non poteva essere trascritto⁴.

Senza, peraltro, volersi addentrare nel tormentato, antico dibattito sulla funzione del negozio di accertamento, non può tuttavia non rilevarsi come l'asserita funzione meramente dichiarativa sia tutt'altro che pacifica in dottrina, tanto più che, secondo alcuni Autori⁵, una tale funzione sarebbe logicamente incompatibile con il concetto stesso di negozio giuridico, che, in quanto atto di autonomia privata, è destinato a programmare interessi, a produrre, cioè, effetti proiettati al futuro (e non rivolti al passato, in funzione dichiarativa).

Per contro, secondo un autorevole insegnamento⁶, il negozio di accertamento non potrebbe che adempiere a una funzione

⁴ Diversamente, Trib. Como, Sez. distaccata di Cantù, ordinanza 2 febbraio 2012, secondo cui l'accordo di mediazione – che potrà assumere le forme più varie per risolvere la lite (come ad esempio attraverso la rinuncia al diritto di proprietà ovvero la rinuncia alla domanda di usucapione a fronte del pagamento di una somma di denaro), senza coincidere con il contenuto della pronuncia giudiziaria richiesta da parte attrice – è espressione del potere negoziale delle parti ex art 1321 c.c. in quanto attraverso di esso viene regolamentata la situazione giuridica sostanziale. E ciò è ammesso dall'ordinamento in virtù della meritevolezza della sua causa giuridica, che caratterizza il contratto di transazione. L'accordo di mediazione avrà ad oggetto il diritto reale, ma non il fatto attributivo di esso, ossia l'avvenuta usucapione. La parte che si vedrà trasferito il bene lo acquisterà a titolo derivativo in quanto lo strumento utilizzato per la traslazione è il verbale di mediazione e non a titolo originario come invece nel caso di accertata usucapione mediante sentenza. Sulla base di tali considerazioni, si conclude nel senso che l'accordo di mediazione con cui si attribuisce un diritto reale è trascrivibile, non certo ai sensi dell'art. 2651 c.c. bensì ai sensi dell'art. 2643, n. 13 c.c. in relazione all'art. 11 del d.lgs n. 28/2010, perché in esso non vi è altro che una transazione.

⁵ V., in proposito, le acute considerazioni di E.T. LIEBMAN, *Risoluzione convenzionale del processo*, in *Riv. dir. proc.*, 1933, pp. 274 ss.

⁶ Cfr., F. SANTORO PASSARELLI, *L'accertamento negoziale e la transazione*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1956, pp. 1 ss.; e, sia pure in diversa prospettiva, R. NICOLÒ, *Il*

dispositiva, che viene esercitata attraverso la “regolamentazione” degli interessi ad opera dei privati (tra le funzioni del contratto vi è, appunto, quella di “regolare” rapporti giuridici) e, nello specifico, anche attraverso la definizione della *res dubia*. Il nuovo regolamento, così definito, prevarrebbe, dunque, su quello preesistente, se divergente (e sulla fonte di questo), segnando a sua volta l’efficacia costitutiva del negozio medesimo. Le parti, infatti, si vincolerebbero a una data ricostruzione, interpretazione, intelligenza della situazione giuridica (che rimane configurata secondo l’accertamento), precludendosene ogni altra (in questo senso, si tratta di un negozio dispositivo, quanto meno sul piano processuale, avendo efficacia preclusiva dell’insorgere di liti).

Ad analoga conclusione pervengono quegli Autori⁷, che attribuiscono all’accordo in questione la funzione di riconoscimento di diritto reale, come previsto, *in via generale*, dall’art. 2720 c.c., in tema di efficacia probatoria dell’atto di ricognizione; e, poi, specificamente, in materia di obbligazioni dall’art. 1988 c.c., e in materia di diritti reali dagli artt. 969, 2944 e 1165 c.c. Sì che, la situazione preesistente sarà adeguata al riconoscimento operato dal soggetto o dai soggetti legittimati – e perciò modificata – e il contenuto della modificazione verrà fissato, una volta per tutte, in maniera certa.

L’adesione all’una come all’altra delle tesi prospettate si riflette, inevitabilmente, sulla questione dell’opponibilità del negozio di accertamento: in discussione è, cioè, la sua pubblicità e, dunque, la sua trascrivibilità. La giurisprudenza, come detto, la escludeva in ragione della divisata efficacia dichiarativa del verbale di conciliazione, accertativo del diritto di proprietà, efficacia dichiarativa che esclude il ricorrere di alcuna delle ipotesi previste dall’art. 2643 c.c. (atti soggetti a trascrizione).

La conclusione consegue, deduttivamente, alle premesse da cui muove: una volta, infatti, negata la valenza dispositiva al negozio di accertamento e circoscritta la sua vincolatività alle parti, la non trascrivibilità ne rappresenta il logico corollario.

riconoscimento e la transazione, in *Annali ist. sc. giur.pol.e soc. univ. Messina*, 1927-1933, VII, 410.

⁷ Per tutti, cfr. M. GIORGIANNI, voce *Accertamento (negozio di)*, in *Enc. dir.*, I, Milano, 1958, p. 227.

Tuttavia, la soluzione prospettata dalla giurisprudenza non sembrava dotata di quella forza argomentativa che, sola, potrebbe elevarla a principio di diritto. Le incertezze derivavano proprio dalle motivazioni addotte: le decisioni non escludevano – né avrebbero potuto, stante il chiaro dettato dell'art. 2651 c.c., espressamente richiamato – la trascrivibilità dell'intervenuta usucapione di un bene immobile, allorquando la stessa risulti accertata all'esito di un giudizio innanzi all'autorità giudiziaria che si chiuda con sentenza dichiarativa. Tuttavia, nel caso di specie, individuava il limite all'operare dei meccanismi pubblicitari nella tipologia dello strumento prescelto (anzi, meglio, imposto dalla legge) per il riconoscimento del diritto, vale a dire il verbale di conciliazione con contenuto di mero accertamento.

Senonché, una simile soluzione si scontrava, innanzitutto, con la descritta possibilità di ricostruire in modo differente il negozio di accertamento, in termini di negozio con efficacia dispositiva o, comunque, modificativa. Inoltre, non minori motivi di dubbio, rispetto alle certezze della giurisprudenza, derivavano da una valutazione delle regole generali e dei principi che governano la pubblicità del negozio di accertamento. Di là dalle impostazioni più rigorose, che, in nome della ricordata natura dichiarativa, escludono il prodursi di una vicenda suscettibile di trascrizione ai sensi degli artt. 2643 e 2644 c.c., c'è, infatti, chi⁸ ammette ugualmente la possibilità di annotare l'accertamento negoziale a margine della trascrizione del contratto, con funzione di pubblicità-notizia.

Altra dottrina⁹ precisa, poi, che l'accertamento negoziale di un acquisto a titolo originario, al pari dell'accertamento dell'estinzione di un diritto reale per non uso, può pubblicizzarsi a scopo di notizia; tanto più, che qualunque altra funzione, segnatamente quella tipica della trascrizione, consistente nella prevalenza del titolo prioritariamente trascritto, risulterebbe inutile in considerazione del fatto che la omessa o tardiva ese-

⁸ F. GAZZONI, *La trascrizione immobiliare*, in *Il codice civile*, Commentario diretto da Schlesinger, Milano, 1998, II, p. 452.

⁹ G. PETRELLI, *Tassatività delle ipotesi di trascrizione e vincoli a parcheggio*, in *Studium iuris*, 2010, pp. 2053 ss.

cuzione della trascrizione dell'acquisto per usucapione non potrebbe in alcun modo pregiudicarne la prevalenza. L'usucapione, infatti, come si sa, è un titolo di acquisto comunque posteriore rispetto a qualunque acquisto a titolo derivativo anche se trascritto prioritariamente, avente effetto *erga omnes*, a prescindere dal ricorso o meno al regime pubblicitario. Il che ridimensiona, e non poco, le preoccupazioni della giurisprudenza circa il *vulnus* alla certezza dei rapporti giuridici.

E tale ridimensionamento è tanto più evidente alla luce di una importante, notissima sentenza della Suprema Corte¹⁰, la quale ha riconosciuto la validità (e la trascrivibilità) del contratto di compravendita con cui viene trasferito il diritto di proprietà di un immobile che il venditore dichiara di aver usucapito¹¹, ancorché l'acquisto della proprietà per usucapione non sia stato giudizialmente accertato in contraddittorio con il precedente proprietario. Altrimenti, dicono i giudici di legittimità, si verificherebbe "la strana situazione per cui chi ha usucapito sarebbe – sì – proprietario, ma non potrebbe disporre validamente del bene fino a quando il suo acquisto non fosse accertato giudizialmente": in altre parole, il possessore *ad usucapionem* che, nel rispetto dei requisiti di legge, ha fruttuosamente acquistato a titolo originario, si troverebbe nella singolare posizione di essere soggetto all'onere di dover richiedere un preventivo accertamento giudiziale della titolarità del proprio diritto, per poter legittimamente disporre. Ciò non sarebbe compatibile con il normale contenuto del diritto di proprietà.

Il rilievo appare maggiormente significativo se riguardato alla luce dell'altro argomento addotto dalla giurisprudenza a sostegno del diniego alla trascrizione del verbale: ossia i pericoli alla sicurezza della circolazione dei beni nell'ipotesi di mancato accertamento giudiziale dell'avvenuta usucapione: il mediatore, si diceva, a differenza del giudice, non avrebbe né il potere (si pensi ai poteri autoritativi) né la funzione – ed dunque, gli strumenti

¹⁰ Cass., 5 febbraio 2007, n. 2485, la trascrizione dell'accordo è un *minus* rispetto alla trascrizione della dichiarazione (nelle note) ...

¹¹ Dove, si badi, la dichiarazione unilaterale del venditore rappresenta, sicuramente, un *minus* rispetto all'accordo di mediazione tra vecchio e nuovo proprietario.

– per accertare, innanzitutto, se il convenuto sia l'effettivo proprietario del bene per cui è controversia, e poi se il possesso vantato dal convenuto abbia, oppure no, i requisiti del possesso *ad usucapionem*; o per accertare l'esatta identificazione catastale del bene, l'esistenza o meno di diritti ovvero iscrizioni, annotazioni o trascrizioni ostantive da parte di terzi, verificabili attraverso l'analisi delle risultanze ipocatastali (tutte attività, queste, come ora diremo, che ben potrebbe svolgere – e, di solito, svolge – il notaio, nelle sua veste di pubblico ufficiale); per non parlare, poi, dei sospetti della giurisprudenza circa l'utilizzazione dell'istituto della mediazione non per la composizione di una lite effettiva, ma per dissimulare vicende traslative o, addirittura, operazioni negoziali a danno di terzi (ad es., dei creditori: ma la simulazione e la frode ai creditori sono fenomeni, come risulta dalla stessa casistica giurisprudenziale, sempre possibili per qualunque atto di autonomia privata, anche trascrivibile).

In particolare, la giurisprudenza giustificava la propria posizione di chiusura, in ragione sia del dettato dell'art. 2651 c.c. (che stabilisce l'onere di trascrizione unicamente delle sentenze da cui risulta acquistato per usucapione il diritto di proprietà o altro diritto reale su un bene immobile), sia in ragione del dettato dell'art. 2657 c.c., che non annovera il verbale di conciliazione tra i titoli per la trascrizione.

Senonché, i nodi ermeneutici non pienamente risolti sul negozio di accertamento, da una parte, e profili normativi tralasciati o distrattamente omessi dal legislatore del 2010, dall'altra, spiegano perché fosse difficile aderire all'orientamento della giurisprudenza.

Vi si opponeva, innanzitutto, la diversa efficacia che la dottrina e parte della stessa giurisprudenza riconoscono al negozio di accertamento (e di conseguenza al verbale che ne riveste la funzione), inducendo l'interprete ad ammettere, quanto meno, una pubblicità notizia dello stesso. Né, del resto, una simile opzione avrebbe pregiudicato le eventuali ragioni avverse di chi potesse dimostrare in giudizio e, quindi, trascrivere ai fini dell'opponibilità a terzi una situazione giuridica differente da quella accertata negozialmente.

Ma vi è di più. In linea generale, escludere la natura meramente dichiarativa del negozio di accertamento consentiva, alla luce

del dettato dell'art. 11 d.lgs. n. 28/2010 nonché degli artt. 2645 e 2647 c.c., di procedere alla sua trascrizione nei registri immobiliari quante volte le sottoscrizioni del relativo atto fossero state autenticate da un pubblico ufficiale (ad es. da un notaio, che avrà, altresì, provveduto alle visure e a ogni altra incombenza accertativa), potendo cioè esso assumere il valore di una scrittura privata autenticata.

D'altra parte, non si vede perché si devono trascrivere, ai sensi dell'art. 2653, n. 6, gli atti e le domande (anche quelle rivolte a promuovere un procedimento arbitrale) che interrompono il corso dell'usucapione, al fine di rendere opponibile l'interruzione, da parte del proprietario, ai terzi che abbiano acquistato diritti dal possessore in base a un atto trascritto in precedenza, e non si sarebbero potuti trascrivere, invece, gli atti che confermano il decorso dell'usucapione. E ciò, anche allo scopo di rendere l'atto di acquisto conoscibile all'eventuale vero *dominus* (diverso, magari, secondo i timori espressi dai giudici di merito, dal convenuto nel procedimento di mediazione), al fine di agevolarlo nell'individuazione del soggetto legittimato passivamente all'azione di rivendicazione. La trascrivibilità del verbale di accordo di avvenuta usucapione potrebbe, inoltre, trovare giustificazione nell'ambito della teoria secondo la quale la presenza del requisito della non clandestinità del possesso (*ad usucapionem*) va valutata nei riguardi del proprietario.

Né si comprende perché si debbano trascrivere, ai sensi dell'art. 2643, n. 13 c.c., le transazioni che hanno per oggetto controversie riguardanti i diritti reali e non, invece, un accordo di mediazione avente lo stesso contenuto e, magari, la stessa funzione transattiva (senza, tuttavia, risolversi in una transazione in senso proprio: ad es., il proprietario catastale riconosce l'intervenuta usucapione e il nuovo proprietario s'impegna a pagare i tributi pregressi e tutte le spese gravanti sul bene usucapito)¹².

¹² A tal riguardo, è opportuno sottolineare che al richiamo dell'art. 2643 c.c., operato dall'art. 11 d.lgs. 28/2010, è pacificamente riconosciuto il significato di rinvio all'intero sistema della pubblicità dei registri immobiliari (cfr., per tutti, E. FABIANI-M. LEO, *Prime riflessioni sulla "mediazione finalizzata alla conciliazione delle controversie civili e commerciali" di cui al d.lgs. n. 28/2010*, in *Riv. not.*, 2010, p. 931).

Infine, va sottolineato il fatto che l'affermata intrascrivibilità del verbale accertativo dell'avvenuta usucapione non soltanto appariva manifestamente contraria alla *ratio* dell'istituto (della mediazione obbligatoria), ma comportava una vera e propria contraddizione nel sistema, poiché avrebbe costretto le parti – già obbligate, a pena d'improcedibilità, a intraprendere la procedura di conciliazione – a ricorrere poi al giudice, pur quando avessero raggiunto un accordo, qualora intendessero opporre ai terzi gli esiti raggiunti. Una sentenza del giudice, infatti, nell'ottica della giurisprudenza in questione, si sarebbe resa necessaria per le finalità di cui all'art. 2651 c.c. (trascrizione di sentenze).

Certo, se si fosse consolidato, a livello di giurisprudenza di legittimità, siffatto orientamento, sarebbero state palesemente contraddette, nella materia in questione, le finalità deflattive e di celerità della riforma introdotta dal d.lgs. n. 28/2010. Sì che, un'interpretazione costituzionalmente orientata (nella direzione del principio di ragionevolezza) del d.lgs. in questione avrebbe dovuto condurre o a un'interpretazione favorevole alla trascrivibilità del verbale di accordo sull'intervenuta usucapione, e quindi tale da favorire l'applicazione del procedimento di mediazione in funzione deflattiva del contenzioso giudiziario; o ad escludere le controversie in materia di usucapione dalla mediazione obbligatoria¹³, giacché, diversamente, vi sarebbe stata

¹³ Singolare appare, poi, la decisione del Tribunale di Cagliari, 16 maggio 2012, che, ferma l'obbligatorietà del procedimento di mediazione in tema di usucapione, addirittura, rigetta la richiesta di omologazione, "attesa l'inidoneità del verbale di accordo col quale le parti abbiano riconosciuto l'acquisto della proprietà per usucapione a costituire titolo per la sua trascrivibilità nei registri immobiliari" (ex artt. 2651 e 2643 c.c.): assolutamente inconfidente è, infatti, la motivazione addotta dal Tribunale, poiché non esiste alcuna correlazione tra omologazione e trascrizione dell'accordo di conciliazione, posto che assolvono a due funzioni completamente diverse (la prima, per rendere il verbale titolo esecutivo per l'espropriazione forzata, per l'esecuzione in forma specifica e per l'iscrizione di ipoteca giudiziale: art. 12; la seconda, per fini di pubblicità), e che un accordo può essere omologato indipendentemente dalla sua trascrivibilità e, viceversa, può essere trascritto indipendentemente dall'avvenuta omologazione. Quanto all'altro argomento – meramente "aggiuntivo" rispetto alle "assorbenti e, di per se, preclusive considerazioni che precedono" – consistente nell'impossibilità, per il giudi-

un'imposizione irragionevole del procedimento di mediazione alle parti. L'incostituzionalità sarebbe stata, infatti, evidente, poiché sarebbe risultata frustrata la stessa *ratio* dell'istituto, che è quella di operare come un filtro per evitare il processo: ma se il processo non era evitabile, l'istituto si sarebbe risolto in un onere imposto alle parti con irragionevolezza e, quindi, con violazione dell'art. 3 Cost.

Ma la l. 98/2013 ha fugato ogni dubbio in proposito ed ha evitato pericolose ambiguità e contraddizioni.

ce, di condurre una "seria verifica di ordine pubblico in ordine alla corretta instaurazione del contraddittorio nei confronti di tutti i soggetti giuridicamente interessati alla situazione sostanziale dedotta in giudizio" nonché alle corrette verifiche sui beni immobili oggetto di usucapione, c'è da dire che tali verifiche (sui beni, sui soggetti interessati e sull'autenticità delle sottoscrizioni), ben potrebbero essere svolte, con la dovuta diligenza e la necessaria affidabilità, da un notaio, in veste di pubblico ufficiale.

FRANCISCO JAVIER ALÉS SIOLI

POR UNA JUSTICIA DE CALIDAD ... COMENTARIOS
A LA LEY DE MEDIACION EN ASUNTOS CIVILES Y MERCANTILES

Analizar la ley nacional de mediación desde la óptica de quien ejerce la mediación desde hace ya más de 14 años, tiene la pretensión de hacer “legible” para todos, este texto que nos va a marcar un antes y un después en la Justicia española. Y no es querer ser pretensioso sino realista cuando en el propio texto ya en su preámbulo se habla del “RETO DE LA IMPLANTACION DE UNA JUSTICIA DE CALIDAD”.

Me parece muy acertado este concepto, ya que siempre hemos defendido que la mediación viene a complementar y no a sustituir o ser una mera alternativa a la vía judicial. También es de agradecer dos aportaciones más que se hacen en el apartado I del Preámbulo: por un lado cuando resume las ventajas de la mediación en “la capacidad para dar soluciones prácticas, efectivas y rentables...”; efectivamente estas son sus principales características, junto a enormes ventajas de sencillez, claridad, autodeterminación, compromiso...

Seguidamente avanza una definición basada en la profesionalidad, la resolución y el autocontrol sobre el acuerdo: “la mediación está construida en torno a la intervención de un profesional neutral que facilita la resolución del conflicto por las propias partes, de una forma equitativa, permitiendo el mantenimiento de las relaciones subyacentes y conservando el control sobre el final del conflicto”. No deja de sorprender que la finalidad resultadista, en la que huimos en la mediación familiar, sea la base de esta definición; son ya muchas las voces que reclaman que se trate de “gestionar conflictos” se resuelvan o no, para la satisfacción de las personas que están enfrentadas, algo ya muy trabajado en ámbitos tales como familia, comunidad, vecindad, etc.

Con todo el legislador sigue en el preámbulo justificando la normativa (no olvidemos que surgió como Real Decreto-ley) para entender el recurso a los tribunales, que desgraciadamente ha sido muy usual, como un “último remedio”, y sobre todo el transcurso del plazo dado por la Directiva 2008/52 de la CE, cuya finalización fue el 21 de mayo de 2011, ante el riesgo de cualquier sanción por parte de la Unión Europea si no se produjera su transposición al derecho interno.

En todo caso son muchas las voces que se alzaron en su día por la utilización de la figura del Real Decreto-Ley, para justificar la aparición de esta normativa en el panorama legislativo español, por cuanto no era necesariamente por el no cumplimiento de la directiva europea antes mencionada. Sea cual fuere el motivo, bienvenido sea porque según se desprende del texto, la aparición de esta normativa “en ningún caso pretende encerrar toda la variedad y riqueza de la mediación, sino tan solo sentar sus bases” y deberíamos añadir que de la misma forma esta normativa general respetará en su caso la existencia de las normas autonómicas ya avanzadas, como es el caso de las leyes reguladoras de la mediación familiar, que han ido surgiendo ya en casi todas las Comunidades Autónomas. Luego estamos hablando de una ley que sienta las bases de la mediación.

En un total de VI párrafos se va anunciando lo que el texto luego desgrana, y que vamos a analizar tan solo en aquello que puede llamar más la atención. Eso sí, se anuncia que “el corolario de esta regulación será EL RECONOCIMIENTO DE ACUERDO DE MEDIACIÓN COMO TÍTULO EJECUTIVO” una vez se eleve a escritura pública. Es decir, no solo se habla de lo que será el llamado “contrato de mediación” sino que se centra en dar la validez pública una vez convertido en escritura. Parece más correcta esta situación que la que se produjo con anterioridad cuando en el anteproyecto anterior a esta norma se llegó a hablar del título ejecutivo con la única aparición del documento mediado, lo que daba una enorme responsabilidad a los mediadores con respecto a su labor y a lo que la sociedad respondió, si verdaderamente los mediadores estábamos preparados para ellos, cuando en algunos casos ni tan siquiera necesitaban ser expertos en derecho para ejercer la mediación. Dejando a un lado este debate que puede tener muchas interpretaciones, es bueno el anuncio del valor jurídico de los acuerdos.

Abandonando el preámbulo vamos a centrarnos en aquellos artículos más llamativos a resaltar. Al igual que en el mismo, el artículo 1 va a definir lo que entiende por mediación, y en este punto quisiera resaltar que me parece mucho más acertada la definición que hemos comentado al ‘principio de nuestro trabajo, que la que se nos ofrece en este artículo, ya que habla de “medio de solución de controversias, cualquiera que sea su denominación” (recalcando la voluntariedad de las partes). Entiendo que si estamos profesionalizando nuestro trabajo esta ambigüedad se establecería sobre el “apellido del conflicto”, no así sobre el ámbito de intervención, que para los mediadores profesionales, queda claro que es y que no es mediación, distinto a otras técnicas.

Seguidamente habla de las “exclusiones” a la aplicación de esta norma, centrada en la mediación penal, la mediación con las administraciones públicas (ambas de derecho público y cuya libre disponibilidad a los acuerdos alcanzados, siempre son objeto de estudio); y la mediación laboral y en materia de consumo, que tienen sus propias normas específicas.

Nos parece muy interesante las apreciaciones que se hacen en el artículo 5 sobre “Las Instituciones de mediación”. Fundamentalmente por dos motivos; de un lado por la importancia de que esta profesión también sea desarrollada en instituciones que específicamente tenga entre sus objetos y fines la mediación (ya sean entidades públicas o privadas como bien se dice en el texto); y por otro lado, por cuanto limita el papel de las instituciones al apoyo de la mediación y su desarrollo, ya que la mediación será ejercida directamente por personas físicas, con nombres y apellidos (“las instituciones darán a conocer la identidad de sus mediadores”), siendo su papel relevante en el apoyo a la institución, e incluso en el futuro desarrollo e implantación de sistemas de mediación por medios electrónicos.

En el Título II artículos 6 a 10, se recogen los principios de voluntariedad, igualdad e imparcialidad, neutralidad, confidencialidad y “reserva de las partes”, buena fe, respeto y colaboración, que poca explicación merece más si el lectro es mediador, porque son principios básicos en el que nos hemos formado y avanzado los mediadores desde nuestros inicios.

Si merece mención aparte el título referente al Estatuto del Mediador (Título III). Este controvertido artículo ha despertado en muchos colectivos los lógicos recelos de la “exquisita” preparación que se le debe presumir a los mediadores y más cuando las Universidades vienen formando mediadores titulados en postgrado desde hace ya muchos años. Habla el artículo 11 de las condiciones para ejercer la mediación y menciona “las personas naturales que se hallen en pleno ejercicio de sus derechos civiles”, debiendo en segundo lugar “estar en posesión de título universitario o formación profesional superior” y por último “contar con formación específica”, debiendo suscribir un seguro para garantizar su ejercicio. No se que apreciación le merece al lector de este artículo según sea profesional o no de la mediación ya pero ni que decir tiene que en cualquier caso, no hace más que plantear dudas. ¿Cualquier titulación vale?, ¿Qué tipo de formación específica en horas o temas?. Son muchas las dudas que se plantean y que a buen seguro serán motivo de largas horas de discusión en las comisiones que determinen el reglamento de desarrollo de esta ley. Este esfuerzo ya se ha recorrido en el ámbito de la mediación familiar que anunciaba anteriormente y en la mayoría de los casos se optó (caso de Andalucía) en entender que su formación (homologando sus contenidos) deben ser de carácter de experto o especialista (entre 250 y 300 horas) de formación específica y con un alto grado dentro de las mismas de formación práctica necesaria para intervenir en un ámbito donde el estudio de la conflictología, la negociación, las habilidades y las técnicas se antojan básicas para poder ejercer en calidad y honestidad profesional de nuestra preparación. No obstante reseñar que la formación será inicial y continua en un sistema de autoreciclaje.

La actuación y responsabilidad de los mediadores se fijan expresamente en una CONDUCTA ACTIVA y en cumplir fielmente el encargo de mediación. Siendo el coste de la mediación por igual entre las partes sin fijar la norma las cuantías mínimas, lo que puede producir problemas de competencia futuras.

La Ley a partir de su artículo 16, Título IV se centra en fijar las normas procedimentales, del ejercicio mediador. Así va a reflejar cuales son los pasos del proceso de mediación, así como la documentación que debe llevar aparejada. Podemos concluir los siguientes pasos o fases:

- 1) La solicitud de inicio (art. 16), se realizará de común acuerdo entre las partes y se fijará el nombre del mediador o la institución.
- 2) Tras la solicitud documentada, se procederá a establecer sesiones informativas, sobre la institución, los principios básicos de la mediación o posibles incompatibilidades, garantizando que los mediados conocen perfectamente el proceso que van a iniciar y sus vicisitudes. Es muy interesante resaltar que la ley hace especial hincapié en el caso de las instituciones de mediación, en el sentido de responsabilizarlas de la “difusión de la mediación” con sesiones abiertas al público en general y con e lo difundir esta “cultura del acuerdo”.
- 3) Seguidamente se procederá a una sesión “constitutiva” donde en el acta se identificará a las partes en conflicto, se designará el mediador responsable del proceso, se delimitará el objeto que alcance la mediación, la calendarización de sesiones así como su duración (es muy importante que se fije para respetar las reglas que comprometen a que las partes sean concisas e intenten desde el primer momento colaborar en la búsqueda de la solución), por último se fijará el acuerdo del coste a satisfacer, el que ambas partes acuden voluntariamente, el lugar de celebración de las sesiones y si es necesario la lengua en la que versará el mismo.
- 4) En cuanto al desarrollo de las sesiones, la ley no abunda en su explicación habida cuenta la flexibilidad de este método de gestión de conflictos, que concede a las partes y sobre todo al mediador la libertad para adecuar el trabajo mediador, al conflicto y a las posibilidades de aunar los intereses contrapuestos, dado que su duración se fija en “lo más breve posible” (art. 20).
- 5) Por último en cuanto al proceso, se habla de la finalización del proceso, pudiéndose terminar con (sobre la totalidad de lo tratado o parte) o sin acuerdo, el cual se reflejará en documento que habrá de conservarse al menos durante 4 meses por el mediador. Con el acta final se concluye el procedimiento.

Nada dice la ley de supervisión, revisión del acuerdo, tutelaje, etc, algo en lo que nuevamente tenemos que decir se ha avanzado mucho en el ámbito de la mediación familiar, y más cuando

la ley justifica que uno de los objetivos de la mediación es además de resolver conflicto, mantener las relaciones de los mediados en el tiempo.

Terminado el proceso es cuando de conformidad con el acuerdo alcanzado, se debe informar a las partes de la posibilidad de elevar a escritura pública el mismo, para su ejecutoriedad y su carácter vinculante, convirtiéndose en TÍTULO EJECUTIVO (art. 25). En este caso el papel del Notario es muy importante toda vez que es el garante de que lo que se elevará a público cumple con las leyes (especialmente la ley de mediación) y no es contrario a derecho.

Especial mención hace la ley de los conflictos que puedan ser mediados mediante medios electrónicos (algo que igualmente se viene trabajando desde hace tiempo mediante las llamadas ODR “on line dispute resolution”). Las videoconferencias o medios análogos adquieren especial protagonismo, para el contacto entre las partes en conflicto mediante la voz y la imagen, estando en distintos lugares ubicados. Ello se hará necesario, como indica la norma, preferentemente, si el montante de las reclamaciones no excede de 600 euros una importante novedad en nuestra legislación.

Para terminar, si bien se anuncian varias disposiciones adicionales y finales, me referiré a aquella que menciona el “impulso de la mediación” (Disp. Adicional 2ª). El compromiso se hace visible especialmente en las Administraciones Públicas competentes que deberán promover la puesta a disposición de los órganos jurisdiccionales y del público en general, una ESPECIAL INFORMACIÓN SOBRE LA INSTITUCIÓN DE LA MEDIACIÓN y sobre todo de sus ventajas como alternativa al proceso judicial por su carácter autocompositivo. Esta referencia es fundamental para entender que el compromiso de extensión y de aplicación futura de esta cultura es tanto de mediadores, de instituciones, de administraciones y en general de las personas, quienes serán las verdaderas beneficiarias.

El desarrollo reglamentario se anuncia como iniciativa del Ministerio de Justicia y será sobre todo el que marcará el límite de quienes vayan a ejercer como mediadores profesionales.

No quisiera terminar este breve comentario a la novedosa ley de mediación sin referirme una vez más tal y como comenté al

Por una justicia de calidad ... comentarios a la ley de mediación en asuntos ...

principio, a que su aparición en el “escenario” normativo español, es básicamente para la implantación de una JUSTICIA DE CALIDAD. Sea así.

FRANCISCO JAVIER ALÉS SIOLI

LA RADIOGRAFÍA DEL CONFLICTO

Una radiografía consiste en la administración de rayos X sobre una zona del organismo para el estudio de los órganos que se encuentran en su interior. Se basa en las propiedades de los rayos X y en su capacidad para atravesar ciertas sustancias del organismo y la imposibilidad de atravesar otras, hecho que queda reflejado en lo que los técnicos denominan “una placa fotográfica”.

Supone una de las pruebas diagnósticas más útiles y por lo tanto más usadas, considerada como de bajo riesgo y con un indudable beneficio que se desprende de la gran información que aporta. Podríamos decir que es básico para poder operar la enfermedad o tumor del que se trate.

Bajo estas perspectivas, cabe preguntarnos, ¿no nos sería útil aprender a radiografiar un conflicto antes de intervenir como mediadores?.

El conflicto es inherente a la condición de ser humano, de tal manera que si nuestra principal vía de desarrollo es la “comunicación”, mediante ella y a través de ella surgen equívocos y malos entendidos que dan lugar a interpretaciones que conducen al conflicto. No obstante como bien dice Florencia Brandoni, “el conflicto es una construcción”, “una situación es vivida como conflictiva si es significada como tal”. Lo importante en nuestra aportación a la teoría del conflicto debe ser determinar sobre que aspectos del conflicto opera la mediación, como técnica para gestionar el mismo. Para explicar como atender un conflicto desde la mediación trataríamos de dar la imagen gráfica de un iceberg y así diferenciamos entre lo que es una disputa y un conflicto. En la punta del iceberg, la parte que emerge a la

superficie, se encontraría la disputa, la pelea, aquello que nos es visible, pero entendemos que esta punta del iceberg no es lo que realmente a lo mejor está ocurriendo. Hacia abajo se encuentra toda la base de este iceberg que supone la totalidad del conflicto, con una base fuerte, oculta a nuestra vista, y que correspondería a lo que el esquema de negociación colaborativa de Harvard denomina intereses de las partes.

Pero ¿Qué procedimiento habríamos de seguir para la radiografía de un conflicto?.

Las radiografías se obtienen provocando que un haz de rayos X atraviese la zona del organismo deseada, e incida después sobre una placa fotográfica.

Los rayos X son una radiación electromagnética con una longitud de onda mucho menor que la de la luz que tienen la propiedad de atravesar la materia y de impresionar una emulsión fotográfica. Según la densidad del objeto con el que interaccionen los rayos X podrán atravesar el material del objeto e incidir sobre la placa fotográfica marcándose en negro, o bien ser rechazados, en cuyo caso quedará una sombra que adquiere una imagen en blanco en la placa fotográfica. Así pues se obtiene una imagen en blanco y negro y todo el espectro de grises, dependiendo de la densidad del tejido atravesado. La imagen obtenida en la placa fotográfica equivale al espectro de densidades con los que ha interaccionado los rayos X. Las indicaciones de la radiografía son múltiples. No hay ningún síntoma torácico que no pueda ser examinado con una radiografía. De igual forma ocurre en la mediación.

En un proceso de mediación, antes de iniciarse el “contrato de mediación” los mediadores deben analizar cada una de las “zonas del conflicto”; saber que las distintas escalas de grises corresponden a las percepciones que tienen las partes enfrentadas, atravesando los distintos “tejidos” de los sentimientos que polarizan la lucha por conseguir fines que la mayoría de la veces no son contrapuestos. No debemos “operar” en mediación, sin previamente hacer un “análisis” mediante una radiografía... y porqué no, incluso mediante análisis concretos.

Vayamos a un análisis de sangre. Esta prueba diagnóstica consiste en extraer sangre de una vena (lo más frecuente) o arteria, y

es una herramienta de gran utilidad en la práctica clínica. Son los análisis más frecuentemente solicitados y también conocidos con los nombres de analítica de sangre, rutina de sangre, etc.

Con esta prueba es posible saber los valores de diversas sustancias que circulan por la sangre. Permite realizar un estudio hematológico básico, y sobre todo lo que a la mediación interesa, en este ámbito comparativo, lo que nosotros denominamos, la exploración del individuo, con sus llantos, sus emociones y su compasión.

No es muy lejano de nuestro trabajo tampoco lo que denominamos “medicina preventiva”, mediante la prevención y tratamiento de los conflictos. Resulta fundamental para prevenir recaídas, realizar un “diagnóstico” precoz y educar en mediación, para que sea una herramienta que las personas hagan suyas. Las personas hacen suyo e interiorizan, todo lo negativo de un conflicto, para lo que deberíamos aplicar, lo que en medicina se llama un “electrocardiograma”.

Se trata de una prueba no invasiva que se lleva a cabo para obtener un registro de la actividad eléctrica cardíaca. Para ello se emplean unas pegatinas que actúan a modo de electrodos en la piel, y que detectan los distintos impulsos eléctricos del corazón en sus diferentes partes. Es una prueba absolutamente inocua, “no duele”, luego tendríamos que determinar los riesgos que son mínimos. ¿ocurre lo mismo en mediación?. Realizar nuestro particular electro, supone ver como han interiorizado los sentimientos y sobre todo si les altera el ritmo de su vida común, el conflicto que están viviendo. Esa alteración puede ser la causa de que vean el conflicto como algo negativo y no como una oportunidad para crecer y seguir adelante.

Todo lo relacionado con el conflicto tiene acepciones negativas; ya que si atendemos, al diccionario de la Real Academia Española de la Lengua y nos encontraremos que se refiere a “lo mas recio”, “situación incierta de una pelea”, “antagonismo, oposición”, “situación desgraciada o de difícil salida”...

Los autores se decantan por hablar del conflicto desde la teoría del desencuentro entre partes:

- a) Lucha, desacuerdo, incompatibilidad aparente, confrontación de intereses.
- b) Expresión de insatisfacción o desacuerdo.
- c) Discrepancia o percepción de incompatibilidades.

Siguiendo a la doctora García Villaluenga¹, las manifestaciones del conflicto son variadas. Así podemos entender que cuando personas o colectivos se encuentran enfrentados se pueden producir las siguientes situaciones:

- a) Las relaciones entre las partes enfrentadas se deterioran.
- b) La comunicación entre ellos se interrumpe.
- c) Los sentimientos se resienten.
- d) Las actitudes se polarizan.
- e) Y se pierde tiempo y dinero.

El Conflicto, como proceso en un contexto de relaciones, no solo no puede “intervenirse”, sino que la mayoría de las veces no debe resolverse. Sólo puede resolverse el problema o problemas que constituyen la manifestación externa del conflicto, tal y como hablamos de la “punta del iceberg”; supone como nosotros y la sociedad los vemos manifestado (algo que está prohibido hoy, mañana puede estar permitido”; como surge ese conflicto, el porqué; y sobre todo de que forma influye a aquellos que se encuentran inmersos en él. Intentar resolver el conflicto sin hacer lo que hemos venido en llamar “una radiografía”, un análisis o un electrocardiograma, puede producir diversos efectos respecto del mismo: puede recrudecerlo, puede darle un nuevo escenario para su manifestación, puede cronificarlo, puede darle un giro favorable a los intereses de las partes, y hacer evolucionar su relación en una nueva dirección como nos indica la Dra. Ana María Sánchez, Presidenta del Foro Mundial de Mediación en España. Así, el método del litigio se basa en la heterocomposición de la regulación. El juez, como tercero con poder de decisión, determina esa regulación a través de su sen-

¹ García Villaluenga, Leticia “Mediación en Conflictos Familiares, una construcción desde el derecho de familia” Editorial Reus, Madrid 2006, pp. 141 y siguientes.

tencia. Los ciudadanos tienen el derecho a la tutela judicial efectiva. Así la imagen del juez, aislado, ha desaparecido, un juez o jueza tiene un gran margen discrecional, también podemos decir que existe un claro vínculo del juez a la ley y al derecho lo que le hace alejarse de la “radiografía del conflicto”, ya que la primera misión de un juez es reconstruir los hechos en función a alegaciones, testigos, documentos y peritajes, pero... ¿porqué el fallo de un juez es imprevisible?. Existe una gran desconfianza desgraciadamente.

El método de la mediación se basa en la autocomposición: son las partes quienes determinan esas reglas, son ellas las que tienen el poder de determinar. Los ciudadanos igualmente tienen el derecho a su autodeterminación.

Para la Dra. Sánchez “la diferencia entre ambos métodos descansa en las perspectivas integrativa-distributiva de la solución: no se trata tan sólo de que sean la partes o sea un tercero el que detente el poder de determinar la solución”².

Efectivamente la mediación se basa en la autocomposición, no obstante tenemos que decir que de alguna forma también existen métodos autocompositivos dentro del que se ha llamado paradigma tradicional: la conciliación, la negociación, el asesoramiento, la orientación, etc. Todos ellos son métodos extrajudiciales, en cuanto la resolución no proviene del Juez o Arbitro, pero que pueden compartir la misma visión del conflicto y de su resolución: en este caso, “una visión jurídica, según los esquemas lineales y valorativos de pensamiento, respecto del conflicto y su resolución, basada fundamentalmente en el enfrentamiento, en el conflicto de intereses, y en la concepción de que la solución ha de ser justa (cuando la justicia la determina el propio sistema legal)”³.

Cuando se habla de Mediación como técnica, proceso o método alternativo de justicia, la primera idea que surge es ese carácter alternativo de la Mediación. Así, se dice que la Mediación es un “sistema alternativo de resolución de conflictos”, una “al-

² Sánchez Durán, Ana María durante su discurso: “La mediación y la Administración de Justicia, nuevos retos frente al siglo XXI”, 1º Congreso Nacional de Arbitraje, Madrid, Junio 2000.

³ Vid. Artículo supra.

ternativa extrajudicial o extrajurídica de resolución de conflictos”, una de las instituciones o procesos que forman parte del movimiento de los ADR (Alternative Dispute Resolution).

Se pone por tanto el acento en el término “alternativo” como elemento diferenciador de la Mediación respecto de la Justicia Formal, incorporándose en muchas de las definiciones de aquella, así como elemento aglutinador de la Mediación respecto a otros procedimientos de resolución de conflictos, llamados, en consecuencia, ADR.

La utilización de la palabra “alternativo” da lugar a la aceptación, no sin cuestionamiento entre la doctrina, de su situación teórica. Son muchas las teorías altisonantes en las que se habla más de “complementario” o “anexo”, debido al enorme rechazo que se puede producir, cuando al hablar de alternativo se piensa en sustitutivo a la resolución judicial, algo por ejemplo impensable cuando se trata de crisis matrimoniales, que requieran la misma. Como dijo Humberto Maturana “las palabras, traen un mundo a la mano”. Siguiendo el trabajo referenciado de la Dra. Sánchez Durán, que nos parece enormemente clarificador, necesitamos conocer para nuestra investigación que es lo que se quiere decir con el término “alternativo”, y a partir de ahí, trazar un cuadro más complejo de las relaciones entre la Administración de Justicia y la Mediación para finalmente plantear, como conclusión los retos de futuro que la proliferación de la mediación plantea a la concepción tradicional del sistema judicial. Es más, nosotros incluiríamos una acepción más que es la ACTITUD. La mediación es una actitud, se muestre o no en el método en el que se trate de solucionar el conflicto, una actitud por negociar, una actitud por ceder y conseguir.

Para Sánchez Durán “los procedimientos alternativos de resolución de conflictos, estarían significando alguna o varias de las siguientes ideas:

- 1) Desde la perspectiva de los usuarios con diferencias insalvables, de los que tienen que resolver un conflicto, existen diversas opciones para ello: una, la judicial, y otras, “alternativas”, las propias del ADR: mediación, arbitraje, minijucios, negociación, conciliación, etc.
- 2) También significaría que existe una forma tradicional y unas formas alternativas, que están en pugna o competencia. De

manera que éstas estarían llamadas a sustituir a las anteriores, porque vienen a resolver los problemas que plantean las primeras, como algo novedoso.

- 3) Que las “alternativas” están en paridad de condiciones respecto del sistema judicial y que podrían, ya sustituirlo, ya convivir con él como “otro sistema” optativo, en cuanto a la elección por las partes en conflicto.

Para nuestro trabajo, hablar de “resolución alternativa de disputas” o ADR, responde a una forma de pensamiento, a una lógica, demasiado lineal. La realidad resulta más compleja y las interrelaciones entre la Mediación y la Administración de Justicia son constantes como lo demuestra en el día a día de su aplicación la necesidad o no de la ratificación judicial de los acuerdos.

En los Estados Unidos, donde los autores cifran el nacimiento de la mediación en los años 70, se busca un nuevo adjetivo que venga a sustituir al término “alternativo” (“mejor resolución de la disputa”, “resolución complementaria”, “resolución efectiva”, “resolución pacífica”, etc.

También se puede identificar un fuerte componente ideológico que debe ser tenido en cuenta a la hora de examinar los planteamientos y sobre todo el cambio cultural que se debe producir entre el pleito, que llamaremos “cultura del litigio” y la mediación, que denominaremos “cultura del acuerdo”.

El sistema judicial, la forma en que actualmente está conformada la administración de la justicia responde a un determinado contexto en el marco de un Estado de Derecho.

Este cambio cultural implica respecto del conflicto y su resolución un determinado ideario:

- “Se basa en una orientación distributiva del conflicto: el conflicto es definido como una disputa entre aspirantes a los mismos recursos en la que “el ganador se apodera de todo”. Es lo que los estudiosos del conflicto han denominado como un juego de suma cero”.
- “La respuesta ideal al conflicto es la asignación de los recursos cuestionados a aquella parte que tiene la motivación más elevada en la escala del derecho y la equidad”.

Existe una actitud de “enjuiciamiento”, por el que se trata de dar respuesta a la razón en el desarrollo de un conflicto pero,

¿puede que ambas partes tengan la razón?. ¿Es posible que los contendientes reconozcan públicamente los argumentos del contrario?, ¿podemos encontrar una fórmula ganador-ganador?, ¿es posible que trabajemos el conflicto no desde la célebre frase de “qué ha pasado” y si en cambio desde “qué vamos a hacer”?. Hablemos de mediación y conflicto.

Otra cuestión de gran interés es la teoría que siguen diversos autores sobre el denominado “origen del conflicto”. En este sentido nos hacemos eco del planteamiento que hace TOUZARD, para quien el origen se encuentra en concepciones psicológicas, sociológicas y psicosociológicas. Desde el punto de vista psicológico el origen se encuentra en el individuo en si; en sus motivaciones y en sus reacciones ante los problemas. Desde el punto de vista sociológico, lo que verdaderamente afecta al surgimiento del conflicto son las estructuras y entidades sociales donde se encuentran las personas. Y por último podemos encontrar el origen también uniendo ambas concepciones entendiendo la reacción del individuo en el ámbito en el que se encuentre.

Pero no quisiéramos apartarnos de nuestra verdadera intención: analizar, radiografiar el conflicto. Para ello, canalizamos nuestro esfuerzo, como decíamos, en esas “zonas grises” o turbias que vemos en los “rayos x” y que componen los elementos del conflicto:

- 1) LAS PERSONAS en conflicto: hay que distinguir entre protagonistas principales y secundarios, para saber el nivel de influencia en el mismo de aquellos que nos gusta llamar “asesores gratuitos” o personas que estando en la esfera de los verdaderos protagonistas de él, se acercan o son requeridos y pueden suponer una mala influencia en el problema. Con ello vamos a minimizar el protagonismo de personajes secundarios y maximizar la reacción de las personas que de verdad son protagonistas de su conflicto y después lo serán de su solución.
- 2) EL PODER entre la personas enfrentadas. Es la capacidad de influencia de los protagonistas entre si, de tal manera que tenemos que observar si este es pronunciado, porque tendríamos que disminuir los efectos del mismo, incluso en más de una ocasión, derivar a terapia u orientación.

- 3) LAS PERCEPCIONES en el conflicto: es la forma de recibir o interpretar el mismo por las partes afectadas. Ello supone que en más de una ocasión tendremos personas que ven el conflicto de forma excesivamente negativa y debemos minimizar estos efectos.
- 4) EMOCIONES Y SENTIMIENTOS que muestran y que pueden hacer imposible una intervención desde la mediación. Las emociones se polarizan y los sentimientos surgen para no dejar salir los verdaderos intereses de las partes enfrentadas.
- 5) LAS ACTITUDES que muestran antes y durante el conflicto y la intervención desde la mediación: Ello supone disposición de las personas enfrentadas ante la búsqueda de la solución de forma conjunta. Una gran mayoría de las “intervenciones” en mediación son imposibles, incluso poco recomendable, debido a las actitudes que muestran las partes.
- 6) LAS POSICIONES que manifiestan: Lo que en principio reclaman las partes debe ser manejable por el mediador, hasta el punto de que posiciones rígidas, no impidan intervenir, ya que iríamos a soluciones de “mala calidad” debido a las concesiones en la negociación.
- 7) Los INTERESES Y las NECESIDADES: Siendo estas los beneficios que deseamos obtener con el proceso de mediación y en la búsqueda de acuerdos. Lo que de verdad importa son esos intereses ocultos muchas veces y que no han podido ser vistos en la “radiografía” por culpa de otras actitudes.
- 8) Los VALORES Y los PRINCIPIOS que han de ser respetados, como elementos culturales e ideológicos que justifican el comportamiento de las personas enfrentadas y que ambas partes en conflicto deben conocer y reconocer.
- 9) Y por último, EL PROBLEMA: los hechos, lo que ha ocurrido, lo que pasó; algo que en cualquier método de resolución es lo básico, lo más importante, o mejor dicho, la primera intervención, mediante la mediación ocupa un noveno lugar de intervención.

Esto es radiografiar un conflicto, teniendo en cuenta que para poder hacer una radiografía hay que distinguir entre Resolver si se apuesta por la eliminación o reducción del mismo o Gestionar si hablamos de lo que implica diseñar estrategias para mini-

mizar las disfunciones del conflicto y maximizar los aspectos positivos que puede llegar a tener un conflicto.

Una vez realizamos la radiografía observamos las grandes ventajas que tiene la mediación en conflictos: Es un error hacerlo bajo la teoría de “descongestionar los tribunales” o su comparación con otras alternativas, ya que las verdaderas ventajas no están en ser una alternativa a la justicia sino que podemos decir que de alguna forma su intención es “programar” relaciones actuales y de futuro de aquellas personas que se encuentren enfrentadas, y sobre todo, la planificación de futuro de las relaciones entre ellos y sus consecuencias.

Podemos decir que la mediación otorga un papel preponderante al derecho a la autonomía de la voluntad que han de tener las partes enfrentadas y que esta forma de gestión de conflictos se basa más en lo que es justo que en lo que se indique como “legal”. Es aventurado dar esta opinión, pero hemos de entender que a través de la mediación vamos creando una cultura del acuerdo, haciendo desaparecer los efectos del conflicto continuado, lo que demostrará la gran satisfacción que “los mediados” tienen por esta gestión de su conflicto.

Y de la misma forma podemos ver sus ventajas con los ámbitos clásicos donde llega la justicia:

- La imagen del juez, aislado, como ha sido antiguamente, ha desaparecido y la desconfianza en la justicia impartida por un tercero ha aumentado.
- Un juez o jueza tiene un gran margen discrecional, en la interpretación de la ley, lo que hace que el particular, desconfíe de las interpretaciones que se realicen sin su participación, de las “soluciones que le vengan dadas”.
- Existe un claro vínculo del juez a la ley y al derecho y la 1ª misión de un juez es reconstruir hechos en función a alegaciones, testigos y documentos, lo que produce un importante desgaste emocional.
- La justicia está localizada (puede llegar a ser distinta según zonas), hasta el punto que lo que un tribunal considera en determinado lugar, es interpretado de forma distinta por otro tribunal.
- Esto nos hace concluir, ¿Porqué el fallo es imprevisible?.

- Hemos de tender a que un juez sea valiente y de vías de reforma cuando se considere que una norma no refleja la realidad social que vivimos.
- La gran lentitud de la justicia, es otro importante hándicap en contraposición a la mediación: El sistema de recursos mal utilizado, las ganas de implorar la razón más allá de los límites judiciales, la utilización del tiempo, hace que tan injusto sea una sentencia contraria como una favorable pero tardía.
En definitiva, existe una gran desconfianza en los procesos judiciales, y de ahí el carácter complementario que no alternativo, de la mediación.

Siendo por tanto que la mediación supone el trasluz de las intenciones, del ánimo destructivo a la hora por tanto de radiografiar podemos preguntarnos muchas cosas que nos hacen crecer profesionalmente:

- ¿Conocen la mediación?: si es así, las sesiones preliminares avanzan en consecuencia; en cambio si la respuesta es negativa, todo el tiempo que pueda dedicarse para determinar el verdadero conocimiento que han de tener se sus virtudes y del compromiso de búsqueda de soluciones que es privativo de las partes, merece la pena porque un minuto de diálogo puede resolver toda una vida de problemas.
- ¿qué relación hay entre las partes?: Situaciones de sujeción, de subordinación, de poder o de compasión, pueden suponer que en nuestra radiografía no podamos ver más allá y por tanto el desequilibrio impida o desaconseje la mediación.
- ¿Es complejo el caso?: No debemos temer esta circunstancia. La complejidad nos hace crecer y sobre todo, crear en esta profesión. Quizas las mejores mediaciones serán aquellas que casi exista un total desconocimiento del fondo del asunto por el profesional de la mediación; ello creará una mayor objetividad y sobre todo el verdadero rol de conductor del proceso con independencia del fondo del “viaje” que han de hacer las partes enfrentadas. No existe complejidad, sino temor a enfrentarnos a lo desconocido.
- ¿Hay urgencia por resolverlo?: Las prisas siempre se han dicho que no son buenas consejeras y es así. En la mediación, la paciencia de las partes y del mediador facilitarán la madu-

rez del acuerdo. Una solución es factible y viable cuando se ha madurado.

- ¿Continuarán las relaciones en el tiempo?: Si es así permítame el lector determinar que no cabe otro método de solución que la mediación. El nivel de cumplimiento de un acuerdo se mide en función al nivel de participación e implicación en la búsqueda de la solución por parte de las personas que han de regirse por él. Situaciones familiares, laborales o vecinales, obligan a pensar que el tiempo obligará a volver a relacionarse a aquellas personas que se encuentren en conflicto, por ello la aseveración de utilizar la mediación en todo caso.

Es difícil... pero apasionante esta profesión. Nuestra misión como conductores del conflicto y tras la radiografía, al trasluz, debemos considerar e Identificar en la mediación tanto la historia del conflicto: ¿Qué pasó?, ¿Porqué?, es importante, pero recordemos que siempre... tras evaluar a las personas, el poder, las percepciones, los sentimientos, etc. ¿Cuál va a ser el objeto de la mediación?. Y nos gusta hablar de "las cosas", porque hay que minimizar los efectos sobre los contendientes. Ellas determinaran el calendario de reuniones y la prioridad de atención por nuestra parte. Y por último, recordar como hemos indicado en párrafos anteriores, Las PERSONAS: ¿Quienes son?. ¿Quién podría ayudar?. ¿Quién debería estar presente en las sesiones?. Todas estas cuestiones importan porque al fin y al cabo, nuestra exploración de los mediados deben determinar la influencia de todos los personajes. Asi podremos evaluar las estrategias a seguir para encajar las diferencias, lograr el reconocimiento entre las partes, calendarizar las intervenciones y por tanto mandar tareas para su implicación.

No se te olvide resumir las mejoras, que justifique tu radiografía y tu intervención.

FRANCISCO JAVIER ALÉS SIOLI

LA CREATIVIDAD EN MEDIACIÓN: EL MODELO MAGIA Y MEDIACIÓN

¿Cómo se puede ser creativo cuando quien tienes delante está desesperado?, ¿Cómo podemos ver una oportunidad cuando no la hay?. Estas y otras muchas preguntas nos hemos podido hacer los mediadores cuando trabajamos en la gestión de un conflicto. Hablar de creatividad es hablar de ver mas allá la escena que va a ocurrir; sentir que es posible lo imposible y sobre todo crear ilusión en las personas de que el conflicto puede ser positivo para cambiar el rumbo de la inestabilidad que está viviendo.

El espíritu de la creatividad es el deseo y el impulso de explorar, de descubrir, de probar, de experimentar con formas diferentes de manejar y mirar las cosas. Nos va a permitir enfrentar y solucionar problemas en forma innovadora. Según Gardner el individuo creativo es “alguien que regularmente es capaz de resolver un problema o a quien puede ocurrírsele algo original que se convierta en producto valorado en un ámbito dado”. Un vez leí que “Si alguien cree lo que siempre ha creído, entonces pensara lo que siempre ha pensado y siempre actuara como siempre actuado y siempre obtendrá lo que siempre ha obtenido”. Hemos de entender que personas que hemos podido “aterrizar” en la mediación, sin renunciar a nuestro origen de abogados, psicólogos, etc., siempre hemos buscado ese otro encuentro con las soluciones de los problemas que estaban ocultos a nuestra actividad diaria.

Cuando dos o mas personas llegan en mediación es en general porque la relación entre ellos esta estancada, cada uno esta encerrado en su propia visión sin poder escuchar al otro, las pautas

de interacción entre los integrantes se vuelven rígidas. Se establece una relación de franca competencia que empieza a teñir todas las interacciones. Para MARIE-DOMINIQUE VENEL GUIGNARD de la Universidad de Sonora, La creatividad en mediación radica en escuchar lo que los mediados realmente dicen y no limitarse a aceptar lo que dicen explícitamente. En este caso no podemos tomar la palabra escuchar en el sentido del diccionario “disponer al oído para oír” o “prestar atención”. En el mismo sentido investigaciones que se hicieron sobre comunicación muestran que el 55% de la comunicación pasa por el lenguaje corporal, alrededor de 36% por el tono de la voz, el ritmo, el énfasis y solo un 9% a través de las palabras. Ni que decir tiene que saber interpretar los gestos, las posturas, el lenguaje no verbal, nos ayuda a ver más allá y por tanto buscar esa creatividad.

Ser creativos en el proceso de mediación: Para los mediadores profesionales, la creatividad debe ser la capacidad para generar soluciones originales y novedosas en las partes enfrentadas y así conseguir “ver lo que todos ven”, saber pensar “lo que nadie más ha pensado” y hacer lo que “nadie se ha atrevido a hacer”. Para ello tenemos que abordar desde el conocimiento que nos ha dado nuestra formación en resolución de conflictos, la libertad de pensamiento que nos puede dar el punto de partida de la búsqueda de la gestión del conflicto que trabajemos, a través de la “imaginación” y el desarrollo de nuevas ideas.

Un mediador creativo, siente curiosidad por toda la información que le dan las partes, es inquieto y reacciona con equilibrio para conseguir empatizar con sus clientes. No obstante no debemos de olvidar que la búsqueda en la gestión del conflicto de que se trate, tiene unos condicionantes muy importantes que marcarán la creatividad del mediador. Así un desacuerdo entre el pensamiento y los hechos que han ocurrido, va a ser algo que se interponga en el camino entre la realidad que nos muestra en las primeras sesiones de mediación y el destino que desea encontrar a su conflicto y por lo tanto estaremos en un nuevo “escenario” que las partes tienen dificultad en verlo, pero que los mediadores tenemos que proponer. Por todo ello pasaremos por un proceso psicológico que hemos tenido que apren-

der para poder enfrentarnos y enfrentarles en definitiva, al miedo, la audacia, la espera pasiva, los deseos muchas veces incontrolables, la experiencia o las eternas deliberaciones a que nos enfrentamos.

Cuántas veces hemos detectado posturas cerradas, posiciones inquebrantables y en definitiva... un "muro" insalvable a la creatividad de la búsqueda de soluciones. Todas ellas han sido trabas mentales que nos han impedido ser creativos: *¿Eso es legal? O Eso no es lógico* luego debemos seguir "las instrucciones al pie de la letra" para no apartarnos de lo que normalmente se hace. Evitando la ambigüedad o el miedo *Equivocarse por lo que podemos pasar vergüenza o incluso hacer el ridículo... son algunas de las frases que oímos en mediación y nada más importante para la creatividad que ser atrevidos, probar, intentar o reconducir.*

El reto que tenemos ante la creatividad supone la necesidad de liberarnos de prejuicios para llegar a soluciones o vías alternativas. Así el interés por lo extraordinario, por lo distinto, favorece el descubrimiento de soluciones que no habíamos pensado antes y ante ello, el trabajo en co-mediación o la supervisión de un grupo multidisciplinar suele ser la mejor vía operativa de investigación en la búsqueda de la gestión del conflicto mediado. Aunque se piense que la creatividad es difícil de encontrar la realidad es que:

- Toda persona dispone de una cuota de creatividad potencial (genética) al nacer, que se puede desarrollar a partir del entorno cultural.
- Cualquier persona y más si se encuentra en situación de conflicto, puede aprender a innovar por desarrollo sistemático de su creatividad potencial.
- Es necesario cultivar la creatividad, capacitándose adecuadamente para aquellos que vamos a ejercer la mediación.

La creatividad es una forma de inteligencia que se puede nutrir de la experiencia que tengamos. Parte de nuestra creatividad reside en nuestra capacidad de ver, la habilidad de separar la

información importante de la irrelevante. La mayor parte de la información que reúne la gente acerca de un problema es de poca o ninguna utilidad para trabajar en mediación, mientras que otra es absolutamente importante para la búsqueda de alternativas y sin embargo no se nos ofrece. La clave del pensamiento creativo radica en ser capaz de detectar la señal relevante entre el ruido irrelevante. La habilidad de separar la información importante de la irrelevante es lo que Robert Sternberg, psicólogo de Yale denomina “codificación selectiva”. Otro camino hacia la iluminación creativa es lo que el mismo Sternberg llama “combinación selectiva”, es decir ver una forma de combinar la información relevante una vez que ha sido detectada. En efecto, es posible reunir todas las piezas correctas pero el paso necesario es unir las de una forma nueva. Cuando uno busca una solución creativa ayuda mucho darle vuelta al problema y mirarlo desde otro ángulo o desde el otro lado. Entonces tal vez podamos descubrir las conexiones que han permanecido ocultas .

El modelo de la magia y la mediación: Es por todo lo anterior por lo que desde la Escuela Sevillana de Mediación, hemos querido desarrollar un modelo específico de trabajo en mediación.

Imaginemos que nos encontramos en el año 1400 y entonces fué cuando conocimos a Mario el Mago. El mundo era un lugar oscuro, gobernado por la ignorancia y la fuerza bruta, solo unos pocos nos esforzábamos para mantener encendida las brillantes estrellas del aprendizaje, la esperanza y el asombro. Nuestras escuelas de mediación se mantenían oculta por necesidad, ya que en aquellos tiempos había muchas personas intolerantes y temerosas, que quemaban a los magos y entendía que la mediación no era importante, luego quemaban a cualquiera que fuera diferente.

Bastó una pequeña charla de 2 ó 3 minutos, sin levantar la voz y con la sorpresa en el rostro de quienes sabían que tarde o temprano tendrían que compartir algún secreto. Sabíamos que llevábamos en nuestro interior el poder de hacer que sucedan cosas maravillosas y que los magos y los mediadores teníamos

que ser valientes para unirnos y enfrentarnos a lo desconocido. En definitiva, ser creativos para poder despertar la ilusión en nuestros mediados o espectadores.

Quedamos para 600 años después, el tiempo se pasó volando y sentados ya en la Universidad se nos presentó el Universo de seres mágicos que solo algunos afortunados pueden ver en su vida: elfos, duendes, gnomos, enanos. La mayoría son diminutos aunque alguno ya crecido eran de nuestro tamaño. Aunque algunas hadas viven en el país de las hadas y se mantienen jóvenes eternamente, otros seres en cambio viven entre nosotros y mientras hablábamos de magia y mediación, se nos cruzaban de un lado para otro, como queriendo entrar en nuestra conversación. Para ver un hada, un gnomo, tienes que saber que a pesar de que los conflictos te agobien, existe una solución y ser capaz de mirar y buscar entre las cartas de una baraja de naipes, además ellos deciden si desean mostrarse ante nosotros y si ven que vas a tener dudas, que no acudes con buena intención, si no reconoces a los demás y que también tienen razón, no se aparecerán jamás. De ahí partía nuestra teoría del RECONOCIMIENTO.

Así nos sentamos, Mario sacó su baraja y nos dijo que permaneciéramos en silencio, íbamos a buscar nuestra primera hada, los mediadores le hablamos segundos después de lo que estábamos haciendo en la Universidad: formar mediadores, formar ilusionistas, personas que van a intentar cambiar un conflicto por un acuerdo, una crisis en una leve sonrisa, “somos – le dijimos – alquimistas, queremos hacer una poción mágica, donde cogiendo una pizca de sentido común, un poco de justicia, de psicología, de humanidad, de ciencias sociales, para, mezclando con un poco de esos polvos mágicos que tanto tienen los magos, poder beber y hacer que las personas confíen en nosotros para ayudarles y resolver sus conflictos más cercanos”.

Mario nos comentó que desde tiempos inmemoriales, el poder de la palabra, han sido compañeras de los magos para sorprender a quienes creen en ellos, haciendo cosas que les parecían imposibles. La gente cree que las posiciones del sol, la luna y las estrellas han determinado la personalidad de cada uno y que ejercen una enorme fuerza sobre nuestro destino y nos susurró: “fíjaros bien, estos 4 reyes de la baraja, van a bus-

carse milagrosamente, estando repartidos entre sus ejercitos con un simple golpe, mezcla las cartas”, hicimos fielmente el trabajo y por arte de magia, después de cortar y barajar, allí estaban dadas la vuelta ante nuestros ojos sin que Mario las tocara.

Si quieres trabajar en la magia necesitas practicar una y otra vez. Los buenos magos suelen contemplar o señalar objetos o acciones que no tienen nada que ver con el efecto mágico y así mientras el público se dirige con su mirada hacia allí, pueden hacer que la ilusión se encuentre en otro lugar donde irán atraídos por él. Y debemos preguntarnos ¿y es que los mediadores no hacemos lo mismo?. Tenemos que practicar ser naturales, objetivos y empáticos, debemos permitir que nos cuenten y hacerles ver cuál puede ser el camino correcto, donde llegar si tienen ilusión y compromiso (¡¡ cuantas veces en sesiones de mediación hemos sabido cuál era la solución ideal!! pero hemos permitido que las personas lleguen por si mismos siendo encauzados por nosotros). Los magos adaptan las historias que cuentan a cada público, lo que ellos le llaman labia y sobre todo respetan al público, son tremendamente respetuosos con sus clientes.

Los mediadores de la Escuela también queríamos sorprender a Mario y le contamos que hacia poco tiempo fueron a vernos a la consulta tres hermanos porque no sabian que decisión tomar con respecto a su padre de 84 años, enfermo y viviendo en soledad. El tiempo estaba en su contra y el padre no quería ser estorbo para ninguno de ellos, la posibilidad de internarlo en una residencia ya había sido descartada, y la ayuda prestada por una tercera persona ya estaba siendo muy costosa. Pues bien, se les ayudó al acuerdo al que llegaron por si mismos, a vender la casa, adquirir una cercana a uno de los hijos y estos acordaron que mientras que uno podía acompañarlo a visitas médicas y paseos diarios, el otro se lo llevaría de veraneo y el tercero, divorciado, se iría a vivir con el padre en la nueva casa que era mejor y más espaciosa.

Y así transcurrió, una, dos horas, no se, pero a partir de entonces sabíamos que teníamos que colaborar. Que la magia de la mediación existe y sobre todo que teníamos que construir un espacio para la ilusión de las personas en el proceso de mediación.

Los magos tienen “sus técnicas”, para que la audiencia vea algo nuevo, algo sorprendente, diferente y que parecía imposible. Para que la magia aparezca en un conflicto, los mediadores tenemos herramientas en nuestra mesa para poner a disposición en un proceso. ¿Que hacemos exactamente? ¿porqué somos magos?. La mediación es un proceso al que se recurre cuando las partes no han podido entenderse y ayudados por una persona neutral, llegan a un acuerdo mediante la autodeterminación. La magia de la mediación consiste en ayudar a la gente a cambiar sus “percepciones” acerca del problema que tienen y modificar la percepción del problema significa poder mirarlo desde otro lugar (Diez y Gachi). Consiste en enseñarles que existe una vía de acuerdo, una posible solución, que está oculto a sus ojos y que si conocen como hacerlo, podrán utilizarlo en el futuro en nuevas confrontaciones. Podemos decir, sin miedo a equivocarnos, que pocas cosas son tan satisfactorias como aprender un juego de magia y hacerlo ante los tuyos, que se sorprendan.

Para nosotros los mediadores y mediadoras igual que para el mago, lo más importante es la narración, la comunicación, la estrategia a utilizar, la interacción con nuestro espectador o cliente.

En el espacio de la mediación, el elemento más importante son los significados a los sucesos que en él ocurren. El espacio facilita y genera confianza, al igual que el mago necesita de complicidad del auditorio o de las personas cercanas a él en la magia de cerca.

La generación de confianza, es fundamental en ambas profesiones. En mediación, las partes tienen que comenzar a confiar en la persona del mediador; también es importante ir demostrando logros para que confíen en el proceso, y sobre todo en que pueda haber una solución. Cuando el mago pide un voluntario, cuando le hace pasar por el trance de espadas, cuando “rompe” su cuerpo en pedazos, sabemos que no pasa nada pero... que no me toque a mí.

Es importante también legitimar a las partes, saber que estamos con ellos y que se sienten parte del proceso. Los magos consiguen eso mediante los 5 puntos mágicos: La mirada (transmitir relajación, ilusión, manteniendo hilos imaginarios con ellos), la voz (proyectando su voz con claridad y con variedad de matices que sirven para comprensión, resumen o llevando a

las partes al climax; los magos y mediadores somos expresivos, comunicativos y emocionantes), las manos (relajadas, sueltas, con armonía y expresividad), el cuerpo y los pies (con los que muestran sus mensajes en cada momento). Los mediadores lo hacemos alentando y facilitando la participación.

Pero quizás lo más llamativo de la unión entre LA MAGIA Y LA MEDIACIÓN sean los perfiles personales y profesionales y las funciones que cumplen, Así diríamos que los mediadores, como los magos, serán serenos, observadores, con grado de simpatía/empatía, comunicadores, inspiradores de confianza, confidenciales, pacientes, creativos. Y entre nuestras funciones tenemos la de ser analistas de la realidad para reflexionar sobre el juego o el conflicto; ser traductores o intérpretes de los mensajes que recibimos; ser fotógrafos de la realidad; y ser catalizadores.

Una vez leyendo un manual de Cartomagia, el autor afirmaba que el arte de producir la admiración de los semejantes por medio de hechos en apariencia extraordinarios, es tan viejo como la humanidad y a esto añadimos que la mediación como técnica, proceso o método por el que personas se han ofrecido para poder templar los conflictos que otras han tenido es también tan antigua como la humanidad.

Os imagináis un sombrero de copa, un manto misterioso o la famosa varita mágica, que en mediación hicieran desaparecer las malas intenciones y apareciera delante de nuestros ojos la sinceridad, el reconocimiento, el acuerdo. Aprendí una vez un juego por el que un nudo imposible de desatar y que entrego a las personas para que lo observen, cuando vuelve a mis manos, atado a una pulsera, con un simple movimiento era capaz de desatarlo. Cuantas veces viene nuestros clientes on “ese nudo imposible”, ese laberinto de intenciones y, si podemos intentamos “desatarlo”, siempre con su ayuda porque son ellos los que tienen que querer “desatarse”. Valorar la diferencia no es sólo ampliar nuestra propia conciencia sino también reafirmar al otro. Eliminar las fuerzas negativas de resistencia para defender nuestra posición para unir nuestro potencial creativo al de otro ser humano nos abre posibilidades nuevas.

Así es como presentamos el modelo mágico en el que podemos hablar de cuatro fases para ser creativos en el proceso mediador:

1. **Fase de preparación**, en la que se recoge la información relacionada con el problema. Estamos habituados a nuestra manera general y por conveniencia de pensar soluciones. Los psicólogos denominan “fijación funcional” a la trampa de la rutina; solo vemos la manera obvia de solucionar un problema, la misma manera cómoda en que lo pensamos siempre y cada caso es un mundo. Tenemos que prepararnos a buscar lo justo antes que “lo legal”.

2. **Fase de incubación**. Una vez que has reflexionado acerca de todas las circunstancias relevantes del conflicto, puedes dejar que el problema se digiera lentamente.

Mientras que la preparación exige un trabajo activo, la incubación es más pasiva, es un estado en el que gran parte de lo que sucede se desarrolla fuera de la conciencia enfocada, en el inconsciente de tal manera que a menudo subestimamos el poder del inconsciente, pero éste es mucho más fértil para las iluminaciones creativas que el consciente.

3. **Fase de inmersión**. Durante todas las sesiones que llevemos de mediación, el diálogo está dirigido, controlado: así, en la escuela, el parque, el trabajo, viendo televisión, ocurre lo mismo, pero en el proceso de mediación escapar del control y ser atrevidos es realmente importante.

Cualquier momento en que podamos soñar despiertos y relajados es útil para el proceso creativo y así permitir, simplemente, que la mente sueñe despierta y podamos mediante la “lluvia de ideas” ser creativos.

4. **Fase de inspiración o iluminación**. Después de la inmersión y el soñar despierto puede llegarse a la iluminación, cuando de repente se te ocurre la respuesta como salida de la nada en el conflicto que trabajamos (lo que hemos llamado magia). Ésta es la etapa que se lleva toda la gloria y la atención. Es el momento que la gente anhela y ansía, aquél en que exclamamos: “por fin han encontrado algo de razón en la postura del otro”. Este proceso es del mediador y de los mediados.

El pensamiento solo, aunque sea todo un hallazgo revelador, todavía no es un acto creativo. La etapa final es la traducción de la idea y en acción. Traducir la iluminación en realidad convierte la gran idea en algo más que un simple pensamiento pasajero; la idea se vuelve útil y por tanto se reflejará en el acta final del acuerdo alcanzado.

Resumiendo las características de este método, hemos de decir que tratamos de comunicar, negociar, pero sobre todo establecer una estrategia en la búsqueda de alternativas. Nuestro método se basará en la anulación del poder y del derecho, para llegar al verdadero interés, utilizando herramientas de la teoría de los juegos. Y nuestro OBJETIVO FINAL será la creación de la ilusión de las partes en la búsqueda de su solución.

Propuesta de técnicas para la creatividad: No querríamos terminar este apartado sin mencionar algunas de las técnicas que utilizamos en el trabajo mediador. En este sentido las resumiríamos en las siguientes:

- MAPAS MENTALES; mediante lo que llamamos el mapa del conflicto, las partes han de analizar y poner en la agenda lo positivo y lo negativo de cada decisión que se gestione. Con ello procuramos hacer responsable a las partes de sus decisiones y de igual manera lograr ponerse en el lugar del otro cuando acuerden decisiones.
- EL ARTE DE PREGUNTAR: Decididamente, la mediación es comunicación, luego nada más sencillo para la búsqueda creativa que la exploración mediante preguntas abiertas e inclusivas, pero cabe recordar que estemos atentos a los gestos que hay detrás de cada respuesta, que nos darán la interpretación del verdadero mensaje que nos quieren dar los mediados.
- BRAINSTORMING o lluvia de ideas. Pongamos encima de la mesa de negociación, todas las posibles vías alternativas y vayamos descartando una por una aquellas que no consensuemos. Viendo todas las probabilidades nos permite poder elegir en conciencia.

- La técnica que los magos llaman SCAMPER: SUSTITUIR las decisiones, COMBINAR las opciones que barajemos, ADAPTAR las historias alternativas que analicemos, MODIFICAR nuestras percepciones del conflicto como algo positivo, UTILIZAR el proceso para llegar al fin que perseguimos, ELIMINAR O REDUCIR la agresividad o falta de comunicación que nos ha traído y REORDENAR nuestras ideas para encontrar la decisión o acuerdo eficaz.
- CREAR EN SUEÑOS. Buscamos en el inconsciente aquello que no creíamos que podíamos proponer pero que ahora se nos muestra como una salida creativa al conflicto que vivimos.

En definitiva, Podríamos decir que las personas más creativas no lo son en todos los campos, si no que lo son en unos determinados y que la creatividad nuestra se pone a disposición de los mediados. Los límites están en la legalidad y hay que ver más allá de lo que realmente cuestionan del problema. Utiliza la magia de las palabras y la búsqueda de soluciones creativas.

CARLO PILIA

L'ESSENZA VOLONTARIA DEL PROCEDIMENTO DI MEDIAZIONE E DELL'ACCORDO DI CONCILIAZIONE

SOMMARIO: 1. La natura essenzialmente volontaria della mediazione. - 2. La pluralità di sistemi volontari e obbligatori di accesso alla mediazione. - 3. La mediazione delegata dal giudice. - 4. La mediazione imposta per disposizione normativa. - 5. L'obbligatorietà della mediazione. - 6. Il procedimento di mediazione. - 7. L'unitario statuto comune: la riservatezza, la prescrizione e la decadenza. - 8. (segue): la forza esecutiva dell'accordo di mediazione. - 9. I principi europei di qualità. - 10. L'autodisciplina. - 11. La mediazione e le altre A.D.R. aggiudicative. - 12. La configurazione rafforzata della mediazione italiana. - 13. La proposta risolutiva scritta del mediatore. - 14. Mediazione e conciliazione: la duplice conformità procedimentale e sostanziale del contratto giusto.

1. *La natura essenzialmente volontaria della mediazione.* – La mediazione è un innovativo procedimento stragiudiziale di composizione su base volontaria delle controversie vertenti su diritti disponibili in materia civile e commerciale che di recente è stato introdotto anche nell'ordinamento italiano, dietro sollecitazione e nel rispetto della corrispondente legislazione europea¹. La natura volontaria costituisce il tratto essenziale e quali-

¹ Sull'istituto giuridico della mediazione delle controversie in materia civile e commerciale, tra i numerosi contributi pubblicati, si segnalano alcune delle principali opere collettanee: AA.Vv., *Mediación, Justicia y Unión Europea* a cura di I.C. Iglesias Canle, Valencia, 2014; AA.Vv., *Metariales jurídicos del Libro Blanco de la mediación en Cataluña* a cura di E. Lauroba, I. Barral e I. Viola, Barcellona, 2011; AA.Vv., *La mediazione civile e commerciale* a cura di C. Besso Marcheis, Torino, 2010; AA.Vv., *Mediazione e conciliazione. Profili teorico-pratici* a cura di G. Sciancalepore, S. Sica, Torino, 2010; AA.Vv., *La mediazione nelle controversie civili e commerciali. Commentario al decreto legislativo 4 marzo 2010, n. 28* a cura di A. Castagnola, F. Delfini, Padova, 2010; AA.Vv., *Quaderni di conciliazione* a cura di C. Pilia, Cagliari, 2010; AA.Vv., *La mediazione civile* a cura di F. Ruscetta, M. Caradonna, F. Novelli, Milano, 2011, AA.Vv., *La mediazione nelle controversie civili e commerciali*.

ficante della mediazione che, tuttavia, non sempre trova pieno riconoscimento e, anzi, si ritiene sovente abdicato in ragione della presenza di una o più misure coercitive che, specie con riferimento all'avvio del procedimento, ne impongono l'utilizzazione secondo la legislazione nazionale.

Sull'individuazione dell'esatta natura e, altresì, della corretta qualificazione dell'istituto giuridico sono impegnati i giuristi italiani i quali, per tanti versi, stentano a inquadrare la mediazione nella nuova cornice dei principi comuni europei riferiti ai sistemi stragiudiziali di risoluzione delle controversie che sono stati elaborati e disciplinati dall'Unione affinché siano rispettati negli Stati membri. Gli sforzi ermeneutici necessari a definire le numerose questioni di ordine teorico concettuale e pratico applicativo sollevate dalla recente legislazione italiana sulla mediazione civile e commerciale, pertanto, si dovrebbero proficuamente orientare verso il processo normativo europeo di costruzione dello statuto comune per le nuove tutele stragiudiziali, piuttosto che ripiegare in sterili tentativi di operare incerte assimilazioni o forzati accostamenti a singole figure giuridiche di stampo processuale o contrattuale tratte dalla tradizione municipale².

Dalla principale fonte giuridica europea, la direttiva 2008/52/CE relativa a determinati aspetti della mediazione in materia civile e commerciale, e, in specie, dalle iniziali definizioni (art. 3) e dalle correlate disposizioni normative (artt. 4-7) che ne integrano lo statuto comune, pertanto, l'interprete italiano deve prendere le mosse nell'impostare l'indagine sui contenuti più incerti e controversi della legislazione attuativa nazionale³. Le indicazioni

Commentario al decreto legislativo 4 marzo 2010, n. 28 a cura di A. Castagnola e F. Delfini, Padova, 2010; AA.Vv., Mediazione e conciliazione. Profili teorico-pratici a cura di G. Sciancalepore e S. Sica, Torino, 2010; AA.Vv., La mediazione civile e commerciale a cura di C. Besso Marcheis, Torino, 2010.

² Sulla questione della natura volontaria della mediazione, tra i vari contributi pubblicati nella presente collana, sia permesso richiamare: C. PILIA, *La mediazione volontaria*, Cagliari, 2013.

³ In relazione alla direttiva 2008/52/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 21 maggio 2008, relativa a determinati aspetti della mediazione in materia civile e commerciale, in GU L 136 del 24.5.2008, pag. 3-8, tra i tanti contributi, V. VIGORITI, *La direttiva europea sulla mediation*, in *Riv. arb.*, 2009, pp. 1 ss.; M.F. GHIRGA, *Strumenti alternativi di risoluzione della lite: fuga dal*

normative offerte dalla superiore fonte giuridica europea, in primo luogo, permettono di cogliere l'essenza volontaria della mediazione e, inoltre, di valutarne la piena compatibilità tanto con i meccanismi costrittivi, quanto con quelli premiali con i quali, specie nella prima fase di introduzione e applicazione dell'istituto giuridico di matrice comunitaria, si tenta di promuoverne la conoscenza e favorirne la diffusione all'interno dei vari contesti ordinamentali degli Stati membri dell'Unione europea.

L'analisi del dettato normativo prende l'avvio dall'art. 3, paragrafo 1, lett. a), della direttiva 2008/52/CE, che riporta la principale definizione: «*per mediazione si intende un procedimento strutturato, indipendentemente dalla denominazione, dove due o più parti di una controversia tentano esse stesse, su base volontaria, di raggiungere un accordo sulla risoluzione della medesima con l'assistenza del mediatore*». «*Tale procedimento*», prosegue la medesima definizione, «*può essere avviato dalle parti, suggerito od ordinato da un organo giurisdizionale o prescritto dal diritto di uno Stato membro*». Affinché sia configurabile la mediazione, sotto il profilo soggettivo, accanto alla partecipazione delle parti contendenti che tentano, appunto su base volontaria, di raggiungere un accordo risolutivo della controversia, perciò, è sempre necessaria l'assistenza prestata dal «*mediatore*» che, sulla scorta della successiva definizione inserita all'interno dello stesso art. 3 (lett. b): «*si intende quale terzo cui è chiesto di condurre la mediazione in modo efficace, imparziale e competente, indipendentemente dalla denominazione o dalla professione di questo terzo nello Stato membro interessato e dalle modalità con cui è stato nominato o invitato a condurre la mediazione*»⁴.

processo o dal diritto? (Riflessioni sulla mediazione in occasione della pubblicazione della direttiva 2007/52/CE), in Riv. dir. proc., 2009, pp. 357 ss.; E. MINERVINI, La direttiva europea sulla mediazione in materia civile e commerciale, in Contratto e impresa – Europa, 2009, pp. 41 ss.; E. FABIANI, in Manuale della mediazione civile e commerciale. Il contributo del notariato alla luce del d.lgs n. 28/2010, cit., pp. 1 ss.; V. VIGORITI, Mito e realtà: processo e mediazione, in Nuova giur. civ. comm., II, 2010, pp. 429 ss.; Id., Europa e mediazione: le sollecitazioni della Commissione, in Judicium. Il processo civile in Italia e in Europa, in www.judicium.it.

⁴ Sulle definizioni europee di mediazione e mediatore, cfr. C. BRUNELLI, M. BUZIO e M. KROUGH, in *Manuale della mediazione civile e commerciale. Il con-*

Dalle definizioni riportate emerge una configurazione sufficientemente puntuale, chiara ed ampia della mediazione, malgrado il carattere minimale della direttiva recante ridotti contenuti normativi (concernenti soltanto taluni aspetti giuridici) che integrano uno statuto essenziale dell'istituto, che si giustifica proprio in ragione dell'incipiente processo legislativo europeo in materia⁵. Si assiste all'iniziale fase di limitata armonizzazione della normativa europea che ha registrato l'introduzione della prima disciplina comune ai vari Paesi membri⁶. Cionondimeno, la mediazione è stata configurata nei richiamati termini unitari, incentrati proprio sull'essenza volontaria di meccanismo stragiudiziale di autocomposizione della controversia affidato all'accordo tra le parti e raggiunto appunto su base volontaria con la facilitazione di un professionista terzo, il mediatore. L'essenza volontaria della mediazione, in specie, prescinde non solo dalle numerose varianti lessicali con le quali è stata denominata nei singoli ordinamenti ma anche dalle molteplici declinazioni trattamentali degli aspetti più significativi della sua regolamentazione concernenti le modalità di avvio, svolgimento e conclusione del procedimento, oltre che dalle altre misure accessorie che l'accompagnano e ne differenziano la disciplina all'interno di ciascuna delle legislazioni statali⁷.

tributo del notariato alla luce del d.lgs. n. 28/2010, cit., pp. 69 ss.; A. SANTI, in La mediazione per la composizione delle controversie civili e commerciali, cit., pp. 48 ss.

⁵ In tal senso, al considerando n. 7 della direttiva 2008/52/CE, si prevede: *"Al fine di promuovere ulteriormente l'utilizzo della mediazione e per garantire che le parti che vi ricorrono possano fare affidamento su un contesto giuridico certo è necessario introdurre un quadro normativo che affronti, in particolare, gli elementi chiave della procedura civile"*.

⁶ Ai sensi dell'art. 1, par. 3, della direttiva 2008/52/CE, tra gli Stati membri destinatari della disciplina comunitaria è esclusa la Danimarca.

⁷ La presente direttiva, recita al considerando n. 14, *"dovrebbe inoltre fare salva la legislazione nazionale che rende il ricorso alla mediazione obbligatorio oppure soggetto ad incentivi o sanzioni, purché tale legislazione non impedisca alle parti di esercitare il loro diritto di accesso al sistema giudiziario. Del pari, la presente direttiva non dovrebbe pregiudicare gli attuali sistemi di mediazione autoregolatori nella misura in cui essi trattano aspetti non coperti dalla presente direttiva"*.

Le differenziazioni lessicali e contenutistiche evocate nel corpo della stessa direttiva 2008/52/CE sono da ritenere perciò coerenti con le molteplici tradizioni ed esigenze proprie di ciascuno Stato membro e, al contempo, non inficiano l'unitarietà del congegno tecnico giuridico della mediazione. Tali differenziazioni, ancora, risultano pienamente compatibili con l'unitaria definizione di mediazione, da intendere comprensiva della relativa nozione, struttura e funzione delineata a livello europeo, fintanto però che le legislazioni statuali non ne compromettano l'essenza volontaria. Le discipline legali, sia quella comunitaria che quelle nazionali adottate in ciascuno Stato membro, inoltre, riconoscono ampi margini di operatività all'autonomia privata nell'organizzazione e nel funzionamento del servizio della mediazione, al fine di incontrare il gradimento del più vasto e trasversale pubblico degli utenti. Costoro, infatti, possono scegliere se avvalersi della mediazione e, in tal caso, optare per le formule organizzative e gestionali considerate qualitativamente preferibili per realizzare la migliore composizione in via amichevole delle proprie controversie civili e commerciali⁸.

Dallo scenario europeo si scorgono chiaramente sia le impostazioni valoriali più generali e sia le strategie di tipo politico-economico sottese all'avviato processo fondativo del nuovo quadro normativo rivolto allo sviluppo competitivo dei sistemi stragiudiziali di tutela⁹. Si coglie bene l'idea di fondo di mettere in stretto collegamento, da un lato la promozione della libera circolazione delle persone e, quindi, lo scambio dei beni e dei servizi, soprattutto nelle relazioni transfrontaliere, e, dall'altro la facilitazione dell'accesso alla giustizia civile, intesa nell'accezione più aperta, pluralista e concorrenziale che include anche i meccanismi non giurisdizionali di tutela attivabili su base volontaria¹⁰. Il libero mercato e la mediazione, per molti aspetti, rispondono alla medesima logica e dinamica competitiva rimessa al volontario compimento di scelte consensuali, libere e

⁸ Cfr. i considerando n. 6 e 13.

⁹ In tal senso, si leggano gli iniziali considerando della direttiva 2008/52/CE che tracciano in maniera chiara i profili teleologici dell'introduzione della disciplina comune della mediazione in materia civile e commerciale.

¹⁰ In specie, le indicazioni contenute nei considerando n. 1-9.

consapevoli delle parti che sospingono tanto gli scambi commerciali quanto la dialettica auto-compositiva dei conflitti intercorrente tra coloro che erogano e si avvalgono della mediazione. Il relativo servizio, invero, si riferisce all'assistenza stragiudiziale per la composizione dei conflitti sui diritti disponibili che per lo più scaturiscono proprio dalle relazioni civili e commerciali sviluppate all'interno del medesimo libero mercato europeo, che perciò si dovrebbe fare carico di contribuire a risolvere attraverso una mutua interazione.

Per tanti versi, l'attività di mediazione civile e commerciale integra un nuovo servizio¹¹, come già detto, per la composizione su base volontaria delle controversie sui diritti disponibili, che ha già ricevuto dalle istituzioni europee la codificazione di uno statuto comune e l'espressa previsione dell'abbinabilità di una serie di misure accessorie di incentivazione dell'utilizzazione per riuscire ad operare più efficacemente nei crescenti spazi economici e giuridici che si dischiudono all'autonomia delle parti nel libero mercato¹². Al pari degli altri sistemi di *alternative dispute resolution* (A.D.R.) di matrice europea, quindi, la mediazione supporta l'accesso alla giustizia applicando la medesima impostazione volontaristica di fondo che alimenta il funzionamento del libero mercato che, seppur variamente disciplinato per settori di attività, si affida sempre allo scambio dei consensi per fare incontrare la domanda e l'offerta dei beni e dei servizi, inclusi quelli per l'assistenza nell'autocomposizione delle controversie.

L'essenza volontaria della mediazione, passando dalle impostazioni più generali di stampo politico-economico a quelle più strettamente giuridico-positive, sarà analizzata nelle sue molteplici declinazioni corrispondenti al variabile atteggiarsi delle dinamiche dialettiche che segnano le fasi di avvio, svolgimento e conclusione del procedimento auto-compositivo. L'indagine sarà condotta attraverso un diretto raffronto tra lo statuto comune europeo, con le sue molteplici varianti evocate dalla direttiva 2008/52/CE, e le principali scelte politiche e soluzioni legislative adottate in Italia.

¹¹ Cfr. i considerando n. 5 e 25 e gli artt. 4 e 9 della direttiva 2008/52/CE.

¹² Cfr. il considerando n. 14 e l'art. 5 della direttiva 2008/52/CE.

2. *La pluralità di sistemi volontari e obbligatori di accesso alla mediazione.* – Con riguardo alla fase dell'accesso alla mediazione, anzitutto, la direttiva 2008/52/CE esprime un approccio aperto e pluralista, compatibile con diversi sistemi di avvio del procedimento compositivo, variamente graduati per quanto attiene all'incidenza sulla volontarietà dell'iniziativa delle parti di promuoverlo e, comunque, di parteciparvi¹³. Alle stesse parti contendenti, tra le quali intercorre la controversia civile e commerciale di portata transfrontaliera o interna sui diritti disponibili, infatti, è riconosciuto il diritto di mediare¹⁴, attributivo dei poteri per l'effettuazione delle scelte inerenti a una serie di decisioni volontarie da prendere in sede compositiva. In specie, la scelta di mediare non si esaurisce solamente nella decisione preliminare sul se avvalersi della mediazione ma ricomprende anche quelle relative al quando, dove e come concretamente utilizzarla per tentare di comporre consensualmente le controversie, all'interno di un quadro normativo predefinito. La presenza in esso di un ventaglio di meccanismi propulsivi dell'avvio e dello svolgimento del procedimento compositivo, tuttavia, non può mai sostituire l'indispensabile volontà delle parti di mediare, né tantomeno prescindere.

Lo statuto fondamentale della mediazione, anzitutto, non si limita ad indicare un'unica modalità di instaurazione rimessa alla piena e incondizionata libertà di scelta di avvalersene attribuita alle parti in conflitto¹⁵. Il legislatore europeo, infatti, ha espressamente contemplato un ventaglio aperto di sistemi di accesso, già invalsi nelle precedenti esperienze nazionali ed internazionali, che fanno largo utilizzo di meccanismi costrittivi e premiali di vario tipo per favorire il ricorso alla mediazione¹⁶.

¹³ Sui sistemi di accesso alla mediazione, in base alla direttiva 2008/52/CE, D. DALFINO, "Accesso alla giustizia" e "Mediazione", nel quadro normativo europeo. *El marco regulatorio de la mediación en la Unión Europea*, in *Mediación, Justicia y Unión Europea*, cit., pp. 125 ss.; C.P. DELL'ANNA, E. GASBARRINI, M. LEO e I. PAGANELLI, in *Manuale della mediazione civile e commerciale. Il contributo del notariato alla luce del d.lgs. n. 28/2010*, cit., pp. 212 ss.; Av.Vv., *La nuova mediazione. Regole e tecniche dopo le modifiche introdotte dal "Decreto de fare"* a cura di G. Falco e G. Spina, Milano, 2014, pp. 185 ss.

¹⁴ Art. 1 della direttiva 2008/52/CE.

¹⁵ Art. 1, par. 1, lett. a), della direttiva 2008/52/CE.

¹⁶ Art. 5 della direttiva 2008/52/CE.

Pur incidendo significativamente sulla piena libertà della volontà delle parti, le quali attraverso tali meccanismi sono spinte a utilizzare la mediazione, come accennato, le soluzioni normative prospettate non soppiantano la necessità del loro consenso. I meccanismi costringitivi e premiali, pertanto, sono da ritenere compatibili con l'essenza volontaria della mediazione e, anzi, la sottendono sempre quale presupposto indispensabile di funzionamento. I richiamati meccanismi, in altre parole, mirano sempre ad orientare in qualche modo le scelte compositive delle parti contendenti, indirizzandole nell'adozione delle loro decisioni occorrenti per procedere all'avvio e, più in generale, all'utilizzazione della mediazione per raggiungere un accordo compositivo. L'essenza volontaria, risultante dallo statuto fondamentale espresso nei pochi principi generali, si dimostra altresì coerente con l'ampia flessibilità della disciplina giuridica e la notevole duttilità del congegno consensuale di autocomposizione delle controversie¹⁷.

In termini schematici, si possono richiamare le principali modalità di accesso alla mediazione, corrispondenti ad altrettante tipologie di meccanismi di attivazione evocati in maniera esemplificativa dal legislatore europeo. In primo luogo, come accennato, la mediazione può essere avviata in maniera pienamente volontaria e libera dalle parti¹⁸, ossia senza che la loro decisione sia supportata da alcun tipo di sollecitazione o di vincolo all'interno della legislazione nazionale (c.d. mediazione facoltativa)¹⁹.

Questa sembrerebbe la modalità principale e normale di accesso alla mediazione, ancorché nella sua versione, per così dire, pura e neutrale non sia facile da ravvisare in concreto, dal momento che nel disciplinare l'istituto giuridico di solito s'impone un deciso approccio funzionale, rivolto a superare tanto gli ostacoli iniziali, quanto le altre criticità di contesto che si rinvergono nell'ordinamento nazionale in cui si interviene. Nell'ordine, sono da considerare adeguatamente sia la scarsa

¹⁷ Considerando n. 17 della direttiva 2008/52/CE.

¹⁸ Art. 1, par. 1, lett. a), prima parte, della direttiva 2008/52/CE.

¹⁹ V. M. LOTTI e D. DE RITO, *Mediazione facoltativa*, in *La nuova mediazione. Regole e tecniche dopo le modifiche introdotte dal "decreto del fare"*, cit., pp. 377 ss.

conoscenza della mediazione, se non la forte diffidenza che le parti in conflitto hanno verso la stessa, e sia, più in generale, le difficoltà di maturare un radicale cambio di mentalità necessario a passare dal tradizionale sistema statale della tutela giudiziale a quelli stragiudiziali di nuova matrice europea.

Siffatti ostacoli iniziali sono stati affrontati anche nell'ordinamento italiano, sul quale si è dovuto intervenire in modo incisivo per fronteggiare l'arretrata realtà nazionale chiusa nella consolidata e assorbente impostazione giurisdizionale della gestione dei conflitti, riscontrabile in pressoché tutti gli ambiti giudici e i settori di attività, inclusi quelli concernenti le relazioni civili e commerciali interessati dalla direttiva 2008/52/CE. Il legislatore italiano si è scontrato con le forti preoccupazioni, unite alle accese resistenze culturali e professionali di quanti, soprattutto nel ceto forense, hanno ravvisato nell'introduzione della mediazione il rischio strisciante di un pericoloso arretramento nella tutela giurisdizionale dei diritti. Se la mediazione non fosse stata accompagnata da una serie di misure di promozione e supporto giuridico ed economico, verosimilmente, la libertà di esercitare il diritto di accedere alla tutela stragiudiziale sarebbe rimasta solo sulla carta, allo stadio di mera proclamazione di principio normativo²⁰.

L'effettività del nuovo diritto, infatti, presuppone la realizzazione di situazioni iniziali di contesto favorevoli, sintetizzabili nella presenza della "cultura della mediazione", che permettano agli utenti interessati di scegliere concretamente se avvalersi del meccanismo autocompositivo, al di là della sua previsione normativa nella legislazione in vigore. Siffatte condizioni, invero, si riescono compiutamente a realizzare solo con il trascorrere del tempo, mediante l'impostazione di strategie mirate e l'adozione

²⁰ L'Italia ha vissuto complesse vicende normative e giudiziali nel recepimento della direttiva 2008/52/CE, che hanno visto dapprima l'introduzione dell'obbligatorietà della mediazione, come condizione di procedibilità in numerose controversie civili e commerciali (art. 5, d.lvo 28/2010), eliminata da una pronuncia di illegittimità costituzionale della Consulta (n. 272/2012) e reintrodotta con modifiche mediante il c.d. decreto del fare (d.l. 69/2013 conv. l. 98/2013) per un arco temporale di 4 anni e, in questo momento, definitivamente stabilizzata (d.l. n. 50/2017 conv. l. 96/2017). In merito a tali vicende, v. F. CUOMO ULLOA, *La nuova mediazione*, Torino 2014; V. VASAPOLLO, in *La nuova mediazione. Regole e tecniche dopo le modifiche introdotte dal "decreto del fare"* (d.l. 69/2013), cit., pp. 185 ss.

di apposite iniziative di promozione-costrizione che, sul piano della disciplina della mediazione, incidono anche sui parametri della valutazione riservata alle parti contendenti in merito alla vantaggiosità, utilità e financo necessità dell'avvio del procedimento stragiudiziale.

Si devono altresì considerare ulteriori fattori critici, suscettibili di incidere negativamente sulla libertà di accedere effettivamente alla mediazione, quali sono ad esempio lo stato complessivo di (in)efficienza della giurisdizione e la mancanza di gli altri sistemi stragiudiziali di composizione dei conflitti. La situazione di "ingorgo giudiziario" che purtroppo affligge gli ordinamenti di tanti Paesi e, inoltre, la scarsa, se non addirittura assente pratica tra i cittadini, le imprese e i professionisti dei sistemi A.D.R., infatti, finiscono per sollecitare una politica legislativa di forte promozione dell'accesso alla mediazione, ancora una volta, per rispondere alla necessità di ovviare indirettamente ad altre criticità strutturali della giustizia.

Gli specifici obiettivi da realizzare all'interno dei vari contesti dei singoli Paesi europei, tra l'altro, in relazione all'affermazione della cultura della mediazione e al superamento delle altre criticità iniziali e strutturali che affliggono il funzionamento della giustizia, da intendere nell'accezione più ampia e comprensiva della giurisdizione e delle altre A.D.R.²¹, in definitiva, spiegano il senso profondo dell'opzione politica aperta compiuta dalla direttiva 2008/52/CE che ha lasciato a ciascuno Stato membro la possibilità di scelta legislativa tra una pluralità di modalità di accesso alla mediazione²². Coerentemente, il legislatore europeo si è rimesso sul punto alle scelte discrezionali delle legislazioni statali di limitarsi a introdurre negli ordinamenti nazionali semplicemente lo statuto minimo comune della mediazione incentrato sull'essenza volontaria, ovvero di integrarne la propria disciplina mediante l'applicazione di ulteriori misure di sostegno che ne favoriscono l'applicazione. Tra esse,

²¹ Cfr. il considerando n. 5 della direttiva 2008/52/CE.

²² In proposito, v. D. DALFINO, "Accesso alla giustizia" e "Mediazione", nel quadro normativo europeo. *El marco regulatorio de la mediación en la Unión Europea*, in *Mediación, Justicia y Unión Europea*, cit., pp. 134 ss.; G. IMPAGNATIELLO, *La mediazione civile in Italia*, *ivi*, pp. 157 ss.

si possono distinguere quelle di tipo costrittivo, che impongono l'utilizzo della mediazione con maniere più aggressive e sanzionatorie per le parti contendenti, e quelle di tipo premiale che promuovono la mediazione con le maniere più suadenti e convenienti. Le misure costrittive, invero, paiono rispondere alla necessità di intervenire sulle iniziali situazioni di più grave arretratezza nei contesti segnati da strutturali criticità che si frappongono all'utilizzo della mediazione, mentre quelle premiali sono più congeniali alle politiche di graduale consolidamento e diffusione della cultura della mediazione con le quali la stessa si intende stabilizzare. In ogni caso, a seconda della specificità di ciascun ordinamento nazionale, dei differenti ambiti giuridici e dei singoli settori commerciali di contenzioso, le scelte politiche rimesse al legislatore statale possono concretizzarsi nella modulazione tanto dei contenuti di ciascuna misura costrittiva o premiale, quanto nella combinazione di esse e finanche nel concorso cumulativo tra tipologie differenti di misure.

3. *La mediazione delegata dal giudice.* – Nella direttiva 2008/52/CE, pertanto, si stabilisce altresì che la proposizione della mediazione può essere suggerita o anche ordinata dal giudice²³, a seconda che egli rivolga un semplice invito che le parti possono condividere o emetta un provvedimento vincolante per le stesse (c.d. mediazione delegata)²⁴. Con particolare riferimento ai poteri dell'organo giurisdizionale investito della decisione della causa, ancora, si possono operare delle ulteriori distinzioni, quanto ai contenuti del provvedimento concernente la mediazione e l'incidenza sulle fasi del giudizio. Il giudice, infatti, se lo ritiene appropriato e tenuto conto di tutte le circostanze del caso, può invitare le parti sia a ricorrere alla mediazione allo

²³ Art. 3, par. 1, lett. a), seconda parte, della direttiva 2008/52/CE.

²⁴ Sulla mediazione delegata (o demandata) dal giudice, tra i tanti contributi pubblicati, v. R. TISCINI, *La mediazione civile e commerciale*, Torino, 2011, pp. 152 ss.; M. CROCITTO, *Mediazione disposta dal giudice*, in *La nuova mediazione. Regole e tecniche dopo le modifiche introdotte dal "decreto del fare"*, cit., pp. 355 ss.

scopo di dirimere una controversia e sia a partecipare a una sessione informativa sul ricorso alla mediazione, se tali sessioni hanno luogo e sono facilmente accessibili²⁵. Nella prima eventualità, quindi, la sollecitazione giudiziale concerne direttamente l'avvio della mediazione, nell'altra, invece, riguarda una sessione informativa preliminare alla maturazione in capo alle parti della decisione di esperire il procedimento di mediazione.

Nell'esercizio della discrezionalità attribuitale, l'autorità giudiziaria modulerà i suoi provvedimenti, per contenuti e modalità, nella maniera ritenuta più adeguata a favorire tra le parti in lite l'auspicata composizione consensuale della controversia. A tal proposito, si stabilisce espressamente che l'esperimento della mediazione possa avvenire sia prima del promovimento del processo giudiziario (c.d. mediazione pregiudiziale) che allorquando lo stesso sia già pendente, non solo in fase di primo grado, senza però aver ancora trovato definizione (c.d. mediazione infragiudiziale). Per la prontezza della tutela delle parti, senza dubbio, è preferibile l'esperimento preventivo della sessione informativa o della mediazione, ma ciò presuppone che le stesse parti abbiano già conosciuto e perciò avuto la concreta possibilità di valutare l'adozione di tali iniziative prima di promuovere il giudizio, senza quindi attendere la sollecitazione proveniente dal magistrato incaricato della decisione della causa. Tuttavia, la maturazione della decisione di mediare può anche subentrare nel corso del giudizio, allorquando sopraggiungano per tutte le parti le situazioni propizie di disponibilità e convenienza a trovare una soluzione compositiva in via amichevole. A tal fine, si consideri pure l'enorme arretrato di carico giudiziario già pendente al momento dell'entrata in vigore della disciplina della mediazione²⁶ che, pertanto, ha offerto anche alle parti in causa la possibilità di avvalersi del sopraggiunto meccanismo autocompositivo per tentare l'uscita consensuale

²⁵ Art. 5 della direttiva 2008/52/CE.

²⁶ In base alle rilevazioni statistiche del Ministero del Giustizia, l'arretrato giudiziario è stimato in circa cinque milioni di cause civili pendenti che, per la loro definizione, richiedono mediamente dieci anni di tempo. Per la consultazione dei dati rilevati dal Ministero della Giustizia italiano, v. https://webstat.giustizia.it/_layouts/15/start.aspx#/StatisticheGiudiziarie/Area%20civile%20archivio.aspx.

da processi, che molto di frequente si trascinavano da lungo tempo e in maniera defatigante nelle aule dei tribunali.

L'applicazione giudiziale della mediazione costituisce una questione di estrema importanza e delicatezza, in quanto attribuisce ai giudicanti un potere discrezionale da esercitare con grande equilibrio e sensibilità, sia per scongiurare i paventati pericoli di negata giustizia e sia per realizzare appieno le potenzialità del passaggio della controversia dalla sede della composizione eteronoma a quella autonoma. Per un verso, alla radice, occorre sgomberare il campo dai timori che i provvedimenti giudiziali inerenti alla mediazione, soprattutto quelli che ordinano di esperirla alle parti già in causa, siano utilizzabili dai magistrati con la precipua finalità di decongestionare il proprio carico giudiziario e, comunque, finiscano surrettiziamente per negare il diritto fondamentale alla decisione della lite giudiziale, di fatto, imponendo alle medesime parti di abbandonare l'intrapreso processo per rivolgersi a soluzioni alternative.

La formulazione stessa e, di conseguenza, l'applicazione corretta dei principi integranti lo statuto fondamentale della mediazione, anche con specifico riferimento ai profili della disciplina inerente all'accesso al procedimento suggerito od ordinato dal giudice, escludono alla radice la stessa prospettabilità di siffatti pericoli. I poteri attribuiti ai giudici non devono mai impedire il diritto delle parti alla risoluzione giudiziale della lite²⁷, ma sempre e soltanto favorire la loro decisione diretta a scegliere volontariamente, questa volta su impulso magistratuale, di seguire la via autocompositiva consensuale. L'autorevolezza e il ruolo dell'organo giudiziale investito della decisione della controversia, indubbiamente, caricano la sua indicazione a favore della mediazione di un'importanza notevole e di un significato suggestivo per le parti. L'indicazione giudiziale, infatti, dovrebbe sollecitare l'attenta ponderazione del loro consenso in merito all'utilizzazione della mediazione, senza però togliere a ciascuna delle stesse parti contendenti il proprio diritto di compiere scelte volontarie. Nell'adottare giudizialmente il provvedimento contenente l'invito, così come l'ordine a partecipare alle sessioni informative o alla mediazione, il magistrato svolge una rile-

²⁷ Art. 5, par. 2 della direttiva 2008/52/CE.

vante funzione di orientamento per le scelte risolutive della lite che gli è stata affidata, dovendo egli fare apprezzare alle parti, assistite dai rispettivi avvocati, le ragioni della prospettata preferibilità per loro stesse di riprendere il negoziato per trovare una soluzione concordata con l'assistenza di un soggetto terzo non decisore, costituito dal mediatore²⁸.

L'intervento del giudice sulla singola controversia, inoltre, dovrebbe garantire l'individualità e la concretezza dell'indicazione rivolta alle parti mediante la formulazione personalizzata della prognosi favorevole alla mediabilità della lite. Pure in questa situazione, comunque, spetta esclusivamente alle parti scegliere se seguire l'indicazione giudiziale, decidendo di intraprendere il percorso stragiudiziale per tentare di raggiungere una soluzione consensuale in mediazione. In tutti i casi, quando anche siano state destinatarie dell'ordine di avviare la mediazione, se non raggiungono l'accordo compositivo, le parti mantengono il diritto di promuovere o proseguire il processo e, quindi, di ottenere la decisione giudiziale.

Per agevolare il corretto esercizio di siffatto potere dei giudici correlato alla mediazione, che differisce nettamente da quelli loro attribuiti dalle norme di rito di promuovere la conciliazione direttamente tra le parti²⁹, oltre che di decidere ancorché

²⁸ La disciplina italiana della mediazione delegata, contenuta nell'art. 5, comma 2, d.lvo 28/2010, prevede adesso che "... il giudice, anche in sede di giudizio di appello, valutata la natura della causa, lo stato dell'istruzione e il comportamento delle parti, può disporre l'esperimento del procedimento di mediazione; in tal caso, l'esperimento del procedimento di mediazione è condizione di procedibilità della domanda giudiziale anche in sede di appello. Il provvedimento di cui al periodo precedente è adottato prima dell'udienza di precisazione delle conclusioni ovvero, quando tale udienza non è prevista prima della discussione della causa. Il giudice fissa la successiva udienza dopo la scadenza del termine di cui all'articolo 6 e, quando la mediazione non è già stata avviata, assegna contestualmente alle parti il termine di quindici giorni per la presentazione della domanda di mediazione". L'iniziale versione della norma, sostituita dall'art. 84, comma 1, lett. c), d.l. 21 giugno 2013, n. 69, convertito, con modificazioni, dalla l. 9 agosto 2013, n. 98, che ha introdotto molteplici novità alla disciplina della mediazione, attribuiva al giudice il semplice potere di rivolgere un invito alle parti di procedere alla mediazione, che le lasciava libere di aderirvi. In merito alla riforma della mediazione delegata, v. F. CUOMO ULLOA, *La nuova mediazione*, cit., pp. 217 ss.

equitativamente, la controversia³⁰, sarebbe opportuno fornire preliminarmente alla magistratura e all'intero ceto forense una specifica preparazione sulla materia. La formazione mirata non dovrebbe riguardare solamente la conoscenza degli innovativi profili giuridici della disciplina della mediazione ma includere anche l'utilizzazione delle tecniche di efficace comunicazione. La specifica formazione, al momento prescritta per i soli mediatori³¹, è auspicabile che sia stabilmente inserita nei programmi di studio dei percorsi di formazione universitaria e postuniversitaria per l'accesso alle professioni legali e, più in generale, di quanti partecipano ancorché con diversi ruoli (si pensi agli ausiliari del giudice, quali cancellieri, ufficiali giudiziari, periti ed esperti ovvero ai consulenti delle parti, agli arbitri e ai conciliatori, etc.) alla gestione giudiziale e stragiudiziale delle controversie.

4. *La mediazione imposta per disposizione normativa.* – La direttiva 2008/52/CE dispone infine che, sempre nella legislazione degli Stati membri, può essere contenuta la prescrizione cogente dell'obbligatorietà normativamente stabilita dell'esperimento della mediazione (c.d. mediazione obbligatoria)³². In questi casi, verosimilmente per ovviare alla mancanza di cultura della mediazione o alle altre situazioni di più grave criticità del sistema giudiziario, è direttamente la legge statale a imporre alle parti contendenti di promuovere la mediazione per la tutela dei loro diritti, prima di rivolgersi all'autorità giudiziaria. Per espressa disposizione contenuta nella stessa direttiva, infatti, non si può mai privare la parte del diritto fondamentale di accedere al sistema giudiziario³³. La prescrizione legislativa nazio-

²⁹ Considerando n. 9 della direttiva 2008/52/CE. Art. 185 (Tentativo di conciliazione) c.p.c. In proposito, v. F. CUOMO ULLOA, *La nuova mediazione*, cit., pp. 217 ss.

³⁰ Artt. 113 (Pronuncia secondo diritto) e 114 (pronuncia secondo equità a richiesta delle parti) c.p.c.

³¹ Art. 4, par. 2 della convenzione 2008/52/CE.

³² Art. 3, par. 1, lett. a), seconda parte e art. 5, par. 2 della direttiva 2008/52/CE.

³³ Art. 5, par. 2 della direttiva 2008/52/CE.

nale, ancora, può discrezionalmente imporre l'obbligatorietà della mediazione per ambiti applicativi assai variabili, a seconda della tipologia di controversie e di contenziosi che si intendono prendere in considerazione³⁴.

L'intervento legislativo che statuisce l'obbligatorietà della mediazione³⁵, infatti, esprime in via generale ed astratta una va-

³⁴ In tal senso, v. art. 5, comma 1-bis, d.lvo 50/2010, stabilisce: *“Chi intende esercitare in giudizio un’azione relativa a una controversia in materia di condominio, diritti reali, divisione, successioni ereditarie, patti di famiglia, locazione, comodato, affitto di aziende, risarcimento del danno derivante da responsabilità medica e sanitaria e da diffamazione con il mezzo della stampa o con altro mezzo di pubblicità, contratti assicurativi, bancari e finanziari, è tenuto, assistito dall’avvocato, preliminarmente a esperire il procedimento di mediazione ai sensi del presente decreto ovvero i procedimenti previsti dal decreto legislativo 8 ottobre 2007, n. 179, e dai rispettivi regolamenti di attuazione ovvero il procedimento istituito in attuazione dell’articolo 128-bis del testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia di cui al decreto legislativo 1° settembre 1993, n. 385, e successive modificazioni, per le materie ivi regolate. L’esperienza del procedimento di mediazione è condizione di procedibilità della domanda giudiziale. La presente disposizione ha efficacia per i quattro anni successivi alla data della sua entrata in vigore. Al termine di due anni dalla medesima data di entrata in vigore è attivato su iniziativa del Ministero della giustizia il monitoraggio degli esiti di tale sperimentazione. L’improcedibilità deve essere eccepita dal convenuto, a pena di decadenza, o rilevata d’ufficio dal giudice, non oltre la prima udienza. Il giudice ove rilevi che la mediazione è già iniziata, ma non si è conclusa, fissa la successiva udienza dopo la scadenza del termine di cui all’articolo 6. Allo stesso modo provvede quando la mediazione non è stata esperita, assegnando contestualmente alle parti il termine di quindici giorni per la presentazione della domanda di mediazione. Il presente comma non si applica alle azioni previste dagli articoli 37, 140 e 140-bis del codice del consumo di cui al decreto legislativo 6 settembre 2005, n. 206, e successive modificazioni”*. Il comma 1-bis è stato inserito dall’art. 84, comma 1, lett. b), d.l. 21 giugno 2013, n. 69, convertito, con modificazioni, dalla l. 9 agosto 2013, n. 98, dopo che l’originario comma 1 (che prevedeva l’obbligatorietà della mediazione) dell’art. 5 del d.lvo 28/2010 era stato dichiarato costituzionalmente illegittimo dalla Consulta con la decisione 272/2012. In proposito, v. F. CUOMO ULLOA, *La nuova mediazione*, cit., pp. 1 ss. e 113 ss.

³⁵ Sull’obbligatorietà della mediazione nella disciplina italiana, v. G. IMPAGNATIello, *La mediazione civile in Italia*, in *Mediación, Justicia y Unión Europea*, cit., pp. 174 ss.; V. VASAPOLLO, *Mediazione obbligatoria*, in *La nuova mediazione. Regole e tecniche dopo le modifiche introdotte dal “Decreto del fare”*, cit., pp. 185 ss.; R. TISCINI, *La mediazione civile e commerciale*, cit., pp. 109 ss.; G. MINELLI, in *La mediazione per la composizione delle contro-*

lutazione normativa sull'utilità-necessità dell'esperimento della mediazione riferita a prestabilite tipologie di controversie e di contenzioso che, perciò, si differenzia nettamente da quell'altra valutazione, già richiamata, che l'autorità giudiziaria può effettuare individualmente e in concreto rispetto all'insorgere della singola lite. Nel primo tipo di intervento legislativo, infatti, si opta per una strategia preventiva di tipo massivo e strutturale, di forte e generalizzato impatto, che risponde alla necessità di avere un'applicazione seriale e automatizzata della mediazione in uno o più ambiti di criticità del contenzioso. In base alla preventiva valutazione legislativa operata in termini generali ed astratti, infatti, si impone a tutti una sollecitazione costringitiva e uniformata nell'applicazione doverosa della mediazione. Il legislatore segue un approccio dirigista nel costringere all'utilizzazione generalizzata della mediazione per perseguire direttamente obiettivi più ampi e complessivi di conformazione strutturale dei mercati e di riorganizzazione profonda dei sistemi giudiziari e stragiudiziali di tutela dei diritti. Gli obiettivi politici perseguiti con l'imposizione legislativa della mediazione, pertanto, trascendono la diretta tutela dei diritti delle parti tra le quali sorgeranno le controversie. Tanto permette di operare una netta differenziazione rispetto all'altro tipo di intervento costringitivo giudiziale che, come detto, viene affidato al magistrato al quale è chiesto di operare una valutazione prognostica di mediabilità in concreto, riferita unicamente all'utilità per le parti in conflitto dell'esperimento della mediazione per la risoluzione della specifica lite che le contrappone. La valutazione di utilità della mediazione operata in via preventiva ed astratta dal legislatore, pertanto, potrebbe

versie civili e commerciali, cit., pp. 139 ss.; A.G. Diana, *La mediazione civile e commerciale*, Milano, 2011, pp. 89 ss.; P. DELL'ANNA, E. GARBARRINI, M. LEO, I. PAGANELLI, in *Manuale della mediazione civile e commerciale. Il contributo del notariato alla luce del d.lgs. n. 28/2010*, cit., pp. 215 ss.; M.M. ANDREONI, G. BATTAGLIA, S. GIAVARRINI, S. ROMANO, in *La mediazione nelle controversie civili e commerciali*, cit., pp. 63 ss.; A. GRECO, *Rilievi critici sulla mediazione obbligatoria*, in *La resp. civ.*, 2011, pp. 326 ss.; I. ZINGALES, *La fase di mediazione obbligatoria nel quadro delle garanzie costituzionali*, in *Judicium. Il processo civile in Italia e in Europa*, in www.judicium.it; F. SANTANGELI, *La mediazione obbligatoria nel corso del giudizio di primo grado*, *ivi*; G. SCARSELLI, *La nuova mediazione e conciliazione: le cose che non vanno*, *ivi*; R. CAPONI, *La mediazione obbligatoria a pagamento: profili di costituzionalità*, *ivi*.

non corrispondere a quella realizzata in via successiva e concreta rispetto all'insorgere della singola controversia e, di conseguenza, costringere le parti ad intraprendere un deleterio e dispendioso procedimento autocompositivo, che non apporterà alle stesse alcun vantaggio, potendo addirittura esacerbare il conflitto o ritardare il raggiungimento della soluzione eteronoma che risulti necessaria. La mediazione, infatti, potrebbe essere avvertita come un ulteriore ostacolo che, per finalità di carattere generale anche legate alla politica deflativa del contenzioso giudiziale, ritarda e complica l'accesso alla giustizia, finendo in pratica per privare di concreta tutelabilità i diritti oggetto di contestazione, specie quelli dei soggetti più deboli e privi di reale potere negoziale, quali ad esempio i consumatori, verso i soggetti professionali ed economici più forti e prepotenti³⁶.

Per queste ragioni, l'imposizione legislativa della mediazione si dimostra foriera di pericoli per la tutela dei diritti delle parti in conflitto e, di conseguenza, deve essere considerata quale opzione costringitiva estrema e residuale, tendenzialmente temporanea e, in tutti i casi, circondata da precise cautele sostanziali e procedurali. La prescrizione legislativa si deve giustificare in termini di stretta necessità e, tendenzialmente, per l'arco temporale occorrente alla realizzazione degli obiettivi perseguiti. In una logica di bilanciamento di valori, inoltre, la prescrizione dell'obbligatorietà, su di un piano astratto, deve trovare un solido fondamento nell'obiettivo di realizzare la protezione

³⁶ Di recente, la Corte di Giustizia dell'Unione europea, con la sentenza del 14 giugno 2017 resa nella causa C-75/16 (EU:C:2017:457), è intervenuta sul quadro normativo della mediazione civile con una vigorosa presa di posizione nelle controversie di consumo, che devono rispettare le prescrizioni della direttiva 2013/11/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 21 maggio 2013, sulla risoluzione alternativa delle controversie dei consumatori, che modifica il regolamento (CE) n. 2006/2004 e la direttiva 2009/22/CE (direttiva sull'A.D.R. per i consumatori). La Corte, in particolare, ha ritenuto ammissibile che nei rapporti di consumo una normativa nazionale, come quella italiana, preveda il ricorso a una procedura di mediazione civile come condizione di procedibilità della domanda giudiziale, purché un requisito siffatto non impedisca alle parti di esercitare il loro diritto di accesso al sistema giudiziario. Nell'ambito di una mediazione siffatta, invece, ai consumatori non si può imporre l'assistenza di un avvocato, né impedirsi di ritirarsi da una procedura di mediazione civile senza dimostrare l'esistenza di un giustificato motivo a sostegno di tale decisione.

di valori di rango costituzionale e, su un piano concreto, non può mai arrivare a pregiudicare il diritto fondamentale alla tutela giudiziale dei singoli, ai quali non può essere impedito e neppure limitato eccessivamente il ricorso al giudice. Pertanto, la disposizione legislativa che statuisce l'obbligatorietà della mediazione deve essere conformata con estrema attenzione, anzitutto, considerando la necessità di salvaguardare l'accesso alla giurisdizione anche in via immediata e urgente in base alle esigenze di tutela ravvisabili nei singoli casi. In ogni caso, bisogna valutare l'impatto complessivo determinato a carico delle parti contendenti dalla combinazione di una serie di misure coercitive, specie se cumulabili tra esse.

Più in generale, infatti, la direttiva 2008/52/CE³⁷ lascia impregiudicata la legislazione nazionale che rende il ricorso alla mediazione obbligatorio oppure soggetto a incentivi o sanzioni, con il limite che non sia impedito alle parti l'esercizio del diritto di accesso al sistema giudiziario. Quest'ultimo, infatti, costituisce l'unico ed estremo limite alle prescrizioni coercitive dell'utilizzo della mediazione, che devono contribuire a favorire l'accesso alla giustizia, senza perciò arrivare mai a impedirlo e neppure a ostacolarlo in maniera eccessiva. In tal senso, la stessa Corte europea di Giustizia (caso Alassini) si è già pronunciata sulla compatibilità con il diritto comunitario della normativa italiana che nel settore delle comunicazioni ha imposto l'obbligatorietà del tentativo di conciliazione prima della proposizione dell'azione giudiziale, qualora la prescrizione soddisfi un'esigenza generale di tutela, quale è quella deflativa del contenzioso, e, al contempo, non renda eccessivamente difficile per la parte onerata l'accesso al sistema giudiziale³⁸.

Nelle legislazioni nazionali, peraltro, sono ravvisabili non solo le richiamate misure coercitive dell'utilizzo della mediazione con un ventaglio di corrispondenti sanzioni per il caso di

³⁷ Art. 5, par. 2 della direttiva 2008/52/CE.

³⁸ Corte di Giustizia Ce, sentenza 18 marzo 2010 nelle cause riunite C-317, 318, 319, 320/08, Alassini e altri c. Telecom Italia Spa e Wind Spa, pubblicata in *Il corriere giuridico*, 10, 2010, pp. 1289 ss., con nota di commento di G. Rizzo, *L'obbligatorietà del tentativo di conciliazione extragiudiziale in ambito di servizi di comunicazioni elettroniche tra operatori di telecomunicazioni e utenti finali*.

inosservanza³⁹, ma anche incentivazioni di diversa natura⁴⁰ che sono parimenti utili per stimolare le parti ad avvalersi del procedimento stragiudiziale di composizione consensuale delle controversie. Tanto le misure negative, quanto quelle positive, che si possono anche variamente combinare e cumulare tra esse, concorrono a svolgere una funzione d'impulso per la mediazione, in aderenza alle peculiarità di contesto ravvisabili nei singoli ordinamenti statuali. Nella direttiva europea sono evocate espressamente entrambe le tipologie di misure coercitive e premiali della mediazione, che perciò risultano essere compatibili con l'essenza volontaria dell'istituto giuridico, la cui regolamentazione è suscettibile di atteggiarsi variamente attraverso l'applicazione abbinata di misure complementari che ne modulano sia l'accesso che il funzionamento.

In tutti i casi, l'avvio del procedimento di mediazione, quantunque sia imposto come obbligatorio dalla norma giuridica ovvero sia ordinato dal provvedimento dell'autorità giudiziaria, come già detto, resta sempre rimesso alla scelta delle parti contendenti, in coerenza con l'essenza volontaria del meccanismo compositivo. Non pare ammissibile, pertanto, che l'apertura della mediazione avvenga direttamente *ex lege* o *iussu iudicis*, né tantomeno per iniziativa officiosa proveniente dall'organismo di mediazione o dal mediatore che si rivolgessero autoritativamente alle parti aprendo nei loro confronti un procedimento. L'avvio della mediazione, come pure l'adesione ad essa, infatti, presuppongono sempre la manifestazione della volontà ad opera di ciascuna delle parti contendenti. Solamente in presenza di un'apposita istanza di parte⁴¹, presentata separatamente o

³⁹ Artt. 8, comma 4-*bis*, e 13, d.lvo 28/2010. In merito, v. R. TISCINI, *La mediazione civile e commerciale*, cit., pp. 281 ss.

⁴⁰ Artt. 17 e 20, d.lvo 28/2010. In proposito. V.E. BIANCHI, *Agevolazioni fiscali e costi della mediazione*, in *La nuova mediazione. Regole e tecniche dopo le modifiche introdotte dal "Decreto del fare"*, cit., pp. 645 ss.; R. TISCINI, *La mediazione civile e commerciale*, cit., pp. 305 ss.

⁴¹ Sull'istanza di mediazione, disciplinata dall'art. 4, d.lvo 28/2010, v. G. MINELLI, in *La mediazione per la composizione delle controversie civili e commerciali*, cit., pp. 4 ss.; S. GIARRINI, e N.G. ROCCO DI TORREPADULA, in *La mediazione nelle controversie civili e commerciali. Commentario al decreto legislativo 4 marzo 2010, n. 28*, cit., pp. 47 ss.

congiuntamente, che introduca la mediazione, si apre il procedimento stragiudiziale di composizione della controversia al quale l'altra parte resta libera di prestare volontariamente adesione, malgrado le misure sanzionatorie o premiali che, per favorire la partecipazione di tutte le parti, sono state introdotte dalla legislazione statale.

In tal senso, peraltro, sembra chiaramente deporre l'attuale disciplina del procedimento che prevede lo svolgimento dell'iniziale incontro programmatico⁴², nel quale il mediatore chiarisce preliminarmente alle parti e ai loro avvocati la funzione e le modalità di svolgimento della mediazione, chiedendo loro se è possibile iniziare la mediazione. Un tale meccanismo informativo, da realizzare obbligatoriamente all'inizio di tutti i procedimenti, sottende la necessità di una manifestazione di consenso delle parti per passare dalla sessione informativa alla fase di merito della mediazione.

5. *L'obbligatorietà della mediazione.* – Se l'essenza volontaria della mediazione, quanto alla sua fase di avvio, presuppone altrettante manifestazioni di volontà delle parti, rispettivamente espresse attraverso la presentazione dell'istanza di apertura del procedimento e dell'adesione per la partecipazione allo stesso, rimane da chiarire quale sia il senso dell'imposizione legale o giudiziale dell'obbligatorietà. La questione sostanziale, in pratica, attiene all'individuazione della rilevanza e della natura giuridica di siffatta obbligatorietà⁴³.

⁴² L'attuale art. 8, comma 1, d.lvo 28/2010 stabilisce che: "Durante il primo incontro il mediatore chiarisce alle parti la funzione e le modalità di svolgimento della mediazione. Il mediatore, sempre nello stesso primo incontro, invita poi le parti e i loro avvocati a esprimersi sulla possibilità di iniziare la procedura di mediazione e, nel caso positivo, procede con lo svolgimento". La norma è stata introdotta dall'art. 84, co. 1, lett. h), d.l. 21 giugno 2013, n. 69, convertito, con modificazioni, dalla l. 9 agosto 2013, n. 98. In precedenza, invece, il mediatore poteva iniziare immediatamente la fase di merito.

⁴³ In relazione ai profili procedurali e sostanziali connessi all'obbligatorietà della mediazione, cfr. R. TISCINI, *La mediazione civile e commerciale*, cit., pp. 113 ss.; M.M. ANDREONI, G. BATTAGLIA e S. ROMANO, *La mediazione nelle controversie civili e commerciali. Commentario al decreto legislativo 4 marzo 2010, n. 28*, cit., pp. 63 s.; P. DELL'ANNA, E. GASBARRINI, M. LEO e I. PAGANELLI, in *Ma-*

Anzitutto, è da appurare se l'imposizione della mediazione determini a carico della parte tenuta ad esperirla una vera e propria obbligazione e, in caso di sua violazione, quali conseguenze possano scaturire. Non pare che alla prescrizione dell'obbligatorietà della mediazione corrisponda l'insorgenza di un'obbligazione in senso stretto verso la controparte della controversia. Non sussistono i tratti qualificanti del rapporto obbligatorio privatistico. La parte passiva che è destinataria della prescrizione, invero, non è tenuta, né può essere costretta a promuovere la mediazione per soddisfare un corrispondente interesse creditorio facente capo ad altri. Né, tantomeno la controparte è titolare di una pretesa direttamente azionabile, contingibile coattivamente, per l'apertura del procedimento di mediazione. La parte gravata dell'obbligatorietà, infatti, resta libera di scegliere se e quando promuovere la mediazione ovvero partecipare ad essa. Piuttosto, il mancato esperimento della mediazione si deve apprezzare sul diverso piano pubblicistico dell'accesso alla giurisdizione, che le prescrizioni legislative o i provvedimenti giudiziali possono modulare, con l'introduzione di altrettanti oneri incombenti sulla parte tenuta ad assolverli, che possono solo differire, senza però mai escludere, l'esercizio del corrispondente diritto fondamentale, così come espressamente stabilito dalla direttiva 2008/52/CE.

Alla luce delle considerazioni svolte, quindi, si deve meglio chiarire il significato dell'equivoca locuzione "mediazione obbligatoria" invalsa nel linguaggio giuridico per indicare quelle ipotesi evocate dalla direttiva europea e stabilite nelle legislazioni statali, come quella italiana⁴⁴, nelle quali l'esperimento del procedimento compositivo è prescritto direttamente dalle norme oppure può essere ordinato dal giudice onde instaurare o proseguire un giudizio. Proprio nella relazione con il giudizio, quindi, si deve apprezzare l'obbligatorietà della mediazione, piuttosto che nella negazione o limitazione della sua essenza volontaria. Proprio alla definizione di un equilibrato rapporto con il processo, del resto, si riferisce uno degli obiettivi generali perseguiti dalla

nale della mediazione civile e commerciale. Il contributo del notariato alla luce del d.lgs. n. 28/2010, cit., pp. 212 ss.; A.G. DIANA, La mediazione civile e commerciale, cit., pp. 89 ss.

⁴⁴ Art. 5, comma 1-bis, d.lvo 28/2010.

direttiva 2008/52/CE⁴⁵ che ha dettato uno statuto fondamentale della mediazione comune ai diversi Paesi membri, quale che sia il sistema nazionale di promovimento del procedimento di auto-composizione su base volontaria della controversia.

L'obbligatorietà, in pratica, segna un collegamento funzionale della mediazione rispetto al processo giudiziale, in termini condizionanti la procedibilità dell'azione⁴⁶ ma non un'attivazione del procedimento extragiudiziale senza volontà delle parti, in mancanza o tanto meno contro la loro volontà (coattivo). L'esperimento della mediazione più precisamente costituisce l'assolvimento di un onere per la parte che ne è gravata per poter accedere alla tutela giudiziale, che nella legislazione nazionale si modula variamente a seconda delle tipologie di controversie e di giudizi⁴⁷. Spetta all'autorità giudiziaria, d'ufficio oltre che su eccezione sollevata dalla controparte, verificare se la parte onerata abbia assolto le condizioni di procedibilità o proseguibilità dell'azione giudiziale, adottando le conseguenti pronunce in caso contrario⁴⁸.

La medesima soluzione, verosimilmente, si dovrebbe prospettare anche con riferimento alla pattuizione dell'obbligatorietà (c.d. mediazione concordata) all'interno di atti costitutivi e statuti di enti o contratti con cui le parti si impegnano a esperire la mediazione prima di promuovere l'azione giudiziale per la risoluzione dei conseguenti conflitti⁴⁹. In siffatte ipotesi, ferma la vo-

⁴⁵ Art. 1, par. 1, parte finale, della direttiva 2008/52/CE.

⁴⁶ In tal senso, si esprime la stessa rubrica "*Condizione di procedibilità e rapporti con il processo*", dell'art. 5, d.lvo 28/2018, che contiene le prescrizioni di obbligatorietà (legale, giudiziale e convenzionale) dell'esperimento della mediazione.

⁴⁷ Art. 5, comma 3, d.lvo 28/2010. Sul punto, v. F. CUOMO ULLOA, *La nuova mediazione*, cit., pp. 172 ss.

⁴⁸ Art. 5, commi 1-bis, 2 e 5, d.lvo 28/2010. In proposito, v. R. Tiscini, *La mediazione civile e commerciale*, cit., pp. 109 ss.; A.G. DIANA, *La mediazione civile e commerciale*, cit., pp. 89 ss.

⁴⁹ Sulla mediazione concordata, v. P. DELL'ANNA, E. GASBARRINI, M. LEO e I. PAGANELLI, in *Manuale della mediazione civile e commerciale. Il contributo del notaio alla luce del d.lgs. n. 28/2010*, cit., pp. 231 ss.; A.G. DIANA, *La mediazione civile e commerciale*, cit., pp. 89 ss.; G. SPINA e V. VASAPOLLO, *Mediazione concordata, in La nuova mediazione. Regole e tecniche dopo le modifiche introdotte dal "Decreto del fare"*, cit., pp. 369 ss.

lontarietà della natura dell'impegno assunto convenzionalmente dalle parti, si discute in merito alla possibile rilevanza pubblicitica dello stesso vincolo quale condizione di procedibilità, sul piano giudiziale, oltre che sul possibile carattere vessatorio della relativa pattuizione⁵⁰, sul piano sostanziale della validità civile. La normativa italiana sul punto non precisa quali siano le conseguenze della violazione della pattuizione della clausola di mediazione, con la quale le parti possono convenire sia l'obbligatorietà della mediazione e sia l'individuazione dell'organismo accreditato al quale parti debbono rivolgersi⁵¹. A quest'ultimo proposito, la norma italiana prevede sia la modificabilità consensuale della stessa, a favore di altro organismo diverso da quello inizialmente indicato, sia la conseguenza della mancanza di accreditamento dell'organismo indicato⁵². La stessa clausola, siccome riferita a controversie su diritti disponibili, potrebbe pre-

⁵⁰ Ai sensi dell'art. 1341, comma 2, cod. civ. e, altresì, dell'art. 33 ss. cod. cons. Per un'analisi integrata delle discipline delle clausole vessatorie, si rinvia all'opera collettanea Aa.Vv., *Contratto e responsabilità. Il contratto dei consumatori, dei turisti, dei clienti, degli investitori e delle imprese deboli. Oltre il consumatore* a cura di G. Vettori, I, Padova, 2013, pp. 287 ss.

⁵¹ Ai sensi dell'art. 5, comma 5, prima parte, d.lvo 28/2010: "*...se il contratto, lo statuto ovvero l'atto costitutivo dell'ente prevedono una clausola di mediazione o conciliazione e il tentativo non risulta esperimento, il giudice o l'arbitro, su eccezione di parte, proposta nella prima difesa, assegna alle parti il termine di quindici giorni per la presentazione della domanda di mediazione e fissa la successiva udienza dopo la scadenza del termine di cui all'articolo 6. Allo stesso modo il giudice o l'arbitro fissa la successiva udienza quando la mediazione o il tentativo di conciliazione sono iniziati, ma non conclusi. La domanda è presentata davanti all'organismo indicato dalla clausola, se iscritto nel registro, ovvero, in mancanza, davanti ad un altro organismo iscritto, fermo il rispetto del criterio di cui all'articolo 4, comma 1. In ogni caso, le parti possono concordare, successivamente al contratto o allo statuto o all'atto costitutivo, l'individuazione di un diverso organismo iscritto*". L'iniziale versione della norma è stata così sostituita dall'art. 84, comma 1, lett. e), d.l. 21 giugno 2013, n. 69, convertito, con modificazioni, dalla l. 9 agosto 2013, n. 98.

⁵² L'art. 4, comma 1, prima parte, d.lvo 28/2010, stabilisce che "*La domanda di mediazione relativa alle controversie di cui all'articolo 2 è presentata mediante deposito di un'istanza presso un organismo nel luogo del giudice territorialmente competente per la controversia...*". Il riferimento alla competenza territoriale, inizialmente non previsto, è stato introdotto con la modificazione apportata dall'art. 84, comma 1, lett. a), d.l. 21 giugno 2013, n. 69, convertito, con modificazioni, dalla l. 9 agosto 2013, n. 98.

vedere le conseguenze civilistiche per la sua inosservanza, sia per quanto attiene al risarcimento del danno, sia all'applicazione dei restanti rimedi contrattuali e sociali di carattere generale⁵³. Sul piano delle conseguenze pubblicistiche, ancorché solo su istanza di parte (e solo nella prima difesa), l'inosservanza della clausola determina l'improcedibilità della domanda giudiziale.

Al di fuori del richiamato raccordo con il processo giudiziale, quindi, l'essenza volontaria della mediazione si coglie, anzitutto, nella libera scelta delle parti contendenti di promuovere il procedimento e di partecipare dialetticamente allo svolgimento dello stesso. Il procedimento di mediazione, infatti, si attiva, sviluppa e conclude sempre sulla scorta della volontà espressa dalle parti contendenti, in ragione della natura disponibile dei diritti oggetto delle controversie civili e commerciali da comporre amichevolmente.

6. Il procedimento di mediazione. – In base alle richiamate definizioni dell'art. 3 della direttiva 2008/52/CE, l'elemento qualificante della mediazione è costituito dal suo procedimento compositivo, alla cui disciplina è pressoché integralmente dedicato l'essenziale statuto comune europeo (art. 4 ss.), peraltro, suscettibile di essere rafforzato e integrato dalle legislazioni statali e, altresì, dall'adesione volontaria ai codici deontologici e, comune, dall'autoregolamentazione.

Più precisamente, anzitutto, si prescrive che il procedimento di mediazione sia strutturato (art. 3, lett. a), ossia formi oggetto di una previa regolamentazione che, interessando almeno i suoi punti chiave, permetta alle parti di una controversia di svolgere consapevolmente e compiutamente il tentativo di raggiungere su base volontaria un accordo risolutivo avvalendosi dell'assistenza qualificata del mediatore. Ferma la necessità che nella disciplina del procedimento di mediazione sia sempre prevista

⁵³ Così, si potrebbero ipotizzare la risoluzione del contratto, il recesso/esclusione dalla compagine, una qualche decadenza o altra sanzione civilistica o commerciale per la violazione della clausola di mediazione, per il caso in cui la parte si sia rivolta direttamente all'autorità giudiziaria per la risoluzione della controversia senza esperire la mediazione.

l'assistenza del mediatore, sono irrilevanti tanto la denominazione e la professione attribuitegli in ciascuno Stato, quanto pure le modalità con cui egli è nominato o invitato a condurre la mediazione. Tali differenziazioni, invero, sono considerate marginali e perciò non alterano l'identità del ruolo del mediatore, né compromettono l'unitarietà della sua funzione di assistenza prestata in favore delle parti che nel procedimento di mediazione deve condursi in maniera efficace, imparziale e competente (art. 3, lett. b).

Il procedimento di mediazione, quindi, è la sequenza di atti da compiere nell'interazione dialettica condotta dal mediatore per assistere le parti che vogliono accordarsi per tentare di comporre amichevolmente la loro controversia nell'osservanza delle disposizioni applicabili, tanto legali, quanto regolamentari, amministrative e deontologiche⁵⁴. L'esame della disciplina del procedimento, quale elemento qualificante della mediazione, permette di coglierne i contenuti fondamentali e di ricostruirne la natura giuridica e, più alla radice, l'essenza volontaria segnalata da molteplici indicazioni normative concernenti la configurazione, l'organizzazione e il concreto svolgimento dell'interazione dialettica.

La direttiva 2008/52/CE, come anticipato, introduce uno statuto essenziale ed elastico del procedimento di mediazione sottoposto a una pluralità di fonti giuridiche eterogenee, suscettibili di combinarsi e integrarsi variamente tra di esse⁵⁵. La disciplina risultante deve essere osservata da tutti coloro i quali sono coinvolti nell'utilizzazione del relativo procedimento, a cominciare, dagli organismi che erogano il servizio di mediazione, dai mediatori che prestano l'assistenza e dalle stesse parti che tentano di comporre amichevolmente la controversia avvalendosi di questo meccanismo A.D.R.

⁵⁴ Sul procedimento di mediazione, v. F. CUOMO ULLOA, *La nuova mediazione*, cit., 241 ss.; C. BRUNELLI, M. BUZIO, C. CALDERONI, A.V. CAPASSO, M. LEO e V. SESSANO, in *Manuale della mediazione civile e commerciale. Il contributo del Notariato alla luce del d.lgs. n. 28/2010*, cit., pp. 149 ss.; M. DE VENTURA, *Iter procedimentale*, in *La nuova mediazione. Regole e tecniche dopo le modifiche introdotte dal "Decreto del fare"*, cit., pp. 405 ss.; A. SANTI, in *La mediazione per la composizione delle controversie civili e commerciali*, cit., pp. 214 ss.

⁵⁵ Cfr. il considerando n. 17 della direttiva 2008/52/CE.

Per un verso, anzitutto, in tutti gli Stati dell'Unione s'impone l'osservanza delle minime prescrizioni europee concernenti la necessaria riservatezza⁵⁶, l'efficacia impeditiva della decadenza e interruttiva della prescrizione⁵⁷ e la natura esecutiva dell'accordo compositivo della controversia⁵⁸. In sede di attuazione della direttiva, stante il suo carattere minimale, peraltro, le corrispondenti disposizioni adottate dai legislatori nazionali potrebbero sia riprodurre gli stessi contenuti, che rafforzarli e persino integrarli per completare la disciplina del procedimento di mediazione sotto altri aspetti, qualora siano ritenuti parimenti significativi e bisognosi di ricevere una puntuale regolamentazione⁵⁹. Per altro verso, ancora, con la direttiva si opera un generico rimando all'applicazione dei già menzionati principi giuridici di efficacia, imparzialità e competenza nella conduzione della mediazione⁶⁰, che trovano in altre fonti giuridiche europee l'esplicazione dei principali significati giuridici⁶¹. Infine, per la più puntuale regolamentazione del procedimento si rimanda ai contenuti dei codici di autodisciplina che si auspica

⁵⁶ Art. 7 della direttiva 2008/52/CE.

⁵⁷ Art. 8 della direttiva 2008/52/CE.

⁵⁸ Art. 6 della direttiva 2008/52/CE.

⁵⁹ Considerando n. 14 della direttiva 2008/52/CE.

⁶⁰ Artt. 3, par. 1, lett. b) e 4, par. 2, della direttiva 2008/52/CE.

⁶¹ La direttiva 2008/52/CE, al considerando n. 17 contiene un espresso richiamo alla Raccomandazione della Commissione 2001/310/CE, del 4 aprile 2001, sui principi applicabili agli organi extragiudiziali che partecipano alla risoluzione consensuale delle controversie in materia di consumo (GU L 109 del 19.4.2001, pag. 56). Più di recente, la materia del consumo è stata fatta oggetto di una apposita regolamentazione europea: la Direttiva 2013/11/UE del Parlamento europeo e del Consiglio del 21 maggio 2013 sulla risoluzione alternativa delle controversie dei consumatori, che modifica il regolamento (CE) n. 2006/2004 e la direttiva 2009/22/CE (Direttiva sull'A.D.R. per i consumatori) e il Regolamento (UE) n. 524/2013 del Parlamento Europeo e del Consiglio del 21 maggio 2013 relativo alla risoluzione delle controversie online dei consumatori e che modifica il regolamento (CE) n. 2006/2004 e la direttiva 2009/22/CE (regolamento sull'ODR per i consumatori). Per un'analisi di tali discipline, v. AA.VV., *The new regulatory framework for consumer dispute resolution* a cura di P. Cortes, Oxford, 2016; AA.VV., *Soluciones alternativas a los conflictos de consumo. Perfiles hispano-italianos* diretto da J.L. Tomillo Urbina, Granada, 2016.

siano volontariamente adottati e utilizzati da quanti, organismi e mediatori, erogano i servizi della mediazione⁶².

Pure sotto tali aspetti, la mediazione si differenzia nettamente dalla tutela giurisdizionale realizzata mediante i processi giudiziari finalizzati alla definizione delle cause civili e commerciali, che costituiscono dei sistemi strutturati in maniera rigida e formale attraverso norme eteronome di rito imposte dal diritto pubblico, tendenzialmente nazionale⁶³. All'osservanza scrupolosa delle puntuali prescrizioni che compongono gli uniformi regimi processuali sono tenuti sia i giudici, con i loro ausiliari, che le parti che vogliono addivenire alla definizione giurisdizionale della lite mediante l'adozione della decisione autoritativa che individui torti e ragioni in conformità alle norme di diritto sostanziale. Il procedimento di mediazione, al contrario, è intriso di volontarietà nella stessa impostazione pluralistica, oltre che nella strutturazione minima dei contenuti sia della flessibile disciplina europea, che dell'organizzazione duttile del servizio compositivo che affida alla professionalità del mediatore il compito di prestare l'assistenza nelle modalità richieste dalle parti affinché le stesse tentino di mettersi d'accordo, sfruttando l'autonomia privata concessa dall'ordinamento per disporre dei propri diritti. Siffatti elementi sono chiaramente illustrati nei contenuti dei considerando iniziali della direttiva 2008/52/CE, oltre che delle corrispondenti prescrizioni raccolte negli articoli che si riferiscono direttamente alla disciplina del procedimento di mediazione.

Per la direttiva europea, infatti, la mediazione può fornire una risoluzione extragiudiziale conveniente e rapida delle controversie in materia civile e commerciale attraverso procedure concepite in base alle esigenze delle parti⁶⁴. Inoltre, al fine di promuovere ulteriormente l'utilizzo della mediazione e per garantire che le parti che vi ricorrono possano fare affidamento su un contesto

⁶² Considerando n. 17 e art. 4, par. 1, della direttiva 2008/52/CE.

⁶³ Cfr. R. TISCINI, *La mediazione civile e commerciale*, cit., pp. 194 ss. per la quale il procedimento di mediazione sarebbe governato da quattro principi fondamentali, tra essi concatenati (evincibili dall'art. 3, d.lvo 28/2010): l'autonomia regolamentare, la riservatezza, l'imparzialità del mediatore e l'informalità degli atti.

⁶⁴ Considerando n. 6 della direttiva 2008/52/CE.

giuridico certo è necessario introdurre un quadro normativo che affronti, in particolare, gli elementi chiave della procedura civile⁶⁵. La disciplina legale della mediazione, pertanto, riveste carattere minimale anche quanto agli aspetti procedurali, affidandosi principalmente all'autonomia delle parti per la conformazione e la concreta gestione del meccanismo giuridico, oltre che per la definizione delle soluzioni consensuali delle controversie.

La mediazione, secondo la direttiva 2008/52/CE, dovrebbe essere un procedimento di volontaria giurisdizione nel senso che le parti gestiscono esse stesse il procedimento, possono organizzarlo come desiderano e porvi fine in qualsiasi momento⁶⁶. Minima, pertanto, è pure l'ammissibilità di intromissioni esterne dello stesso potere giudiziario sull'andamento del procedimento. La direttiva, infatti, lo circoscrive alla possibilità, per il diritto nazionale, di ammettere oltre alla già considerata sollecitazione giudiziale dell'avvio della mediazione, unicamente la fissazione di un termine al processo di mediazione⁶⁷. Una siffatta indicazione, peraltro, non è stata ripresa dal legislatore italiano che ha preferito stabilire direttamente per legge la durata massima del procedimento di mediazione⁶⁸.

In termini più generali, la normativa europea si rimette alle dinamiche competitive del mercato anche per quanto concerne l'autoregolamentazione dei sistemi di mediazione, per lo meno con riferimento a quegli aspetti che non rientrano nello statuto essenziale comune⁶⁹. In tal senso, al fine di favorire la fiducia reciproca necessaria per il successo della mediazione, si auspica che gli Stati intervengano solo indirettamente per incoraggia-

⁶⁵ Considerando n. 9 della direttiva 2008/52/CE.

⁶⁶ Considerando n. 13 della direttiva 2008/52/CE.

⁶⁷ Considerando n. 13 della direttiva 2008/52/CE.

⁶⁸ Ai sensi dell'attuale art. 6 (Durata), d.lvo 28/2010, il procedimento ha una durata non superiore ai tre mesi (comma 1). L'originaria prescrizione, che fissava in quattro mesi la durata massima del procedimento di mediazione, è stata così sostituita dall'art. 84, comma 1, lett. f), d.l. 21 giugno 2013, n. 69, convertito, con modificazioni, dalla l. 9 agosto 2013, n. 98. Tale riduzione si collega alle indicazioni della direttiva europea 2013/11/UE sulle A.D.R. per i consumatori, che fissa un termine di 90 giorni (art. 8, par. 1, lett. e) applicabile anche alla mediazione di consumo.

⁶⁹ Considerando n. 14 della direttiva 2008/52/CE.

re la formazione dei mediatori e mediante l'approntamento di efficaci meccanismi di controllo della qualità in merito alla fornitura dei servizi di mediazione⁷⁰. Più precisamente, agli Stati si sollecita la definizione dei meccanismi di qualità, che dovrebbero includere il ricorso a soluzioni basate sul mercato, e non dovrebbero essere tenuti a fornire alcun finanziamento al riguardo. In tal senso, i meccanismi dovrebbero essere volti a preservare la flessibilità del procedimento di mediazione, l'autonomia delle parti e a garantire che la mediazione sia condotta in un modo efficace, imparziale e competente⁷¹.

In una prospettiva europea di sviluppo del mercato interno, ancora, nei considerando iniziali della direttiva si precisa, per un verso, che i mediatori dovrebbero essere a conoscenza dell'esistenza del codice europeo di condotta dei mediatori e, per altro verso, che lo stesso dovrebbe anche essere disponibile su internet per il pubblico⁷². A tal proposito, la direttiva delinea in termini compiuti una strategia informativa multilivello che coinvolge le istituzioni comunitarie e nazionali, oltre che i professionisti del diritto. Più precisamente, con riferimento ai requisiti minimi di qualità previsti dalle raccomandazioni per gli organismi di composizione consensuale delle controversie di consumo, la Commissione europea, al fine di diffondere le informazioni relative a tali organismi dovrebbe predisporre una banca dati di modelli extragiudiziali di composizione delle controversie che, secondo gli Stati membri, rispettano i principi di tali raccomandazioni⁷³. Gli Stati membri, più in generale, dovrebbero direttamente incoraggiare la divulgazione al pubblico di informazioni su come contattare mediatori e organizzazioni che forniscono servizi di mediazione. I medesimi Stati, inoltre, dovrebbero incoraggiare i professionisti del diritto a informare i loro clienti delle possibilità della mediazione⁷⁴. Quest'ultima indicazione europea, in particolare, è stata ripresa e sviluppata

⁷⁰ Considerando n. 16 della direttiva 2008/52/CE.

⁷¹ Considerando n. 17 della direttiva 2008/52/CE.

⁷² Considerando n. 17 della direttiva 2008/52/CE.

⁷³ Considerando n. 18 della direttiva 2008/52/CE.

⁷⁴ Considerando n. 25 della direttiva 2008/52/CE.

dal legislatore italiano⁷⁵, che ha imposto agli avvocati l'obbligazione di fornire agli assistiti, all'atto del conferimento dell'incarico, in maniera chiara e per iscritto, l'informazione in merito all'esistenza della mediazione, al suo carattere obbligatorio, ai suoi vantaggi fiscali⁷⁶. L'avvocatura è stata direttamente investita di una funzione informativa essenziale per l'utilizzazione della mediazione, in particolare, per quanto concerne l'assistenza della clientela in primo luogo nella scelta consapevole tra sistemi giudiziali e stragiudiziali di giustizia, oltre nell'utilizzazione degli stessi per definire le controversie. Più precisamente, l'avvocato al quale si rivolge il cliente per la tutela dei propri diritti è tenuto a renderlo tempestivamente edotto sulla mediazione così da guidarlo nella scelta consapevole della migliore strategia difensiva e, quindi, nella conseguente decisione di intraprendere la via stragiudiziale o quella giudiziale per risolvere la controversia. Per il caso dell'inosservanza dell'obbligazione dell'avvocato di rendere informazione al cliente, la normativa italiana prevede l'invalidità, sotto forma di annullabilità, del contratto professionale e, inoltre, l'intervento diretto del giudice che può arrivare a convocare personalmente la parte in causa per verificare se sia stata correttamente informata dal proprio legale e, comunque, se sia disponibile a esperire volontariamente il procedimento di mediazione per comporre la lite⁷⁷. La violazione dell'obbligo di informazione del cliente sulla mediazione, peraltro, espone l'avvocato alla responsabilità disciplinare, secondo le prescrizioni del vigente codice deontologico forense⁷⁸.

⁷⁵ Art. 4, comma 3, d.lvo 28/2010.

⁷⁶ Artt. 17 e 20 d.lvo 28/2010.

⁷⁷ Sugli obblighi degli avvocati di informare la clientela in materia di mediazione, cfr. F. CUOMO ULLOA, *La nuova mediazione*, cit., pp. 77 ss.; V. VASAPOLLO, *Obbligo di informativa dell'avvocato*, in *La nuova mediazione. Regole e tecniche dopo le modifiche introdotte dal "Decreto del fare"*, cit., pp. 467 ss.

⁷⁸ L'attuale codice deontologico forense (approvato dal Consiglio nazionale forense nella seduta del 31 gennaio 2014 e pubblicato nella Gazzetta Ufficiale Serie Generale n. 241 del 16 ottobre 2014), all'art. 27, comma 3, impone all'avvocato, all'atto del conferimento dell'incarico, di informare la parte assistita chiaramente e per iscritto della possibilità di avvalersi del procedimento di mediazione previsto dalla legge e, altresì, dei percorsi alternativi al contenzioso giudiziario, pure previsti dalla legge. La violazione di tale

7. *L'unitario statuto comune: la riservatezza, la prescrizione e la decadenza.* – L'insistenza della legislazione per l'informazione, la trasparenza e la divulgazione al pubblico dell'esistenza delle norme e dei codici di autodisciplina tra gli organismi che erogano il servizio di mediazione, in chiave funzionale, esprime una precisa strategia competitiva che, sostenendo la dinamica conoscitiva e comparativa, vorrebbe determinare una spinta virtuosa verso la scelta dei servizi compositivi stragiudiziali di maggiore qualità che garantiscano le soluzioni migliori e, comunque, preferibili per gli utenti. La direttiva europea, quindi, intende stimolare una dialettica comunicativa tra erogatori e fruitori del servizio di mediazione che, per un verso, devono rispettare lo statuto legale essenziale, corrispondente agli standard minimi di tutela imposti direttamente dalla normativa europea e da quelle nazionali e, per altro verso, devono virtuosamente tendere, nella loro autonomia organizzativa, all'elaborazione e applicazione delle soluzioni di maggiore qualità. In questo senso, nell'organizzazione del servizio della mediazione e, soprattutto, nella conformazione e concreta gestione del relativo procedimento, si delinea il ruolo fondamentale affidato all'autonomia di quanti, gli organismi di mediazione e i mediatori, prestano l'assistenza alle parti contendenti. L'offerta di servizi compositivi di qualità, in una cornice competitiva di costruzione del mercato interno, rimette alla volontà degli utenti, alla loro libertà di scelta, la selezione e, quindi, il successo delle formule procedurali della mediazione migliori e, perciò, preferibili.

Con riferimento alla disciplina applicabile, pertanto, si distinguono almeno due piani di valutazione del servizio e, in particolare, del procedimento di mediazione, a seconda che si consideri, da un lato, il necessario rispetto delle norme imperative, rilevanti sono il profilo della legalità, e, dall'altro lato, la spontanea osservanza delle altre norme dispositive, per lo più riconducibili ai codici di autodisciplina, attinenti all'innalzamento degli standard di qualità del meccanismo compositivo, che gli organismi di mediazione, oltre che i mediatori, possono volontariamente decidere di utilizzare. Entrambi i piani di valutazione devono essere

dovere comporta l'applicazione della sanzione disciplinare dell'avvertimento (comma 9).

presi in considerazione dagli utenti che, in un mercato trasparente e competitivo, dovrebbero rivolgere le loro preferenze per la strutturazione dei procedimenti di mediazione che garantiscano nel rispetto imprescindibile della legalità anche la maggiore qualità del servizio. Una siffatta dinamica, come è facilmente comprensibile, presuppone il riconoscimento di un ruolo essenziale alla volontà delle parti contendenti, alle quali è rimesso il diritto di scegliere quale servizio di mediazione utilizzare e, inoltre, come concretamente gestire il relativo procedimento autocompositivo condotto con l'assistenza del mediatore.

Quanto alle prescrizioni imperative della direttiva 2008/52/CE sul procedimento di mediazione, anzitutto, meritano di essere richiamate quelle stabilenti che i mediatori e gli altri soggetti coinvolti nella gestione del procedimento compositivo siano tenuti alla necessaria osservanza della riservatezza in merito alle informazioni in esso raccolte che, perciò, non dovrebbero formare oggetto di testimonianza in sede giurisdizionale o arbitrale civile o commerciale⁷⁹. In chiave sistematica, questa normativa assume un notevole rilievo per la ricostruzione della natura giuridica del procedimento di mediazione in quanto, tra l'altro, riconosce espressamente ampi margini d'intervento all'autonomia legislativa degli Stati membri e a quella organizzativa dei responsabili del servizio di mediazione, oltre che alla volontà delle parti contendenti. In conformità al carattere minimale della disciplina europea, per un verso, si prevede espressamente la facoltà per gli Stati membri di intervenire con misure più restrittive per tutelare maggiormente la riservatezza della mediazione⁸⁰. In tal senso, il legislatore europeo ha previsto che nella mediazione si possano legislativamente graduare, ancorché in senso solamente rafforzativo, gli standard minimi di protezione della riservatezza imposti direttamente dalla direttiva. Tanto è pienamente coerente sia con la flessibilità della disciplina del procedimento di mediazione sia con l'autonomia attribuita agli organismi di mediazione e agli stessi mediatori che offrono sul mercato il servizio compositivo, utilizzando plurime formule organizzative e gestionali, a seconda delle esigenze e delle richie-

⁷⁹ Art. 8 (Riservatezza della mediazione) della direttiva 2008/52/CE.

⁸⁰ Art. 8, par. 2, della direttiva 2008/52/CE.

ste degli utenti. Non v'è dubbio che la flessibilità riconosciuta, anche sul punto, al procedimento di mediazione è suscettibile di alimentare una dinamica competitiva tra le varie offerte dei servizi compositivi che sarà sospinta dalla comparazione dei livelli qualitativi di garanzia legale e volontaria della riservatezza delle informazioni⁸¹.

Coerente con l'essenza volontaria del procedimento di mediazione e la natura disponibile del meccanismo di autocomposizione della controversia, per altro verso, è pure la disposizione della direttiva europea che espressamente riserva alle parti il diritto di decidere diversamente in merito all'osservanza delle norme legali e deontologiche sulla riservatezza che gli organismi di mediazione e i mediatori sono tenuti a rispettare⁸². Ciascun contendente che si avvalga della mediazione, infatti, può scegliere di pretendere il rispetto delle specifiche norme concernenti la protezione della riservatezza del procedimento ovvero acconsentire alla disapplicazione in tutto o in parte delle stesse, tendenzialmente, senza alcuna limitazione. In modo che le informazioni risultanti dal procedimento di mediazione o che sono ad esso connesse possano essere trasferite in sede giudiziale e arbitrale, ovvero in altro contesto di contenzioso, se in tal senso si atteggia la volontà della parte contendente che, evidentemente, non ha interesse a beneficiare della protezione della sua riservatezza.

La legislazione italiana sul punto⁸³, peraltro, esplicita che nella protezione della riservatezza del procedimento di mediazione, la diversa volontà può riferirsi sia al consentire che le informazioni riservate siano portate a conoscenza verso l'esterno (c.d. riservatezza esterna)⁸⁴, sia anche che informazioni riserva-

⁸¹ Cfr. il considerando n. 17 della direttiva 2008/52/CE.

⁸² Art. 8, par. 1, della direttiva 2008/52/CE.

⁸³ Art. 9 (Dovere di riservatezza), d.lvo. 28/2010. Sulla disciplina della riservatezza nella mediazione, in questa stessa collana, cfr. C. PILIA, *La tutela della riservatezza e il trattamento dei dati personali nella mediazione*, in *Quaderni di conciliazione* a cura di C. Pilia, 3, 2013, Cagliari, pp. 183 ss.; A. BALTI, *La riservatezza del procedimento di mediazione delle controversie civili e commerciali dopo l'intervento della Corte costituzionale*, *ivi*, 6, 2017, pp. 61 ss.

⁸⁴ Art. 9, comma 1, d.lvo. 28/2010.

te fornite separatamente da una parte siano condivise con la controparte (c.d. riservatezza interna)⁸⁵. Mentre la prima protezione esterna della riservatezza del procedimento di mediazione (per quanto attiene alle informazioni concenti la sua stessa esistenza, oltre che ogni contenuto veicolato attraverso atti e documenti acquisiti, ovvero le dichiarazioni rese e comunque le attività svolte dalle stesse parti e dai terzi intervenuti) assume carattere generale in quanto riguarda tutte le mediazioni, la seconda protezione interna della riservatezza è d'indole speciale ed eventuale, poiché attiene solamente alla gestione di quelle specifiche informazioni fornite separatamente da ciascuna parte al mediatore e che, di regola, non dovrebbero essere condivise con la controparte, salva appunto la diversa volontà di chi le ha fornite. Siffatte indicazioni, sempre sul piano sistematico, sono significative della diponibilità delle regole del procedimento e, in sostanza, risultano espressive di alcune delle molteplici declinazionali consensuali del funzionamento che connotano la sua essenza volontaria.

Quanto agli effetti della mediazione sui termini di prescrizione e decadenza, come anticipato, la preoccupazione del legislatore europeo è stata quella di scongiurare il pericolo che il tempo necessario per l'esperimento del procedimento finisca per danneggiare la parte nel successivo accesso al sistema giudiziale⁸⁶. In tal senso, al fine di garantire l'utilizzo della mediazione senza sacrificare il ricorso all'autorità giudiziaria, la direttiva prescrive che gli Stati membri adottino delle norme che pendente la mediazione scongiurino gli effetti della prescrizione o della decadenza del diritto oggetto della controversia⁸⁷. La disciplina, in sostanza, nell'impedire gli effetti negativi della prescrizione e della decadenza rispetto alla tutela giudiziale, intende però garantire la qualità del procedimento di mediazione, mediante il riconoscimento, almeno parziale, di una parità di condizioni di accesso rispetto alla giurisdizione. In tal senso, per un verso, la decisione delle parti di sperimentare la media-

⁸⁵ Art. 9, comma 2, d.lvo. 28/2010.

⁸⁶ Cfr. il considerando n. 24 della direttiva 2008/52/CE.

⁸⁷ Art. 8 (Effetto della mediazione sui termini di prescrizione e decadenza) della direttiva 2008/52/CE.

zione, specialmente nei casi di sua obbligatorietà, non comporta alcun effetto pregiudizievole per la successiva attivazione della tutela giudiziale dei loro diritti. Per altro verso, il procedimento di mediazione assume diretto rilievo, come quello giurisdizionale, ai fini dell'interruzione della prescrizione e dell'impedimento della decadenza⁸⁸. Sul piano giuridico sistematico, quindi, si superano gradualmente i tradizionali steccati tra i diversi, per tanti aspetti opposti, regimi delle tutele giudiziali e di quelle stragiudiziali, soprattutto quelle consensuali. Si aprono così nuovi e crescenti spazi all'autonomia delle parti contendenti nel decidere liberamente quale via (etero o auto) compositiva seguire per definire le proprie controversie civili e commerciali. Sul punto, appare emblematica la locuzione utilizzata dall'art. 8 della direttiva 2008/52/CE che si riferisce testualmente "... alle parti che scelgono la mediazione nel tentativo di dirimere una controversia...". Una scelta che si pone, in primo luogo, rispetto alla giurisdizione in ragione dell'esercizio di un'opzione alternativa di tutela che il legislatore europeo ipotizza sia ricompresa nel più ampio e pluralista sistema della giustizia in via di costruzione.

8. (segue): *la forza esecutiva dell'accordo di mediazione*. – Le norme della direttiva in esame contribuiscono a sviluppare un processo normativo europeo propulsivo di una dinamica competitiva tra le varie tutele dei diritti disponibili che, in chiave sistematica, collocano la mediazione e, più in generale, le A.D.R.

⁸⁸ Nella legislazione italiana, in particolare, l'art. 5, ult. comma, d.lvo 28/2010, stabilisce che: "Dal momento della comunicazione alle altre parti, la domanda di mediazione produce sulla prescrizione gli effetti della domanda giudiziale. Dalla stessa data, la domanda di mediazione impedisce altresì la decadenza per una sola volta, ma se il tentativo fallisce la domanda giudiziale deve essere proposta entro il medesimo termine di decadenza, decorrente dal deposito del verbale di cui all'articolo 11 presso la segreteria dell'organismo". Su tali profili, A.G. DIANA, *La mediazione civile e commerciale*, cit., pp. 143 ss.; G. MINELLI, in *La mediazione per la composizione delle controversie civili e commerciali*, cit., pp. 202 ss.; M. RINALDI, *Disciplina sostanziale degli atti della mediazione e rapporto con il processo civile*, in *La nuova mediazione. Regole e tecniche dopo le modifiche introdotte dal "Decreto del fare"*, cit., pp. 557 ss.

tra le forme compositive delle controversie che sono state ormai ricomprese a pieno titolo nella più ampia nozione comunitaria di giustizia, non più circoscritta alla sola giurisdizione. Analoghe considerazioni possono svolgersi per quanto attiene agli ulteriori aspetti della disciplina europea della mediazione, a cominciare da quelli concernenti l'attribuzione dell'efficacia giuridica rafforzata di titolo esecutivo all'accordo risolutore della controversia raggiunto dalle parti all'esito del procedimento compositivo stragiudiziale. Le soluzioni contrattuali, che preven- gono o pongono termine alle liti, in base alle tradizionali discipline interne⁸⁹, infatti, hanno solitamente rivestito una mera efficacia negoziale tra le parti contraenti l'accordo (art. 1372 cod. civ.). In mancanza di sua spontanea attuazione, pertanto, occorre l'intervento dell'autorità giudiziaria, affinché adotti una decisione munita della forza di titolo esecutivo. Le decisioni giudiziali, infatti, rivestono direttamente quella forza esecutiva che, di regola, permette di costringere le parti ad attuarne coattivamente i contenuti⁹⁰. Nella prospettiva di rafforzamento competitivo del meccanismo contrattuale della mediazione, pertanto, si dovrebbe leggere l'intervento operato dalla direttiva 2008/52/CE sull'efficacia esecutiva dell'accordo compositivo raggiunto all'esito del procedimento della mediazione⁹¹.

Pur riconoscendo che gli accordi risultanti dalla mediazione abbiano maggiori probabilità di essere rispettati volontariamente e preservino più facilmente una relazione amichevole e sostenibile tra le parti, soprattutto nelle situazioni che presentino elementi di portata transfrontaliera⁹², la direttiva chiarisce che: «*La mediazione non dovrebbe essere ritenuta un'alternativa de-*

⁸⁹ In particolare, il riferimento è al contratto tipico di transazione, ai sensi dell'art. 1965 ss. cod. civ, con il quale le parti, facendosi reciproche concessioni, pongono fine a una lite già incominciata o preven- gono una lite che può insorgere tra loro. In proposito, sulla distinzione tra la transazione e la mediazione, v. E. MORANO CINQUE, *Mediazione e transazione quali strumenti di risoluzione privata delle controversie: i due istituti civilistici a confronto*, in *La nuova mediazione. Regole e tecniche dopo le modifiche introdotte dal "Decreto del fare"*, cit., pp. 557 ss.

⁹⁰ Cfr. artt. 282 (Esecutorietà provvisoria) e 474 (Titolo esecutivo) ss. c.p.c.

⁹¹ Cfr. il considerando n. 19 della direttiva 2008/52/CE.

⁹² Considerando n. 6 della direttiva 2008/52/CE.

teriore al procedimento giudiziario nel senso che il rispetto degli accordi derivanti dalla mediazione dipenda dalla buona volontà delle parti»⁹³. Perciò, gli Stati membri dovrebbero garantire che le parti di un accordo scritto risultante dalla mediazione possano chiedere che il contenuto dell'accordo sia reso esecutivo, tranne che ciò sia escluso dal diritto interno, da quello internazionale privato o dalla natura stessa della pattuizione⁹⁴. Pur con tali limitazioni, quindi, il procedimento di mediazione si arricchisce di un elemento di efficacia finora appannaggio del processo giudiziario.

La qualità della mediazione, valutata in relazione al momento conclusivo del procedimento, più precisamente, è stata presa in considerazione dallo statuto comune europeo quanto all'esecutività degli accordi compositivi. Il legislatore europeo, infatti, non ha ritenuto di lasciare alla spontanea iniziativa delle parti contendenti il rispetto e l'esecuzione della soluzione amichevole della controversia raggiunta in mediazione. Perciò, si prescrive che gli Stati membri debbano garantire che il contenuto dell'accordo scritto risultante dalla mediazione sia reso esecutivo⁹⁵. Ciascuna legislazione statale, in conformità al proprio diritto, stabilisce in quale maniera (sentenza, decisione o atto autentico di un organo giurisdizionale o di un'altra autorità competente) si ottiene l'esecutività dell'accordo. Gli organi giurisdizionali e le altre autorità competenti a ricevere le istanze di esecutività sono dagli Stati membri comunicate alla Commissione europea, la quale mette le relative informazioni a disposizione del pubblico, con qualsiasi mezzo appropriato⁹⁶.

La disposizione europea è stata formulata in maniera coerente con l'essenza volontaria della mediazione e, in specie, del suo procedimento, se solo si considera che la natura esecutiva non costituisce un effetto automatico o legale dell'accordo, ma è stato subordinato alla manifestazione di un esplicito consenso delle parti. In primo luogo, si prescrive agli Stati membri di assi-

⁹³ Considerando n. 19, prima parte, della direttiva 2008/52/CE.

⁹⁴ Considerando n. 19, seconda parte, della direttiva 2008/52/CE.

⁹⁵ Art. 6 (Esecutività degli accordi risultanti dalla mediazione) della direttiva 2008/52/CE.

⁹⁶ Art. 10 della direttiva 2008/52/CE.

curare la possibilità di chiedere l'esecutività dell'accordo scritto di mediazione alle parti della controversia ovvero a una sola di esse ma con l'esplicito consenso delle altre⁹⁷. L'accordo scritto di mediazione, quindi, assume natura esecutiva solo se tutte le parti lo acconsentano, quale che sia la modalità di manifestare questa loro specifica volontà. In mancanza di consenso unanime e, tendenzialmente, esplicito sull'attribuzione della natura esecutiva all'accordo di mediazione, quindi, dovrebbe risultare preclusa la produzione di un siffatto effetto. La medesima preclusione, peraltro, si determina anche nei casi di contrarietà alle norme imperative del contenuto dell'accordo⁹⁸.

Per quanto attiene all'attribuzione della forza esecutiva dell'accordo di mediazione, quindi, si richiede una specifica manifestazione di volontà in tal senso delle parti contendenti, che potrebbe essere raccolta nel corpo del medesimo accordo compositivo della controversia. La soluzione prospettata parrebbe essere quella normale e di più frequente utilizzazione ma non possono escludersi soluzioni alternative, a seconda che le parti abbiano espresso preventivamente la propria volontà in merito, anticipando di essere favorevoli o contrarie all'attribuzione della forza esecutiva all'eventuale accordo compositivo che si raggiungesse all'esito del procedimento di mediazione. Una siffatta dichiarazione preventiva, peraltro, potrebbe diversamente influire sull'esito del procedimento e, comunque, essere successivamente ritrattata o modificata dalle stesse parti sia nell'eventuale accordo compositivo che si stipulasse sia successivamente. L'accordo di mediazione, infatti, potrebbe non avere necessità di essere eseguito, per esempio se si limitasse ad appurare l'infondatezza di una pretesa o riconoscesse semplicemente una situazione giuridica attiva o passiva, oppure se avesse già trovato un'integrale, spontanea e immediata attuazione ad opera di entrambe le parti. Qualora, invece, sorgesse un problema esecutivo successivamente al raggiungimento dell'accordo di mediazione, il consenso delle parti a favore dell'attribuzione della forza esecutiva all'accordo di mediazione potrebbe manifestarsi anche con un patto aggiunto o in un atto separato, se del caso,

⁹⁷ Art. 8, par. 1, della direttiva 2008/52/CE.

⁹⁸ Art. 8, par. 2, della direttiva 2008/52/CE.

contenuto nella stessa richiesta da inoltrare all'organo giurisdizionale o all'altra autorità avente competenza ad attribuire la natura esecutiva.

Nella disciplina italiana, tuttavia, non trova esplicitazione la questione della necessità di uno specifico accordo delle parti per l'attribuzione della forza esecutiva all'accordo di mediazione. Con l'evoluzione normativa, tuttavia, si prospettano due distinte modalità per raggiungere questo risultato che, in fondo, sembrano presupporre una scelta volontaristica delle parti. L'iniziale dettato legislativo nazionale⁹⁹, infatti, si limitava a stabilire che la competenza ad attribuire la forza esecutiva al verbale di accordo di mediazione spetta al Presidente del Tribunale del circondario in cui ha sede l'organismo di mediazione, ovvero, per le controversie transfrontaliere del circondario in cui l'accordo deve avere esecuzione. All'autorità giudiziaria è attribuito il potere di omologare a seguito di un duplice controllo di legalità di tipo sia procedimentale, accertamento previo di regolarità formale, sia sostanziale, verifica della non contrarietà all'ordine pubblico e a norme imperative del contenuto dell'accordo raggiunto in mediazione. L'omologazione è concessa su istanza di parte. La previsione della sollecitazione di parte, se esclude un intervento officioso dell'autorità giudiziaria, non presuppone esplicitamente la necessità di uno specifico accordo delle parti in merito all'attribuzione della forza esecutiva all'accordo di mediazione. La mancanza di qualsiasi riferimento alla necessità della manifestazione esplicita del consenso di ciascuna delle parti, pertanto, avrebbe potuto dare l'impressione di un'efficacia esecutiva insita nell'accordo stesso di mediazione. L'impressione non è però corretta, in quanto è preferibile accogliere una soluzione che, anche sul punto, rispetti l'essenza volontaria nel funzionamento del meccanismo compositivo.

⁹⁹ Art. 12 (Art. 12 Efficacia esecutiva ed esecuzione) del d.lgs. 20/2010. Sulla natura esecutiva degli accordi raggiunti in mediazione, cfr. E. GASPARRINI e V. CAPASSO, in *Manuale della mediazione civile e commerciale. Il contributo del Notariato alla luce del d.lgs. n. 28/2010*, cit., pp. 347 ss.; G. MINELLI, in *La mediazione per la composizione delle controversie civili e commerciali*, cit., pp. 289 ss.; G. BATTAGLIA, in *La mediazione nelle controversie civili e commerciali. Commentario al decreto legislativo 4 marzo 2010, n. 28*, cit., pp. 191 ss.; A.G. DIANA, *La mediazione civile e commerciale*, cit., pp. 310 ss.

La più recente riformulazione della normativa italiana, avvenuta nell'ambito delle riforme che hanno reintrodotta l'obbligatorietà della mediazione e sviluppato la degiurisdizionalizzazione del contenzioso¹⁰⁰, contiene una la previsione di un'altra modalità, da ritenere principale, di attribuzione della forza esecutiva all'accordo di mediazione, che si avvale dell'assistenza che gli avvocati prestano obbligatoriamente alle parti in mediazione¹⁰¹. Più precisamente, si prevede adesso che: *"Ove tutte le parti aderenti alla mediazione siano assistite da un avvocato, l'accordo che sia stato sottoscritto dalle parti e dagli stessi avvocati costituisce titolo esecutivo per l'espropriazione forzata, l'esecuzione per consegna e rilascio, l'esecuzione degli obblighi di fare e non fare, nonché per l'iscrizione di ipoteca giudiziale. Gli avvocati attestano e certificano la conformità dell'accordo alle norme imperative e all'ordine pubblico..."*¹⁰². Il controllo giudiziale, che pertanto è stato degradato a modalità residuale di attribuzione della forza esecutiva, è stato affiancato dalla modalità principale realizzata con l'assistenza dei legali, i quali devono sottoscrivere l'accordo di mediazione insieme alle parti e certifi-

¹⁰⁰ L'iniziale contenuto dell'art. 12 d.lvo 28/2010 è stato modificato dall'art. 84, co. 1, lett. m), d.l. 21 giugno 2013, n. 69, convertito, con modificazioni, dalla l. 9 agosto 2013, n. 98 e, successivamente, dall'art. 5, comma 4-bis, d.l. 12 settembre 2014, n. 132, convertito, con modificazioni, dalla l. 10 novembre 2014, n. 162. Sul contenuto della nuova disciplina, v. F. CUOMO ULLOA, *La nuova mediazione*, cit., pp. 344 ss.; M. FILIPPELLI, *Verbale di conciliazione: tematiche sostanziali e processuali*, in *La nuova mediazione. Regole e tecniche dopo le modifiche introdotte dal "Decreto del fare"*, cit., pp. 597 ss.

¹⁰¹ Ai sensi dell'art. 8 (Procedimento), comma 1, inciso finale, d.lvo 28/2010, quale modificato dall'art. 84, co. 1, lett. h), d.l. 21 giugno 2013, n. 69, convertito, con modificazioni, dalla l. 9 agosto 2013, n. 98, si stabilisce che: *"Al primo incontro e agli incontri successivi, fino al termine della procedura, le parti devono partecipare con l'assistenza dell'avvocato"*. Sull'assistenza legale obbligatoria in mediazione, cfr. F. CUOMO ULLOA, *La nuova mediazione*, cit., pp. 77 ss.

¹⁰² Prosegue lo stesso art. 12, d.lvo 28/2010, quale è stato riformulato: *"L'accordo di cui al periodo precedente deve essere integralmente trascritto nel precepto ai sensi dell'articolo 480, secondo comma, del codice di procedura civile. In tutti gli altri casi l'accordo allegato al verbale è omologato, su istanza di parte, con decreto del presidente del tribunale, previo accertamento della regolarità formale e del rispetto delle norme imperative e dell'ordine pubblico"*.

carne la legalità. In mancanza delle congiunte sottoscrizioni e certificazioni di legalità ad opera degli avvocati delle parti, per il conseguimento della forza esecutiva occorre ancora rivolgersi all'autorità giudiziaria. Attraverso la prospetta alternativa, in effetti, si riescono a delineare meglio i contorni della consensualità della scelta di attribuire forza esecutiva all'accordo di mediazione. In primo luogo, emerge la necessità di una apposita sottoscrizione e di una specifica certificazione di legalità degli avvocati che assistono ciascuna delle parti. In tal modo, quindi, si presuppone l'effettuazione di una scelta condivisa da tutti e, quindi, la necessità di uno specifico accordo riguardo all'opzione di attribuire la forza esecutiva per il tramite dell'assistenza prestata dagli avvocati. Se anche una sola parte ovvero un avvocato non fossero d'accordo sarebbe preclusa la percorribilità di questa via stragiudiziale. Rimarrebbe, quindi, la possibilità di attivare, in via residuale, su istanza di parte (l'altra o le altre), il meccanismo dell'omologa giudiziale. Tuttavia, anche in questo secondo caso, è da ritenere che si possano ravvisare profili di consensualità nell'attribuzione della forza esecutiva all'accordo di mediazione.

In ogni caso, per tale eventualità residuale, quand'anche si arrivasse a ipotizzare che nel raggiungimento dell'accordo di mediazione sia da intendere implicitamente raccolto un siffatto consenso per l'attribuzione dell'efficacia esecutiva tramite omologa giudiziale, si dovrebbe riconoscere comunque alle parti la possibilità di farne espressa esclusione attraverso la manifestazione di una volontà contraria. Se del caso, essa potrebbe manifestarsi sia in via diretta mediante un'espressa opposizione ovvero rinunciando previamente ad avvalersi di una siffatta efficacia, sia in maniera indiretta attraverso la pattuizione alternativa di ulteriori rimedi invocabili in caso di inattuazione dell'accordo di mediazione ovvero l'inserimento di un'altra diversa garanzia azionabile¹⁰³. In questa materia, infatti, vi è piena disponibilità degli interessi delle parti, che possono accordarsi come meglio credono per assicurare il rispetto dell'accordo compositivo raggiun-

¹⁰³ Ai sensi dell'art. 11, comma 3, ultima parte, d.lvo 28/2010, infatti, si prevede che: *"L'accordo raggiunto, anche a seguito della proposta, può prevedere il pagamento di una somma di denaro per ogni violazione o inosservanza degli obblighi stabiliti ovvero per il ritardo nel loro adempimento"*. Sul punto. V. TISCINI, *La mediazione civile e commerciale*, cit., pp. 263 ss.

to nel procedimento di mediazione. In ogni caso, la questione del consenso all'esecuzione forzata da ultimo richiamata costituisce anch'essa un significativo indice della disponibilità del procedimento e, quindi, dell'ulteriore declinazione trattamentale dell'essenza volontaria della mediazione.

9. *I principi europei di qualità.* – Nell'ambito della già richiamata definizione europea di mediatore¹⁰⁴, oltre che con riguardo al requisito della sua formazione¹⁰⁵, la direttiva afferma l'applicazione nel procedimento di mediazione dei principi di efficacia, imparzialità e competenza. I contenuti dei principi non sono esplicitati all'interno della stessa direttiva, ma i considerando iniziali¹⁰⁶ fanno espresso richiamo di altra fonte comunitaria costituita dalla raccomandazione della Commissione europea del 4 aprile 2001 sui principi applicabili agli organi extragiudiziali che partecipano alla risoluzione consensuale delle controversie in materia di consumo¹⁰⁷. In tale ambito, con riguardo a tutti i sistemi A.D.R., sono stati stabiliti principi generali europei che integrano altrettanti requisiti minimi di qualità da osservare nella risoluzione consensuale delle controversie con i consumatori¹⁰⁸. I contenuti generali di siffatti principi, conge-

¹⁰⁴ Art. 3, lett. b), direttiva 2008/52/CE.

¹⁰⁵ Art. 4, par. 2, direttiva 2008/52/CE.

¹⁰⁶ Considerando n. 18 della direttiva 2008/52/CE.

¹⁰⁷ Raccomandazione della Commissione del 4 aprile 2001 sui principi applicabili agli organi extragiudiziali che partecipano alla risoluzione consensuale delle controversie in materia di consumo. Successivamente all'attuazione della direttiva 2008/52/CE, come anticipato, in materia di sistemi di risoluzione stragiudiziale delle controversie di consumo, sono state approvate le due importanti fonti: la Direttiva 2013/11/UE sulle A.D.R. per i consumatori (attuata in Italia con il d.lvo 130/2015) e il Regolamento UE 524/2013 sull'ODR per i consumatori, che riprendono le sviluppano i contenuti dei previgenti principi di qualità. Sulle più recenti tutele stragiudiziali dei consumatori, v. C. PILIA, *L'attuazione in Italia della direttiva 2013/11/UE sulle ADR per i consumatori*, in *Quaderni di conciliazione*, 5, Cagliari, 2017, pp. 153 ss.; A.M. MANCALEONI, *La risoluzione extragiudiziale delle controversie dei consumatori dopo la direttiva 2013/11/UE*, in *Europa e Diritto Privato*, 3, 2017, pp. 1064 ss.

¹⁰⁸ La direttiva 2013/11/UE, nel riconoscere che i consumatori possono, su base volontaria, presentare reclamo nei confronti di professionisti dinanzi a organi-

niali all'elasticità della disciplina e alla flessibilità del meccanismo compositivo della mediazione, peraltro, offrono indicazioni utili per la ricostruzione dell'essenza volontaria del relativo procedimento.

Più precisamente, nella citata raccomandazione (lett. C) il principio dell'efficacia si concreta in una serie esemplificativa di proposizioni di significato ampio ed elastico. Nell'ordine, si stabilisce che il procedimento deve essere facilmente accessibile e disponibile per entrambe le parti, ad esempio tramite mezzi elettronici, in qualunque luogo esse si trovino. La procedura deve essere gratuita e, ove ci siano costi, gli stessi devono essere modici e proporzionati al valore della controversia. Le parti possono accedere alla procedura senza essere obbligate a farsi assistere dagli avvocati, pur avendo le stesse diritto di farsi rappresentare o assistere da terzi in qualsiasi fase. Il procedimento deve essere trattato dal responsabile dell'organismo celermente, nel termine più breve possibile e compatibile con la natura della controversia e in modo appropriato. Il responsabile dell'organismo deve verificare il comportamento delle parti per assicurare che siano impegnate nella ricerca di una risoluzione adeguata, equa e tempestiva della controversia. Se si ravvisa una condotta inappropriata, entrambe le parti sono informate onde valutare se continuare la procedura. L'accessibilità e la disponibilità del procedimento, in sintesi, paiono costituire i tratti salienti del contenuto del principio di efficacia che si devono rispettare da parte di chi eroga il servizio compositivo e si ricollegano direttamente alla volontarietà delle scelte rimesse alle parti nella mediazione, sia per quanto concerne l'avvio, che lo sviluppo e la sua conclusione. La più recente direttiva 2013/11/UE sulle A.D.R. per i consumatori ha provveduto ad esplicitare meglio il significato del principio di imparzialità, che impone il rispetto di una serie di requisiti¹⁰⁹.

smi che offrono procedure indipendenti, imparziali, trasparenti, efficaci, rapide ed eque di risoluzione alternativa delle controversie (art. 1), stabilisce i contenuti di tali principi che corrispondono ai requisiti minimi di qualità delle A.D.R. per i consumatori, indicati agli artt. art. 6 (Competenza, indipendenza e imparzialità), 7 (Trasparenza), 8 (Efficacia), 9 (Equità), 10 (Libertà) e 11 (Legalità).

¹⁰⁹ Art. 8 (Efficacia).

Con il principio di imparzialità, la raccomandazione europea (lett. A) ha imposto che i responsabili del procedimento siano designati a tempo determinato e non possano essere rimossi senza una giusta causa, non si trovino in situazione di conflitto di interessi apparente o reale con nessuna delle parti e forniscano prima dell'inizio del procedimento informazioni sulla loro imparzialità e competenza. Si tratta di indicazioni anch'esse esemplificative sui principali comportamenti degli organismi di mediazione e dei mediatori funzionali alla scelta delle parti di partecipare alla mediazione e concorrere al corretto svolgimento del procedimento per il suo buon esito. L'elemento sempre sotteso è costituito dalla necessità di garantire la qualità della mediazione e, quindi, favorire la volontaria partecipazione al procedimento delle parti e il loro supporto necessario affinché raggiungano l'accordo risolutivo della controversia. Le informazioni sull'assenza di conflitti di interessi, sulla necessaria imparzialità e competenza dei mediatori, infatti, permettono alle parti contendenti di operare delle scelte consapevoli ai fini della composizione consensuale della controversia, spingendole a ricercare l'assistenza di livello più qualificato. Anche tale principio è stato ripreso dalla direttiva 2013/11/UE, insieme a quelli di competenza e indipendenza, non trattati nella raccomandazione, al fine di garantire una gestione qualitativa della procedura stragiudiziale nei rapporti di consumo¹¹⁰.

Il principio della competenza, in particolare, rimanda alla valutazione di preparazione e professionalità del mediatore incaricato di condurre il procedimento e di prestare alle parti l'assistenza qualificata di cui necessitano per favorire il raggiungimento dell'accordo compositivo. Sul punto, la direttiva 2008/52/CE opta per un approccio contenutistico aperto e pluralista, in quanto si limita a richiedere il rispetto del principio generale di competenza, senza neppure definirlo, rinunciando perciò a imporre direttamente un'unica e specifica qualificazione e formazione professionale per tutti i mediatori. Per la definizione di tali aspetti, suscettibili di essere variamente disciplinati, si rimanda alle legislazioni statali, oltre che ai codici di autodisciplina.

¹¹⁰ Art. 6 (Competenza, indipendenza e imparzialità).

In tal senso, la normativa italiana¹¹¹ ha provveduto a dettare una specifica disciplina che, ancora una volta, si limita a fissare i requisiti minimi di qualificazione e competenza, per quanto concerne il possesso di un titolo di studio¹¹² o, in alternativa, un'iscrizione professionale¹¹³ e lo svolgimento di specifici percorsi formativi iniziali¹¹⁴ e di aggiornamento almeno biennale¹¹⁵ di contenuto teorico e pratico nella materia della mediazione, organizzati da enti accreditati¹¹⁶, nonché un'attività di ti-

¹¹¹ Art. 16, comma 5, d.lvo 28/2010 e Regolamento recante la determinazione dei criteri e delle modalità di iscrizione e tenuta del registro degli organismi di mediazione e dell'elenco dei formatori per la mediazione, nonché l'approvazione delle indennità spettanti agli organismi, ai sensi dell'articolo 16 del decreto legislativo 4 marzo 2010, n. 28, approvato con Decreto del Ministero della Giustizia 18 ottobre 2010, n. 180, aggiornato con le successive modifiche del DM 145/11 e del DM 139/14.

¹¹² Art. 4, comma 3, lett. a), D.M. 180/2010.

¹¹³ Titolo di studio non inferiore al diploma di laurea universitaria triennale.

¹¹⁴ Ai sensi dell'art. 18, comma 2, lett. f), D.M. 180/2010, è previsto che i mediatori seguano un percorso formativo, di durata complessiva non inferiore a 50 ore, articolato in corsi teorici e pratici, con un massimo di trenta partecipanti per corso, comprensivi di sessioni simulate partecipate dai discenti, e in una prova finale di valutazione della durata minima di quattro ore, articolata distintamente per la parte teorica e pratica. I corsi teorici e pratici devono avere per oggetto le seguenti materie: normativa nazionale, comunitaria e internazionale in materia di mediazione e conciliazione, metodologia delle procedure facilitative e aggiudicative di negoziazione e di mediazione e relative tecniche di gestione del conflitto e di interazione comunicativa, anche con riferimento alla mediazione demandata dal giudice, efficacia e operatività delle clausole contrattuali di mediazione e conciliazione, forma, contenuto ed effetti della domanda di mediazione e dell'accordo di conciliazione, compiti e responsabilità del mediatore.

¹¹⁵ Ai sensi dell'art. 18, comma 2, lett. f), D.M. 180/2010, è previsto un distinto percorso di aggiornamento formativo, di durata complessiva non inferiore a 18 ore biennali, articolato in corsi teorici e pratici avanzati, comprensivi di sessioni simulate partecipate dai discenti ovvero, in alternativa, di sessioni di mediazione; i corsi di aggiornamento devono avere per oggetto le materie di cui al corso di base iniziale.

¹¹⁶ Iscrizione a un ordine o collegio professionale. La disciplina italiana non prevede alcuna limitazione quanto agli iscritti agli ordini e collegi ma prevede l'eccezionale riconoscimento che gli avvocati iscritti all'albo sono di diritto mediatori. Tuttavia, si stabilisce che gli avvocati iscritti ad organismi di mediazione devono essere adeguatamente formati in materia di mediazione

rocinio presso organismi di mediazione iscritti¹¹⁷. La normativa, pertanto, lascia ampi spazi di autonomia, da esercitare anche mediante l'adesione ai codici di autodisciplina che fissano ulteriori requisiti, affinché i gestori del servizio di mediazione e i mediatori offrano su base volontaria un'assistenza con livelli più alti di qualificazione e competenza. Il principio di competenza, infatti, presenta un contenuto assai ampio ed elastico, in quanto suscettibile di declinarsi con modalità differenti a seconda dei requisiti di preparazione e di professionalità considerati. In ogni caso, il principio di competenza è quello che sintetizza meglio la qualità dell'assistenza prestata alle parti nel corso del procedimento di mediazione e, tendenzialmente, costituisce il criterio più importante che strategicamente bisogna verificare per garantire il successo del procedimento della mediazione tra gli utenti.

10. *L'autodisciplina.* – Per quanto concerne la qualità della mediazione, oltre alla necessaria osservanza delle richiamate prescrizioni, comprensive dei principi generali che integrano lo statuto legale minimo stabilito a livello europeo, la direttiva 2008/52/CE¹¹⁸ prevede che gli Stati membri incoraggino in qualsiasi modo ritengano appropriato l'elaborazione di codici volontari di condotta da parte dei mediatori e delle organizzazioni che forniscono servizi di mediazione, nonché l'ottemperanza ai medesimi. Sono parimenti da incentivare gli altri efficaci meccanismi di controllo della qualità riguardante la fornitura di servizi di mediazione.

L'unitario statuto legale di contenuto essenziale della mediazione, pertanto, lascia ampi margini di autonomia per la strutturazione del procedimento, tra l'altro, mediante l'adozione di molteplici

e mantenere la propria preparazione con percorsi di aggiornamento teorico-pratici a ciò finalizzati, nel rispetto di quanto previsto dall'articolo 55-bis del codice deontologico forense (art. 16, comma 4-bis, d.lvo 28/2010).

¹¹⁷ La partecipazione, da parte dei mediatori, nel biennio di aggiornamento e in forma di tirocinio assistito, ad almeno venti casi di mediazione svolti presso organismi iscritti.

¹¹⁸ Art. 4 della direttiva 2008/52/CE.

statuti convenzionali che, in ambito europeo e nazionale, si possono elaborare e introdurre per ciascun settore merceologico ovvero per le varie tipologie di controversie, di organismi e modalità di gestione, presenziale e telematica del servizio compositivo¹¹⁹. Pienamente coerenti con l'essenza volontaria del procedimento di mediazione, pertanto, si dimostrano i codici (europei e nazionali) volontari di condotta¹²⁰, che costituiscono il principale meccanismo di autodisciplina del servizio di mediazione. Nella strategia europea si preferisce garantire la qualità dei servizi di mediazione attraverso la verifica del rispetto delle norme legali e convenzionali affidata ai necessari sistemi di controllo che si devono all'uopo predisporre. Tra essi, si possono annoverare sia quelli pubblici gestiti dagli Stati membri attraverso le Autorità preposte alla vigilanza sia quelli privati rimessi direttamente alla valutazione e al gradimento degli utenti.

Nella legislazione italiana, conseguentemente, sono stati previsti sia sistemi pubblici di controllo del sistema della mediazione, essenzialmente affidati all'Autorità amministrativa competente in materia, individuata nel Ministero della Giustizia¹²¹, che è titolare sia di un potere regolamentare sia delle funzioni amministrative di vigilanza. Più precisamente, il Ministero ha dettato una disciplina regolamentare che integra quella legislativa per tanti aspetti concernenti l'organizzazione e il funzionamento del servizio di mediazione ed è stato incaricato della tenuta degli istituiti registri pubblici nazionali nei quali si devono iscrivere gli organismi di mediazione, i mediatori, gli enti di formazione e i docenti accreditati in Italia¹²². In particolare, è stato

¹¹⁹ Cfr. considerando n. 9 della direttiva 2008/52/CE.

¹²⁰ Cfr. considerando n. 17 della direttiva 2008/52/CE, parte finale, per cui: *"I mediatori dovrebbero essere a conoscenza dell'esistenza del codice europeo di condotta dei mediatori, che dovrebbe anche essere disponibile su Internet per il pubblico"*.

¹²¹ Per la materia di consumo, il Ministero della Giustizia opera insieme a quello dello Sviluppo economico, ai sensi dell'art. 16, comma 2 e 4, d.lvo. 28/2010.

¹²² D.M. 18 ottobre 2010, n. 180 (aggiornato al D.M. 145/2011), recante Regolamento recante la determinazione dei criteri e delle modalità di iscrizione e tenuta del registro degli organismi di mediazione e dell'elenco dei formatori per la mediazione, nonché l'approvazione delle indennità spettanti

previsto lo svolgimento sia di un controllo iniziale all'atto dell'iscrizione nel registro, che di una verifica periodica e, comunque, di una continua sorveglianza sull'osservanza delle norme vigenti. Tra di esse, peraltro, si segnalano anche quelle di auto-regolamentazione contenute nei regolamenti e nei codici etici di condotta che ciascun organismo che si accredita deve adottare¹²³, anche per quanto attiene allo svolgimento del procedimento per via telematica. L'autonomia regolamentare degli organismi, infatti, costituisce un importante profilo di competitività dell'offerta dei servizi di mediazione che dovrebbe stimolarne la qualità. Sul piano dei sistemi privati di controllo della qualità del servizio della mediazione, in Italia merita di essere segnalata la previsione dell'obbligatorietà di una valutazione rimessa alla parti che utilizzano il servizio di mediazione¹²⁴. Più precisamente, la normativa italiana ha imposto che al termine del procedimento di mediazione le parti compilino una apposita scheda di valutazione del servizio prestato, che prende in considerazione diverse voci, tra l'altro quanto alla riservatezza, imparzialità, competenza e professionalità, e richiede di esprimere per ciascuna di esse un giudizio analitico seguito dall'attribuzione di un punteggio individuale e poi in uno sintetico e complessivo¹²⁵. La scheda

agli organismi, ai sensi dell'articolo 16 del decreto legislativo 4 marzo 2010, n. 28. Sul contenuto delle norme regolamentari v. F. VALERINI, *Il nuovo decreto ministeriale sulla mediazione tra innovazioni e correzioni*, in *I contratti*, 12, 2010, pp. 1179 ss.; E. MINERVINI, *Il regolamento ministeriale sulla mediazione finalizzata alla conciliazione*, in *Contr. impr.*, 2, 2011, pp. 229 ss.; G. CUFFARO, *Spontaneità della conciliazione e obbligatorietà della mediazione*, in *Il corriere del merito*, 2, 2011, pp. 5 ss.; A. CONTALDO, M. GORGA, *La mediazione civile e commerciale alla luce del D.M. 180 del 4 novembre 2010*, in *Il corriere giuridico*, 1, 2011, pp. 5 ss.; A. GRECO, *La via italiana alla mediazione alla luce del d.lg. 4.3.2010, n. 28e del d.m. 18-10.2010 n. 180*, in *Obbl. contr.*, 5, 2011, pp. 361 ss.; L. ANSALDI, *Le recenti novità legislative in materia di mediazione*, in *I contratti*, 2, 2012, pp. 207 ss.

¹²³ Art. 16, comma 3, d.lvo 28/2010.

¹²⁴ Art. 7, comma 5, D.M. 180/2010.

¹²⁵ Merita di essere segnalato, tra i regolamenti di mediazione, quello che Union-Camere ha elaborato per gli organismi di mediazione delle Camere di Commercio italiane, disponibile al seguente indirizzo web: http://www.unioncamere.gov.it/uploaded/Generale/Attivita/Giustizia_Alternativa_Reg_Mercato/2011_regolamento_mediazione.pdf.

di valutazione è rimessa direttamente all'organismo di mediazione e, inoltre, al responsabile della vigilanza presso il Ministero competente, il quale cura pure il monitoraggio della mediazione e la pubblicazione dei dati statistici concernenti la rilevazione dell'utilizzazione del servizio in Italia¹²⁶.

A tal proposito, ancorché su piani diversi, assumono rilievo due attività che la direttiva 2008/52/CE intende siano incoraggiate dagli Stati membri e che si ricollegano alla volontarietà della scelta delle parti di avvalersi della mediazione, quanto all'accesso e allo svolgimento del procedimento. In primo luogo, la formazione iniziale e quella successiva dei mediatori¹²⁷, quali professionisti che prestano assistenza per la ricerca di una composizione amichevole delle controversie, come già anticipato, garantisce proprio la qualità del procedimento, affinché sia gestito in maniera efficace, imparziale e competente in relazione alle parti. Alle loro esigenze, in specie, si deve orientare la capacità dei mediatori di facilitare la comunicazione e il dialogo costruttivo per intraprendere e condurre a buon fine la procedura, tendendo di stimolare il raggiungimento di un accordo compositivo della controversia. Non è dubbio che la preparazione dei mediatori, da valutare quanto alla conoscenza non solamente dei contenuti giuridici e tecnici oggetto della controversia ma anche delle dinamiche relazionali nella gestione del conflitto e delle tecniche di efficace comunicazione con le parti contendenti, costituisca una garanzia di competenza dell'assistenza prestata e un fattore di qualità del servizio compositivo offerto dall'organismo di mediazione che favorisce il successo della mediazione, che tende a canalizzarsi nell'essenziale ricerca della migliore maniera di fare mettere d'accordo le parti.

In secondo luogo, la direttiva insiste sulle informazioni al pubblico, stabilendo che gli Stati membri incoraggino, in qualunque modo ritengano appropriato, la divulgazione al pubblico, in particolare via internet, di informazioni sulle modalità per contattare i mediatori e le organizzazioni che forniscono servizi di mediazione¹²⁸. La divulgazione dell'informazione, quindi, costituisce

¹²⁶ Art. 11, D.M. 180/2010.

¹²⁷ Art. 4, par. 2, direttiva 2008/52/CE.

¹²⁸ Art. 9 (Informazioni al pubblico) della direttiva 2008/52/CE.

meccanismo di conoscenza, confronto e di scelta della mediazione e, in specie, delle organizzazioni e dei professionisti di maggiore qualità che erogano il servizio compositivo. In tal senso, l'informazione costituisce il necessario presupposto e supporto per l'esercizio della scelta consapevole delle parti di avvalersi in maniera proficua della mediazione.

L'essenza volontaria del procedimento di mediazione, in conclusione, è ravvisabile in una serie di aspetti concernenti sia la disciplina, che la strutturazione dell'organizzazione, oltre che della concreta gestione del servizio compositivo che si rimettono all'autonomia dell'organismo di mediazione, del mediatore e, soprattutto, delle parti che tentano su base di volontaria di trovare esse stesse una soluzione amichevole della controversia. In questa proiezione funzionale, l'assistenza del mediatore si sviluppa attraverso una dialettica procedimentale che rimane essenzialmente rimessa alla disponibilità delle parti e, quindi, al loro mutuo consenso. Le parti si devono esprimere, in specie, non solo per l'avvio, ma anche per lo sviluppo del procedimento con la varie sequenze e modalità previste dalla disciplina e gestite dall'organismo e dal mediatore in accordo con le parti. Nell'ambito della loro riconosciuta autonomia, infatti, le parti possono scegliere di non partecipare al procedimento, oppure di abbandonarlo anzitempo qualora non vogliano condurlo fino al completamento, tanto se manchi l'accordo compositivo della controversia, quanto che esso si riesca a realizzare definendo la controversia.

L'essenza volontaria della mediazione, in sintesi, si polarizza nella duttilità della disciplina legale, suscettibile di deroga convenzionale, come pure nella flessibilità del procedimento declinabile dal mediatore secondo le richieste delle parti, al fine di meglio assisterle nella ricerca di un loro accordo compositivo della controversia. La disponibilità degli interessi coinvolti nella mediazione, sia sul piano della dinamica procedimentale della partecipazione al negoziato condotto dal mediatore che su quello del riassetto sostanziale degli interessi pattuito con l'eventuale accordo di composizione della controversia, conforta una complessiva lettura volontaristica del nuovo istituto, riducendo al minimo le intromissioni esterne.

11. *La mediazione e le altre A.D.R. aggiudicative.* – L'essenza volontaria della mediazione, infine, si riferisce alla natura giuridica della soluzione stragiudiziale della controversia, che si realizza mediante l'accordo delle parti. Il procedimento condotto dal mediatore, come ridetto, è funzionale ad assistere le parti affinché le stesse, su base volontaria, tentino di raggiungere un accordo risolutivo della controversia. In caso di successo della mediazione, quindi, il procedimento si conclude con la stipulazione di un accordo con il quale le parti risolvono consensualmente la loro controversia sui diritti disponibili.

In termini sistematici, perciò, la mediazione non solo si distingue nettamente dalla giurisdizione¹²⁹ ma si distingue anche dagli altri sistemi stragiudiziali di composizione delle controversie anch'essi di tipo aggiudicativo, ossia, nei quali la soluzione è autoritativamente imposta alle parti da un terzo, giudice o arbitro, investito per legge o per accordo delle stesse parti del potere di emettere una decisione vincolante¹³⁰. Inoltre, quanto alla disciplina applicabile, nella risoluzione giudiziale si rispettano le norme di diritto processuale e sostanziale, che comprendono sia quelle imperative che quelle dispositive concernenti la controversia da decidere. La sentenza, inoltre, avrà efficacia esecutiva¹³¹ e sarà suscettibile di essere impugnata secondo il sistema processuale di gravame applicabile e, in mancanza o all'esito del loro esperimento, passerà in cosa giudicata¹³². Il giudizio arbitrale¹³³, in base alla tipologia e all'atteggiarsi della volontà delle parti, sarà assoggettato alla corrispondente disciplina di rito e sostanziale¹³⁴, si concluderà con un lodo equipa-

¹²⁹ Considerando n. 12 della direttiva 2008/52/CE.

¹³⁰ Considerando n. 11 della direttiva 2008/52/CE.

¹³¹ Artt. 282 (Esecutorietà provvisoria) e 474 (Titolo esecutivo) ss. c.p.c.

¹³² Art. 324 c.p.c.

¹³³ Art. 806 ss. c.p.c.

¹³⁴ Sulla disciplina applicabile all'arbitrato, cfr. G. VERDE, *Lineamenti di diritto dell'arbitrato*, Torino, 2013; C. PUNZI, *Disegno sistematico dell'arbitrato*, Padova, 2012; AA.VV., *Commentario breve al diritto dell'arbitrato nazionale ed internazionale*, in *Breviaria juris* fondati di G. Cian e A. Trabucchi, Padova, 2010; M. Rubino-Sammartano, *Il diritto dell'arbitrato*, Padova, 2010; C. CECHELLA, *L'arbitrato, in Giur. sist. diritto processuale civile*, Torino, 1991.

rato, quanto all'efficacia, a una sentenza¹³⁵, suscettibile di acquisire forza esecutiva tramite omologazione giudiziale¹³⁶ e soggetta a specifiche impugnazioni¹³⁷.

Malgrado l'arbitrato trovi la sua fonte nell'accordo delle parti, compromesso o clausola compromissoria¹³⁸, e abbia per oggetto controversie su diritti disponibili, in base all'orientamento giurisprudenziale più recente si tende ad attrarlo dall'area sistematica contrattuale a quella della giurisdizione. Di conseguenza, si assiste all'estensione al giudizio arbitrale di alcune disposizioni processuali testualmente riferite alla giurisdizione, tra l'altro, quanto al regime dell'impugnazione. Tanto comporta la necessità di operare una precisa distinzione dell'arbitrato rispetto alla mediazione che, invece, gravita nell'area della disciplina contrattuale.

L'arbitrato e la mediazione, pur appartenendo entrambi ai sistemi stragiudiziali di risoluzione delle controversie e malgrado condividano molteplici profili, tra l'altro, quanto al comune fondamento costituito dalla volontà delle parti, all'ambito applicativo comprensivo delle controversie civili e commerciali sui diritti disponibili¹³⁹ e alla necessità di procedimenti compositivi strutturati in maniera flessibile e affidati alla conduzione di un organo terzo imparziale, differiscono profondamente quanto alla tipologia di soluzione compositiva¹⁴⁰. L'arbitrato, nonostante si fondi sul consenso delle parti, tra l'altro, per la sua configurazione, l'avvio e lo svolgimento del procedimento, si conclude con il pronunciamento ad opera dell'arbitro di una decisione autoritativa, il lodo, che si impone alle parti, praticamente alla stessa stregua di una sentenza emessa da un giudice. L'arbitro, infatti, è un organo privato che, operando quale giudice privato, viene investito di un

¹³⁵ Art. 824-*bis* c.p.c.

¹³⁶ Art. 825 c.p.c.

¹³⁷ Art. 827 ss. c.p.c.

¹³⁸ Art. 807 e 808 c.p.c.

¹³⁹ Art. 806 c.p.c.

¹⁴⁰ Sulla distinzione tra i vari strumenti stragiudiziali di risoluzione dei conflitti, tra gli altri, v. S. IANNICELLI, *La conciliazione stragiudiziale delle controversie: modelli differenti e dubbi interpretativi*, in *Obbl. contr.*, 2, 2008, pp. 146 ss.; M. MARINELLO, *I Procedimenti complementari di risoluzione delle controversie*, in *Obbl. contr.*, 7, 2011, pp. 530 ss.;

potere decisorio per quanto attiene tanto alla gestione del procedimento quanto alla risoluzione della controversia, mediante l'applicazione delle pertinenti norme di rito e sostanziali di diritto mediante decisioni vincolanti per le parti contendenti, salvo tempestivo gravame. Di conseguenza, l'arbitrato è inquadrato tra i sistemi stragiudiziali di definizione delle controversie di tipo aggiudicativo¹⁴¹, appunto, perché basati sulla decisione emessa da un terzo in maniera autoritativa e vincolante per le parti.

La mediazione invece costituisce un sistema stragiudiziale di risoluzione delle controversie non di tipo aggiudicativo ma facilitativo in quanto l'organo terzo al quale si affidano le parti per assisterle nella gestione del procedimento, il mediatore, non è investito del potere decisorio della controversia¹⁴². A differenza dell'arbitro che, come detto, è investito dalle parti di un tale potere, il mediatore svolge unicamente una funzione facilitativa della comunicazione e del dialogo tra le parti contendenti, in quanto le stesse sono, in base all'evocato statuto europeo, e restano, anche nella disciplina costringitiva italiana, le esclusive titolari del potere di accordarsi per risolvere la controversia. In questo senso, sono chiare ed univoche le indicazioni emergenti dalle richiamate definizioni europee di mediazione e di mediatore, oltre che dall'illustrata disciplina della direttiva 2008/52/CE. Indicazioni analoghe sono fornite dalla disciplina attuativa italiana, malgrado la presenza in essa di soluzioni di contenuto singolare.

Le "singolarità" introdotte dalla legislazione italiana, infatti, sono di estremo interesse sistematico in quanto permettono di meglio precisare cosa si intenda esattamente per "tentativo su base volontaria" di comporre la controversia "mediante accordo delle parti". In particolare, l'attenzione dell'interprete si deve focalizzare sulla duplice rilevanza della volontà delle parti, da apprezzare separatamente: sia sul piano dell'iter dialettico procedimentale del tentativo compositivo condotto con l'assistenza del mediatore sia su quello sostanziale dell'esito favorevole della mediazione culminante nel raggiungimento dell'accordo che risolve la controversia. Le due prospettive, procedimentale e so-

¹⁴¹ Cfr. A. SANTI, in *La mediazione per la composizione delle controversie civili e commerciali*, cit., pp. 59.

¹⁴² Art. 1, comma 1, lett. b), d.lvo 28/2010.

stanziale, sono segnalate dalla stessa terminologia utilizzata, "mediazione"¹⁴³ e "conciliazione"¹⁴⁴, anche se per la speciale scansione delle sequenze, caratterizzate dal deciso rafforzamento del ruolo del mediatore nella composizione della controversia, la disciplina italiana ha sollevato dubbi sull'effettiva natura consensuale e della mediazione e della conciliazione¹⁴⁵.

12. *La configurazione rafforzata della mediazione italiana.* – La legislazione italiana di recepimento della direttiva europea 2008/52/CE, in particolare, discostandosi dal minimo statuto comune della mediazione, offre indicazioni utili a chiarire la funzione del mediatore e, inoltre, le modalità attraverso le quali egli presta l'assistenza per favorire il raggiungimento della soluzione consensuale della controversia. La principale singolarità della soluzione italiana, in effetti, attiene all'introduzione di marcati elementi aggiudicativi nella mediazione che, per tanti versi, hanno portato a metterne in discussione il rispetto dell'essenza volontaria e, quindi, la compatibilità con il modello europeo. In realtà, la disciplina italiana della mediazione, pur con alcune doverose precisazioni in merito all'atteggiarsi della sua preservata essenza volontaria, deve ritenersi pienamente coerente con la natura giuridica del modello europeo e, perciò, da annoverarsi tra le molteplici variabili trattamentali che sono rese possibili dalla duttilità del meccanismo giuridico.

In primo luogo, nella legislazione italiana¹⁴⁶ si adotta una definizione di mediatore quale terzo imparziale che presta in fa-

¹⁴³ Art. 1, comma 1, lett. a), d.lvo 28/2010, che contiene la definizione di "mediazione: l'attività, comunque denominata, svolta da un terzo imparziale e finalizzata ad assistere due o più soggetti nella ricerca di un accordo amichevole per la composizione di una controversia, anche con formulazione di una proposta per la risoluzione della stessa".

¹⁴⁴ Art. 1, comma 1, lett. c), d.lvo 28/2010, che contiene la definizione di "conciliazione: la composizione di una controversia a seguito dello svolgimento della mediazione"

¹⁴⁵ C.I. BUONOCORE, *La mediazione ex d.lgs. n. 28/2010; una procedura conciliativa aggiudicativa travestita da facilitativa?*, in *Il Lavoro nella giurisprudenza*, 2, 2011, pp. 125 ss.

¹⁴⁶ Art. 1, comma 1, lett. b), d.lvo 28/2010, che contiene la definizione di "mediatore: la persona o le persone fisiche che, individualmente o collegial-

vore delle parti l'assistenza funzionale al raggiungimento dell'accordo, con l'aggiunta dell'espressa indicazione dell'esclusione di qualsiasi potere di esprimere valutazioni o emettere decisioni vincolanti. In questo modo, ai fini dell'esatta configurazione della sua attività di assistenza, si distingue rigorosamente la funzione del mediatore, mero facilitatore dell'accordo delle parti, rispetto a quella dell'arbitro o decisore della controversia.

L'indicazione definitoria non appare priva di significato sistematico, né di utilità pratica se solo si considera l'ulteriore tenore della definizione che espressamente richiama l'attività di assistenza prestata sia nella modalità facilitativa¹⁴⁷, diretta appunto a favorire l'accordo amichevole delle parti, sia la speciale modalità ibrida di tipo facilitativo-aggiudicativo¹⁴⁸, consistente nella formulazione per iscritto di un'ipotesi risolutiva della controversia da sottoporre all'accettazione delle parti. La prima attività di assistenza rientra senz'altro nell'alveo tradizionale e più consono alla mediazione, in quanto il mediatore opera soltanto in qualità di facilitatore della comunicazione e stimolatore del dialogo tra le parti, affinché loro stesse possano raggiungere un accordo amichevole realizzato mediante lo scambio dialettico dei reciproci consensi. La seconda tipologia di attività di assistenza, invero, sembrerebbe attribuire al mediatore una funzione valutativa prossima a quella decisoria, considerando, per un verso, che l'esercizio del potere di formulare una proposta risolutiva scritta è svincolato dalla richiesta delle parti e, per altro verso, che la loro adesione non è lasciata totalmente libera, in ragione della previsione per il caso di rifiuto di possibili conseguenze negative in sede processuale.

mente, svolgono la mediazione rimanendo prive, in ogni caso, del potere di rendere giudizi o decisioni vincolanti per i destinatari del servizio medesimo".

¹⁴⁷ Sulle modalità facilitative della mediazione, cfr. A.G. DIANA, *La mediazione civile e commerciale*, cit., pp. 12 ss.; C. MENICHINO, in *La mediazione nelle controversie civili e commerciali. Commentario al decreto legislativo 4 marzo 2010, n. 28*, cit., pp. 10 ss.; M.M. ANDRIEONI e S. ROMANO, *ivi*, pp. 172 ss.

¹⁴⁸ Sulle modalità aggiudicative di condurre la mediazione, cfr. R. TISCINI, *La mediazione civile e commerciale*, cit., pp. 213 ss.; M. BUZIO, in *Manuale della mediazione civile e commerciale. Il contributo del notariato alla luce del d.lgs. n. 28/2010*, cit., pp. 69 ss.; A. SANTI, in *La mediazione per la composizione delle controversie civili e commerciali*, cit., pp. 59 ss.

Più precisamente, nella disciplina italiana del procedimento di mediazione¹⁴⁹ si scandiscono esattamente le sequenze da rispettare nell'utilizzo delle due tecniche di assistenza, i presupposti per il passaggio dalla tecnica facilitativa a quella aggiudicativa, le modalità di formulazione della proposta scritta e di comunicazione della volontà delle parti¹⁵⁰, nonché le conseguenze sia dell'accettazione che della mancata accettazione¹⁵¹. Prima di soffermarsi su ciascuno di tali aspetti procedurali, occorre richiamare la *ratio* della previsione legislativa dell'utilizzazione di siffatta tecnica valutativa.

Il legislatore italiano, nel recepimento della direttiva, ha compiuto delle precise scelte di politica del diritto che sono tutte finalizzate alla strategia di rafforzamento dell'applicazione della mediazione. Tra di esse, sono da segnalare sia l'espressa inclusione nell'ambito applicativo del meccanismo compositivo non solo delle controversie transfrontaliere ma anche di quelle interne¹⁵², che sono le più numerose, sia l'introduzione dell'obbligatorietà normativamente imposta della mediazione, che si riferisce alla gran parte delle controversie civili e commerciali¹⁵³, sia l'articolazione di un apparato di misure premiali e costrittive, con le relative sanzioni processuali ed economiche, per stimolare la partecipazione delle parti alla mediazione e la loro collaborazione alla conciliazione. Non v'è dubbio che tali misure, soprattutto se considerate congiuntamente, operino in senso restrittivo sulla piena libertà della volontà delle parti contendenti.

In questa cornice funzionale all'utilizzo e soprattutto al successo della mediazione, pertanto, si deve collocare la previsione procedimentale della tecnica aggiudicativa, quando non abbia sortito risultato quella facilitativa¹⁵⁴. L'obiettivo perseguito è quello di avvalersi anche della formulazione ad opera del me-

¹⁴⁹ Artt. 4 ss., d.lvo 28/2010.

¹⁵⁰ Art. 11, d.lvo 28/2010.

¹⁵¹ Art. 13, d.lvo 28/2010.

¹⁵² Art. 2 (Controversie oggetto di mediazione), d.lvo 28/2010.

¹⁵³ Art. 5 (Condizione di procedibilità e rapporti con il processo), d.lvo 28/2010.

¹⁵⁴ Art. 11 (Conciliazione), d.lvo 28/2010.

diatore di un'ipotesi risolutiva per riuscire a fare raggiungere alle parti l'accordo compositivo della controversia se le stesse non l'hanno saputo realizzare spontaneamente mediante l'assistenza al negoziato diretto. In tal modo, soprattutto per effetto della minaccia di subire le conseguenze negative per la mancata accettazione della proposta risolutiva scritta del mediatore, si esercita sulle parti una pressione funzionale al successo della mediazione. Fin dalla sua introduzione legislativa, gli interpreti hanno segnalato la singolarità della disciplina italiana, prospettandone letture divergenti quanto alla compatibilità con l'essenza volontaria del meccanismo compositivo¹⁵⁵.

13. *La proposta risolutiva scritta del mediatore.* – Sul piano procedimentale, anzitutto, è bene precisare che nella mediazione deve essere sempre utilizzata la tecnica facilitativa, per stimolare le parti all'accordo amichevole, che le stesse raggiungono negoziando direttamente con l'assistenza del mediatore¹⁵⁶. La tecnica facilitativa, quindi, assume portata generale, in quanto deve essere impiegata in tutti i procedimenti di mediazione. La tecnica valutativa, invece, opera soltanto in via subordinata e residuale, ossia, allorquando la prima tecnica non abbia sortito l'effetto positivo. In questi casi, in luogo dell'immediata chiusura del procedimento, con il conseguente fallimento della mediazione, nella legislazione italiana è stata prevista l'utilizzabilità dell'altra tecnica di assistenza di tipo valutativo, che il mediatore presta mediante la formulazione per iscritto di una proposta risolutiva della controversia da sottoporre all'accettazione delle parti.

L'utilizzazione della seconda tecnica di assistenza, in quanto capace di incidere in senso restrittivo sulla volontà delle parti, senza però arrivare mai a escluderla, è stata circondata da pre-

¹⁵⁵ In relazione alla disciplina italiana attributiva del potere del mediatore di effettuare una proposta risolutiva scritta, v. F. Cuomo Ulloa, *La nuova mediazione*, cit., pp. 292 ss.; M. Buzio, in *Manuale della mediazione civile e commerciale. Il contributo del notariato alla luce del d.lgs. n. 28/2010*, cit., pp. 260 ss.

¹⁵⁶ Ai sensi dell'art. 8, comma 3, d.lvo 28/2010, si prevede che: "Il mediatore si adopera affinché le parti raggiungano un accordo amichevole di definizione della controversia".

cise cautele procedurali e sostanziali. È stata scandita, infatti, una precisa sequenza dialettica tra il mediatore e le parti che si deve osservare per rispettare la disciplina italiana della mediazione e per garantire l'essenza volontaria del meccanismo compositivo.

Quanto ai presupposti, anzitutto, il mediatore si avvale della tecnica valutativa solo dopo l'infruttuoso utilizzo di quella facilitativa¹⁵⁷. Inoltre, di regola, occorre la richiesta concorde di tutte le parti, che rivolgono al mediatore una specifica istanza affinché formuli una proposta scritta risolutiva della controversia. L'utilizzazione della tecnica valutativa, proprio in quanto richiesta da tutte le parti, non si pone in contrasto con la loro volontà ma anzi esprime una delle possibili estrinsecazioni procedurali dell'assistenza prestata dal mediatore. In questa ipotesi, peraltro, la disciplina italiana rafforza la tutela della volontà delle parti, prescrivendone l'osservanza in termini di doverosità per il mediatore¹⁵⁸, dal momento che egli è per legge obbligato a formulare la suddetta proposta. L'assistenza alla quale è tenuto il mediatore, pertanto, si compendia nell'obbligazione avente per oggetto questa specifica prestazione che gli impone il rispetto della volontà delle parti sul punto.

Sempre in base alla legislazione italiana, tuttavia, qualora manchi la richiesta unanime delle parti, il mediatore può comunque decidere discrezionalmente di formulare una proposta scritta di soluzione¹⁵⁹. La relativa decisione sarà adottata, verosimilmente, se egli ritenga che essa contribuisca a favorire il raggiungimento dell'accordo tra le parti. Pertanto, di volta in volta, il mediatore valuterà se, alla luce delle circostanze concrete ravvisabili nella mediazione, sussistano le condizioni propizie per l'utile esercizio di un siffatto potere.

In tutti i casi, prima di formulare la proposta risolutiva, il mediatore è tenuto sempre a informare le parti delle conseguenze negative che possono loro derivare dalla mancata accettazione

¹⁵⁷ Art. 11, comma 1, d.lvo 28/2010.

¹⁵⁸ Art. 8 (Obblighi del mediatore), comma 2, lett. c), prevede che il mediatore sia obbligato a formulare le proposte di conciliazione nel rispetto del limite dell'ordine pubblico e delle norme imperative.

¹⁵⁹ Art. 11, comma 1, d.lvo 28/2010.

della proposta stessa¹⁶⁰. Si prevede, in pratica, un meccanismo informativo che è diretto a rendere le parti edotte sull'esistenza della sequenza procedimentale valutativa, sul significato che assume la proposta risolutiva e sulla circostanza che, pur essendo le stesse libere di esprimere il consenso, in caso di mancata accettazione scaturiscono delle conseguenze processuali negative previste dalla disciplina legale¹⁶¹. Un siffatto meccanismo informativo, sul piano sistematico, si dimostra di estremo interesse in quanto sollecita le parti a prendere in maniera consapevole le decisioni collegate alla tecnica valutativa sia, quindi, a manifestare le loro volontà. Nella scansione procedimentale della sequenza, infatti, le parti si esprimono sia sull'addivenire il mediatore alla formulazione della proposta scritta e, se formulata, sull'accettazione del contenuto della stessa. Si tratta dei due principali momenti volitivi che segnano la dialettica dell'avvio e della conclusione della sequenza procedimentale valutativa.

Rispetto al primo momento, come già è stato rilevato, soltanto se le parti abbiano avanzato una richiesta unanime, il mediatore è tenuto a formulare la proposta scritta, tanto che l'utilizzo della tecnica valutativa in questa ipotesi si pone in maniera pienamente rispettosa dell'essenza volontaria del procedimento. Le perplessità, invero, sorgono qualora manchi una richiesta unanime delle parti¹⁶². Nella pratica, peraltro, sono prospettabili molteplici e tra essi assai differenziati atteggiamenti volitivi delle parti in ordine alla formulazione della proposta scritta, a seconda che le stesse non si siano espresse, ovvero che una o alcune soltanto abbiano avanzato richiesta ovvero si siano dichiarate contrarie, anche a maggioranza se non addirittura all'unanimità. In ogni caso, la discrezionalità del mediatore dovrebbe tenere in debito conto il comportamento complessivo delle parti e valutare altresì tutte le altre circostanze interne ed esterne utili per decidere se, pur in mancanza di una richiesta avanzata all'unanimità, la formulazione della sua proposta pos-

¹⁶⁰ Art. 11, comma 1, d.lvo 28/2010.

¹⁶¹ Art. 13 d.lvo 28/2010.

¹⁶² Cfr. A. SANTI, in *La mediazione per la composizione delle controversie civili e commerciali*, cit., pp. 283 ss.

sa servire ad agevolare le stesse parti contendenti nel raggiungimento dell'accordo compositivo. La scrittura della proposta del mediatore, infatti, potrebbe favorire il superamento di un blocco della comunicazione tra le parti o un loro atteggiamento di chiusura e reciproca opposizione. Allorquando le parti abbiano manifestato una reale, ancorché generica, disponibilità a mettersi d'accordo, ancora, la formulazione della proposta scritta del mediatore, specie se egli sia persona autorevolmente riconosciuta od esperta della materia, potrebbe riuscire d'aiuto per la concretizzazione del loro intento conciliativo mediante la prospettazione della possibile definizione dei restanti aspetti di dettaglio che ancora si frappongono alla stesura dell'accordo. Di contro, se le parti si fossero dichiarate espressamente contrarie, verosimilmente, il mediatore dovrebbe astenersi dalla formulazione della proposta risolutiva, ancora una volta assecondando il loro intendimento. Se operasse diversamente, infatti, il mediatore finirebbe per esasperare il conflitto, piuttosto che offrire l'assistenza alle parti, le quali resterebbero comunque libere di abbandonare anticipatamente il procedimento. L'informazione preventiva che il mediatore è tenuto a fornire sul punto alle parti, pertanto, dovrebbe permettergli anche di acquisire gli elementi utili alla sua decisione, così da evitare di disattendere l'opposizione manifestata dalle medesime parti. Non è dubbio, quindi, che nell'attribuzione di siffatto potere discrezione al mediatore sia ravvisabile una potenziale incrinatura della volontarietà del procedimento di mediazione, in quanto espone le parti agli effetti di una decisione contrastante rispetto al loro intendimento.

In sintesi, la formulazione della proposta risolutiva scritta ad opera del mediatore rispetta pienamente l'essenza volontaria del procedimento di mediazione soltanto quando avviene su richiesta avanzata all'unanimità dalle parti. Negli altri casi, il potere discrezionale del mediatore di formularla comunque potrebbe inficiare l'essenza volontaria del procedimento, come ben segnalato dagli interpreti. La forzatura italiana, peraltro, sarebbe stata ancora più forte ed eclatante se fosse stata approvata la prima versione della disciplina legislativa che avrebbe imposto al mediatore l'obbligatorietà della formulazione della proposta risolutiva scritta in tutti i casi di fallimento della tecnica

facilitativa, nella generalità delle mediazioni, a prescindere dall'atteggiarsi della volontà delle parti contendenti e dello stesso mediatore.

Passando all'esame della contenuto della proposta scritta, essa deve raccogliere un'ipotesi risolutiva della controversia da sottoporre all'accettazione delle parti, che non si ponga in contrasto con i principi di ordine pubblico e le norme imperative¹⁶³. La proposta scritta, inoltre, dovrebbe essere formulata dal mediatore in maniera efficace, imparziale e competente, senza oltrepassare l'oggetto del contendere prospettato dalle parti. Nella disciplina, inoltre, si precisa che la proposta non deve violare la riservatezza interna, oltre che quella esterna¹⁶⁴, né tendenzialmente esprimere valutazioni o giudizi vincolanti che prendano posizione a favore di alcuno dei contendenti¹⁶⁵. Non è facile, pertanto, riuscire a formulare la proposta scritta attenendosi a siffatti parametri e, inoltre, vi è il rischio che la stessa proposta sia equivocata dalle parti, apparendo piuttosto come l'imposizione di una sorta di decisione che, pur non vincolandole direttamente, possa finire per influire in qualche modo sulla definizione della controversia. Sul punto, assai delicato e contestato, sono necessari alcuni chiarimenti in ordine alla natura della proposta scritta e all'atteggiarsi della volontà dei contraenti.

Una volta formulata la proposta, malgrado la richiesta unanime delle parti, le stesse infatti rimangono libere di accettarla. Più precisamente, il legislatore italiano ha scandito sul piano procedimentale le sequenze dialettiche e comunicative¹⁶⁶. In primo luogo, si stabilisce che la proposta scritta debba essere comunicata per iscritto alle parti, le quali hanno sette giorni per comunicare la propria accettazione o il rifiuto. In mancanza di

¹⁶³ Sul contenuto della proposta risolutiva scritta del mediatore, cfr. F. TISCINI, *La mediazione civile e commerciale*, cit., pp. 216 ss.

¹⁶⁴ Ai sensi dell'art. 11, comma 2, ultima parte, d.lvo 28/2010, si stabilisce che: *"Salvo diverso accordo delle parti, la proposta non può contenere alcun riferimento alle dichiarazioni rese o alle informazioni acquisite nel corso del procedimento"*.

¹⁶⁵ Art. 1, comma 1, lett. c), d.lvo 28/2010.

¹⁶⁶ Art. 11, comma 2, d.lvo 28/2010.

risposta tempestiva, la proposta si intende rifiutata. Sotto quest'ultimo aspetto, infatti, il legislatore italiano ha espressamente qualificato in senso negativo il silenzio della parte. La qualificazione è rispettosa dell'essenza volontaria dell'eventuale soluzione conciliativa che si realizzi attraverso la proposta scritta del mediatore.

La proposta risolutiva, infatti, non è una decisione della controversia, in quanto il mediatore non è titolare di siffatto potere e, perciò, si è al di fuori del sistema aggiudicativo e si rientra in quello facilitativo della soluzione consensuale. Tuttavia, la proposta risolutiva del mediatore non può nemmeno considerarsi una proposta negoziale in senso stretto, in quanto il mediatore non è parte della controversia e, quindi, non ha il potere disporre dei diritti oggetto della controversia. Egli si limita a formulare un'ipotesi di risoluzione della controversia che costituisce il paradigma, la base contenutistica del regolamento negoziale da utilizzare per raggiungere un accordo delle parti, che si perfeziona per il tramite dell'espressione della loro adesione alla proposta del mediatore. In questo senso, la sua proposta scritta facilita l'accordo delle parti, in quanto sollecita le stesse a pronunciarsi sulla condivisione. Rispetto all'ipotesi di accordo formulata da un terzo, il mediatore, le parti sono libere di esprimere l'accettazione o meno. Nel primo caso, abbiamo un accordo che si perfeziona con l'adesione tempestivamente espressamente da tutte le parti¹⁶⁷. Nel secondo caso, se manca l'adesione anche di una sola parte, non si realizza l'accordo e, quindi, fallisce la procedura¹⁶⁸.

In sequenza, le parti sono invitate a esprimersi con due distinte e autonome volontà, in via preventiva e successiva sulla proposta scritta del mediatore. Malgrado abbiano già manifestato la loro preventiva volontà, sia essa favorevole o contraria, in merito alla richiesta del mediatore di formulare la proposta risolutiva scritta, ciascuna delle parti rimane poi libera di esprimere la propria accettazione del contenuto della proposta che sia stata formulata. Il primo consenso ha rilievo tutto endoprocedimentale, come già osservato, mentre il secondo assume rilievo anche

¹⁶⁷ Art. 11, comma 3, d.lvo 28/2010.

¹⁶⁸ Art. 11, comma 4, d.lvo 28/2010.

all'esterno alla mediazione, ai fini dell'accordo conciliativo ovvero della risoluzione giudiziale della controversia.

Nell'esercizio della propria autonomia, quindi, le parti possono prestare o meno adesione alla proposta formulata dal mediatore. La loro volontà, tuttavia, non è totalmente libera, in quanto la disciplina italiana l'ha in qualche modo collegata all'applicazione di specifiche conseguenze processuali negative per il caso di rifiuto della proposta. Più precisamente, l'art. 13, rubricato spese processuali, del d.lvo 28/2010 stabilisce, anzitutto, che il giudice chiamato a decidere una controversia preceduta dall'infruttuoso esperimento della mediazione, nella quale il mediatore abbia formulato una proposta scritta che non abbia incontrato l'adesione di tutte le parti, può chiedere della stessa proposta direttamente all'organismo che abbia gestito il procedimento. La conoscenza giudiziale del contenuto della proposta risolutiva, da un lato, si pone in potenziale contrasto con il principio della tutela della riservatezza della mediazione verso l'esterno, rispetto alla sede giudiziale in particolare. Il *vulnus* alla riservatezza potrebbe condizionare il comportamento delle parti in mediazione, preoccupate di scongiurare il rischio di esporsi a conseguenze pregiudizievoli in sede giudiziale. Dall'altro lato, infatti, nell'adottare la decisione della lite, il giudice potrebbe tenere conto del contenuto della proposta scritta formulata dal mediatore, oltre che del rifiuto frapposto dalla parte e, comunque, del suo comportamento nella mediazione.

Più precisamente, l'art. 13 cit. ricollega le conseguenze processuali negative al verificarsi di due distinte fattispecie, a seconda che la decisione del giudice corrisponda esattamente alla proposta del mediatore ovvero se ne discosti ma siano comunque ravvisabili dei gravi motivi per sanzionare il comportamento della parte che l'abbia rifiutata. Rispetto ad entrambe, il mediatore deve avere previamente informato le parti prima di formulare la proposta risolutiva scritta, in modo che le stesse ne abbiano consapevolezza quando esprimono la propria volontà¹⁶⁹.

¹⁶⁹ In ordine alle conseguenze processuali che il rifiuto della proposta risolutiva scritta del mediatore può comportare per le parti, v. M.M. ANDREONI, in *La mediazione nelle controversie civili e commerciali. Commentario al decre-*

Più precisamente, ai sensi del primo comma dell'art. 13, cit.: «*Quando il provvedimento che definisce il giudizio corrisponde interamente al contenuto della proposta, il giudice esclude la ripetizione delle spese sostenute dalla parte vincitrice che ha rifiutato la proposta, riferibili al periodo successivo alla formulazione della stessa, e la condanna al rimborso delle spese sostenute dalla parte soccombente relative allo stesso periodo, nonché al versamento all'entrata del bilancio dello Stato di un'ulteriore somma di importo corrispondente al contributo unificato dovuto. Resta ferma l'applicabilità degli articoli 92 e 96 del codice di procedura civile. Le disposizioni di cui al presente comma si applicano altresì alle spese per l'indennità corrisposta al mediatore e per il compenso dovuto all'esperto di cui all'articolo 8, comma 4*». In pratica, si introduce un'ampia deroga all'applicazione del principio della soccombenza nella ripartizione delle spese processuali, che scatta automaticamente in caso di piena corrispondenza dei contenuti della proposta scritta del mediatore e della decisione giudiziale della lite. In questa prima fattispecie, infatti, il comportamento della parte che abbia rifiutato la proposta del mediatore è considerato senz'altro scorretto, in quanto è stato ostativo della composizione consensuale, senza che fosse necessario ricorrere alla tutela giudiziale. In questo caso, per la parte che risulti vincitrice del giudizio, sul piano delle spese sostenute, si esclude il diritto al rimborso delle spese di mediazione e di quelle processuali, addossandole il pagamento di quelle della controparte soccombente. Inoltre, il giudice applicherà una sanzione pecuniaria di importo pari al contributo unificato dovuto, salva la condanna al risarcimento dei danni per lite temeraria.

Ai sensi del secondo comma dell'art. 13, cit.: «*Quando il provvedimento che definisce il giudizio non corrisponde interamente al contenuto della proposta, il giudice, se ricorrono gravi ed eccezionali ragioni, può nondimeno escludere la ripetizione delle spese sostenute dalla parte vincitrice per l'indennità corri-*

to legislativo a marzo 2010, n. 28, cit., pp. 203 ss.; A.G. DIANA, La mediazione civile e commerciale, cit., pp. 323 ss.; A. SANTI, in La mediazione per la composizione delle controversie civili e commerciali, cit., pp. 303 ss.; M. MECACCI, Disciplina delle spese processuali, in La nuova mediazione. Regole e tecniche dopo le modifiche introdotte dal "Decreto del fare", cit., pp. 615 ss.

sposta al mediatore e per il compenso dovuto all'esperto di cui all'articolo 8, comma 4. Il giudice deve indicare esplicitamente, nella motivazione, le ragioni del provvedimento sulle spese di cui al periodo precedente». La fattispecie differisce dalla precedente per la mancanza di piena corrispondenza tra il contenuto della proposta scritta del mediatore e quello della decisione della controversia, pur presupponendo la sussistenza di punti di valutazione comuni. L'apprezzamento della significatività di tale corrispondenza è rimesso al giudice, il quale è investito anche del potere di verificare la ricorrenza di gravi ed eccezionali ragioni che giustificano l'applicazione delle conseguenze negative sulle spese. Più precisamente, il giudice deve motivare la decisione di addossare a carico della parte vincitrice della causa, le spese relative alla mediazione. In questo caso, il giudice deve esplicitare nella sua decisione perché il comportamento della parte in mediazione integra la valutazione negativa sulle spese.

Il sindacato giudiziale che, in sede di decisione sulle spese processuali, si opera sul comportamento delle parti in mediazione e, in specie, sulla loro mancata accettazione della proposta risolutiva formulata dal mediatore, è un elemento assai significativo da considerare ai fini della verifica dell'essenza volontaria della mediazione. Si è in presenza, infatti, di una misura costringitiva accessoria che è funzionale a favorire l'accettazione della proposta risolutiva del mediatore e, più in generale, il raggiungimento dell'accordo in mediazione. Le parti, tuttavia, restano libere di accettare la proposta del mediatore, tant'è che prima della sua formulazione deve informare le parti in merito alle possibili conseguenze sul piano delle spese processuali. Pur dovendo considerare l'assunzione di un tale rischio, tuttavia, le parti rimangono libere di accettare o rifiutare la proposta risolutiva del mediatore.

La sequenza procedimentale della proposta risolutiva scritta, malgrado l'attribuzione al mediatore del potere discrezionale di formularla senza richiesta unanime delle parti e nonostante la previsione delle conseguenze in ordine all'applicazione delle spese processuali, rispetta l'essenza volontaria della mediazione, per quanto concerne sia l'esaminato piano procedimentale che quello sostanziale dell'accordo di conciliazione. In quest'ultimo

accordo, che costituisce l'epilogo positivo della mediazione, si raccordano e riuniscono le due prospettive di analisi, che rimandano a considerazioni di più ampio respiro sistematico legate all'autonomia.

14. *Mediazione e conciliazione: la duplice conformità procedimentale e sostanziale del contratto giusto.* – La disciplina italiana della mediazione delinea due distinte modalità procedimentali di raggiungimento dell'accordo conciliativo, a seconda che le parti aderiscano alla proposta risolutiva scritta del mediatore ovvero negozino direttamente tra di esse il contenuto contrattuale. Nel primo caso, nel verbale conclusivo della mediazione saranno contenute sia la proposta del mediatore che le adesioni delle parti, che esprimono *per relationem* le volontà contrattuali perfezionative dell'accordo conciliativo. Nella seconda eventualità, grazie sempre all'assistenza del mediatore, le parti si scambiano direttamente i consensi integrativi dell'accordo, che viene allegato al verbale di conciliazione.

Le due fattispecie si distinguono chiaramente sul piano procedimentale in quanto, pur basandosi sulla manifestandosi sulla manifestazione dei consensi delle parti contraenti in mediazione, seguono due sequenze differenti¹⁷⁰. L'indicazione potrebbe assumere un significativo rilievo sistematico sul piano della teoria generale dei contratti.

Il sistema della formazione dell'accordo contrattuale, rispetto alla disciplina dei contratti contenuta nel codice civile (artt. 1326 ss.) e in altre leggi speciali (artt. 44 ss. cod. cons.), infatti, introduce altri procedimenti speciali che si caratterizzano per l'avvenire la conclusione del contratto nella sede della mediazione, nell'osservanza della relativa disciplina e con l'assistenza del mediatore, e, quanto alla sequenza speciale incentrata sulla proposta risolutiva scritta, mediante l'adesione *per relationem*.

La distinzione procedimentale, come accennato, non importa alcuna differenziazione sul piano sostanziale quanto al valore dell'accordo di conciliazione. In mediazione si raggiunge un accordo con il quale le parti pongono fine alla controversia su

¹⁷⁰ Art. 11, comma 3, d.lvo 28/2010.

diritti disponibili, che è perciò riconducibile sistematicamente nell'ambito contrattuale. Invero, nella composizione delle controversie le parti dispongono contrattualmente dei propri diritti disponibili, definendo i loro rapporti patrimoniali.

L'importanza della funzione compositiva svolta dalla mediazione e le garanzie procedurali che ne accompagnano la conclusione dell'accordo conciliativo, come già evidenziato, giustificano l'attribuzione di una maggiore efficacia, rispetto a quella semplicemente negoziale. Per un verso, infatti, l'attivazione del procedimento produce effetti sulla prescrizione e la decadenza, e, per altro verso, l'accordo raggiunto in mediazione è suscettibile di avere forza esecutiva. In tal senso, l'efficacia dell'accordo di conciliazione non è solo quella di "legge", ai sensi dell'art. 1372 c.c. ma anche quella corrispondente alla soluzione "giudiziale" che, secondo le prescrizioni della direttiva, permette l'attuazione coattiva di quanto vagliato dalla giustizia, non più solo giurisdizionale. Il riconoscimento della forza esecutiva, tradizionalmente riservato ai provvedimenti giudiziari che definiscono le liti, è stato esteso all'accordo di conciliazione realizzato in mediazione, in coerenza con l'ampliamento della nozione di giustizia, che non si esaurisce più nella sola giurisdizione ma comprende anche la mediazione e le altre A.D.R.

Nella disciplina italiana della mediazione, come già esaminato, proprio con riferimento all'attribuzione all'accordo raggiunto in mediazione dell'efficacia esecutiva mediante l'omologazione giudiziale, si è segnalata la duplicità dei piani di controllo e, quindi, di combinata rilevanza dell'esercizio dell'autonomia contrattuale in questo sistema di giustizia. Il piano della regolarità formale, corrisponde all'osservanza delle regole procedurali della mediazione e quello sostanziale del rispetto delle norme imperative e dell'ordine pubblico, quanto al contenuto dell'accordo di conciliazione.

L'autonomia contrattuale, in quanto soddisfatti i requisiti della duplice e concorrente conformità procedimentale e sostanziale, realizza una funzione di giusta composizione della controversia che trova riconoscimento nell'efficacia rafforzata dell'accordo raggiunto con l'assistenza del mediatore.

MANUEL GARCÍA MAYO*

LA ESCRITURA PÚBLICA COMO TÍTULO EJECUTIVO EN LA LEY 5/2012 DE MEDIACIÓN EN ASUNTOS CIVILES Y MERCANTILES

SUMARIO: I. Introducción. - II. Eficacia jurídica del acuerdo de mediación: - 1. Evolución de la eficacia ejecutiva del acuerdo de mediación. - 2. El título ejecutivo: especial consideración al acuerdo elevado a escritura pública: - 2.1 La necesaria solicitud por ambas partes. - 2.2. El control a realizar por el notario: - 2.2.1 Control de los “requisitos exigidos en la LM”: la equiparación del acuerdo de mediación a los títulos ejecutivos judiciales. - 2.2.2 Control de que el acuerdo “no es contrario a Derecho”.

I. *Introducción.* – Si bien la vía judicial es el medio más conocido y utilizado por las partes para la resolución de los conflictos existentes entre ellas, nos es el único medio existente al que se puede recurrir para tal fin. Existen los denominados “*medios alternativos de resolución de conflictos*”, que cuentan con una serie de ventajas como la celeridad, la inmediatez, la especialización o el ahorro.

Dentro de estos medios, nos centraremos en la mediación, un medio autocompositivo y estructurado de solución de controversias sobre materias disponibles para las partes, en el que éstas intentan voluntariamente alcanzar, por sí mismas, un acuerdo con la intervención de un tercero imparcial, cuya función es acercar la postura de las partes.

Los primeros pasos respecto a estos medios alternativos se dieron a nivel europeo, siendo necesario hacer referencia, en lo que se refiere a mediación en particular, a 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 mer-

* *Contratado PIF V Plan Propio de la Universidad de Sevilla.*

cantiles (en adelante, "*la Directiva*") que, si bien es cierto que solo se refería a los procedimientos de mediación en litigios transfronterizos, sirvió de base para que los Estados miembros aplicasen sus disposiciones a procedimientos de mediación de carácter nacional.

En España, aunque las Comunidades Autónomas contaban con leyes sobre mediación previas a la ley estatal, dichas regulaciones autonómicas no tenían el carácter ejecutivo del que solo puede dotar una norma estatal (art. 149.1.6º de la Constitución Española).

A nivel estatal, tras el primer contrato a través del Anteproyecto de Ley de Mediación en Asuntos Civiles y Mercantiles, de 19 de febrero de 2010 (en adelante, *APLM*) y del Proyecto de Ley de Mediación en Asuntos Civiles y Mercantiles, publicado el 29 de abril de 2011 en el Boletín Oficial de las Cortes Generales (en adelante, *PLM*), se recurrió al Real Decreto-ley 5/2012, de 5 de marzo, de mediación en asuntos civiles y mercantiles (en adelante, *RDL*) para incorporar – aun fuera de plazo – la referida Directiva. Finalmente, fue tramitada la actual Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles (en adelante, *LM*).

A día de hoy, lo cierto es que no se recurre a la mediación con la asiduidad que se esperaba, acudiéndose predominantemente a la vía judicial, quizás por desconocimiento de estos otros medios alternativos, por la seguridad jurídica que puede reportar la vía judicial frente a la mediación, o por la existencia de una "*judicialización*" de la sociedad. En particular, la falta de seguridad jurídica que la sociedad percibe de la mediación, se encuentra íntimamente relacionada con la eficacia jurídica y ejecución de los propios acuerdos resultados de un procedimiento de mediación. Es cierto que el acuerdo de mediación es alcanzado por las partes y que ello presupone un alto índice de cumplimiento, pero nada obsta a que una de las partes, o ambas, incumplan lo acordado. Por ello, queda fuera de toda duda que al acuerdo hay que dotarlo de fuerza ejecutiva formalizándolo como título ejecutivo. Sin embargo, son bastante debatidos los requisitos y las formas para dicha formalización.

Consecuencia de lo antedicho es que este trabajo se centre en el análisis de la eficacia jurídica y en la posibilidad de eje-

cución del acuerdo resultado de mediación cuando se opta por elevar el mismo a escritura pública. Si consiguiésemos alcanzar un tratamiento óptimo de la eficacia ejecutiva del acuerdo de mediación, la sociedad no contemplaría este medio como una alternativa peor a la judicial, lo cual nos llevaría a una “*desjudicialización*” de la sociedad. Solo así conseguiríamos una doble ventaja para la sociedad y la justicia: por un lado, el uso habitual de un medio alternativo con acreditadas ventajas; por otro lado, la descongestión de los tribunales, relegando a los mismos únicamente los asuntos en los que sea imprescindible una interpretación jurídica por parte del juez para resolver el conflicto o versen sobre una materia no disponible para las partes.

II. *Eficacia jurídica del Acuerdo de Mediación.* – El acuerdo de mediación tiene carácter de acuerdo privado entre las partes, siendo estas las que pueden optar, una vez alcanzado el acuerdo, por instar la formalización del mismo como título ejecutivo.

1. *Evolución de la eficacia ejecutiva del acuerdo de mediación.* – Hacer depender el cumplimiento del acuerdo de la mera voluntad de las partes dota de considerable fragilidad a la mediación. La especial importancia que le venimos otorgando durante en trabajo al carácter ejecutivo del acuerdo de mediación no es nueva. Ya el Considerando 19 de la Directiva recogía que “*la mediación no debe considerarse como una alternativa peor que el proceso judicial por el hecho de que el cumplimiento del acuerdo resultante de la mediación dependa de la buena voluntad de las partes. Por tanto, los Estados miembros deben asegurar que las partes en un acuerdo suscrito resultante de la mediación puedan hacer que su contenido tenga fuerza ejecutiva*”. Este interés lo había mostrado anteriormente Naciones Unidas en la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Conciliación Comercial Internacional del año 2002, en cuyo art. 14 disponía que “*si las partes llegan a un acuerdo por el que se resuelva la controversia, dicho acuerdo será vinculante y susceptible de ejecución...*”.

El problema era el medio por el cual dotarlo de este carácter ejecutivo y el tipo de título ejecutivo a constituir. El art. 6.1 de

la Directiva establecía 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”*. Este último inciso supuso un considerable revés al buen y necesario tratamiento que se venía anunciando de la ejecución del acuerdo en los considerandos de esta Directiva y que ahora se reducían a una mera voluntad de intenciones. Con la firma del acuerdo de mediación por las partes, éstas se comprometían a cumplir voluntariamente una serie de obligaciones. Sin embargo, se volvía a requerir el consentimiento explícito de ambas para solicitar la formalización de ese acuerdo como título ejecutivo.

Sin duda, se trata de una manifestación más del principio de autonomía de la voluntad, que ha caracterizado desde un principio a la mediación, con la considerable diferencia de que ahora parece contravenir al propio fin de la mediación. Por un lado, porque la mediación propiamente dicha ya concluyó cuando se firmó el acuerdo de mediación o, más bien, cuando se firmó el acta final. Por otro lado, porque va implícito en la propia voluntad de las partes que han alcanzado un acuerdo querer que éste sea cumplido. Darle, pues, valor ejecutivo a dicho acuerdo, no sería más que una consecuencia lógica, natural a aquella voluntad.

Una vez sentados los requisitos anteriores, la Directiva establecía como medios para que el acuerdo pudiese adquirir carácter ejecutivo, la *“sentencia, resolución o acto auténtico emanado de un órgano jurisdiccional u otra autoridad competente, de conformidad con la legislación del Estado miembro en el que se formule la solicitud”*. En este sentido, el carácter ejecutivo del acuerdo debía ir precedido de un control de legalidad por parte de una autoridad, que sería la que le dotaría de dicho carácter.

Pese a lo dispuesto por la Directiva, las propuestas legislativas españolas se dirigieron a atribuir al acuerdo un valor superior, evitando así las posibles maniobras dilatorias o fraudulentas que se pudieran desarrollar al tener dicho acuerdo un mero valor contractual.

En atención a ello, hemos de retrotraernos a una primera época en la legislación nacional, aún en gestación, conformada

por el APLM y el PLM. En tal sentido, el APLM y el PLM, en sus apartados II y III, respectivamente, de la exposición de motivos, establecían el *“reconocimiento del acuerdo de mediación como título ejecutivo, cuya ejecución podrá instarse directamente ante los tribunales siempre que se cumplan los requisitos exigidos en la presente Ley”*.

Según el articulado del PLM, muy similar al del APLM, el acuerdo de mediación había de firmarse por las partes o sus representantes y por el mediador. Dicho documento era título que llevaba aparejada ejecución con efecto de cosa juzgada para las partes, con la única excepción de que el contenido fuera contrario a Derecho (art. 30 y 33 APLM; art. 26 y 29 PLM). Frente a él, únicamente podía instarse la anulación o la revisión (art. 28 APLM; art. 24 PLM).

Cierto es, y lo venimos recalcando a lo largo de todo este trabajo, que si queremos evitar procesos y pretendemos que la mediación adquiera relevancia, no podemos dejar la eficacia jurídica del acuerdo equiparada a la de un mero contrato. Pero, en contraposición a ello, no es dable la alternativa que en las previsiones legislativas mencionadas se realizaba, pues, aunque contasen con defensores¹, las mismas se antojaban enormemente contraproducentes y susceptibles de cuantiosas críticas conforme a lo que a continuación se dirá.

En primer lugar, por ser más evidente, hemos de hacer referencia a la propia Directiva que sirvió de base a estas regulaciones nacionales. Los mecanismos expuestos en el art. 6.2 de aquélla no concordaban con los que recogían las antedichas previsiones normativas nacionales. La normativa europea establecía que el carácter ejecutivo lo podría adquirir el acuerdo en

¹ Vid. F. DE LA TORRE OLID, y D.P. MANZANARES JIMÉNEZ, *“La mediación civil y mercantil, una visión a partir del efímero proyecto de ley de 29 de abril de 2011”*, en *La solución extrajudicial de conflictos (ADR). Estudios para la formación en técnicas negociadoras*, Thomson Reuters Aranzadi, 2011, pp. 85 y 91: *“en el caso de que se exigiera la homologación judicial sería menor el éxito al descongestionar los juzgados y en cualquier caso, esta homologación o, en su caso, protocolización notarial, sería un paso más a dar para solucionar el conflicto, ahora ya a través de la ejecución judicial, que se hace innecesario dada la seguridad y garantías que ofrece este tipo de procedimientos”*.

virtud de sentencia, resolución o acto auténtico emanado de un órgano jurisdiccional u otra autoridad competente. Sin embargo, ninguno de los órganos o autoridades que requería la Directiva intervenía en el PLM y APLM, pues el acuerdo adquiriría eficacia ejecutiva sin que interviniese un fedatario público o juez que homologase o evaluase el cumplimiento de una serie de requisitos². Se estaría, pues, desnaturalizando la ejecución forzosa³.

En segundo lugar, y enlazado con lo anterior, era el mediador con su firma quien convertía en ejecutivo el acuerdo, alguien que, no sólo es que no tuviera cabida en las figuras de órganos o autoridades a las que la Directiva hacía referencia, sino que ni siquiera se le exigía ningún tipo de conocimiento técnico-jurídico⁴. En el APLM, al mediador únicamente se le requería un título de grado, sin mayor especificación.

Y en tercer lugar, consecuencia de lo anterior, si el control de legalidad se limitaba únicamente al realizado por el mediador – como recoge el APLM – o ni tan siquiera eso – como el caso del PLM –, en la mayoría de las ocasiones sería en el momento de la ejecución cuando el juez encargado de ella procedería a controlar que el acuerdo no era contrario a Derecho. Nos encontrábamos ante una patente contradicción entre lo dispuesto por el art. 33 APLM, en cuanto a la imposibilidad de homologarse y ejecutarse acuerdos contrarios a Derecho, y la realidad de que no era necesario homologarlo para proceder a su ejecu-

² Vid. C. MARQUÉS CEBOLA, *La mediación*, Marial Pons, Madrid, 2013, p. 116: “Contra el carácter ejecutivo directo de los acuerdos de mediación se posicionaba el Consejo General del Poder Judicial, invocando que el proceso de ejecución español no permitiría que las causas de oposición a la ejecución supusiesen un control sobre la conformidad a Derecho del contenido de los negocios jurídicos de mediación”. Cfr. CGPJ, *Informe al Anteproyecto de Ley de Mediación en asuntos civiles y mercantiles*, de 19 de mayo de 2010.

³ N. GONZÁLEZ-CUELLAR SERRANO, “La limitada ejecutoriedad de la escritura pública: incoherencia del sistema”, en *Revista El notario del siglo XXI*, núm. 38, 2011. Consultado en <http://www.elnotario.es/index.php/hemeroteca/revista-38/editorial/759-la-limitada-ejecutoriedad-de-la-escritura-publica-incoherencia-del-sistema-0-5261588716191788>.

⁴ A.M. PÉREZ VALLEJO, “Resolución extrajudicial de conflictos: mecanismos de conexión e interacciones jurisdiccionales”, en *Mediación, Arbitraje y Resolución Extrajudicial de conflictos en el s. XXI*, C. FERNÁNDEZ CANALES (Coord.), Reus, Madrid, 2010, p. 94.

ción, por lo que el único control lo desarrollaría un mediador que, reiteramos, carecía de conocimientos para ello. Ello conllevaría, como se encarga de recordar ORTIZ-PRADILLO⁵, a que en muchos supuestos dicho acuerdo no llegaría nunca a ejecutarse, en tanto que si el acuerdo infringía cualquier disposición normativa, bien de oficio, o bien a instancia de parte, no se podría ejecutar puesto que el art. 29 PLM señalaba que “no podrán ejecutarse los acuerdos cuyo contenido sea contrario a Derecho”. Por lo tanto, nos hubiéramos encontrado con un posible efecto contraproducente: la disminución de procesos declarativos se hubiera podido ver acompañada por un aumento de ejecuciones forzosas⁶, pues serían los jueces encargados de la ejecución los que *a posteriori* habrían debido hacer dicho control.

Se producía, pues, una equiparación del acuerdo, a efectos de ejecución, con los títulos judiciales y arbitrales, con la diferencia de que en éstos sí hay un control de fondo.

La modificación más sustantiva, de las que se operan hasta alcanzar la regulación actual, se produjo con el RDL, que introdujo un cambio trascendental: el acuerdo tenía carácter vinculante, pero no fuerza ejecutiva directa. En esencia, es ésta la solución que se sigue manteniendo en la posterior, y actual, LM (art. 25).

2. *El título ejecutivo: especial consideración al acuerdo elevado a escritura pública.* – En virtud de lo dispuesto en el referido art. 25 LM, si nos encontremos en una mediación extrajudicial – iniciada sin dependencia alguna de un proceso judicial sobre el mismo objeto de discusión –, para formalizar el acuerdo como título ejecutivo ambas partes podrán solicitar la elevación a público del acuerdo⁷. Si, en cambio, nos encontramos en el su-

⁵ J.C. ORTIZ-PRADILLO, “Mediación y Proceso Civil: luces y sombras de la proyectada reforma procesal”, en *Documentos de Trabajo. Seminario Permanente de Ciencias Sociales*, nº 16, 2011, pp. 25-26.

⁶ Vid. A. DE LA OLIVA SANTOS, “Mediación y Justicia: síntomas patológicos”, en *Otrosí, Rev. del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid*, septiembre de 2011, pp. 7-14.

⁷ Vid. A. CALATAYUD SIERRA, “Elevación a escritura pública del acuerdo de mediación”, en *Proceso civil y mediación. Su análisis en la ley 5/2012 en asun-*

puesto de una mediación intrajudicial – vinculada a la existencia de un proceso judicial – podrán optar por solicitar del tribunal la homologación del acuerdo mediante auto o incluso acudir al notario para elevar a público el acuerdo⁸. Aun siendo posible optar por la elevación a escritura pública del acuerdo alcanzado incluso en la mediación intrajudicial, desconocemos cuál sería el interés de optar la misma en estos casos, pues la elevación a escritura pública, por un lado, requiere de unos requisitos más exhaustivos que la homologación judicial (v. gr. la necesidad de seguir un procedimiento según lo estipulado en la LM) y, por otro lado, conllevaría un incremento de costes, al intervenir un nuevo profesional⁹.

Se introducen, pues, dos títulos ejecutivos: la escritura pública que recoge el acuerdo de mediación (arts. 25.1 y 23.3 *in fine* LM), y el auto judicial que homologa el acuerdo (art. 25.4 LM).

tos civiles y mercantiles, A. BONET NAVARRO (Dir.), Aranzadi Thomson Reuters, Navarra, 2013, p.191, en relación a la importancia de la escritura pública como instrumento idóneo para dotar de fuerza ejecutiva al acuerdo: “la escritura pública no es un requisito puramente formal que se impone para la ejecutividad del acuerdo de mediación, sino que presta un valor añadido muy importante a éste, en cuanto que un jurista experto que, además, tiene atribuida la función pública de autenticar, informar a los otorgantes y controlar la legalidad de los actos celebrados, verifica su regularidad formal y de fondo y se asegura de que los sujetos que intervienen prestan un consentimiento válido e informado”.

⁸ Pese a esta doble posibilidad, parte de la doctrina es partidaria de exigir la homologación judicial en todos los casos, incluso en la mediación extrajudicial. Vid. V. PÉREZ DAUDÍ, “Aspectos procesales de la mediación en asuntos civiles y mercantiles”, en *Mediación y Resolución de Conflictos: técnicas y ámbitos*, E. SOLETO MUÑOZ (Coord.), Tecnos, Madrid, 2011, pp. 401-402. No obstante, consideramos que permitir la homologación judicial incluso de los acuerdos extrajudiciales no ayudaría a evitar el colapso de los tribunales, situación que pretende evitarse con la mediación.

⁹ Uno de los problemas que se llegaron a plantear sobre la configuración del acuerdo como escritura pública era el sobrecoste que podría ello suponer si tenemos en cuenta que los honorarios de los notarios se configuran en función del contenido económico de la escritura. Se solventó con lo dispuesto en la DA 3ª LM, al disponer que para su cálculo “se aplicarán los aranceles correspondientes a los «Documentos sin cuantía» previstos en el número 1 del Real Decreto 1426/1989, de 17 de noviembre, por el que se aprueba el arancel de los notarios”.

Nos detendremos en este trabajo, como venimos anunciando, en el primer de ellos y, esencialmente, en sus requisitos.

2.1. *La necesaria solicitud por ambas partes.* – El primer requisito *sine qua non*, a la hora de elevar a escritura pública el acuerdo, y en el que queremos hacer especial incidencia en este trabajo, es la propia autonomía de la voluntad de las partes como otorgantes que son de la escritura, siendo necesaria la solicitud por ambas partes para elevar a público el acuerdo. Éste requisito, que ya había sido recogido por el art. 6.1 de la Directiva, se contiene en la LM de forma implícita. Así lo extraemos, por un lado, del plural utilizado en los arts. 25 a 27 LM – *“las partes podrán elevar a escritura pública”* –; por otro lado, de lo previsto en el art. 27.2 LM para la elevación a público de acuerdos de mediación transfronterizos, para lo que se exige la solicitud de las partes *“o de una de ellas con el consentimiento expreso de las demás”*, por lo que presumimos que se ha de tratar de igual forma a nivel nacional.

Es evidente que, con esta configuración, las partes perciben una falta de seguridad jurídica, desincentivándose así la mediación. Una de las soluciones a las que podríamos acudir, sería la de establecer que una de las cláusulas obligatorias a incluir en el acuerdo de mediación fuera la de que ambas partes se compelen a elevar el acuerdo a público.

Llegados a este punto, cabe preguntarse por la aplicación, en este sentido, del art. 1279 CC en relación con el art. 1091 CC¹⁰. Hay autores¹¹ que sostienen que el art. 1279 CC nació como una norma de transacción, que pretendía conciliar la exigencia de documentación del contrato con fines probatorios (Base 19 de la Ley de Bases, *in fine*), con el principio de que el mero consentimiento obliga (Base 20). Sin embargo, en la redacción definitiva

¹⁰ Art. 1091 CC: *“Las obligaciones que nacen de los contratos tienen fuerza de ley entre las partes contratantes, y deben cumplirse al tenor de los mismos”*.

Art. 1279 CC: *“Si la ley exigiere el otorgamiento de escritura u otra forma especial para hacer efectivas las obligaciones propias de un contrato, los contratantes podrán compelerse recíprocamente a llenar aquella forma desde que hubiere intervenido el consentimiento y demás requisitos necesarios para su validez”*.

del Código no se respetó la Base 19, que ordenaba que determinados contratos hubieran de constar por escrito para exigir judicialmente su cumplimiento. No obstante, SCAEVOLA¹², consideraba que no fue el Código quien se apartó de lo ordenado en la Ley de Bases, sino la jurisprudencia y la doctrina que interpretaban los arts. 1279 y 1280 de forma contraria a lo preceptuado por la Base 19. Esta última línea apuntada fue seguida por diversos autores, como GARCÍA VICENTE¹³ que, apoyándose en lo dispuesto por la STS de 27 de enero de 1995, considera que el art. 1279 CC se restringe a los casos en que la forma cumple la función *ad probationem* o en la que es fuente de oponibilidad frente a terceros.

Esta tesis defendida por SCAEVOLA debe ser descartada. Es evidente que el Código se apartó de la Ley de Bases en este sentido, y así se ha venido mostrando de forma unitaria la doctrina y la jurisprudencia. El art. 1279 no otorga a la forma una función *ad solemnitatem* ni *ad probationem*. Por una parte, hemos de atender al principio de libertad de forma que recoge el propio art. 1278 CC¹⁴. Por otra parte, sería absurdo que, para instar judicialmente el cumplimiento del contrato, el acreedor hubiese de solicitar indispensablemente que el contrato se otorgue en la forma requerida sin aceptar otro medio de prueba pues, para ello, previamente habrá de acreditarse la existencia y contenido del contrato, acreditación para la cual sí podría utilizarse cualquier medio de prueba a su alcance – por ejemplo la testifical –.

Es en la expresión “*hacer efectivas las obligaciones*” donde estriba la dificultad a la hora de interpretar el art. 1279. Una interpretación literal del precepto y, concretamente, del término “*obligaciones*”, parece referirse a obligaciones que nacen del

¹¹ M.J. SANTOS MORÓN, “Artículo 1279”, en *Comentarios al Código Civil*, A. DOMÍNGUEZ LUELMO (Dir.), Lex Nova, Valladolid, 2010, p. 1408.

¹² Q.M. SCAEVOLA, *Código civil, comentado y concordado*, XX, 2.a ed. (revisada por P. MARTÍN PÉREZ), Madrid, 1958.

¹³ J.R. GARCÍA VICENTE, “Art. 1279”, en *Comentarios al Código Civil*, Tomo VII, R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (Dir.), Valencia, 2013, p. 9169.

¹⁴ Art. 1278 CC: “*Los contratos serán obligatorios, cualquiera que sea la forma en que se hayan celebrado, siempre que en ellos concurran las condiciones esenciales para su validez*”.

contrato que no pueden hacerse efectivas sin el cumplimiento del requisito de forma exigido¹⁵. Sin embargo, de acuerdo con lo defendido por REGLERO CAMPOS, *“en aquellas hipótesis en que la ley exija una determinada forma, la omisión formal no presupone, como regla general, la invalidez del contrato, sino que éste no desplegaría su plena eficacia”*. Es decir, estamos ante aquellos contratos a los que sólo una forma determinada le hace generar algunos de sus efectos. No se refiere, ni tan siquiera, a todos los efectos derivados del contrato, pues habrá muchos que nazcan con el mero consentimiento, sino sólo a una serie de efectos que se generan cuando el negocio se documenta. Piénsese, por ejemplo, en el acceso al Registro de la Propiedad¹⁶ o, en nuestro caso, en la necesidad de elevación a escritura pública del acuerdo para que éste despliegue eficacia ejecutiva¹⁷.

En definitiva, el art. 1278 CC nos dice que todo contrato (excepto los estrictamente formales) produce obligaciones civiles desde que concurren los requisitos del art. 1261 CC, independientemente de la forma. Por su parte, el art. 1279 CC establece que una de esas obligaciones es la de llenar la forma que la ley exija para que el contrato despliegue todos sus efectos.

¹⁵ L.F. REGLERO CAMPOS, *“Art. 1279 y 1280”*, en *Comentarios al Código Civil y compilaciones forales*, M. ALBADALEJO GARCÍA (Dir.), EDERSA, Madrid, 2001. Recurso electrónico <http://0-vlex.com.fama.us.es/app?r=true#/vid/231167>: *“si interpretamos literalmente el precepto, parece que con la utilización del término obligación y, además, en plural, debe entenderse que se está refiriendo, no una idea general, como es la de los efectos, sino a una categoría técnica, como es la de obligación”*. Defiende que el término *“obligación”* se utiliza de forma técnicamente incorrecta, quizás con la intención de evitar una cacofonía en el precepto.

¹⁶ Consolidada jurisprudencia así se ha pronunciado respecto a la aplicación del art. 1279 a los contratos privados, aun no siendo necesario para su validez la elevación a público. *Vid.* STS de 19 de febrero de 1990.

¹⁷ En este mismo sentido, A.M. LÓPEZ Y LÓPEZ, *“Art. 1279”*, en *Comentario del Código Civil. Tomoll*, Ministerio de Justicia de España, 1991, pp. 503 y ss. Considera que el art. 1279 reconoce a las partes contratantes la facultad y obligación recíproca de otorgar escritura u otra forma especial, *“cuando tales formas sean precisas en el sentido de facilitar la prueba, potenciar la eficacia del contrato frente a terceros, servir de título a la ejecución, ingresar en los Registros o ser presentados en oficinas públicas o conferir una especial prelación a los créditos”*. El art. 1279 tiene, según dice, el cometido de señalar el alcance del mandato contenido en el art. 1280.

Al hilo de esta interpretación, existe consolidada doctrina que mantiene que el art. 1279 no ha de estar limitado a los supuestos que el art. 1280 exigen que han de constar en escritura pública. También existen posturas contrarias a este posicionamiento¹⁸.

No obstante, pese a aceptarse esta hipótesis, para ello se debería de acudir a un proceso declarativo respecto a una obligación de hacer y obtener una sentencia de condena a otorgar la escritura pública, debiendo, así mismo, acudir posteriormente al proceso de ejecución regulado para esta clase de sentencias de condenas de hacer (art. 708 Ley de Enjuiciamiento Civil, en adelante *LEC*). Y todo el largo proceso anterior sería para dar por prestada la declaración de voluntad de otorgar la escritura pública, no para ver cumplido el contenido de las obligaciones plasmadas en el acuerdo.

¹⁸ Vid. A. CALATAYUD SIERRA, *op. cit.*, p. 198, defiende que “si no son casos de constancia obligada en documento público, la cuestión puede ser más dudosa, porque no sería de aplicación el art. 1279 CC. Sin embargo, entiendo que también entonces todas las partes estarían obligadas a la elevación a escritura pública si alguna lo pide. Así debe deducirse de la interpretación del art. 25 LM a la luz de la Directiva 2008/52/CE, que dicha Ley incorpora a nuestro Derecho y que, en su Considerando 19, pone el acento en que los Estamos miembros deben asegurar que las partes en un acuerdo escrito resultante de la mediación puedan hacer que su contenido tenga fuerza ejecutiva (...) por tanto, también en estos casos podrá instarse en procedimiento declarativo la elevación a pública del acuerdo de mediación si alguna de las partes se niega a ello”.

Por su parte, La Ley 4/2005 de 24 de mayo, del Servicio Social Especializado en Mediación Familiar de Castilla La Mancha, que fue derogada por la Ley 1/2015, de 12 de febrero, del Servicio Regional de Mediación Social y Familiar de Castilla-La Mancha, disponía en su art. 24 que “*las partes podrán compelerse recíprocamente a elevar a escritura pública los acuerdos alcanzados en el procedimiento de mediación familiar y documentados en el acta final*”.

J. GÓMEZ DÍEZ, “Disposición Final Tercera”, en *Mediación en asuntos civiles y mercantiles. Comentarios a la ley 5/2012*, GARCÍA VILLALUENGA, L., Y ROGEL VIDE, C. (Dir.), Reus, Madrid, 2012, p. 506. Defiende que el derecho individual al otorgamiento de escritura pública tan solo se tiene cuando existe alguna otra norma que lo concede (art. 1280 CC). Pero llega más allá, y mantiene que “la escritura que así se llegara a otorgar no convertiría el acuerdo escriturado en título ejecutivo judicial del núm. 2º. El título ejecutivo – acuerdo de mediación – tan solo surge a solicitud de ambas partes (y previa necesaria superación de un cierto filtro de legalidad judicial, notarial o arbitral)”.

Una alternativa de *lege ferenda* a lo anterior, podría ser que, *ex lege*, una de las cláusulas a incluir en el acuerdo versase sobre la prestación de conformidad de las partes para que, cualquiera de ellas, previa mera comunicación a la otra – el consentimiento ya lo entendemos otorgado con la inclusión de la cláusula –, pudiera pedir la elevación a público del acuerdo. Considero que sería la solución más factible para poder garantizar el éxito de la mediación y su propagación, pues la conformidad para la elevación a escritura pública quedaría otorgada en el momento en que se firmó el acuerdo. Es decir, damos un paso más a lo propuesto en el párrafo anterior, de forma que, por medio de una cláusula inserta en el acuerdo, sólo hiciera falta notificar a la otra parte que se va a proceder a elevar el acuerdo a escritura pública para que ello se pudiera realizar. De esta forma, la tan acentuada autonomía de la voluntad – que tan esencial ha sido a lo largo del procedimiento y que ahora se vuelve contraproducente –, acabaría en el momento en que se firma el acuerdo, momento exacto donde acaba la mediación – si acta y acuerdo confluyen en único documento –, dependiendo la ejecución sólo del interesado en la misma. Es más, podría llegar a plantearse la posibilidad de que esta cláusula se incluyese antes de iniciar la mediación, por ejemplo, como un aspecto más en el acta de la sesión constitutiva que ha de ser firmada por todas las partes y el mediador. Aun así, nos podríamos encontrar en todo momento con la exigencias de comparecencia o ratificación para que lo acordado se integre en escritura pública. Estas exigencias se consideran como insalvables, a menos que todas las partes que logran el acuerdo se otorguen, recíprocamente, un poder notarial para el otorgamiento de la escritura, aunque resultaría ilógico otorgar tantas escrituras como poderes notariales, en lugar de otorgar todas las partes una única escritura que eleve a público el acuerdo. No obstante, no es una posibilidad descartada por la Directiva (art. 6) ni por la LM (art. 27.2), ya que existe la posibilidad de que una sola de las partes solicite la elevación a público del acuerdo con el consentimiento explícito de la otra.

Hay autores que llegan aún más lejos, preguntándose “¿por qué no se ha previsto que quien actúe de conformidad con lo pactado pueda acudir al notario, adjuntando, sí, copia de las actas de la sesión constitutiva y final del procedimiento, pero, ade-

más, acompañada del mediador, al efecto de que éste, bajo su responsabilidad, ratifique ante el notario la autenticidad del pacto que se pretende protocolizar?”¹⁹.

2.2. *El control a realizar por el notario.* – El Decreto de 2 junio de 1944, por el que se aprueba con carácter definitivo el Reglamento de la organización y régimen del Notariado (en adelante, “*Reglamento Notarial*” o “*RN*”), en su art. 145, establece que la autorización o intervención del instrumento público implica el deber del notario de dar fe de la identidad de los otorgantes, de que a su juicio tienen capacidad y legitimación, de que el consentimiento ha sido libremente prestado y de que el otorgamiento se adecua a la legalidad y a la voluntad debidamente informada de los otorgantes e intervinientes.

Sin perjuicio de este control que, con carácter general, ha de realizar el notario al proceder a la elevación a público de un acuerdo de mediación, el art. 25.2 LM establece, además, que el notario habrá de verificar tanto el cumplimiento de los requisitos exigidos en la Ley de Mediación, como que el acuerdo no es contrario a Derecho, configurándose un control referido tanto al aspecto procedimental como al contenido del acuerdo de mediación. Será, de ambos controles, de lo que nos ocupemos en los siguientes epígrafes.

Con lo dispuesto en la LM, se establece un control de legalidad a realizar por el notario, que otorga seguridad jurídica. Ahora bien, este control de legalidad no es una función añadida a la notarial, sino que, con carácter general, es una parte fundamental de la actuación del notario. Se ha de recordar que los arts. 145.5º y 147 RN imponían al notario la obligación, no solo de excusar su ministerio, sino de negar la autorización o intervención, cuando el acuerdo fuese contrario a la ley o al orden público o se prescindiese por los interesados de los requisitos necesarios para su plena validez o eficacia. Sin embargo, parte de estos artículos fueron declarados nulos por la STS de 20 de mayo de 2008.

¹⁹ J.M. SANTO VIJANDE, “Tratamiento procesal de la mediación y eficacia ejecutiva del acuerdo de mediación en la Ley 5/2012”, en *Riedpa: Revista Internacional de Estudios de Derecho Procesal y Arbitraje*, nº 1, 2013, p. 30.

Ahora bien, no quiere ello decir que el notario no haya de evaluar la legalidad del acto o negocio jurídico. No solo puede hacerlo, sino que ha de hacerlo, ya que a tal efecto las partes acuden al mismo para instrumentalizar adecuadamente el acto o negocio jurídico. El examen de la legalidad se materializará en las correspondientes reservas y advertencias. El problema no estriba tanto en el examen que realiza el notario como en que se establezca la denegación de la autorización o intervención notarial en caso de no superar dicho control de legalidad a través de un Reglamento y no de una norma de adecuado rango legal. Al no encontrarse recogida esta posibilidad en la Ley Notarial, lo dispuesto en el Reglamento no puede considerarse un desarrollo de la misma.

De hecho, el legislador, a la hora de establecer concretas limitaciones a la autorización notarial de actos o negocios jurídicos, ha acudido a disposiciones con rango de Ley. Si bien en la mayoría de estas leyes la prohibición de intervención o autorización se hace de forma expresa, no ocurre igual en la LM, cuyo art. 25.2 LM establece que *“para llevar a cabo la elevación a escritura pública del acuerdo de mediación, el notario verificará el cumplimiento de los requisitos exigidos en esta Ley y que su contenido no es contrario a Derecho”*²⁰. No obstante, considero que, aun así, con este precepto el legislador pretende denegar la autorización, por parte del notario, de aquellos acuerdos que no superen el control de legalidad. Si la ilegalidad del acuerdo sólo hubiera de ser advertida a los otorgantes, no hubiera sido necesario este precepto, ya que estaríamos ante la regulación general recogida en la legislación notarial. Contemplando la denegación en esta LM, lo que se ha pretendido es salvar la objeción de insuficiencia de rango normativo que apreciaba el Tribunal Supremo respecto al RN.

2.2.1. *Control de los “requisitos exigidos en la LM”: la equiparación del acuerdo de mediación a los títulos ejecutivos judiciales.* – La actual LEC regula un único proceso de ejecución que se aplica independientemente del tipo de título ejecutivo de que

²⁰ Vid. C. MARTÍNEZ ESCRIBANO, *Control notarial de legalidad*, Thomsom-Reuters, Navarra, 2010. Sobre el valor jurídico del instrumento publico Vid. J.E. GOMÁ SALCEDO, *Derecho Notarial*, Bosch, Barcelona, 2ªed., 2011, pp. 469 a 481.

se trate, no obstante lo cual a lo largo de su articulado establece tratamientos o soluciones diferentes dependiendo de si estamos ante un título judicial o extrajudicial. Sin embargo, como adelantábamos, y pese a la evidente naturaleza extrajudicial de la escritura pública, la LEC, a algunos efectos, asimila el acuerdo de mediación a los títulos ejecutivos judiciales, ya haya sido aquel elevado a escritura pública u homologado judicialmente (cfr. arts. 518, 548, 556, 580, o 520 a *contrario sensu*, todos ellos de la LEC)²¹. Esta asimilación depara algún que otro problema en preceptos que, habiendo sido concebidos para referirse a títulos judiciales, resultan ahora de difícil aplicación a los acuerdos de mediación (cfr. 519 o 526 LEC).

Esta equiparación del acuerdo de mediación – elevado a escritura pública – a los títulos ejecutivos judiciales es lo que hace especialmente importante distinguir entre el acuerdo de mediación alcanzado con sujeción al procedimiento y requisitos establecidos en la LM – que, una vez elevado a escritura pública, se equiparará a los títulos ejecutivos judiciales –, y aquellos otros acuerdos alcanzados de forma “atípica”, es decir, al margen de la LM – que, aun elevándose a escritura pública, no gozarán de la referida equiparación –. De ahí que la LEC distinga entre el acuerdo de mediación elevado a escritura pública (art. 517.2.2º LEC) y el resto de escrituras públicas (art. 517.2.4º LEC). La evidente diferencia entre alcanzar el acuerdo de una u otra forma es lo que explica que la primera parte del control notarial establecido en la LM se refiera al análisis del cumplimiento de los requisitos exigidos en la LM. Se trataría, pues, de controlar que el acuerdo se ha alcanzado siguiendo el procedimiento establecido en la LM.

En virtud de lo expuesto, refirámonos a algunas de las “ventajas” o particularidades que presenta el acuerdo de mediación elevado a escritura pública respecto al resto de escrituras con carácter general.

²¹ Vid. V. PARDO IRANZO, *La ejecución del acuerdo de mediación*, Aranzadi, Navarra, 2014, p. 51; J. BONET NAVARRO, “*Primeras críticas en torno a ciertas implicaciones procesales del RDL 5/2012, de 5 de marzo, de mediación en asuntos civiles y mercantiles*”. Consultado en <http://derechoproc.blogspot.com.es/2012/03/primeras-criticas-en-torno-ciertas.html>. Considera que esta equiparación es incoherente, ya que la formalización mediante escritura pública se asimilaría más bien con los títulos extrajudiciales.

En primer lugar, las causas de fondo para oponerse a la ejecución de los títulos ejecutivos judiciales (art. 556 LEC) son más reducidas que para los extrajudiciales (art. 557 LEC).

En segundo lugar, tratándose de un acuerdo de mediación, en las ejecuciones dinerarias, con carácter previo a la interposición de la demanda, no es necesario requerimiento de pago previo para proceder al embargo de los bienes del ejecutado (art. 580 LEC).

En tercer lugar, si se tratase de un acuerdo elevado a escritura pública sin haber seguido el procedimiento de mediación, sólo podría despacharse ejecución por cantidad determinada que excediese de trescientos euros (art. 520 LEC).

En cuarto lugar, el acuerdo de mediación que declare el pago de una cantidad líquida devengará un interés anual igual al interés legal del dinero incrementado en dos puntos, o el que corresponda por pacto de las partes o por disposición especial de la ley (art. 576 LEC). Sin embargo, la aplicación del interés de mora procesal a los acuerdos de mediación carece de sentido, ya que en el acuerdo de mediación no hay condena, sino acuerdo. No hay riesgo de retardo por la utilización de maniobras retardatorias de la ejecución (recursos)²², pues frente al acuerdo de mediación con carácter de título ejecutivo no cabe medio de impugnación procesal alguno, a excepción del recurso de apelación contra el auto de homologación de un acuerdo de mediación²³.

A la vista de los párrafos anteriores, podrían parecer evidentes las ventajas de elevar a público un acuerdo resultado del procedimiento de mediación estipulado en la LM, frente a hacerlo respecto de un acuerdo alcanzado por las partes sin sujeción a ningún tipo de procedimiento reglado, lo que la profesora LÓPEZ BARBA viene a definir como la distinción entre la mediación *típica* y la *atípica*²⁴.

²² F. CORDÓN MORENO, "art. 576", *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, Aranzadi, Civitas, 2001, p.292.

²³ J. LÓPEZ SÁNCHEZ, *Ejercicio de la acción ejecutiva*, en *Proceso civil y mediación. Su análisis en la Ley 5/2012, de mediación en asuntos civiles y mercantiles*, BONET NAVARRO (Dir.), Aranzadi Thomson Reuters, 2013, p.258.

²⁴ *Vid.* E. LÓPEZ BARBA, "La eficacia ejecutiva del acuerdo alcanzado tras un procedimiento de mediación según la ley 5/2012", en *Revista Aranzadi de derecho patrimonial*, nº 30, 2013, pp. 237-253.

Sin embargo, como apunta LÓPEZ BARBA, no siempre acudir a la LM parece que será lo más ventajoso. En este sentido, el art. 518 LEC establece un plazo de caducidad de la acción ejecutiva de cinco años en el supuesto de acuerdo resultado de mediación (512.2.2º LEC), mientras que en los supuestos contemplados en el art. 512.2.4º LEC, es decir, cuando se haya alcanzado un acuerdo por las partes al margen del procedimiento de mediación regulado en la LM, solo hemos de atender a los plazos de prescripción, que dependerán de la obligación recogida en la escritura pública. Ante esta situación, se abre incluso la posibilidad, a voluntad de las partes, de que tras seguir el procedimiento de mediación, se opte finalmente por elevarlo a escritura pública como si fuese un acuerdo celebrado al margen de la propia norma, es decir, sin aportar la documentación prevista en el art. 25.1.2 LM.

2.2.2. *Control de que el acuerdo “no es contrario a Derecho”*. – En este control de que el acuerdo “no es contrario a Derecho”, el notario se centrará, fundamentalmente, en un control a la mera legalidad, atendiendo así a lo establecido en el art. 19.1 LEC. Será importante controlar que el acuerdo de mediación no afecte a derechos y obligaciones que no estén a disposición de las partes (art. 2.1 LM). Además de lo anterior, el notario también habrá de verificar los elementos subjetivos que forman parte del acuerdo, si bien esto no forma parte estrictamente del contenido del acuerdo.

En caso de no superar el control de legalidad, las partes pueden optar por modificar el acuerdo, modificación que puede, incluso, ser sugerida por el propio notario, si éste la considera necesaria para conseguir conformidad con la ley y las partes entienden que con dicha modificación también ponen fin a la controversia y se respetan sus intereses en juego. A esta situación será más probable llegar en caso de que el mediador que ha intervenido carezca de una base jurídica elemental. Con fundados argumentos, a favor y en contra, en los que ahora no podemos entrar, podría defenderse la necesidad de que, o bien el mediador tenga una importante formación jurídica, o bien en la mediación intervengan los abogados. Con dichas intervenciones se evitaría que al formalizar el acuerdo como título eje-

cutivo, no se pudiera llevar a cabo por ser contrario a Derecho. Es cierto que el notario también se ocupa de adaptar la voluntad de las partes al ordenamiento jurídico. Ahora bien, si nos encontramos ante el supuesto de que, presentado el acuerdo al notario, éste hubiera de “rehacerse” prácticamente de forma íntegra, de poco habría servido la mediación pues, puede darse el caso en que las partes ya no estén dispuestas a volver a modificar, sustancialmente incluso, el acuerdo al que llegaron. Si bien estas intervenciones incrementarían los costes de la mediación, no considero que el aspecto económico sea un factor que prevalezca sobre el interés de las partes por asegurar una mediación eficiente. Incluso, cabría hablar de la justicia gratuita para evitar el rechazo entre los sectores más desfavorecidos.

Otra alternativa a lo expuesto en el párrafo anterior para evitar, en mayor medida, que haya que modificar el acuerdo tras el control realizado por el notario, sería que los mediadores fuesen los notarios, como, de hecho, pueden serlo. Incluso, nada parece impedir en la LM que el mismo notario que media pueda luego elevar a público el acuerdo²⁵, aunque sí podría tener cabida en la prohibición recogida en el art. 139 RN²⁶. O pensemos en la posibilidad de que, unificando la dualidad acta-acuerdo, con la firma de este documento por el notario, que ha sido mediador, se formalizase el acuerdo como título ejecutivo. Es decir, se le estaría dando al acuerdo la misma eficacia que se le daba en los proyectos legislativos, pero con la diferencia esencial de que ahora el mediador es un notario. A esta misma solución podría llegarse si, en un futuro, existiese un cuerpo de funcionarios mediadores.

La anulación de gran parte del art. 145 RN operada por la STS de 20 de mayo de 2008, y que ya hemos tratado más arriba, también comprendía la del recurso que los interesados podían presentar ante la Dirección General de los Registros y del Nota-

²⁵ J.E. GARCÍA PÉREZ, “El notario ante la mediación familiar”, en *III Encuentro Internacional Mediterráneo sobre Mediación*. UNED, Ceuta, 18 y 19 de junio de 2015.

²⁶ Art. 139 RN: “El notario no podrá autorizar o intervenir instrumentos públicos respecto de personas físicas o jurídicas con las que mantenga una relación de servicios profesionales”.

riado para que este organismo revocase la negativa de los notarios a intervenir en un instrumento público²⁷. Por tanto, considerando anulada la regulación de este recurso, y con ello el propio recurso, al interesado no le cabría más opción que interponer una demanda en procedimiento declarativo en el que acreditar que la pretensión de otorgamiento de la escritura pública debe ser estimada por no contravenir, en su caso, la ley, aunque sí es cierto que sería una alternativa costosa y larga.

²⁷ Vid. A. CALATAYUD SIERRA, *op. cit.*, p. 228, considera que este recurso sí seguiría vigente para aquellos casos en que existe una denegación de funciones por parte del notario y es preciso determinar si está justificada. En relación a ello, mantiene que “de hecho, la Dirección General de los Registros y del Notariado acepta esta interpretación, puesto que sigue admitiendo y resolviendo recursos contra la denegación de funciones por parte del notario considerando que la denegación está justificada si proviene de un correcto análisis jurídico y el centro directivo entra a valorar si éste se ha producido (entre otras, Resoluciones de 14 y 20 de marzo de 2012)”.

PATRICIA TORRES TERÁN*
MARÍA MARTÍN GONZÁLEZ** - ELENA HERRANZ HUERTA***
BLANCA BRAVO CASARES****

EL CONFLICTO ORGANIZACIONAL Y SU SOLUCIÓN EN LAS ORGANIZACIONES INTERNACIONALES: EL PAPEL DEL OMBUDSMAN Y DE LA MEDIACIÓN¹

ORGANIZATIONAL CONFLICT AND ITS SOLUTION IN INTERNATIONAL ORGANIZATIONS: THE ROLE OF THE OMBUDSMAN AND OF THE MEDIATION

SUMARIO: 1. Introducción - 2. Marco legal de la resolución de conflictos. - 2.1. Ejemplo de la OIT. - 2.1.1. La vía formal u oficial. - 2.1.2. La vía informal. - 2.1.2.1. Conciliación. - 2.1.2.2. Mediación. - 2.2. El ejemplo del BID. - 2.2.1. Mecanismos Informales. - 2.2.1.1. Ombudsman. - 2.2.2. Mecanismos formales. - 2.2.2.1. Revisión interna de quejas. - 2.2.2.2. Mediación formal. - 3. El Ombudsman. - 3.1. Un ombudsman institucional. - 3.2. El ombudsman en el sistema de las Naciones Unidas. - 3.3. Los conciliadores o asesores para un entorno laboral respetuoso. - 3.4. La labor de mediación del Ombudsman. - 3.5. Sede y oficinas regionales. - 3.6. La cuestión del Género. - 4. Diagnóstico de los conflictos existentes en las OI's. - 5. Conclusiones. - 6. Bibliografía.

Resumen:

En toda organización es habitual que surjan conflictos. Las organizaciones internacionales, por sus características particulares están más expuestas a los mismos. En efecto, en ellas conviven personas de muy distintas nacionalidades y orígenes que trabajan a menudo en si-

* Patricia Torres Terán, coordinadora y autora, ** María Martín González, coautora, *** Elena Herranz Huerta, coautora, **** Blanca Bravo Casares, coautora.

¹ Este artículo ha tenido su origen en el trabajo de fin de curso del Master en Mediación y gestión de conflictos de la Universidad Complutense de Madrid (UCM) dirigido por la Profesora Leticia García Villaluenga. <https://ucm.es/mediacion>.

tuaciones de emergencia o de urgencia y, generalmente en un idioma que no es el propio. El presente artículo describe los métodos de prevención y resolución de conflictos en dichas organizaciones, haciendo especial hincapié en la figura del ombudsman. Se adentra en las particularidades de su rol y analiza los conflictos que más frecuentemente se encuentran en dichas organizaciones.

Palabras clave:

Ombudsman, resolución, mediación, conflicto, Organización Internacional

Abstract:

Conflict is common in any organization. International Organizations, because of their particular characteristics are even more exposed to them. Indeed, in these organizations, people from many different nationalities and origins coexist together. They often work in emergencies or urgencies and usually in a language that is not their own. This article describes conflict prevention and resolution methods in these organizations with special emphasis on the figure of the ombudsperson. It delves into the particularities of his/her role and analyzes conflicts most often found in these workspaces.

Key words:

Ombudsman, resolution, mediation, conflict, International Organization.

1. *Introducción*². – Toda organización está conformada por grupos de personas que trabajan juntas y organizadamente para la consecución de un mismo fin. Es frecuente que derivados de la relación de trabajo surjan tensiones y malentendidos que puedan acabar en verdaderos conflictos que entorpezcan la misión de la organización. Hoy en día, diversos estudios demuestran que un clima laboral conflictivo redundará negativamente en el absentismo y la rotación de personal. Asimismo lleva parejo situaciones de acoso laboral (sexual o moral), abusos y agotamiento profesional. Todo ello influye, obviamente, en la productividad y puede llegar a ser muy costoso para la organización.

Si bien es cierto que estas situaciones se dan en todas las empresas y demás esferas de la vida diaria, creemos que estas or-

² Para mayor sencillez de lectura, en el artículo se ha utilizado el masculino como género gramatical no marcado, para hacer referencia a ambos géneros.

ganizaciones tienen una serie de características que las hacen más susceptibles de tener situaciones conflictivas. Por ejemplo, trabajar bajo situaciones de estrés o emergencia, el factor intercultural, las diferencias idiomáticas, las expectativas de cada empleado respecto a la misión de la organización, etc., pueden ser, bajo nuestro punto de vista, algunas de estas características. Seguramente por ser conocedores de esta realidad, la mayoría de las organizaciones internacionales han creado un procedimiento de prevención y resolución de conflictos interno a través de una Oficina de Ombudsman.

En el presente estudio analizamos la influencia de las situaciones de conflicto organizacional en el marco de las Organizaciones Internacionales (OI's) así como el marco de resolución que tienen establecido, haciendo hincapié en los modos informales de resolución como la mediación.

Hemos analizado los informes de los ombudsman o mediadores de varias organizaciones internacionales, tales como la ONU (tanto de la Secretaría como de los fondos y programas), el Programa Mundial de Alimentos (PMA), El Banco Interamericano de Desarrollo (BID), y la Organización Internacional del Trabajo (OIT). También hemos hablado con funcionarios de dichas organizaciones (que nos han solicitado mantener el anonimato), usuarios o no de la oficina del Ombudsman y con algún ombudsman de dichas organizaciones, concretamente Francisco Espejo, actual ombudsman regional de la ONU para América Latina y Caribe, y Asha William, antigua mediadora de la OIT.

2. Marco legal de la resolución de conflictos. – Los organismos a los que nos referimos aquí, las organizaciones internacionales, particularmente aquéllas que se encuentran dentro del sistema de las Naciones Unidas y algunas otras como el BID, tienen sus propios tribunales e instituciones de resolución de conflictos laborales. En efecto, tales organizaciones gozan de un estatus que las sitúa fuera del derecho nacional de sus estados miembros, por lo que sus empleados no están regidos por el derecho laboral, ni adscritos a los tribunales de los países donde desarrollan su trabajo.

A continuación describimos, a título de ejemplo, los procedimientos de prevención y resolución de conflictos de dos orga-

nismos: La OIT, que forma parte del sistema de las Naciones Unidas, y el BID, que no forma parte de dicho sistema. Una y otra reflejan dos maneras distintas de hacer.

2.1. *Ejemplo de la OIT.* – Recogemos aquí el ejemplo de la OIT aunque las organizaciones internacionales bajo el sistema de las Naciones Unidas suelen todas funcionar de manera bastante similar salvo por aquellos aspectos que señalaremos.

Los funcionarios de la OIT se rigen por su Estatuto de Personal (EP) y por los convenios colectivos suscritos entre la OIT y su sindicato³. En el caso que nos ocupa, el convenio aplicable es el Convenio Colectivo sobre Prevención y Resolución de Conflictos del año 2004. Fruto de dicho convenio, se publicó una guía para la prevención y resolución de conflictos que detalla los procedimientos alternativos a seguir en caso de conflictos⁴.

La prevención de conflictos se recoge en el artículo uno del convenio colectivo mencionado que establece que “las partes se comprometen a promover un entorno laboral en el que todos los funcionarios puedan cumplir sus responsabilidades profesionales de forma eficiente y eficaz y en el que cada individuo sea tratado con respeto, dignidad y cortesía. A tal efecto, deberán formularse y promoverse políticas y estrategias destinadas a prevenir las reclamaciones, lo que incluye la formación, la información, y la elaboración de declaraciones de política y de informes periódicos por los órganos establecidos en virtud del presente Convenio, según proceda”.

Se define el problema en el trabajo como una inquietud o queja relacionada con cualquier aspecto del trabajo. Pueden ser problemas con el supervisor o jefe, con compañeros, con las personas a cargo o con la “Oficina” en sentido general. Se pretende, utilizando el término “problema” no limitar la definición a la idea de conflicto en sentido estricto, sino abrir la definición

³ La OIT es la única organización Internacional bajo el prisma de las Naciones Unidas cuyo estatuto permite la constitución de un sindicato (y por tanto la firma de convenio colectivo). Las demás recogen únicamente la posibilidad de crear una asociación de personal.

⁴ RESOLVING PROBLEMS AT WORK A user’s guide to ILO conflict prevention and resolution procedures, ILO, 2008.

a cualquier otra situación complicada para el empleado susceptible de solucionarse con medios informales.

Efectivamente, la OIT recoge dos vías para resolver los problemas de trabajo: la formal y la informal.

2.1.1. *La vía formal u oficial*⁵. – El artículo tres del convenio anteriormente mencionado recoge el procedimiento formal de reclamación no sin antes mencionar que esta vía es mucho más larga y cuantiosa en recursos que la informal.

En este caso, el procedimiento consta de dos fases:

El funcionario que quiera presentar una reclamación ha de hacerlo, primero ante el Departamento de Desarrollo de los RRHH. Dicho departamento examina la reclamación y comunica al funcionario una decisión fundada en el plazo de tres meses a partir de la recepción de la reclamación salvo que el Departamento de Desarrollo de los RRHH y el trabajador estén de acuerdo en que el asunto se puede resolver todavía a través de procedimientos informales (ver más abajo), en cuyo caso el plazo se suspende. Pero, si el funcionario no está de acuerdo con la decisión adoptada, o si no se ha adoptado una decisión expresa en el plazo previsto, puede presentar una reclamación ante la Junta Consultiva Mixta de Apelaciones en el plazo de un mes.

La Junta Consultiva Mixta de Apelaciones es un órgano únicamente consultivo del Director General de la OIT, es decir emite recomendaciones y éstas no obligan a su cumplimiento. Está compuesta por un mínimo de tres presidentes, que no podrán ser funcionarios de la OIT, designados por el Director General y por trabajadores en activo de la organización, nombrados al cincuenta por ciento por la Organización y por su sindicato.

Tras la presentación de la reclamación por parte del trabajador, la Junta tiene tres meses para presentar su informe al Director General quien debe adoptar una decisión definitiva en un plazo de dos meses a partir de la presentación de dicho informe. Si no adopta una decisión expresa en este plazo de dos meses, la Junta Consultiva Mixta debe facilitar a las partes una copia de su informe y el funcionario tendrá derecho a dar por su-

⁵ Las reclamaciones por acoso sexual se tramitan por un procedimiento independiente y acelerado.

puesta la aceptación de las recomendaciones de la Junta Consultiva Mixta de Apelaciones. Si el trabajador no está de acuerdo con la decisión tomada implícita o expresamente, puede presentar su queja ante el Tribunal Administrativo de la OIT.

2.1.2. *La vía informal.* – Tanto la OIT como su sindicato promueven (y así se especifica en la guía anteriormente mencionada) la resolución informal del problema. Así, el art 13.1 del EP determina que “todo funcionario que considere que ha sido tratado de forma incompatible con sus condiciones de empleo, incluido el derecho a trabajar en un lugar sin acoso[...] o a cualquier otro problema relacionado con el trabajo puede:

- a) Recurrir a los mecanismos de mediación o conciliación [...];
- b) Solicitar la intervención del Departamento de Desarrollo de los Recursos Humanos o de un jefe superior;
- c) Solicitar la asistencia de cualquier funcionario, antiguo funcionario o del Sindicato del Personal”.

2.1.2.1. *Conciliación*⁶. – El funcionario puede solicitar los servicios de un conciliador para asistir en la solución de su problema a través del diálogo. La función del conciliador es la de propiciar el diálogo confidencial entre las partes involucradas en un problema en el lugar de trabajo a fin de que puedan examinar opciones para su solución por medios informales. Los procedimientos de conciliación deberán ser confidenciales entre las partes y no se lleva ningún registro de los mismos. Los conciliadores son funcionarios de la OIT designados por el Mediador y formados por él.

El convenio colectivo de la OIT sobre Prevención y Resolución de Conflictos del año 2004 define la conciliación en estos términos. “La función del conciliador es la de propiciar el diálogo confidencial entre las partes involucradas en un problema en el lugar de trabajo a fin de que puedan examinar opciones para su solución por medios informales. Los procedimientos de conciliación deberán ser confidenciales entre las partes y no se

⁶ Es importante mencionar que la versiones originales del convenio colectivo y del EP, ambas en inglés, no hablan de “conciliation” y de “conciliators” sino de “facilitation” y “facilitators” términos que, en opinión de las autoras se corresponden mejor a la actividad realizada por estas personas.

llevará ningún registro. Un grupo de conciliadores formados en la sede y en el terreno serán seleccionados de entre los funcionarios de la OIT y serán designados por el Mediador. Se puede obtener de la Oficina del Mediador una lista de los conciliadores formados. Las labores de los conciliadores se considerarán como parte de las funciones oficiales y a tal efecto los funcionarios que sean conciliadores estarán liberados de sus tareas habituales en la medida de lo necesario”.

Más adelante analizamos con más profundidad el papel de los conciliadores.

2.1.2.2. *Mediación*. – Este servicio se prestará de conformidad con los principios, prácticas y procedimientos generales que rigen la mediación. Es decir, se rige por los principios de voluntariedad, buena fe, confidencialidad, neutralidad e imparcialidad. No obstante, si el mediador considera que existe un riesgo inminente de que se produzcan graves daños a un individuo, deberá informar a la Oficina y a cualquier otra autoridad competente.

Únicamente hay un mediador en la OIT y sus funciones son similares a las del Ombudsman Institucional (ver más abajo). Es perfectamente independiente del Departamento de RRHH y en el momento de su nombramiento, no puede ser funcionario de la OIT. Es nombrado de común acuerdo por la OIT y por su sindicato para una duración de dos años, renovables por una vez. Al contrario de la figura clásica del mediador, el mediador de la OIT sí que puede hacer recomendaciones y sugerencias en aras a resolver el problema entre las partes.

2.2. *El ejemplo del BID*. – El sistema de gestión de conflictos que rige actualmente en el BID es del año 2013 y queda recogido en el Reglamento No. 323 de Relaciones Laborales y Mecanismos de Resolución de Conflictos⁷.

Su objetivo es el de desarrollar un clima de bienestar laboral y dar respuesta a los conflictos que se pueden producir en la organización, a poder ser en sus etapas más tempranas. Este sistema depende del Departamento de Recursos Humanos, y contempla dos formas o vías para tratar cualquier tipo de conflicto

⁷ fuente: <http://idbdocs.iadb.org/wsdocs/getdocument.aspx?docnum=37223875>.

o queja: Las vías informales y las vías formales. Dentro de las vías informales se sitúa el Ombudsman y la mediación informal. Por otro lado, forman parte de las vías de resolución de conflictos formales, el Proceso de Revisión Interna de Quejas, la mediación formal y el Tribunal Administrativo del Banco.

2.2.1. *Mecanismos Informales.*

2.2.1.1. *Ombudsman.* – Se trata de un empleado independiente del Banco que puede actuar en cualquier asunto o queja laboral de forma absolutamente confidencial. Trata de impulsar buenas prácticas y fomentar un ambiente de trabajo armonioso y productivo. Sus principios son los de imparcialidad, independencia y confidencialidad.

2.2.1.2. *La mediación informal.* – Se define aquí como un mecanismo voluntario y confidencial que tiene el objetivo de fomentar un ambiente de trabajo colaborativo y facilitar la participación del empleado en la resolución de los conflictos. El Presidente del Banco designa un Secretario de Mediación que será el responsable de ayudar a las partes a prepararse para los procesos de mediación. Es un profesional imparcial e independiente del Banco. El acceso a la mediación informal podrá ser sugerido por el Ombudsman o por el departamento de Recursos Humanos, pero también de forma autónoma por uno o varios empleados que presenten una solicitud, siempre que no se encuentren participando en un proceso de mediación formal.

En estos casos, las mediaciones podrán ser conducidas por un empleado cualificado del banco o bien por un profesional externo, que en cualquiera de los casos será seleccionado por las partes de forma conjunta.

2.2.2. *Mecanismos formales.*

2.2.2.1. *Revisión interna de quejas.* – Su objetivo es atender y resolver quejas en su etapa más temprana posible. Pueden acceder a este servicio todos los empleados del Banco, de la Sede o de cualquiera de las Representaciones, ex empleados (dentro de 120 días desde la fecha en que terminaron sus servicios), así como otras personas autorizadas. En este proceso, el empleado presenta la queja por escrito ante su supervisor o el superior in-

mediato de éste en el caso de que fuese él quien tomó la decisión impugnada, quien tiene un plazo de 10 días naturales para contestar. Si la queja no fuera resuelta por los supervisores mencionados a satisfacción del empleado, o si el empleado no recibiera respuesta por escrito dentro del plazo indicado, el empleado podrá solicitar por escrito que su queja sea considerada por el Gerente General de Recursos Humanos. Solo en el caso de que la queja no se haya podido resolver mediante este proceso, se procede a iniciar un procedimiento de Mediación Formal, agotados 12 días desde la fecha de la presentación de la queja a su supervisor o al Gerente General de Recursos Humanos.

2.2.2.2. Mediación formal. – Es el paso previo a la presentación de quejas ante el Tribunal Administrativo del Banco. Al igual que en la mediación informal, el Secretario de Mediación será el responsable de ayudar a las partes en la preparación de los procesos de mediación.

El acceso a la mediación formal requiere haber agotado la vía de Revisión Interna de Quejas. La solicitud se presenta al Secretario de Mediación que será el encargado de la administración del proceso, revisando que la solicitud esté completa y sea clara.

Una vez ha sido revisada la solicitud y se estima apta para un proceso de mediación formal se procede a la designación por las partes del mediador, que se obtendrá de una lista de mediadores externos cualificados y disponibles.

Como se puede comprobar, esta organización cuenta con un servicio muy completo para la gestión de conflictos y revisión de quejas, cuyo fin último es crear un ambiente de trabajo favorable y que los empleados tomen partido en la resolución de sus propias controversias. Se trata de un sistema novedoso para la organización puesto que tan solo lleva en funcionamiento desde el 2013, por lo que faltan datos estadísticos que nos permitan analizar sus resultados. No obstante, las evaluaciones que se han realizado arrojan resultados muy positivos y una buena acogida por parte de los empleados del Banco.

El gran reto de cara a próximos años es extender este servicio a todos los empleados mediante un plan de comunicación eficaz que permita acercar el servicio a las representaciones que tiene el Banco en diferentes localizaciones.

3. *El Ombudsman.*

3.1. *Un ombudsman institucional.* – El término ombudsman tiene su origen en Suecia, en el año 1809 cuando se creó esta figura en la Constitución sueca. Se trataba de una persona elegida por el parlamento para proteger los derechos de los ciudadanos, recibir sus quejas sobre posibles abusos y malversaciones y supervisar a los administradores públicos y la judicatura.

Hoy en día, existen distintas definiciones de esta palabra así como distintos tipos de Ombudsman. El que nos ocupa aquí es el Ombudsman Institucional.

Recogemos a continuación la definición de Ombudsman institucional que hace la Dependencia Común de Inspección del Sistema de Naciones Unidas en su documento “Examen de los servicios del Ombudsman Institucional a nivel de todo el sistema de las Naciones Unidas”⁸:

“El Ombudsman Institucional es una persona neutral que normalmente responde ante los niveles más altos de una organización, fuera de los canales habituales de la administración. El Ombudsman Institucional, entre otras cosas, escucha los problemas del visitante de manera imparcial; plantea opciones; presta asistencia de manera confidencial, oficiosa, independiente e imparcial a través de la mediación, la orientación y la conciliación o la diplomacia itinerante; y detecta problemas sistémicos. El Ombudsman Institucional no protege a ninguna persona, cuestión o interés; no representa a ninguna de las partes en una controversia; y no realiza investigaciones formales ni participa en los procedimientos de la justicia formal o escribe informes sobre los casos. El Ombudsman Institucional puede presentar a los altos niveles directivos de la organización informes con estadísticas sobre las actividades de la oficina, las tendencias y los problemas sistémicos y otros problemas de organización detectados”.

⁸ La Dependencia Común de la Inspección del Sistema de las Naciones Unidas es el único órgano independiente de supervisión externa del sistema de las Naciones Unidas al que se ha conferido el mandato de realizar evaluaciones, inspecciones e investigaciones a nivel de todo el sistema. Para más información ver: <https://www.unjiu.org/es>.

3.2. *El ombudsman en el sistema de las Naciones Unidas.* – Más de la mitad de las organizaciones que pertenecen al sistema de Naciones Unidas tienen un ombudsman⁹. Así, en la actualidad, 19 de las 28 organizaciones que participan en la Dependencia Común de Inspección ofrecen a sus empleados los servicios de un Ombudsman”. Las organizaciones del sistema de las Naciones Unidas que carecen de dicha figura suelen ser pequeñas en cuanto al número de empleados. Es el caso por ejemplo de la Organización Mundial del Turismo (OMT), ubicada en Madrid y que cuenta sólo con algo más de 100 funcionarios permanentes.

La mayoría de los Ombudsman de las organizaciones internacionales son miembros de la Asociación Internacional de Ombudsman (AIO)¹⁰ y se basan en sus principios, que son los siguientes:

- a) El Ombudsman es INDEPENDIENTE dentro de la estructura organizativa y respecto a su funcionamiento y su forma de actuar.
- b) El Ombudsman es un interlocutor NEUTRO, no está alineado con ninguna de las partes, e IMPARCIAL.
- c) El Ombudsman es totalmente CONFIDENCIAL respecto de todas las comunicaciones que mantiene con aquellos que solicitan su asesoramiento. No divulga ninguna comunicación confidencial, salvo autorización expresa. La única excepción a dicha norma de confidencialidad es la existencia de una situación que presente un riesgo inminente de perjuicio grave.

⁹ El sistema de las Naciones Unidas está formado por la propia Organización y numerosas organizaciones afiliadas conocidas como programas, fondos y agencias especializadas. Cada uno de ellos cuenta con su propia membresía, liderazgo y presupuesto. Así, por ejemplo, los programas y fondos se financian a través de contribuciones voluntarias, mientras las agencias especializadas, que son organizaciones internacionales independientes, lo hacen con cuotas obligatorias y aportaciones voluntarias. Por ejemplo, UNICEF, ACNUR son programas y fondos, mientras que la OIT, la OMS son agencias especializadas.

¹⁰ La Asociación Internacional de Ombudsman fue creada en julio del 2005 tras la fusión de la “University and College Ombuds Association” (UCOA) y la The Ombudsman Association (TOA). La AIO es la mayor asociación internacional de ombudsman organizacionales y tiene alrededor de 900 miembros. Para más información ver: <https://www.ombudsassociation.org>.

- d) Es un interlocutor INFORMAL por lo que no interviene en ningún procedimiento de arbitraje ni en ningún procedimiento administrativo que estuviese vinculado a los problemas que se le han presentado¹¹.

En las OI, el mediador/ombudsman desarrolla fundamentalmente tres funciones:

- Asesorar y ayudar al personal y a los jefes de departamento a resolver los problemas que puedan surgir en el lugar de trabajo.
- Organizar, promover y respaldar la realización de actividades de prevención de conflictos.
- Informar a la Organización de las tendencias y novedades que deberían tomarse en consideración para mejorar el entorno laboral.

Conforme describe el informe del 2013 del Mediador de la OIT: “En el plano individual, el Mediador aspira en lo ideal a ayudar a las partes a reconsiderar su manera de percibir la situación que les preocupa, contemplar nuevos modelos relacionales e iniciar un proceso de reconstrucción. En el plano institucional, más vasto, el Mediador procura reclamar la atención sobre los problemas de carácter estructural, especialmente si se producen de forma recurrente, es decir, lo que se denomina las «tendencias sistémicas»”.

Dependiendo del carácter del conflicto, el Ombudsman puede, por ejemplo, desarrollar los siguientes servicios¹²:

- Ayudar y asesorar al visitante (s) a explorar las distintas opciones a seguir.
- Ofrecer retroinformación y formular recomendaciones en calidad de tercero neutro a otros interesados directos de la Organización, siempre que el visitante lo haya autorizado.
- Informar sobre las políticas, procedimientos y prácticas de las Naciones Unidas sobre todo en lo concerniente a las distintas vías de resolución de conflictos existentes en la organización.

¹¹ Para mayor información: https://www.ombudsassociation.org/IOA_Main/media/SiteFiles/SOP-Spanish.pdf.

¹² Fuente: <http://www.un.org/es/ombudsman/help.shtml>.

- Remitirle a las oficinas o personas que correspondan dentro del sistema de las Naciones Unidas.
- Investigar oficiosamente los hechos (aunque no puede hacer investigaciones formales) poniéndose en contacto previa autorización del visitante con los superiores, el departamento de RRHH, etc.
- Hacer presentaciones, impartir formación o realizar talleres en gestión del conflicto y otras habilidades útiles para dicha gestión.
- Asesorar, adiestrar al visitante de forma individual en la gestión del conflicto.
- Ofrecer servicios de mediación o de diplomacia itinerante.
- Ponerse en comunicación con otras oficinas en relación con su solicitud o transmitir sus inquietudes o recibir información.

El informe del Secretario General de las Naciones Unidas del 2013 sobre las actividades de la Oficina del Ombudsman y de Servicios de Mediación de las Naciones Unidas define los límites de la Oficina del Ombudsman: “la Oficina no lleva registros para las Naciones Unidas ni para ninguna otra parte; no realiza investigaciones formales ni acepta notificaciones legales en nombre de las Naciones Unidas; no está facultada para adoptar decisiones y no emite fallos ni conclusiones determinantes”.

Según el informe de la Dependencia Común de la Inspección del Sistema de las Naciones Unidas, “A menudo, el papel del ombudsman institucional se confunde con el de un ombudsman clásico. Aunque las dos funciones son similares en cierta medida, un ombudsman clásico está facultado para investigar denuncias, evaluar comportamientos y, hasta cierto punto, ejercer un poder ejecutivo para hacer cumplir sus decisiones. Un ombudsman institucional no pretende, ni podría, cumplir esa función”. Existe cierto desconocimiento entre los funcionarios acerca de cuáles son las funciones del ombudsman o mediador de la organización, lo cual puede provocar expectativas no cumplidas y cierta frustración entre los usuarios”.

A nuestro entender, sería labor de la Oficina del Ombudsman (o Mediador) divulgar su labor, y el sentido y la necesidad de la misma. Asimismo los departamentos de RRHH, sindicatos en su caso, y asociaciones de personal deberían también ir en esos sentidos. Por

el contrario, según el mismo informe, parece que a menudo dichos departamentos y asociaciones ven más al Ombudsman como un competidor que como una figura de apoyo y colaboración.

Algunas estadísticas indican que, en promedio, cabe esperar que un ombudsman institucional se reúna con entre el 1% y el 5% de la plantilla de la organización. Un ombudsman nuevo o que trabaje en una organización que esté pasando por una situación no habitual (como una importante reorganización o una reducción del tamaño) puede recibir un número de visitantes superior al promedio

3.3. Los conciliadores o asesores para un entorno laboral respetuoso. – No es posible que haya ombudsman en todas las oficinas regionales de las OI, por ello, en algunas se ha creado una red de asesores, llamados en algunas, conciliadores (facilitators) y en otras asesores para un entorno laboral respetuoso. Son trabajadores de la OI que ofrecen también una labor de ayuda y asesoramiento, aunque no de mediación. En la mayoría de los casos, son funcionarios seleccionados a través de una votación confidencial entre sus compañeros y nombrados por el Ombudsman quien les imparte una formación que les permite adquirir las habilidades necesarias para proporcionar apoyo y asesoramiento a quien lo solicite. La dependencia Común de la Inspección, en el informe mencionado anteriormente recoge que la actividad de dichos asesores es útil y que la labor de las oficinas de los ombudsman sería menos relevante sin ellos, habiendo dado lugar su actividad a un aumento del número de usuarios de los servicios de los ombudsman en las regiones. Francisco Espejo también nos ha alabado esta figura. Según él, no solo brindan escucha y asesoramiento sino que son transmisores de los mensajes del Ombudsman y de la cultura de paz que pretende implementar y de los valores de la organización.

Otros no obstante, tienen ciertas dudas acerca de su eficacia y de la calidad de sus actuaciones, ya que además no se dispone de ningún sistema para evaluar su labor. Por ejemplo, Asha Williams, antigua mediadora de la OIT y miembro de la AOI, tiene ciertas dudas de la eficacia de estos facilitadores. Según ella, son empleados que no pueden actuar con toda la independencia necesaria en estos casos. Dependen de unos jefes, éstos

les evalúan... Existe por tanto una interrelación complicada que dificulta la labor de estos asesores. Según ella, sólo pueden brindar una escucha amiga. Además, las oficinas de los ombudsmen cuentan con recursos limitados para impartir formación a esos asesores y supervisar sus actividades. Así, por ejemplo, en la OIT sólo tienen una formación de tres días.

3.4. *La labor de mediación del Ombudsman.* – Tal y como hemos visto anteriormente, la mediación es sólo una de las funciones que realiza la Oficina del Ombudsman. Lamentablemente, las estadísticas nos demuestran que se recurre a la mediación con menos frecuencia que la que pudiera ser deseable, aunque parece que los casos que finalmente acuden a mediación van en aumento.

A título de ejemplo, a lo largo de los primeros seis años de vida del servicio de mediación de la ONU, los casos de mediación se han triplicado: fueron 22 en el 2009 y 64 en el 2014. De los casos registrados en 2014, 57 procedieron de la Secretaría¹³ y 7 de los Fondos y Programas y el ACNUR (En los 64 no se incluyen los casos de las agencias especializadas)¹⁴.

Existen tres vías para iniciar la mediación:

- A solicitud de alguna de las partes o de ambas;
- Por recomendación del propio Ombudsman o Mediador;
- A través de sistema de administración de justicia quien, con el consentimiento de las partes, remite una cuestión para que se resuelva mediante mediación.

En su informe mencionado anteriormente, el inspector de la Dependencia Común de la Inspección del Sistema de las Naciones Unidas considera que los motivos principales por los que no se recurre con mayor frecuencia a la mediación son “el relativo desconocimiento de las ventajas que ofrecía ese procedimiento, la mentalidad de las organizaciones en cuanto a la gestión de los conflictos y la lentitud del proceso de solución de conflictos cuando lo

¹³ Para hacernos una idea, es interesante saber que la Secretaría cuenta con alrededor de 41.000 funcionarios por todo el mundo.

¹⁴ Fuente: Actividades de la Oficina del Ombudsman y de servicios de mediación de las Naciones Unidas, Informe del Secretario General, 15 de julio de 2015 (A/70/151). <http://www.un.org/es/comun/docs/?symbol=A/70/151>.

que realmente se pretendía era salvar la cara y las partes se mostraban más deseosas de obtener justicia que de llegar a un compromiso. Además, aunque algunas organizaciones hubieran preferido recurrir a soluciones informales menos onerosas, las normas y reglamentos de la mayoría de las organizaciones eran inflexibles e impedían llegar a acuerdos satisfactorios. Los administradores no están facultados para acordar una cifra como indemnización, ni pueden cerrar un acuerdo sin que se haya establecido la responsabilidad, a la que se llega, a su vez, a través de un fallo del sistema formal de justicia. Así pues, los actuales sistemas de administración de justicia prolongan y hacen difícil encontrar lo que podrían ser soluciones rápidas y aceptables de un conflicto”.

El anterior Mediador de la OIT apunta en sus informes a otra importante razón: el miedo a las represalias que podrían tener los funcionarios a la hora de decidir acudir a mediación. En efecto, según dichos informes, el 65% de los casos en los que la persona consulta con el Mediador, deciden no acudir a mediación y en muchos casos es por miedo a represalias. Se trata aquí sin duda de uno de los principales frenos a la resolución de conflictos entre jefes y subordinados a través de la mediación. Y es de difícil solución. Algunos abogan por la necesidad de una clara manifestación de la Organización, a través de sus estatutos y/o procedimientos, en contra de las represalias y a favor del diálogo, pero en nuestra opinión, esto no es suficiente para asegurar que un jefe no le complique la vida al subordinado que ha solicitado la mediación, con pequeños detalles del día a día y difícilmente demostrables. Quizás una generalización de la mediación, estableciéndola como un paso previo necesario antes de acudir al Tribunal Administrativo, tal y como ocurre en el BID, sea una solución interesante.

3.5. *Sede y oficinas regionales.* – Uno de los principales retos a los que se enfrentan estas oficinas es la dispersión geográfica de sus funcionarios. Según la Dependencia Común de la Inspección del Sistema de las Naciones Unidas “Todos los ombudsmen convienen en que sus clientes prefieren la relación cara a cara. Por lo tanto, el personal de las sedes, con acceso directo a la Oficina del Ombudsman, se encuentra en una posición privilegiada con respecto a sus colegas de las oficinas sobre el terreno. Incluso las organizaciones cuyo ombudsman tiene oficinas

regionales, o cuyo ombudsman principal se desplaza periódicamente a lugares sobre el terreno, no pueden ofrecer la misma cobertura al personal en todos los lugares de destino". Generalmente, de la lectura de los informes de ombudsman de las distintas organizaciones se desprende por un lado, que el número de casos es mayor en las oficinas en las que existe un ombudsman regional y, por otro lado, que los números de casos aumentan tras la visita del Ombudsman a una oficina que no tiene permanentemente ese servicio. Es importante señalar, aunque ya se ha dicho anteriormente, que los funcionarios de estas organizaciones están generalmente más expuestos que otro tipo de trabajadores a situaciones de gran tensión, como los conflictos o los desastres naturales, casos estos en que el personal realmente necesita los servicios de un ombudsman.

La falta de recursos económicos y la necesidad de dimensionar la plantilla impiden, obviamente tener servicios regionales de ombudsman en todos los sitios donde sí trabajan funcionarios. Y esto no se suple del todo, aunque ayude, con los viajes de los ombudsman a dichas oficinas. A título de ejemplo reproducimos aquí la actividad del ombudsman/mediador de la OIT en los últimos años: El Mediador ha visitado 32 oficinas y equipos de proyectos en los seis años (a razón según el mismo recoge, de alrededor de 5 viajes al año) en los que ha prestado sus servicios en dicha Organización. La OIT consta de 40 oficinas y 2.700 funcionarios, es decir ni siquiera un mandato excepcional de 6 años¹⁵ ha permitido al Mediador tener acceso a todas las oficinas. A esto habría que añadir que se trata de un puesto muy particular y, a nuestro entender, personalísimo, en el que la labor de un mediador solo beneficia al siguiente de manera limitada ya que un mediador se gana la confianza de los funcionarios más hacia su persona que hacia la figura objetiva e institucional del Mediador. Es decir, y siempre según nuestro punto de vista, una cosa es el conocimiento de la Oficina del Ombudsman por parte de los funcionarios y otra, el conocimiento de la persona que desarrolla dichas funciones. Se plan-

¹⁵ Los mandatos del mediador de la OIT son de 2 años renovables por el mismo periodo una sola vez. El último mediador tuvo excepcionalmente un mandato renovable dos años más.

tean aquí varias cuestiones que influyen en el acceso y la utilización del servicio por parte de los funcionarios que no tienen presencia del Servicio del Ombudsman en su lugar de trabajo:

- Duración del mandato del Ombudsman. Para volver a coger el ejemplo de la OIT, un mandato de dos años nos parece excesivamente corto (en la mayoría de los casos es de 4 años renovables otros 4 más). Si bien no es tampoco conveniente que los mandatos sean de duraciones excesivas, creemos que han de ser suficientes para permitir por un lado, a la persona adquirir un conocimiento de la organización, sus problemáticas, y sus oficinas y, por el otro lado para permitir a la organización y a sus funcionarios conocerle a él.
- Posibilidad, en el Sistema de las Naciones Unidas de utilizar los servicios del ombudsman de otra organización del sistema que sí se encuentre en el lugar de trabajo del funcionario afectado. Esta posibilidad, adelantada por el Inspector de la Dependencia Común de Inspección del Sistema de las Naciones Unidas en el informe mencionado anteriormente, nos parece lógica y permitiría dimensionar los servicios de los ombudsman de las distintas organizaciones de la ONU de manera eficiente. No obstante, parece encontrar importantes reticencias entre los distintos ombudsman de dichas organizaciones.
- La mejor utilización de los recursos de comunicación existentes hoy en día. Aunque durante la duración de su mandato, un ombudsman no pueda visitar todas las oficinas o lugares de trabajo, sí que puede, a través de una video conferencia o similar, presentarse a cada una de ellas. Para su conocimiento y fiabilidad, la Oficina del Ombudsman ha de comunicar, comunicar, y comunicar. Y para ello tiene que utilizar todas las vías que tiene accesibles. En algunas organizaciones, por ejemplo, el ombudsman tiene un blog¹⁶.
- La mejor utilización de los conciliadores o asesores como divulgadores de los Servicios del Mediador y como generadores de confianza.
- La mayor utilización de una red de mediadores externos. La red de mediadores externos parece utilizarse cuando

¹⁶ Por ejemplo, en el CERN. Ver <http://ombuds.web.cern.ch/blog>.

las partes ya han decidido acudir a mediación, pero la utilización de la misma en un paso previo, a través de charlas en las oficinas que no constan físicamente de dicho servicio podría ser altamente beneficioso.

De manera general, las oficinas de ombudsman registran muchos más casos de las sedes y oficinas centrales, que del terreno. Esto no quiere decir que la conflictividad sea superior en dichos lugares, sino que, por el contrario, los servicios de la oficina de ombudsman, llegan con más facilidad a las sedes u oficinas centrales que al “terreno”, donde seguramente sean más necesarios aún. Así, la ONU destaca la importancia de facilitar estos servicios al personal sobre el terreno, sobre todo teniendo en cuenta “que los entornos de las misiones sobre el terreno suelen ser físicamente arduos, estresantes desde el punto de vista emocional, y a menudo peligrosos”.

3.6. La cuestión del Género. – En general, parece que las mujeres recurren con mayor frecuencia a los servicios de la oficina del Ombudsman que los hombres. Los datos de la OIT de 2011, 2012 y 2013, por ejemplo, muestran sistemáticamente diferencias de alrededor de 60%-40% sin que esas diferencias sean proporcionales a los datos de demografía general de la OIT. En la secretaría de la ONU también utilizan el servicio más que los hombres, así en el 2014, la oficina del Ombudsman registró que el 3,4% de hombres funcionarios y 5,2% de mujeres funcionarias utilizaron el servicio¹⁷.

En el PMA, los servicios del Ombudsman han sido demandados por mujeres en significativa mayoría con relación a los hombres. Además, ellas han aumentado su demanda en casi el doble desde 2011. Dentro de los casos atendidos por el servicio de Ombudsman, desde 2011, alrededor del 30% se referían a algún tipo de abuso (de poder, mobbing). En todos los informes del PMA se han registrado estos casos de abuso en mayor proporción por parte de mujeres, excepto en el último informe de 2014 en el que se han igualado los casos de abuso percibidos por hombres y por mujeres. Sin embargo, se ha notado un in-

¹⁷ Fuente: Actividades de la Oficina del Ombudsman y de Servicios de Mediación de las Naciones Unidas. Informe del Secretario General, 2015.

cremento de casos relacionados con abuso sexual (por mujeres), y ningún caso relacionado con diferencia de género.

Se han dado en dicha organización algunos casos de abuso sexual, que han sido tratados con mucho tacto. Los más graves han sido llevados de manera oficial, y los leves han podido solucionarse desde esta oficina de Ombudsman¹⁸.

De manera general, conviene examinar atentamente el significado de tales cifras que muestran mayor utilización femenina de estos servicios, a fin de entender los motivos que la producen y poder tomar medidas al respecto. A primera vista, los números podrían sugerir que las mujeres están expuestas con más frecuencia que los hombres a situaciones conflictivas que las llevan a acudir a los servicios del Ombudsman. No obstante, no podemos obviar que las mujeres parecen más proclives a hablar de sentimientos y de emociones. Asimismo, y sin ánimo de caer en prejuicios de género, también son más proclives a querer compartir puntos de vista y a solicitar ayuda.

4. *Diagnóstico de los conflictos existentes en las OI's.* – La conflictología parece ser bastante alta en las organizaciones internacionales. Así, según datos de las investigaciones internas realizadas por Francisco Espejo Ombudsman, primero en el Programa Mundial de Alimentos y actualmente en la Secretaría General de la ONU, el 40% de las personas encuestadas afirman haber tenido un conflicto en los últimos tres meses.

Según la misma fuente, el tiempo perdido en el conflicto, es decir las horas por semana, pasadas a ocuparse o preocuparse del conflicto en vez de realizar el trabajo, también son muy importantes: 12 horas/semana de media en el terreno (oficinas o personas ubicadas fuera de la sede) y 4 horas de media por semana en la sede. Lo que viene a corroborar, tal y como se menciona más arriba, que no hay más conflictos en la sede sino que parece ser lo contrario. En las empresas nacionales, según nos

¹⁸ Fuente: office of the Ombudsman and mediation services, annual report, 2014, PMA.

¹⁹ Ver tipología: <http://www.ilo.org/public/spanish/mediate/download/2013-annual-report.pdf>. (p 33).

comenta, las horas pasadas a ocuparse del conflicto se reducen a dos horas de media por semana.

Los conflictos son tipificados según la tipología realizada por la Asociación Internacional de Ombudsmen (AIO)¹⁹ a la que pertenecen la mayoría de las OI's. Es importante destacar que en la tipología utilizada no aparecen las diferencias culturales. No obstante, las personas que hemos entrevistado piensan que la cuestión cultural en este tipo de organizaciones es importante. Por ejemplo, Francisco Espejo considera que si por cultura se entiende el programa mental que una persona tiene y que le ayuda a entender los valores y conductas humanas, por supuesto que es una fuente de conflicto. De la misma opinión es Asha Williams que afirma que los conflictos o malentendidos culturales en organizaciones e instituciones en las que multitud de culturas y nacionalidades conviven son muy frecuentes. A esto hay que añadir, dice esta última, que las personas a menudo se comunican entre ellas en un idioma que no es su lengua materna, el inglés. Los equívocos y malentendidos son por esta razón muy frecuentes.

Entendemos que esta aparente contradicción podría venir de que las personas no sean realmente conscientes de que muchos de sus problemas relacionales y de comunicación podrían ser debidos a diferencias culturales y/o idiomáticas.

Observamos que en las organizaciones estudiadas, los tipos de conflictos más frecuentes coinciden. A continuación adjuntamos un cuadro comparativo de la frecuencia en que éstos se presentan en cada organización²⁰:

	OIT	PMA	ONU (Secretería y agencias)
Relacions de evaluación	35%	55%	23%
Carrera: Progreso y ascenso	10%	14%	30%
Organizacional	24%	14%	7%

Table 1: Elaboración propia precedente de los informes del año 2014 de las Agencias de Ombudsmen de las diferentes organizacione referidas.

²⁰ EL BID es la única de las organizaciones mencionadas que no sigue la tipología AIO, por lo que hemos hecho una equiparación pero no aparece en el cuadro por tratarse de datos porcentuales.

Tanto la OIT, la ONU, el PMA, el BID, como las agencias de fondos y programas asociadas a las Naciones Unidas, a través del servicio de Ombudsman correspondiente, comprueban que éstos son los tres tipos de conflicto más presentes en su organización:

- Problemas debidos a las relaciones entre superiores y subordinados (lo llaman relaciones de evaluación). La diferencia de poder que hay entre ellos, no permite a los supervisados expresarse libremente, lo cual dificulta que se dirija el proceso necesario para llegar a acuerdos. También se anotan casos de este tipo entre trabajadores del mismo rango, pero en mucha menor frecuencia.

Los subtipos más frecuentes son:

- Falta de respeto o trato desagradable.
- Comunicación (inadecuada o ausente).
- Abuso de autoridad.
- Deterioro del ambiente en el departamento.

La mayoría de los casos se refieren a supervisados que sentían alguno de estos tipos de acoso, pero también hay algunos, aunque mucho menos frecuentes, referidos a supervisores acosados por su equipo. Por ello, es importante asegurarse de que los supervisores están bien colocados en sus puestos, no solo desde el punto de vista técnico, sino también desde el de las habilidades relacionadas con liderazgo y gestión de equipos.

En cuanto al feedback y valoración de las tareas, se ha observado que muchos de los casos conflictivos estaban relacionados con una falta de profundidad en la discusión sobre los objetivos del trabajador; fallos de los supervisores expresando su descontento con el trabajo de los supervisados; así como la tardía comunicación de este descontento, impidiendo así que los trabajadores tengan tiempo de remediar sus errores.

- Progreso y ascenso de puesto; Los subtemas más presentes son.
- Relacionados con selección de personal.

Dentro de este punto, se habla del tema de género, ya que llegan muchos casos relacionados con la decepción que sienten algunas mujeres al ver que se contratan hombres de fuera de la organización, cuando ya hay mujeres cualificadas en ella que podrían desempeñar perfectamente ese puesto. Normalmente

tienden a quejarse por miedo a represalias o a perder su trabajo, y otras veces simplemente consideran que no hay nada que hacer, y prefieren buscar otro puesto fuera de la organización.

Lo que hace el servicio de Ombudsman en estos casos, es ponerse en contacto con Recursos Humanos para poder mantener un diálogo con el trabajador descontento y poder explicarle las razones que llevaron a tomar esa decisión de contratación.

- Término de contrato, o no renovación.
- Traslado involuntario o cambio de funciones.
- Seguridad en el puesto / ambigüedad de rol.
- Conflictos organizacionales o de disparidad de objetivos. Destacan los problemas relacionados con:
- Reestructuración y relocalización.
- Clima organizacional.
- Comunicación.
- Liderazgo.

Se desprende de las entrevistas mantenidas y de la lectura de los informes que ciertas reformas estructurales recientes en determinadas organizaciones internacionales, no han venido acompañadas de la necesaria transparencia y de planes de comunicación adecuados para informar al personal y evitar así rumores, expectativas no cumplidas y la tensión que puede crear la incertidumbre acerca del futuro.

5. *Conclusiones.* – Las diferencias entre las personas surgen desde el momento en que hay interrelación entre ellas. El conflicto es inevitable y, desde un punto de vista positivo, sería incluso deseable, ya que se concibe así como una oportunidad. Permite la reflexión, el debate y la mejora.

Lamentablemente, una mala gestión de los mismos lleva a todo lo contrario, ausencias, baja productividad, tensiones y malestar. Las organizaciones internacionales conscientes de esta problemática y de sus características que incluso la acentúan, han creado servicios de ombudsman y/o mediación, como complemento a su sistema formal de administración de justicia. Éstos presentan grandes ventajas ya que son más baratos, más rápidos y permiten, en su caso, mantener la relación laboral a través de su transformación y mejora.

Estas organizaciones tienen ante sí grandes retos:

En primer lugar, han de seguir sus esfuerzos para darse a conocer entre los trabajadores y ser considerados como un apoyo entre los departamentos de Recursos Humanos y las asociaciones de empleados o sindicatos. Para ello, es muy importante que aclaren con precisión cuáles son sus funciones como ombudsman institucionales diferenciados de los ombudsman clásicos, ya que la confusión de ambas figuras puede llegar a crear frustración entre los usuarios y funcionarios en general.

Por otro lado, la mediación, como método de resolución de conflictos, es todavía muy poco utilizada, no solo por desconocimiento de sus ventajas y por la excesiva rigidez de las normas y reglamentos de dichas organizaciones sino también por el miedo a represalias. Una cultura organizativa basada en la confianza y el diálogo abierto, sincero y honesto, es, a nuestro entender, la mejor cura contra el temor a sufrir represalias. Creemos también, que, tal y como ocurre actualmente ya en el BID, la mediación debería ser un paso previo necesario antes de acudir al Tribunal Administrativo.

Otro reto a tener en cuenta consiste en equiparar la utilización del servicio entre la sede, las oficinas regionales y el terreno. Para ello, tienen a su disposición numerosas herramientas y plataformas de comunicación y, sobre todo, la posibilidad de fomentar unas redes de mediadores independientes alrededor del mundo.

En cuanto a la conflictología encontrada por los diferentes servicios de ombudsman de este tipo de organizaciones, observamos que los tipos más frecuentes son los derivados de relaciones entre supervisor y supervisados por un lado, encontrando aquí con frecuencia temas de abuso de poder; seguidamente se encuentran los casos relacionados con el progreso y ascenso de puesto o carrera profesional; y por último, los conflictos organizacionales o de disparidad de objetivos. A la vista de estos datos, consideramos conveniente que estas organizaciones hagan una mayor inversión en una formación a medida, y a menudo incluso individualizadas, para formar a su personal, concretamente a aquellas personas con gente a cargo, en habilidades de liderazgo, de comunicación, de inteligencia emocional y por supuesto de gestión de conflictos.

Por último, no podemos olvidar, que la mayoría de los casos son presentados al Servicio de Ombudsman o Mediación por mujeres. Sería importante, por tanto, investigar si esto se debe a que las mujeres, por su género, sufren mayores problemas en el trabajo, o por la mayor tendencia que habitualmente existe entre ellas para hablar de emociones y solicitar ayuda.

6. Bibliografía.

Istvan Posta (2015), Examen de los servicios del Ombudsman institucional a nivel de todo el sistema de las Naciones Unidas, Dependencia Común de Inspección, Naciones Unidas.

Naciones Unidas. Actividades de la Oficina del Ombudsman y de Servicios de Mediación de las Naciones Unidas Informe del Secretario General, Asamblea general, 15 de julio de 2015. Recuperado de: <http://www.un.org/es/ombudsman/reports.shtml>.

Office of the Ombudsman for the United Nations Funds and Programmes (UNDP/UNFPA/UNICEF/UNOPS/UN WOMEN) (2013). Report. Eor-king together to find a solution.

Espejo, F. (Mayo 2015). Office of the ombudsman and mediation services, *Advancing a respectful workplace, annual report 2014*. WFP Ombudsman.

Espejo, F. (Junio 2013). Office of the ombudsman and mediation services, *Advancing a respectful workplace, annual report 2012*. WFP Ombudsman.

International labour Organisation. *Best practices in resolving employment disputes in International Organizations*. (15-16 September 2014) Conference Proceedings, ILO

Organización Internacional del trabajo. RESOLVING PROBLEMS AT WORK, A user's guide to ILO conflict prevention and resolution procedure.

Flegenheimer, M. (2013). *Informe de actividades de la Oficina del Mediador, análisis y recomendaciones*, OIT.

Flegenheimer, M. (2016). *Síntesis, septiembre de 2010 - abril de 2016, análisis y recomendaciones*, Oficina del Mediador, OIT.

P. Torres Terán - M. Martín González - E. Herranz Huerta - B. Bravo Casares

Folger, J.P, Marshall de Scott, Randal, K., (1997) *Working through Conflict. Strategies for relationships, groups and organizations*. New York: Longman, cop.

BID (2015). *Informe anual*. Oficina de mediación.

Folger, J.P. y Della Noce, D.J. (2008). *Transformar interacciones conflictivas en entornos laborales: efectos documentados del programa REDRESSTM del USPS*. Revista de Mediación.

Moore, C. (1995) *El proceso de mediación. Métodos prácticos para la resolución de conflictos*. Buenos Aires: Granica.

Escarbajal, Andrés (2010). *Interculturalidad, Mediación y Trabajo colaborativo*. Madrid: Narcea, S.A. de ediciones.

Harbey Peña Sandoval (2013). *Ombuds: Una oportunidad para resolver conflictos al interior de las empresas, universidades y entidades públicas*, Confluencia (análisis, experiencias y Gestión e conflictos).

Agradecimientos:

Agradecemos a los funcionarios de las organizaciones internacionales que tan amablemente se han entrevistado con nosotras para escribir este artículo. Han deseado mantener el anonimato, provienen de la OIT, el CERN, el CICR, el PMA y la ONU.

Agradecemos igualmente a Francisco Espejo, actual ombudsman regional de la ONU para América Latina y Caribe, y Asha William, antigua mediadora de la OIT por las entrevistas mantenidas con ellos y la información aportada.

Por último, queremos agradecer a Leticia García Villaluenga, Directora del Master de Mediación de la UCM por su ánimo y apoyo.

MARÍA-ROSARIO SÁNCHEZ-VALLE¹

EL NOTARIO Y LA MEDIACIÓN

SUMARIO: 1. Introducción. - 2. Labor de difusión y expansión mediante las cláusulas de sometimiento a mediación. - 3. El notario como mediador. Instituciones de mediación. - 3.1 El notario como mediador. - 3.2 La mediación institucional. - 4. Elevación a escritura pública para dotar de eficacia ejecutiva al acuerdo de mediación. - 4.1. Introducción. - 4.2 Requisitos para la elevación del acuerdo de mediación a escritura pública. - 4.2.1 Notario que autoriza la escritura. - 4.2.2 Voluntariedad e intervención de ambas partes. - 4.2.3 Presentación del acuerdo de mediación y actas de la sesión constitutiva y final. No obligatoriedad de la intervención del mediador.- 4.2.4 Control de legalidad. - 4.3 Título ejecutivo: copia de la escritura con efectos ejecutivos. - 5. Reseña bibliográfica.

1. *Introducción.* – El notario puede desarrollar un importante papel en torno a la mediación en tres dimensiones principalmente:

1. Una labor de difusión y expansión mediante la recomendación de cláusulas de sometimiento a la mediación en los documentos que autorice o en los conflictos que pueda conocer por su profesión.

2. El ejercicio de la labor de mediador.

3. La elevación de los acuerdos de mediación a escritura pública con la finalidad de dotarlo de eficacia ejecutiva de acuerdo con lo que dispone la Ley de mediación.

Esta son las tres partes en las que dividiré la presente exposición.

2. *Labor de difusión y expansión mediante las cláusulas de sometimiento a mediación.* – De sobras es conocida la labor del notario en la prevención de litigios y que dentro de la función

¹ Profesora Sustituta de Derecho Civil de la Universidad de Sevilla.

notarial como profesional del Derecho tienen «*la misión de asesorar de forma imparcial a quienes reclaman su ministerio y aconsejarles los medios jurídicos más adecuados para el logro de los fines lícitos que aquéllos se proponen alcanzar*»² (art. 1 del Decreto 2 junio 1944, por el que se aprueba con carácter definitivo el Reglamento de la organización y régimen del Notariado [en adelante RN]).

En el marco de esta función de información y asesoramiento imparcial y consejo, el notario puede desarrollar una importante labor de difusión y de conocimiento de la mediación mediante la recomendación a las partes de la inclusión de cláusulas de sometimiento a la mediación para la resolución de los conflictos que pudieran surgir en los actos o negocios jurídicos que autoriza. Incluso la incorporación de una cláusula escalonada conocida como cláusula mendarb en virtud de la cual las partes deciden someter todas las controversias surgidas a la mediación y en caso de que no se resolviera el conflicto (por ser la mediación infructuosa, no se alcanza un acuerdo) al arbitraje. El notario debe tener un conocimiento profundo de las ADR para recomendar la más adecuada al caso concreto y en la redacción de las cláusulas se ha de prestar el máximo cuidado, en cuanto a su validez, indicando el alcance de la misma (a qué controversias abarca por ejemplo), la designación, si así se decide de un mediador o de una institución de mediación³, determinación de la ley aplicable (cuando se trate de mediaciones

² «*El notario redactará el instrumento público conforme a la voluntad debidamente informada de los otorgantes, la cual deberá indagar, interpretar y adecuar al ordenamiento jurídico*»² (art. 147.1 RN y art. 17.bis de la Ley de 28 de mayo 1862, Orgánica del Notariado [en adelante LN]). El art. 147 párrafos primero y quinto del RN: «*e informará a aquéllos del valor y alcance de su redacción, de conformidad con el artículo 17 bis de la Ley del Notariado. [...] Sin mengua de su imparcialidad, el notario insistirá en informar a una de las partes respecto de las cláusulas de las escrituras y de las pólizas propuestas por la otra, [...] y prestará asistencia especial al otorgante necesitado de ella. También asesorará con imparcialidad a las partes [...]*».

³ El notario podrá asimismo informar y asesorar a las partes sobre la posible institución de mediación o mediador. Los problemas que puede plantear el nombramiento de un mediador como que hubiera fallecido o no pudiera ejercitar la mediación ... se eluden si se designa a una institución de mediación por lo que resulta más conveniente esta última opción.

trasfronterizas...). Se deben evitar como apunta RODRÍGUEZ PRIETO cláusulas patológicas en las que se llame a una mediación o arbitraje sin más sin señalar a una institución o mediador puesto que será difícil que una vez surgido el conflicto las partes se pongan de acuerdo sobre la elección del mediador o sobre la institución y no se evite con ello el recurso a la vía judicial que es lo que se trata principalmente de evitar a al recurrir a las ADR⁴. Es conveniente, incluso, que la realización de esta actuación asesora se consigne expresamente en la escritura, entre las advertencias legales (art. 194 del RN) o a continuación de la cláusula de sujeción a mediación o de sistemas escalonados, mediante una fórmula similar a la siguiente:

“He informado a las partes de las consecuencias del sometimiento a mediación (y arbitraje) como medio(s) alternativo(s) de resolución de conflictos, (y especialmente de que el arbitraje supone la exclusión de la vía judicial), así como de la posibilidad de elección entre diversos mediadores o Instituciones (Arbitrales o) de Mediación, tras lo que han optado por la indicada Fundación”. (Fundación Notarial Signum)⁵.

Los notarios asesorarán sobre la inclusión de estas cláusulas en los actos y negocios jurídicos reguladores en los que intervenga para definir la forma en la que se han de afrontar las controversias futuras que puedan surgir en el seno del mismo. Así se pueden incluir desde los contratos que autorice; estatutos sociales⁶; comunidades de propietarios o en los testamentos cuanto no haya

⁴ F. RODRÍGUEZ PRIETO, «Un útil instrumento jurídico por descubrir: las cláusulas escalonadas med+arb». En el blog ¿Hay Derecho?, publicado el 2 de abril de 2013. En <https://hayderecho.com/2013/04/02/un-util-instrumento-juridico-por-descubrir-las-clausulas-escalonadas-medarb/> [Consultado el día 14 de noviembre de 2014].

⁵ Se puede obtener en: http://fundacionsignum.org/area-profesionales/#_notarios.

⁶ Según el art. 11.bis de la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje (en adelante LA):

«1. Las sociedades de capital podrán someter a arbitraje los conflictos que en ellas se planteen.

2. La introducción en los estatutos sociales de una cláusula de sumisión a arbitraje requerirá el voto favorable de, al menos, dos tercios de los votos correspondientes a las acciones o a las participaciones en que se divida el capital social.

legitimarios o en caso de que los haya combinándolo con una cautela socini⁷. En los conflictos sucesorios es uno de los ámbitos donde la mediación puede presentar mayores ventajas dada la implicación de relaciones familiares (segundas o terceras nupcias, hijos de padre/madre diferentes y otras situaciones donde

3. *Los estatutos sociales podrán establecer que la impugnación de los acuerdos sociales por los socios o administradores quede sometida a la decisión de uno o varios árbitros, encomendándose la administración del arbitraje y la designación de los árbitros a una institución arbitral*». Este sistema ha sido calificado de inconstitucional por algunos por entender que se priva al socio que no aprobó la cláusula de sometimiento a arbitraje de la tutela judicial efectiva garantizada en el art. 24 de la CE.

⁷ La cláusula impuesta por el testador no afecta a los legitimarios puesto que se trata de cuestiones de derecho imperativo. Así se prevé en el art. 10 de la LA: «*También será válido el arbitraje instituido por disposición testamentaria para solucionar diferencias entre herederos no forzosos o legatarios por cuestiones relativas a la distribución o administración de la herencia*». Como señala ESPEJO LERDO DE TEJADA: «es más, estrictamente hablando tampoco se puede imponer por el testador en materia imperativa, como son las legítimas, que se encuentran en la base de no pocos conflictos entre coherederos. En efecto, la existencia de un sistema de mediación organizado de acuerdo con las reglas diseñadas por el testador impide que las partes ejerciten entre sí «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 a pérdida irreversible de bienes y derechos» (art. 10.2 de la LM). Es obvio que esta limitación de acceso temporal a la justicia constituye uno de aquellos gravámenes que el art. 813.2 del CC impide imponer a la legítima: así se viene afirmando tradicionalmente en nuestra doctrina cuando el testador establece limitaciones a la intervención judicial en las operaciones divisorias.

Solamente se podría llegar a imponer dicha mediación mediante el uso de la cautela socini mediante la cual el testador sanciona al heredero que no acepte a intentar esta vía de solución de los conflictos con la reducción de los derechos hereditarios que se le confieren en el testamento. Pero es obvio que aunque el heredero acepte bastará con que recurra a la mediación para evitar la pérdida de derecho sucesorios y después la de por finalizada sin llegar a un acuerdo que resuelva el conflicto. Por tanto, la finalidad del testador no se habría logrado». M. ESPEJO LERDO DE TEJADA, «Mecanismos para la prevención y resolución de conflictos en materia sucesoria, con especial referencia a la mediación». *Quaderni di Conciliazione*, nº 3 (2012), pp. 127 y 128. En <http://www.edizioniav.it/img/Q3.pdf> [Consultado el día 13 de noviembre de 2014]. En el mismo sentido, F. RODRÍGUEZ PRIETO, «La previsión del conflicto sucesorio en el testamento». *El Notario del siglo XXI*, nº 44 (2012). En <http://www.elnotario.es/index.php/hemeroteca/revista-44> [Consultado el día 16 de noviembre de 2014].

los celos, a veces atizados por terceros, se multiplican). Los conflictos sucesorios, además, pueden tener una fuerza destructiva temible. Un proceso judicial arruina las relaciones familiares, y es fuente de una inmensidad de gastos, de tiempo y energías perdidos, y de disgustos emocionales. El propio TS ha recomendado en varias ocasiones en conflictos surgidos en particiones hereditarias que las partes acudan a mediación para que sean ellas mismas mediante un proceso dialogado y soluciones imaginativas las que solventen el conflicto (SSTS de 2 y 3 de julio de 2009 [RJ\2009\6462] y [RJ\2009\5491], 5 de marzo de 2010 [RJ\2010\2390], 20 de mayo de 2010 [RJ\2010\3707] y 18 de junio de 2010 [RJ\2010\4894]).

Los notarios tendrán que prestar especial cuidado en redactar estas cláusulas de una forma válida⁸ puesto que por ejemplo, en sede testamentaria la cláusula por la que el testador impone el sometimiento a mediación y arbitraje no puede afectar a la legítima por tratarse de una materia indisponible. Para “animarlos/obligarlos”, como hemos expuesto anteriormente, se incluirá la cautela socini que sancione al que no acepte esta vía de resolución con una aceptación explícita con una reducción de sus derechos hereditarios⁹.

La *fundación Notarial Signum*¹⁰ para la resolución alternativa de conflictos propone algunas cláusulas notariales de sometimiento a mediación y arbitraje que reproducimos a continuación:

Cláusula general (Cláusula escalonada o multimodal):

«Toda controversia derivada de este contrato o convenio o que guarde relación con él – incluida cualquier cuestión relativa a su existencia, validez, terminación, interpretación o ejecución – se

⁸ La Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles (en adelante Ley de mediación o LM) señala en su art. 2 que no cabrá la mediación cuando se trate de derechos y obligaciones que no estén a disposición de las partes.

⁹ F. RODRÍGUEZ PRIETO, «Un útil instrumento jurídico por descubrir: las cláusulas escalonadas med+arb», art. cit.

¹⁰ Se puede obtener en: http://fundacionsignum.org/area-profesionales/#_notarios Otros modelos de cláusulas se pueden consultar en la página web de la Corte de Arbitraje de Almería: www.camaradealmeria.es/apoyo-empresarial/servicios-juridicos/.../6.html.

someterá para su resolución en primer lugar a mediación. En caso de falta de acuerdo sobre la designación de otro mediador o Centro, la mediación será administrada por la Fundación Notarial Signum de Resolución Alternativa de Conflictos.

Si la mediación resultare infructuosa en todo o en parte, y en este último caso respecto de las cuestiones no resueltas, la controversia será resuelta definitivamente mediante arbitraje [de derecho/equidad], administrado por la Fundación Notarial Signum de Resolución Alternativa de Conflictos.

La designación de árbitros y mediadores y la administración del arbitraje y la mediación se regirán por las normas de la Fundación vigentes a la fecha de presentación de la solicitud de arbitraje o mediación».

(En los documentos notariales se aconseja añadir a continuación la indicación del asesoramiento y elección, con la fórmula indicada en la introducción).

Cláusula ámbito societario

*«CLAUSULA ***: Salvo en los casos excluidos por la Ley, toda controversia o conflicto de naturaleza societaria entre la sociedad y los socios, entre los socios, entre los órganos de administración de la sociedad cualquiera que sea su configuración estatutaria y los socios, entre los administradores, o entre cualquiera de los anteriores, se someterá para su resolución en primer lugar a mediación. En caso de falta de acuerdo, la mediación será administrada por la Fundación Notarial Signum de Resolución Alternativa de Conflictos.*

Si la mediación resultare infructuosa, la controversia será resuelta definitivamente mediante arbitraje de derecho, administrado por la Fundación Notarial Signum de Resolución Alternativa de Conflictos.

La designación de árbitros y mediadores y la administración del arbitraje y la mediación se regirán por las normas de la Fundación vigentes a la fecha de presentación de la solicitud de arbitraje o mediación.

He informado a las partes de las consecuencias del sometimiento a mediación y arbitraje como medios alternativos de resolución de conflictos, y especialmente de que el arbitraje supone la exclusión de la vía judicial, así como de la posibilidad de

elección entre diversas Instituciones Arbitrales o de Mediación, tras lo que han optado por la indicada Fundación».

Cláusulas Testamentarias

«Ordena el testador que las controversias que pudieran suscitarse con motivo de la interpretación, ejecución, validez o eficacia del testamento o de la administración o partición de la herencia, aunque ésta la hiciera un contador-partidor, se sometan a mediación administrada por la Fundación Notarial Signum para la Resolución Alternativa de Conflictos.

Que si alguno de los herederos forzosos no aceptase esta mediación y arbitraje, quedará reducido a legítima estricta, acreciendo a los que lo acepten la parte no forzosa atribuida con cargo a los tercios de libre disposición o de mejora.

He informado al testador de las consecuencias del sometimiento a mediación como medio de resolución de conflictos, así como de la posibilidad de elección entre diversos mediadores o Instituciones o de Mediación, tras lo que han optado por la indicada Fundación».

Pero ¿qué eficacia tiene una cláusula de este tipo en el que las partes pacten o el testador impone (por ejemplo) que, para la resolución de las controversias surgidas o que puedan surgir, se haya de acudir, en primer lugar, a la mediación?

La Ley de mediación considera vinculante el acuerdo disponiendo en el art. 6.2 que *“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”*¹¹. Como remedio frente al incumplimiento, para dotar de eficacia lo dispuesto en el art. 6.2, de forma similar a lo que sucede en el arbitraje, se prevé que el compromiso de sometimiento a mediación impide a los tribunales conocer de las controversias so-

¹¹ Entendemos que el carácter vinculante de dicha cláusula no supone una quiebra del principio de voluntariedad puesto que la adopción de la cláusula de sometimiento a mediación en un contrato implica *“un previo ejercicio de la autonomía de la voluntad”*. Son las partes, las que voluntariamente deciden someterse a la mediación. Si bien, en un momento anterior al del surgimiento de la disputa.

metidas a mediación, siempre que la parte a quien interesa pueda invocar mediante declinatoria la falta de jurisdicción del tribunal (Exposición de Motivos apartado V y art. 10.2 párrafo tercero de la Ley de mediación).

Parece que la Ley de mediación pretende establecer una cláusula similar a la de sumisión al arbitraje (art. 9 de la Ley de Arbitraje). Empero, coincidimos con TORRES ESCÁMEZ en que el reconocimiento del carácter vinculante de dicha cláusula, a diferencia del arbitraje, en el que si las partes acuerdan someterse a él, sólo podrían separarse si ambas están de acuerdo, tiene una importancia más teórica que práctica¹², teniendo en cuenta que el éxito de la mediación depende de la voluntad de las partes¹³. No tendría mucho sentido obligar a las partes – si no quieren – a iniciar de manera forzosa el procedimiento de mediación ya que éstas pueden darlo por finalizado en cualquier momento sin que nadie pueda impedirsele y no están obligadas en ningún caso a adoptar un acuerdo¹⁴. Para entender cumplida la obligación, bastaría con que las partes acudieran a una sesión de la que se levantaría acta en la que se dejara constancia de que no hay voluntad de acuerdo, ya que la única obligación que impone el art. 6.2 de la Ley de mediación, es la de “*intentar el procedimiento pactado*”, sin concretar a qué se refiere.

Sería una obligación de hacer, Pero en la práctica, creo que tal obligación carece de sentido, pues no sería sino el medio para un fin, el acuerdo final, que sólo puede alcanzarse si el obligado quiere y a ello sí que no puede ser compelido en

¹² S. TORRES ESCÁMEZ, «La función notarial, función preventiva de litigios: el consejo y la mediación notariales como instrumentos» (2ª parte), *Anuario de justicia alternativa*, 4 (2003), pp. 53-114. En www.vlex.com [consultado el día 3 de mayo de 2011].

¹³ Libro Verde sobre las modalidades alternativas de solución de conflictos en el ámbito del Derecho civil y mercantil COM (2002) 196 final, p. 28. En este sentido, como ha señalado ORTIZ PRADILLO, se confunde la autonomía de la voluntad con la voluntariedad que rige toda mediación. J.C. ORTIZ PRADILLO, «Análisis de los principios informadores de la mediación en materia civil y mercantil», *Boletín del Ministerio de Justicia*, 2135 (2011). En www.mjusticia.es/bmj [consultado el día 28 de octubre de 2011].

¹⁴ Vid. art. 6.3 y art. 22.1 de la Ley de mediación.

modo alguno. Por otra parte, puesto que la conducta del deudor en el sentido indicado sería insustituible, caso de incumplimiento, sólo podría darse la satisfacción del acreedor mediante una indemnización por daños y perjuicios, cuya cuantificación resultaría difícil o incluso imposible, por la peculiaridad antes indicada, a menos que lo hubiese sido previamente por las partes en forma de cláusula penal. Aun en este caso, la asistencia a la mediación por parte del obligado sería meramente formularia para evitar la pena.

Además también, el planteamiento de la declinatoria puede hacerse con la finalidad de retrasar el procedimiento de mediación, con fines dilatorios. En este caso, el mediador puede dar por finalizada la mediación art. 22 de la Ley de mediación.

La eficacia de la mediación en estos casos se verá reducida. Por este motivo, algunos autores proponen la inclusión de una cláusula escalonada primero de mediación, y si no llega a resolverse el conflicto de esta forma pues, se tendrán que someter a arbitraje. Es una forma de incentivar a las partes a negociar el conflicto puesto que de no alcanzar un acuerdo, quedará sometida la resolución de la controversia a arbitraje, esto es, a la resolución por parte de un tercero mediante un laudo que tendrá carácter ejecutivo con condena en costas.

3. El notario como mediador. Instituciones de mediación.

3.1. El notario como mediador. – El notario en su labor cotidiana desempeña una actividad de mediación en relación al documento que autorizará procurando un acercamiento de las partes en sus posiciones y eliminando sus diferencias particularmente cuando el acuerdo contractual no llega a su despacho perfectamente definido. Sin embargo, no es a este tipo de actividad mediadora a la que nos referimos en el presente artículo sino a la mediación como ADR, esto es, como sistema extrajudicial de resolución de conflictos en el que las partes con la ayuda de un mediador, imparcial y neutral, van a poder resolver las controversias mediante la adopción por sí mismas de un acuerdo (art. 1 de la Ley de mediación).

En este sentido, el planteamiento ha de hacerse sobre el posible papel del notario como mediador.

Aunque el análisis de la mediación como técnica y sistema para la solución de conflictos es muy reciente, son abundantes las referencias históricas al papel del notario como amigo, consejero y mediador ideal en diferentes contiendas¹⁵.

En la relación entre el Notariado y la mediación como medio de solución de conflictos vemos como el notario reúne buena parte de las condiciones que se predicen de un buen mediador: desde la garantía de la independencia e imparcialidad y la cultura de neutralidad hasta la confidencialidad¹⁶, así como su reconocida y excelente formación jurídica. Le faltaría la formación específica en mediación a la que aludiremos posteriormente¹⁷. Así por ejemplo, el art. 147 párrafo quinto del Reglamento Notarial señala que, *«sin mengua de su imparcialidad, el notario insistirá en informar a una de las partes respecto de las cláusulas de las escrituras y de las pólizas propuestas por la otra, comprobará que no contienen condiciones generales declaradas nulas por sentencia firme e inscrita en el Registro de Condiciones generales y prestará asistencia especial al otorgante necesitado de ella. También asesorará con imparcialidad a las partes y velará por el respeto de los derechos básicos de los consumidores y usuarios»*.

Como ha señalado TAMAYO CLARÉS, *«el notario «indaga» la voluntad contractual en lo que la doctrina clásica, recordada por NÚÑEZ LAGOS, denomina auscultatio, la «interpreta y la adecua al ordenamiento jurídico» (specificatio eo especificación, término al que da carta de naturaleza la STS de 28 de octubre de 1944) y todo ello lo hace «sin mengua de su imparcialidad», sin ponerse al servicio de ninguno, sino buscando objetivamente la equivalencia de las prestaciones y la perfecta estructuración interna y externa del negocio.*

¹⁵ S. TORRES ESCÁMEZ, «La función notarial, función preventiva de litigios: el consejo y la mediación notariales como instrumentos» (1ª parte), Anuario de justicia alternativa, 3 (2002), pp. 75-102. En www.vlex.com [consultado el día 27 de julio de 2011] y «La función notarial, función preventiva de litigios: el consejo y la mediación notariales como instrumentos» (2ª parte), art. cit.

¹⁶ En el propio Código Europeo de Deontología Notarial se recoge la obligación de secreto profesional.

¹⁷ S. TORRES ESCÁMEZ, «La función notarial, función preventiva de litigios: el consejo y la mediación notariales como instrumentos» (2ª parte), art. cit.

La imparcialidad significa pues, la obligación del notario de prestar su función en igualdad de condiciones para todas las partes, y no con una simple neutralidad formal, sino que ha de tener una postura activa, cautelar, conciliadora y equilibradora o compensadora en caso de desigualdad de los otorgantes, e incluso debe comprender también la defensa del tercero que no interviene en el negocio, pero que puede ser afectado por él. El punto de equilibrio de los intereses (G. PALOMINO) e información a las partes [...]. Se trata de una imparcialidad activa, que implica incluso asistencia especial a personas que lo necesiten. Esta tarea es exclusivamente jurídica, independiente de los fines económicos de las partes»¹⁸. La regulación positiva aparece en el art. 147 RN y en el art. 349.c) del RN que recoge como infracción grave: «Las conductas que impidan prestar con imparcialidad, dedicación y objetividad las obligaciones de asistencia, asesoramiento y control de legalidad que la vigente legislación atribuya a los notarios o que pongan en peligro los deberes de honradez e independencia necesarios para el ejercicio público de su función».

Por ello, los Notarios pueden ser árbitros, si bien, sólo se admite el arbitraje de Derecho para lo que están mentalizados ya que a menudo median entre las partes para que solucionen sus diferencias. Por otra parte, el notario se coloca (en tanto la neutralidad) en el punto medio de los intereses de las partes de un contrato, a diferencia por ejemplo, de los abogados, que defienden los intereses de cada una de las partes.

Lo mismo sucede con el mediador que tiene que garantizar que las partes intervengan con plena igualdad de oportunidades, manteniendo el equilibrio entre sus posiciones y el respeto hacia los puntos de vista por ellas expresados, sin que el mediador pueda actuar en perjuicio o interés de cualquiera de ellas (art. 7 de la Ley de mediación, principio de imparcialidad), ni les pueda imponer ninguna solución al conflicto (art. 8 de la Ley de mediación).

Junto a la práctica notarial de estar en medio de dos partes con diferentes intereses se da también en el notario, como ha

¹⁸ M. TAMAYO CLARES, *Temas de Derecho Notarial*, Consejo General del Notariado, Madrid, 9ª ed., 2011, p. 48.

señalado TORRES ESCÁMEZ, se da la proximidad y sobre todo el conocimiento y especialización de la materia sobre la que versa el conflicto¹⁹. La elección de un mediador que tenga una sólida formación en el campo de la controversia puede ser clave para el éxito de la mediación. No cabe duda de que hay determinados ámbitos donde la experiencia y conocimientos del notario son acreditados como por ejemplo, en el ámbito de la empresa donde la mayoría adoptan la forma de sociedad²⁰; en el ámbito del derecho sucesorio, desde los testamentos abiertos notariales a la realización de las particiones hereditarias. De hecho, el primer ámbito donde se ha desarrollado la mediación por un notario ha sido en un conflicto surgido en una impugnación de una herencia de unos hijos. El juez derivó a las partes a mediación en la que intervino un notario como mediador y en la que resolvieron el conflicto mediante la adopción de un acuerdo, no sólo sobre la impugnación sino también sobre el reparto de los mismos (partición hereditaria)²¹; también en el ámbito inmobiliario o en el derecho de familia, especialmente en lo relacionado con las empresas familiares.

Por estos motivos, el notario podría desempeñar una importante labor como mediador pero siempre que cuente con la formación específica adecuada. El notario tiene un gran prestigio profesional, una excelente formación y conocimientos jurídicos²² pero no es suficiente para ser buen mediador puesto que desconoce las técnicas empleadas en mediación. Para ejercer como mediador es imprescindible contar con una formación específica en mediación, esto es, los aspectos psicológicos, de ética de la

¹⁹ S. TORRES ESCÁMEZ, «La función notarial, función preventiva de litigios: el consejo y la mediación notariales como instrumentos» (2ª parte), art. cit.

²⁰ La creación de las sociedades y aprobación de sus estatutos pasa por el notario; reducciones y ampliaciones de capital... Los notarios suelen conocer bien los problemas de las sociedades y de los socios de ahí que incluso antes de que surja el conflicto puede preverlo e introducir la cláusula de sometimiento a la mediación.

²¹ Noticia extraída del periódico online las provincias en diciembre de 2013, <http://www.lasprovincias.es/v/20131222/valencia/disputa-herencia-primercaso-20131222.html>.

²² Tienen un título oficial universitario que es lo que exige el art. 11.2 de la Ley de mediación.

mediación, de evaluación de las emociones, de gestión del conflicto, de procesos y de técnicas de comunicación, negociación, de resolución de conflictos, etc. en los que se basan las técnicas de mediación (art. 4 del Real Decreto 980/2013, de 13 de diciembre, por el que se desarrollan determinados aspectos de la Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles [en adelante RM]). Además de realizar actividades de formación continua en mediación (así lo exige el art. 11 y 12 de la Ley de mediación y artículos 3, 4 y 6 del RM). Por consiguiente, no todos los notarios pueden ser mediadores, sino aquellos que cuenten con esta formación y experiencia en mediación que resulta también esencial para desempeñar esta labor. Los notarios, por tanto, deberán prepararse como mediadores con la debida seriedad dado que pueden aportar un gran prestigio y permitir un gran avance a este mecanismo extrajudicial de resolución de conflictos.

Además la adecuación del notario para ejercer como mediador dependerá del tipo de conflicto de que se trate. El mediador como afirma la Exposición de Motivos, apartado III, de la Ley de mediación es *“la pieza esencial del modelo”* y como hemos afirmado la elección de un mediador que tenga una sólida formación en el campo de la controversia es clave. Por eso, habrá conflictos específicos en los que quizá sea más conveniente el desarrollo de la mediación por otro profesional mediador que no sea un notario. Por ejemplo, en los conflictos surgidos en un ámbito específico como es el sanitario, al mediador deberá exigírsele además de la formación en técnicas de comunicación y negociación propias de la mediación, conocimiento del mundo sanitario y de la terminología médico-sanitaria. No obstante, si se trata de una materia compleja o en la que el mediador no tiene esos conocimientos específicos (por la conveniencia de las partes dice el precepto), se podrá celebrar la mediación con dos o más mediadores (co-mediación) que actuarán de forma coordinada (art. 18.2 de la Ley de mediación). Así sucede en algunos conflictos surgidos en el ámbito familiar, dada la implicación de sentimientos, emociones... que dotan a los conflictos de especial complejidad, suele ser conveniente la co-mediación, siendo aconsejable, según CARRETERO MORALES, que los mediadores tengan una formación de origen distinta (jurista y psi-

cólogo, por ejemplo)²³ o en reclamaciones sobre deficiencias de una construcción o las innovaciones de una patente.

Vista la conveniencia de que el notario pueda actuar como mediador hay que cuestionarse en primer lugar si la legislación permite que el notario actúe como mediador. En principio, señala el art. 11.1 de la Ley de mediación que pueden ser mediadores las personas naturales que se hallen en pleno ejercicio de sus derechos civiles, siempre que no se lo impida la legislación a la que puedan estar sometidos en el ejercicio de su profesión. La Ley Notarial no establece ningún impedimento para que el notario pueda ejercer como mediador²⁴. Por lo que, en principio, los notarios podrán ejercer como mediadores en tanto están en posesión de un título oficial universitario pero tienen que contar además con una formación específica para ejercer mediación y tener suscrito un seguro o garantía equivalente que cubra la responsabilidad civil derivada de su actuación en los conflictos en que intervenga (art. 11.2 y 3 de la Ley de mediación y artículos 3 a 7 y 26 a 29 del RN).

Los notarios que cuenten con estos requisitos podrían ser mediadores. Las actividades de mediación que desarrollan los notarios no se incluyen dentro de la función notarial como función pública (art. 1 LN o art. 1 RN) ello tiene importantes consecuencias²⁵.

Como ha señalado TORRES ESCÁMEZ siguiendo a RODRÍGUEZ ADRADOS²⁶, para que pueda decirse que las labores de mediación y

²³ E. CARRETERO MORALES, «Comentarios al anteproyecto de ley de mediación en asuntos civiles y mercantiles», *Revista Internacional de Estudios de Derecho Procesal y Arbitraje*, 1 (2011). En www.riedpa.com [consultado el día 29 de septiembre de 2011].

²⁴ Según el art. 16 de la LN: «*El ejercicio del Notario es incompatible con todo cargo que lleve aneja jurisdicción, con cualquier empleo público que devengue sueldo o gratificación de los presupuestos generales, provinciales o municipales, y con los cargos que le obliguen a residir fuera de su domicilio*».

²⁵ A. RODRÍGUEZ ADRADOS, «Los componentes públicos de la función notarial», *Revista Jurídica del Notariado*, nº 25 (1998). En http://www.eco.unlpam.edu.ar/objetos/materias/escribania/derechonotarial/aportes_tericos/Rev_del_Not_Rodriguez_Adrados.pdf [Consultado el día 11 de febrero de 2014].

²⁶ *Ult. op. cit.*

arbitraje forman parte de la función notarial (en tanto función pública), debería darse alguna de las dos siguientes notas: que fueran obligatorias para todos los notarios o que fueran exclusivas del notario²⁷.

a) Los notarios no están obligados a prestar la función de mediación, pueden hacerlo si quieren voluntariamente (son actuaciones voluntarias de los notarios, por más que pueda ser más o menos recomendable). El desempeño de las labores de mediación exige una formación específica previa y continuada en técnicas de mediación que no debe ser exigida obligatoriamente a todos los notarios. Los que voluntariamente lo deseen podrán formarse con los cursos que se han puesto en marcha desde diversos Colegios notariales como el de Madrid o el de Andalucía.

b) La mediación no es una función exclusiva de los notarios sino que la pueden desarrollar en concurrencia con otros profesionales enteramente libres (abogados, psicólogos, trabajadores sociales, médicos...) puesto que lo único que se exige para ser mediador en el art. 11 es tener un título oficial universitario o de formación profesional superior, contar con formación específica para ejercer la mediación y tener suscrito un seguro de responsabilidad civil que cubra su actuación. Los notarios que voluntariamente lo decidan podrán ofrecer los servicios de mediación en libre concurrencia con otros profesionales, será la sociedad la que decida quien presta el servicio con mayor eficacia.

Dado que no es una función exclusiva del notario ni tampoco de prestación obligatoria por los notarios, la intervención del notario como mediador sería una función «extranotarial o paranotarial», que queda fuera del ámbito funcional (fuera de la función notarial), entraría dentro de la esfera privada de la profesión notarial, actuando como profesional más relacionado con la profesión liberal²⁸. El notario ejercería la mediación no en tanto notario sino en cuanto mediador.

Esta afirmación tiene importantes consecuencias prácticas, la primera de ellas es que al no actuar como notario (aunque sí

²⁷ S. TORRES ESCÁMEZ, «La función notarial, función preventiva de litigios: el consejo y la mediación notariales como instrumentos» (2ª parte), art. cit.

²⁸ *Ult. op. cit.*

por ser notario integrado en un Colegio Notarial), el notario-mediador celebra con los mediados un contrato de arrendamiento de servicios de mediación²⁹ (contrato de mediación que denominan algunos y sería el acta de la sesión constitutiva), la relación se regirá por el contenido del contrato y por la regulación profesional de carácter colegial, en cuanto les sea aplicable. En este sentido, no hay normas de carácter colegial respecto a las funciones de mediación. Los honorarios del notario están fuera del arancel, vendrán determinado por lo estipulado en el contrato y tampoco están sometidos a la responsabilidad disciplinaria sino a la responsabilidad contractual derivada del contrato y de su función como mediador. Esto puede ser matizado en tanto lo que se dispone para la gestión de documentos³⁰.

²⁹ Como ha señalado RIPOLL JAÉN: «entre las partes y el mediador surge una relación de arrendamiento de servicios ex art. 1544 y concordantes C.c.E. en cuanto que se exige su aceptación, art. 14, y existe un precio cierto – el coste de la mediación, en el que se incluirán además y con claridad los suplidos, determinándose los distintos conceptos – y no se compromete un resultado – haya concluido o no con un acuerdo – lo que resulta del art. 15. Ello explica que la responsabilidad del mediador – art. 11.3. – sea por culpa contractual ex art. 1101 C.c.E. Estamos ante un contrato no de tracto sucesivo, aunque las prestaciones respectivas no se consuman en un solo acto porque el proceso de mediación exige una proyección temporal, actos sucesivos, lo que explica que tanto las partes como el mediador puedan resolverlo, instrumentada esta resolución en la renuncia del mediador o en el rechazo de las partes ex art. 22.2.

El contenido del contrato sería prácticamente el mismo que el del acta de la sesión constitutiva. Tanto en la Ley de mediación como por la doctrina se determinan las obligaciones y derechos que asumen el mediador y las partes en el contrato de mediación. Respecto al mediador entre las obligaciones, por ejemplo, facilitar la comunicación y velar por que las partes dispongan de la información y el asesoramiento suficientes (Vid. art. 13 de la Ley de mediación); entre los derechos: la renuncia a iniciar la mediación o el derecho a percibir los honorarios. Por lo que hace a las partes, entre las obligaciones, actuar conforme a los principios de buena fe y respeto mutuo (vid. art.10 de la Ley de mediación) en cuanto a los derechos, elegir al mediador». A. RIPOLL JAÉN, «Mediación: teoría y práctica». En <https://www.notariosyregistradores.com/doctrina/ARTICULOS/2013-contrato-de-mediacion-y-modelos.htm> [Consultado el día 12 de noviembre de 2013].

³⁰ STS 14 de mayo de 2008 (RJ 2008\3077) y 28 de noviembre de 2007 (RJ 2007\8124) y Resolución de la DGRN 16 de enero de 1996 (RJ 1996\5041).

Por otra parte, dado que es obligatoria la contratación por el notario de un seguro de responsabilidad civil (artículos 24 y 25 del RN), existiendo además otro ámbito de seguro de responsabilidad civil profesional de los Notarios previsto en la Orden de 16 de noviembre de 1982 por la que se modifican las normas reguladoras del Servicio de Responsabilidad Civil de los Notarios creadas por Orden de 24 de abril de 1948 la pregunta es si ese seguro de responsabilidad civil sirve para entender cumplida una de las condiciones para poder ser mediador como es la de «*suscribir un seguro o garantía equivalente que cubra la responsabilidad civil derivada de su actuación en los conflictos en que intervenga*» (art. 11.3 de la Ley de mediación y artículos 26 a 29 del Reglamento de mediación). En principio, habrá que analizar los términos en los que ha sido redactado el contrato de seguro, de tal forma que si se incluyen las posibles funciones del notario como mediador se entendería cumplida la citada obligación. En principio, si atendemos al art. 25 del RN «*el seguro de responsabilidad civil tendrá por objeto cubrir las responsabilidades de dicha índole en que pudiera incurrir el notario en el ejercicio de su cargo*». Por tanto, la conclusión inicial podría ser que no es suficiente salvo que otra cosa se haya pactado en el contrato de seguro.

Por último, una de las posibles dificultades afecta al conflicto de intereses o incompatibilidad que se produce en el notario-mediador, cuando el mismo es autorizante del documento origen del conflicto que se pretende resolver. Mientras que por una parte se puede entender que es la persona más idónea para intervenir en el conflicto en la medida en que conoce a las partes y los términos en los que se ha redactado el documento que es del que parte la controversia, por otra parte debería abstenerse en la medida en que por tal circunstancia no queda garantizada la imparcialidad. El principio de imparcialidad supone según el art. 7 de la Ley de mediación que el mediador garantice que las partes intervienen con plena con plena igualdad de oportunidades, manteniendo el equilibrio entre sus posiciones y el respeto hacia los puntos de vista por ellas expresados, sin que el mediador pueda actuar en perjuicio o interés de cualquiera de ellas.

Para garantizar la actuación imparcial del mediador, éste en caso de que concurra alguna circunstancia que afecte a su imparcialidad, no podrá iniciar o, en caso de que se hubiera iniciado, deberá abandonar la mediación³¹. Así lo dispone el art. 13.4 de la Ley de mediación. En consonancia con ello, el art. 13.5 de la Ley de mediación³², obliga al mediador a que antes de iniciar³³ o de continuar la mediación revele cualquier circunstancia que pueda afectar a su imparcialidad o bien pudiera generar un conflicto de intereses³⁴. Tales circunstancias incluirán, en todo caso, según dicho precepto,

“a) Todo tipo de relación personal, contractual o empresarial con una de las partes. c) Que el mediador, o un miembro de su empresa u organización, hayan actuado anteriormente a favor de una o varias de las partes en cualquier circunstancia, con excepción de la mediación”. Lo que sucede cuando el notario interviene como mediador. No obstante, esa posible parcialidad del mediador puede ser salvada si las partes, advertidas del problema, consienten expresamente la intervención del mediador en concreto inicialmente encargado del caso. Esta excepción, justificada en aras del principio de autonomía de la voluntad, no supone una derogación del principio de imparcialidad, ya

³¹ Entendemos que entre esas circunstancias se incluyen las expresadas en el art. 13.5 de la Ley de mediación. La mayoría de las leyes autonómicas bajo el rótulo causas de abstención o incompatibilidades se pronuncian en el mismo sentido. Vid. art. 12 Ley castellano-manchega o art. 15 Ley madrileña.

³² La propia Exposición de Motivos de la Ley de mediación en el apartado IV reconoce que *“para garantizar su imparcialidad se explicitan las circunstancias que el mediador ha de comunicar a las partes, siguiéndose en esto el modelo del Código de conducta europeo para mediadores”*. Mientras que en el Código de conducta europeo se protege la *“independencia”* del mediador vinculada al principio de imparcialidad, en la Ley de mediación se recoge dentro de la actuación del mediador como un deber en el art. 13. No obstante, hay que poner en conexión el art. 7 con el art. 13.4 y 5 de la Ley de mediación.

³³ El art. 17.1 párrafo segundo de la Ley de mediación señala que el mediador en la sesión informativa advertirá a las partes de las posibles causas que puedan afectar a su imparcialidad.

³⁴ Este deber de revelar esta información, según señala el art. 13.5 último párrafo de la Ley de mediación, permanece a lo largo de todo el procedimiento de mediación.

que para que se pueda iniciar o continuar la mediación en estos casos será necesario, además de que las partes lo dispensen, que el mediador considere que puede llevar a cabo la mediación de una manera imparcial, siendo garante y responsable en último término de la observancia escrupulosa de este principio³⁵.

Si las partes entienden que el mediador-notario no está siendo imparcial, en virtud del principio de voluntariedad y flexibilidad del procedimiento, podrán rechazarlo sin que ello suponga como señala el art. 22.2 de la Ley de mediación la terminación del proceso, salvo que no se llegase a nombrar un nuevo mediador. Adicionalmente, sí podrían exigir al mediador responsabilidad por los daños y perjuicios causados si se considera que no ha cumplido fielmente su encargo³⁶. Si estimamos, tal y como hacen algunos autores, que se trata de un contrato de prestación de servicios, la naturaleza de la responsabilidad del mediador sería contractual³⁷.

3.2. La mediación institucional. – La mediación institucional es aquella en la que las partes acuden a una institución o entidad que tiene entre sus fines el impulso de la mediación y que facilita el acceso a la mediación, la administración y gestión del procedimiento de mediación, designa a los mediadores, todo ello con la máxima transparencia, vela porque el procedimiento se desarrolle en condiciones adecuadas y reglamentarias, respe-

³⁵ L. GARCÍA VILLALUENGA, *Ult. op. cit.*, p. 727. Dispone el art. 13.5 de la Ley de mediación: “*En tales casos el mediador sólo podrá aceptar o continuar la mediación cuando asegure poder mediar con total imparcialidad y siempre que las partes lo consientan y lo hagan constar expresamente*”. En caso de que las partes presten su consentimiento pero éste no pueda asegurar su imparcialidad, deberá abstenerse de iniciar o continuar el procedimiento de mediación (art. 13.4 y artículos 13.3 y 22.2 de la Ley de mediación que recoge el derecho a renunciar del mediador).

³⁶ Vid. art. 14 de la Ley de mediación. En algunas normas autonómicas se contempla el incumplimiento como una infracción grave, o incluso muy grave, que lleva aparejada la correspondiente sanción. Como ejemplo, arts. 30.b), 31.3.a) y 4.a) y 32.b) y c) de la Ley 15/2009, de 22 de julio, de mediación en el ámbito del Derecho privado de Cataluña.

³⁷ F. MARTÍN DIZ, *La mediación: sistema complementario de Administración de Justicia*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2010, p. 190.

tando los principios de la mediación dentro del encargo recibido pero no presta directamente el servicio de mediación (así lo dispone el art. 5 de la Ley de mediación).

Entre las ventajas de este tipo de mediación está la posibilidad de beneficiarse de la experiencia y medios de esa institución; el auxilio de su Reglamento para cubrir posibles lagunas; surgida la disputa, las partes no han de ponerse de acuerdo ni sobre la elección del mediador o árbitro, ni sobre las reglas de los respectivos procedimientos, pues todo ello vendrá determinado por los Reglamentos de la Institución; facilita el nombramiento de mediadores que están respaldados por el prestigio de la institución que asegura una determinada formación, calidad y experiencia de los mediadores que en ella prestan sus servicios así como el sometimiento al código deontológico de la institución, lo que es muy útil sobre todo cuando se trata de una cláusula de sometimiento a mediación³⁸ (puesto que el designado puede que se haya muerto, que no pueda desempeñar su función por cualquier motivo [lo que impediría en una mediación ad hoc que se desarrollara la mediación si no se ponen de acuerdo en nombrar a otro], o si no se hubiera designado a nadie pues que las partes no se pongan de acuerdo). Por último, la mediación institucional incrementa las garantías de los particulares sometidos a él frente a la responsabilidad por daños y perjuicios que el mediador ocasionare como consecuencia del incumplimiento del encargo. Dispone el art. 14 de la Ley de mediación que *«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»*.

En el lado de los inconvenientes, probablemente el más claro sea el antes apuntado del incremento del coste que produce este tipo de mediación, puesto que, además de los honorarios de los mediadores, las partes deben pagar el de las tarifas de la institución de mediación por sus servicios.

³⁸ S. TORRES ESCÁMEZ, «La función notarial, función preventiva de litigios: el consejo y la mediación notariales como instrumentos» (2ª parte), art. cit.

Si coincidimos en la conveniencia de la mediación como sistema útil para la solución de conflictos jurídicos, en las ventajas que puede representar la mediación institucional y en la idoneidad del notario para ejercer como mediador, habrá que concluir que la suma de todo ello conduce no sólo a que los notarios ejerzan la mediación no administrada por ninguna institución (mediación «ad hoc» por similitud con el arbitraje «ad hoc», se elige para un arbitraje determinado, el cual es administrado por los propios árbitros) sino también a que se integren en una determinada institución lo que permitirá contar con el apoyo y prestigio de la institución además del suyo propio como profesional. Obviamente, no es obligatorio para el notario-mediador pertenecer a una institución pero puede serle útil.

Al margen de que el notario-mediador pertenezca a una institución o no, lo que nos vamos a plantear es el posible papel de la Corporación Notarial en el marco de la mediación institucional.

El art. 5 de la Ley de mediación señala que *«tienen la consideración de instituciones de mediación las entidades públicas o privadas, españolas o extranjeras, y las corporaciones de derecho público que tengan entre sus fines el impulso de la mediación facilitando el acceso y administración de la misma, incluida la designación de mediadores, debiendo garantizar la transparencia en la referida designación. Si entre sus fines figurase también el arbitraje, adoptarán las medidas para asegurar la separación entre ambas actividades.»*

La institución de mediación no podrá prestar directamente el servicio de mediación, ni tendrá más intervención en la misma que la que prevé esta Ley». Por consiguiente pueden ser instituciones de mediación desde las corporaciones de Derecho público, a la que a continuación aludiremos, hasta asociaciones profesionales constituidas por mediadores que tengan como fin el impulso de la mediación o las fundaciones con el mismo fin. Al margen de las instituciones y servicios de mediación establecidos o reconocidos por la Administración (disposición adicional 1ª de la Ley de mediación), las instituciones de mediación tiene carácter privado adoptando la forma de asociaciones, fundaciones o sociedades, normalmente.

En tanto que los Colegios Notariales son Corporaciones de Derecho Público la cuestión que se suscita es si podrán ser ins-

tituciones de mediación en caso de tener entre sus fines el impulso de la mediación³⁹.

Los Colegios Notariales se rigen por la Legislación Notarial y el Reglamento Notarial (regula tanto la actividad pública notarial como el Estatuto General de la profesión). En todo lo no previsto en ellos y siempre que no constituya una especialidad derivada del ejercicio de la función pública notarial atribuida a los notarios o al Colegio, se aplicará la Ley 2/1974, de 13 de febrero, sobre Colegios Profesionales (art. 314.5 párrafo sexto del Reglamento Notarial). Por tanto, son los Colegios Notariales los que atienden a este doble carácter (notario como funcionario público y profesional del Derecho [art. 1 RN]), en sus respectivos territorios, de ahí que en lo que afecta a la fe publica este ente público queda sometido a la Ley y Reglamento Notarial, con carácter exclusivo, y en lo corporativo también, aplicándose en este último aspecto, con carácter supletorio, la Ley de Colegios profesionales; así resulta del art. 314 RN. A este respecto, es clarificadora la Sentencia del Tribunal Constitucional de 11 de mayo 1989 de (RTC 1989\87), que distingue muy claramente entre lo que llama actividad pública notarial y el resto de la posible actuación notarial, que podemos denominar actuación privada. En cuanto a esta última, las competencias que tienen los Colegios Notariales son equiparables a las de cualquier otro Colegio Profesional.

³⁹ Según el art. 314 del Reglamento Notarial: «*son Corporaciones de Derecho público, amparadas por la Ley y reconocidas por el Estado, con personalidad jurídica propia y plena capacidad para el cumplimiento de sus fines. En el ejercicio de las funciones públicas atribuidas respecto de la prestación de la función pública notarial quedan subordinados jerárquicamente al Ministro de Justicia y a la Dirección General de los Registros y del Notariado.*

Son fines esenciales de estas Corporaciones la ordenación del ejercicio de la profesión, sin perjuicio de las atribuciones del Gobierno, del Ministro de Justicia y de la Dirección General de los Registros y del Notariado, la representación exclusiva de aquélla, la defensa de los intereses profesionales de los colegiados y el cumplimiento de la función social que al Notario corresponde.

[...] *Cada uno de los notarios de España habrá de estar integrado, con carácter exclusivo, en el Colegio a cuyo territorio pertenezca la población donde tenga su residencia reglamentaria». De acuerdo con el art. 41 LN: «Habrá Colegios de Notarios en los puntos que el Gobierno designe. A cada Colegio pertenecerán todos los Notarios del territorio señalado al mismo».*

Teniendo en cuenta que las labores de mediación quedan al margen de la función pública, se podrá aplicar de forma supletoria la Ley 2/1974, de 13 de febrero de Colegios Profesionales, en cuyo art. 5 ñ) señala que tendrán entre sus funciones los colegios profesionales tienen la de:

“ñ) Impulsar y desarrollar la mediación, así como desempeñar funciones de arbitraje, nacional e internacional, de conformidad con lo previsto en la legislación vigente”.

La consecuencia de lo que antecede es clara, los colegios notariales tienen capacidad para ser Instituciones de Mediación por aplicación supletoria de esta última norma, a través de centros de mediación en el seno del propio colegio lo que no impide, tal vez por razones operativas, que esta función mediadora sea desarrollada instrumentalmente por otras vías, como la creación de una Fundación constituida por el colegio para tal fin, si se tiene en cuenta que el impulso de la mediación es un fin de interés público. En este sentido, se han creado ya algunas fundaciones para impulsar la mediación y administrar y gestionar el procedimiento. Por ejemplo, Desde el Colegio Notarial de Madrid se ha impulsado y constituido la Fundación Notarial Signum para la promoción y el fomento de la mediación y arbitraje institucionales, y de otras vías alternativas que faciliten la solución convencional de las controversias. Ello, mediante la organización de un centro de mediación y una corte de arbitraje que asuma tanto la designación de las personas que deban desempeñar el encargo, como, especialmente la administración del proceso que deba seguirse hasta la eficaz resolución del conflicto⁴⁰. El Colegio Notarial de Valencia también ha constituido la Fundación Notarial para la mediación y el arbitraje Solutio Litis⁴¹ o el Colegio Notarial de Andalucía que ha constituido la Fundación Notarial Andaluza para la Mediación y el Arbitraje. Se está produciendo, por tanto, una apuesta por la mediación y el arbitraje desde los colegios notariales aunque en la actualidad parece que se ha quedado un poco estancado.

No sólo en el ámbito de la mediación extrajudicial, también en el campo de la mediación intrajudicial, esto es, una vez ini-

⁴⁰ Se puede consultar su página web: <http://www.fundacionsignum.org/es/>.

⁴¹ Se puede consultar su página web: <http://www.fundacionsolutiolitis.org/>.

ciado un proceso judicial y por derivación del juez tanto la Fundación Notarial Solutio Litis para la Comunidad Valenciana, como la Fundación Notarial Signum, para la Comunidad de Madrid han firmado un convenio de colaboración con el Consejo General del Poder Judicial en virtud del cual por ejemplo, se comprometen a poner a disposición de los juzgados civiles y mercantiles de la respectiva Comunidad Autónoma (Madrid o Valencia) un equipo de mediadores con una formación teórica y práctica adecuada a la Ley de mediación y al Reglamento. Tanto la sesión informativa como la sesiones de mediación si las partes deciden iniciar el procedimiento se desarrollarán en la sede de la Fundación. El centro de mediación de la fundación pondrá a disposición del juzgado un equipo de mediadores. Además, la sesión informativa será gratuita financiada en su totalidad por la fundación notarial. el resto creo que también.

4. Elevación a escritura pública para dotar de eficacia ejecutiva al acuerdo de mediación.

4.1. *Introducción.* – El procedimiento de mediación en virtud del principio de voluntariedad puede terminar con la adopción de un acuerdo que ponga fin a todas o algunas de las controversias sometidas a mediación. El acuerdo de mediación que es fruto del ejercicio de la autonomía de la voluntad de las partes proclamada en el art. 1255 del Código civil⁴², tiene naturaleza contractual de tal forma que será vinculante y de obligado cumplimiento para las partes que intervienen en el mismo – eficacia inter partes, *res inter alios acta* – (artículos 1091, 1258 y 1278 Código civil). Dado que el acuerdo es fruto del mutuo convencimiento y consentimiento de las partes, una de las ventajas más pregonadas de la mediación es que es más probable que “*los acuerdos resultantes de la mediación se cumplan voluntariamente*”. Así lo subraya el Considerando 6 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 mer-

⁴² El régimen de la Ley de mediación, como remarca su Exposición de Motivos en el apartado III, se basa «*en la flexibilidad y en el respeto a la autonomía de la voluntad de las partes, cuya voluntad, expresada en el acuerdo que la pone fin, podrá tener la consideración de título ejecutivo*».

cantiles (en adelante “Directiva”) y debiera suceder como regla general. No obstante, la Ley de mediación, siguiendo a la Directiva (Considerando 19 y art. 6) que viene a transponer, es consciente de que dejar el cumplimiento del acuerdo a la buena voluntad de las partes sin ninguna garantía frente a su posible incumplimiento hará que se reduzca la importancia de la mediación como mecanismo de resolución de conflictos y pueda considerarse una alternativa peor que otros procesos como el judicial o el arbitraje. Por eso, la Ley de mediación española dota de fuerza vinculante y eficacia ejecutiva al acuerdo de mediación si se eleva a escritura pública de conformidad con la Ley de mediación o se homologa judicialmente.

A nivel europeo, tanto en el Considerando 19 como en el art. 6 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 (en adelante Directiva) se recoge el deber de los Estados Miembros de garantizar que las partes puedan solicitar que se de carácter ejecutivo al acuerdo, a menos que su contenido sea contrario al Derecho del Estado miembro donde se formule la solicitud o la legislación de ese Estado miembro no contemple su carácter ejecutivo. Según el art. 6.2 de la Directiva *“el contenido del acuerdo podrá adquirir carácter ejecutivo en virtud de sentencia, resolución o acto auténtico emanado de un órgano jurisdiccional u otra autoridad competente, de conformidad con la legislación del Estado miembro en el que se formule la solicitud”*.

En consonancia con esta corriente, los artículos 23.3 párrafo segundo y 25.1 de la Ley de mediación reconocen al acuerdo de mediación carácter vinculante, pudiendo adquirir eficacia ejecutiva, convirtiéndose en título ejecutivo, si las partes deciden voluntariamente elevarlo a escritura pública de conformidad con lo que dispone la Ley de mediación o su homologación judicial cuando se trate de acuerdos alcanzados en una mediación celebrada una vez iniciado un proceso judicial (art. 25 apartados 1 y 4 de la Ley de mediación). Sobre estas opciones será el mediador el que tenga que informar a las partes tanto del carácter vinculante del acuerdo alcanzado como de que *«pueden instar su elevación a escritura pública al objeto de configurar su acuerdo como un título ejecutivo»*. Les informará tanto en la se-

sión informativa en la que informará de *«las consecuencias jurídicas del acuerdo que se pudiera alcanzar»* (art. 17.1 párrafo segundo de la Ley de mediación) como al final cuando se va a adoptar el acuerdo. Nos vamos a centrar en este apartado en el estudio de este nuevo título ejecutivo que crea la Ley de mediación como corolario de su regulación en las palabras de la propia Exposición de Motivos apartados III y V, y en el cual el papel del Notario es esencial, puesto se reconoce la eficacia ejecutiva del acuerdo de mediación elevado a escritura pública, llevándose a cabo las modificaciones oportunas en la LEC para incluirlo dentro de los títulos ejecutivos. Para que el acuerdo de mediación pueda ejecutarse en otro Estado, según establece el art. 25. 3 de la Ley de mediación *«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»*.

Para ello, la disposición final tercera apartado 15 de la Ley de mediación modifica el art. 517.2.2º LEC para incluir entre los títulos que llevan aparejada ejecución y respecto de los cuales se puede ejercitar la acción ejecutoria *“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”*. Se asimila, por tanto, a los títulos judiciales o arbitrales, lo que tiene importantes consecuencias la primera de ellas es que a diferencia de la escritura pública como título ejecutivo extrajudicial del art. 517.2.4 de la LEC que solo puede documentar obligaciones dinerarias (o de cosas o especies computables en dinero) con un mínimo de 300 €, el acuerdo de mediación elevado a escritura pública de conformidad con la Ley de mediación en tanto asimilado a los títulos judiciales pueden documentar todo tipo de prestaciones sin límites. Las causas de fondo para oponerse a la ejecución de los títulos judiciales son más reducidas que para los títulos extrajudiciales (art. 556 LEC). Cuando se trate de ejecuciones dinerarias, se puede proceder al embargo de bienes sin tener que requerir de pago al ejecutado (art. 580 LEC), lo que no sucedería si fuera un título no judicial en la que previamente habría que requerir de pago (art. 581 CC). Serán aplicables los intereses de la mora

procesal al acuerdo de mediación que imponga el pago de una cantidad líquida (art. 576.3 LEC), entre otros aspectos que detallaremos en los sucesivos epígrafes.

El principal inconveniente de que se opte por dotar de eficacia ejecutiva al acuerdo de mediación mediante su elevación a escritura pública es que si los honorarios de los notarios están en relación con el contenido económico de la escritura, en algunos casos, los costes de la mediación pueden ser demasiado elevados. Para solventar este inconveniente, la disposición adicional tercera de la LM dispone que para su cálculo “se aplicarán los aranceles correspondientes a los «Documentos sin cuantía» previstos en el número 1 del Real Decreto 1426/1989, de 17 de noviembre, por el que se aprueba el arancel de los notarios” el arancel de los notarios, y es lo que viene saliendo 30 € de derechos de matriz y aparte las copias que se expidan, por lo que el documento rondaría los 40 €-50 €⁴³.

El título ejecutivo sería realmente la escritura pública en la que se ha formalizado el acuerdo de mediación⁴⁴. La opción escogida por el legislador español para dotar a los acuerdos de mediación de eficacia ejecutiva me parece correcta en tanto se llevará a cabo por la intervención del notario que ejerce una función pública y que es experto en Derecho (art. 1 de la LN y RN). El notario (funcionario público) da fe de la identidad y capaci-

⁴³ En primer lugar, el coste de elevar a escritura el acuerdo de mediación, tal y como dice la Disposición Adicional Tercera de la Ley de mediación para el cálculo de los honorarios notariales de la escritura pública de formalización de los acuerdos de mediación se aplicarán los aranceles correspondientes a los «Documentos sin cuantía».

En segundo lugar, el acuerdo de mediación una vez protocolizado y elevado a público, es un título ejecutivo, tal y como dice el artículo 25 de la LM; lo que no se eleva a público son los acuerdos mediados, que serían objeto de elevación a público en documento aparte (liquidación de la sociedad de gananciales) para que surtan los efectos registrales oportunos. Y evidente tendría otra valoración en el arancel además en este caso tendría que llevar a cabo el control del blanqueo de capitales...

Lo que hay que tener también en consideración si los acuerdos mediados (pensión compensatoria...) deben ser sometidos a la autoridad judicial (ver art. 90 del Código Civil).

⁴⁴ J. MONTERO AROCA, J.J. GÓMEZ COLOMER, S. BARONA VILAR, M.P. CALDERÓN CUADRADO: *Derecho Jurisdiccional II*, Tirant Lo Blach, Valencia, 20^a ed., 2012, p. 552.

dad de los otorgantes, de que el consentimiento ha sido libremente prestado y de que el otorgamiento se adecua a la voluntad debidamente informada de los otorgantes o intervinientes, voluntad que ha sido previamente indagada y tras haber informado a las partes sobre el alcance del acuerdo y haberles prestado un asesoramiento imparcial. Además de la veracidad, exactitud, autenticidad e integridad de las escrituras públicas⁴⁵, el Notario controla la legalidad del acuerdo, como después veremos⁴⁶. Todo ello ayuda a garantizar la seguridad jurídica que demandan las partes⁴⁷, fundamental en la prevención de litigios⁴⁸.

El principal inconveniente que plantea esta opción es que dada la necesaria intervención de ambas partes para elevar el

⁴⁵ Fehaciencia de los hechos (N. GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, «La limitada ejecutoriedad de la escritura pública: incoherencia del sistema». El Notario del Siglo XXI, nº 38 (2011). En <http://www.elnotario.es/index.php/hemeroteca/revista-38> [Consultado el día 20 de febrero de 2015], p. 530) y certeza de la fecha A. BONET NAVARRO, «Acuerdo por mediación y título ejecutivo» en *Proceso civil y mediación. Su análisis en la Ley 5/2012, de mediación en asuntos civiles y mercantiles* dirigida por A. BONET NAVARRO, Thomson-Reuters (Aranzadi), Cizur Menor (Navarra), 2013, p. 176.

⁴⁶ Cfr. Artículos. 1, 17.bis, 24 de la Ley notarial, artículos 1, 145.2 y 147 del Reglamento notarial y art. 319 de la LEC. Sobre el valor jurídico del instrumento público Vid. M. TAMAYO CLARES, *Temas de Derecho Notarial*, Consejo General del Notariado, Madrid, 9ª ed., 2011, pp. 245 a 252. J.E. GOMÁ SALCEDO, *Derecho Notarial*, BOSCH, Barcelona, 2ª ed., 2011, pp. 469 a 481 y las obras citadas. Señala GOMÁ SALCEDO: «*el instrumento público y especialmente la escritura pública, produce unos efectos fundamentales: la preparación técnica del notario, su responsabilidad y las formalidades y garantías establecidas por la ley, permiten presumir que el negocio jurídico es válido y legal y que los derechos existen y pertenecen a su titular en la forma señalada en el título. Además, en muchas ocasiones, la escritura será un paso indispensable para la obtención de otros efectos como el traditorio, el prelativo, la oponibilidad frente a terceros, la inscripción en los registros sustantivos y administrativos*». Ibid, p. 469.

⁴⁷ S. TAMAYO HAYA, «Artículo 25. Formalización del título ejecutivo» en *Mediación en asuntos civiles y mercantiles. Comentarios a la Ley 5/2012* dirigida por L. GARCÍA VILLALUENGA y C. ROGEL VIDE, Reus, Madrid, 2012, p. 343 y A. CALATAYUD SIERRA, «Elevación a escritura pública del acuerdo de mediación» en *Proceso civil y mediación. Su análisis en la Ley 5/2012, de mediación en asuntos civiles y mercantiles* dirigida por A. BONET NAVARRO, Thomson-Reuters (Aranzadi), Cizur Menor (Navarra), 2013, p. 191.

⁴⁸ El sistema de seguridad jurídica preventiva se puede fundar sobre el principio de legalidad además de sobre la dación de fe pública que tienen un

acuerdo de mediación a escritura pública y dotarlo de eficacia ejecutiva, si alguna se niega puede verse reducida la eficacia del acuerdo de mediación que pretende la Ley como a continuación veremos.

4.2. Requisitos para la elevación del acuerdo de mediación a escritura pública.

4.2.1. Notario que autoriza la escritura. – La regla general en el ordenamiento jurídico español es que los particulares tienen derecho a la libre elección de notario (art. 3 y 126 del RN), pueden seleccionar por tanto, al notario que deseen. Sin embargo, cuando el mediador ha sido un notario, ¿podría autorizar la escritura pública del acuerdo de mediación? Entendemos que podría ser incompatible puesto que el art. 139 del Reglamento Notarial le prohíbe autorizar o intervenir instrumentos públicos respecto de personas físicas o jurídicas con las que mantenga una relación de servicios profesionales, como sería la derivada de su oficio de mediador. Ciertamente cuando se otorga la escritura ya no mantienen esa relación pero consideramos que no quedaría salvaguardada la necesaria independencia e imparcialidad que debe tener el Notario en el ejercicio de su función ni el control de legalidad que conlleva⁴⁹.

4.2.2. Voluntariedad e intervención de ambas partes. – Son las partes las que voluntariamente en el ejercicio de la autonomía de la voluntad pueden elevar el acuerdo a escritura pública

papel fundamental en la prevención de litigios o, en caso de que se hubiera iniciado un proceso, en la mayor facilidad para alcanzar su resolución dada la fuerza probatoria de los documentos públicos. I.A. CALVO VIDAL, «La circulación del documento público notarial» en *Autonomía de la voluntad en el Derecho privado. Estudios en conmemoración del 150 aniversario de la Ley del Notariado* coordinado por L. PRATS ALBENTOSA, Tomo I, Consejo General del Notariado, Madrid, 2012, pp. 54 y 59. Una de las principales críticas al proyecto de Ley de mediación anterior era que se dotaba de eficacia ejecutiva al acuerdo de mediación sin realizar ningún control previo de legalidad lo que probablemente generaría una enorme cantidad de pleitos derivado de la interpretación de pactos confusos e inejecutables. S. TAMAYO HAYA, «Artículo 25. Formalización del título ejecutivo», cit., p. 343.

⁴⁹ A. CALATAYUD SIERRA, «Elevación a escritura pública del acuerdo de mediación», cit., pp. 233 y 234.

según se desprende del art. 25.1 de la Ley de mediación que establece su carácter potestativo⁵⁰ dice «podrán». Para dotar al acuerdo de mediación de eficacia ejecutiva, no basta con que se haya alcanzado un acuerdo por las partes, sino que es requisito imprescindible que se haya elevado a escritura pública de conformidad con la LM. Por este motivo, y dada la naturaleza contractual del acuerdo de mediación se exige la intervención de todas las partes que lo alcanzaron en la escritura pública. El art. 25.1 de la LM dice que «las partes», en plural, pueden elevar el acuerdo a escritura pública, mientras que el art. 6.1 de la Directiva señala 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». En transposición de este precepto, para los acuerdos transfronterizos sí se prevé que las partes o una de ellas con el consentimiento expreso de las demás puedan solicitar la elevación a público del acuerdo (art. 27.2 de la LM). No hay diferencia entre lo previsto en la Ley de mediación española y en la Directiva por cuanto aunque no se diga expresamente en el art. 25.1 de la LM es posible que las partes se faculten unas a otras, o a una de ellas⁵¹ para elevar el acuerdo a escritura pública y ello en aplicación del art. 1259 CC que permite la actuación por representación. El apoderamiento deberá constar en escritura pública al ser un poder «que tiene por objeto un acto redactado o que deba redactarse en escritura pública» (art. 1280.5º CC)⁵².

La necesaria concurrencia de todas la partes para el otorgamiento de la escritura pública es coherente con la naturaleza del acuerdo de mediación puesto que es fruto del consenso de ambas partes, se trata de un acuerdo autocompositivo en el que no interviene el mediador. El arbitraje, por el contrario, es un método heterocompositivo en el que el árbitro (tercero) resuelve el conflicto a través del laudo. Por eso, para dotar al acuerdo

⁵⁰ Es coherente con los principios que rigen en la mediación como el de voluntariedad.

⁵¹ Sería en mi opinión, el «consentimiento expreso» al que alude la Directiva.

⁵² A. CALATAYUD SIERRA, «Elevación a escritura pública del acuerdo de mediación», cit., p. 199.

de mediación de eficacia ejecutiva no es suficiente con que cualquiera de las partes, o incluso el mediador sin la concurrencia de nadie más, inste su protocolización, como sucede en el arbitraje⁵³. No obstante, ello no impide que cualquiera de las partes pueda solicitar unilateralmente la protocolización del acuerdo de mediación mediante el correspondiente acta a efectos, por ejemplo, de su conservación, pero carecerá de eficacia ejecutiva⁵⁴.

La elevación a escritura pública con carácter facultativo y la necesaria intervención de ambas partes para dotar al acuerdo de mediación de eficacia ejecutiva podría reducir la eficacia de la mediación en cuanto sistema extrajudicial que permite una rápida y definitiva resolución del conflicto⁵⁵ si alguna de las partes se niega a elevar el acuerdo a escritura pública o no comparece. Para evitar que alguna de las partes se arrepienta y se niegue a elevar el acuerdo a escritura pública lo más conveniente es que se otorgue la escritura inmediatamente después de la celebración del acuerdo o en el mismo momento⁵⁶. Si alguna de ellas se niega a elevar a público el acuerdo en principio no se le podrá obligar puesto que en tanto contrato privado se le aplica el régimen general previsto en los artículos 1278 y 1279 del Código Civil y este tipo de contratos no se incluyen en

⁵³ Comisión Jurídica del Consejo General de la Abogacía Española; «Informe 3/2012 al Real Decreto-Ley 5/2012, de 5 de marzo, de mediación en asuntos civiles y mercantiles» en Informes 2012, Tirant Lo Blanch, 2013, pp. 59. En www.abogacia.es [consultado el día 14 de noviembre de 2013]. En relación con el Proyecto de Ley anterior DE LA OLIVA aducía que «una protocolización notarial del acuerdo, que puede ser unilateral (art. 24.3, pfo. segundo PLM), no equivale en modo alguno a la dación de fe sobre el hecho del pacto en sus concretos términos». A. DE LA OLIVA SANTOS, «Mediación y justicia: síntomas patológicos». *Otrosí, Rev. del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid*, Septiembre de 2011, pp. 7-14. En <http://www.documentandresdelaoliva.blogspot.com.es/> [consultado el día 20 de diciembre de 2013].

⁵⁴ A. RIPOLL JAÉN, «Mediación: teoría y práctica», art. cit.

⁵⁵ A. BONET NAVARRO, «Acuerdo por mediación y título ejecutivo», cit., p. 180.

⁵⁶ A. CALATAYUD SIERRA, «Elevación a escritura pública del acuerdo de mediación» en *Proceso civil y mediación. Su análisis en la Ley 5/2012, de mediación en asuntos civiles y mercantiles* dirigida por A. BONET NAVARRO, Thomson-Reuters (Aranzadi), Cizur Menor (Navarra), 2013, pp. 197-199.

el art. 1280 CC entre los que han de constar en documento público⁵⁷. No obstante, si las partes en base al art. 1255 han pactado una cláusula en la que se comprometan a elevar el acuerdo de mediación a escritura pública y alguna de ellas se niega, podrá ser compelida por la(s) otra(s) a llenar la forma de escritura pública mediante la interposición de una demanda en un proceso declarativo en el que se solicite la condena al demandado a emitir la declaración de voluntad (art. 1279 CC)⁵⁸. Dada la sentencia de condena firme a otorgar la escritura pública, se podrá conseguir el otorgamiento tras acudir al proceso de ejecución forzosa para las condenas a emitir una declaración de voluntad (art. 708 CC)⁵⁹.

Ahora bien, su utilidad es reducida puesto que de esta forma no se conseguirá más que aumentar los costes en tiempo y dinero puesto que habrá de instarse el correspondiente proceso declarativo y posteriormente, en su caso, el ejecutivo para dar por prestada la declaración de voluntad de otorgar escritura pública y obtener el título ejecutivo: acuerdo de mediación elevado a escritura pública. Una vez conseguido, tendrá que iniciarse el proceso de ejecución en caso de que se hubieran incumplido las obligaciones en él contenidas. Será más rentable iniciar el proceso declarativo correspondiente para exigir el cumplimiento del acuerdo de mediación⁶⁰. Como formas de disuadir el incumplimiento de la obligación de elevar a público el acuerdo puede ser adecuado como señala CALATAYUD SIERRA, el establecimiento de una cláusula penal para quien se niegue a elevar a público el acuerdo⁶¹.

⁵⁷ S. TAMAYO HAYA, «Artículo 25. Formalización del título ejecutivo», cit., pp. 343-344.

⁵⁸ Existe unanimidad en la doctrina en que este precepto es aplicable cuando la exigencia de la forma deriva de pacto entre las partes. L. Díez PICAZO y A. GULLÓN, *Sistema de Derecho Civil*, vol. II, Tecnos, Madrid, 9ª ed., 2005, p. 50.

⁵⁹ A. BONET NAVARRO, «Acuerdo por mediación y título ejecutivo», cit., p. 181.

⁶⁰ Coincidimos en este sentido tanto con A. BONET NAVARRO, «Acuerdo por mediación y título ejecutivo», cit., pp. 181 y 182 como con A. CALATAYUD SIERRA, «Elevación a escritura pública del acuerdo de mediación», cit., p. 199.

⁶¹ *Ult. op. cit.*, p. 197.

Si las partes no hubieran pactado esta obligación en el documento pero el acuerdo de mediación comprende alguno de los actos para los que la Ley exige escritura pública – no como requisito *ad solemnitatem* –, por ejemplo, cuando estemos ante derecho reales sobre bienes inmuebles, será aplicable el art. 1279 CC y todo lo que hemos dicho anteriormente⁶². Fuera de estos supuestos, no sería de aplicación el art. 1279 CC y no se podría obligar a ninguna de las partes a otorgar la escritura pública ya que el legislador ofrece a las partes la posibilidad de dotar al acuerdo de una eficacia mayor mediante su elevación a escritura pública pero sólo si ambas lo desean, no de forma obligatoria⁶³. Aunque admitiéramos que es un derecho que la Ley concede a cada una de las partes de forma independiente y que podría iniciarse el proceso declarativo correspondiente si alguna se niega a elevar el acuerdo a escritura pública⁶⁴, se plantearían los mismos convenientes que hemos visto con anterioridad. Si no elevan el acuerdo a escritura pública carecerá de eficacia ejecutiva y deberá instarse previamente el proceso declarativo o incluso el proceso monitorio si se dan los requisitos para ello (art. 812 LEC), siendo el documento que lo acredita el mismo acuerdo de mediación⁶⁵ o arbitral correspondiente para generar el título ejecutivo que permitirá el posterior ejercicio de la acción ejecutiva.

Como medio preventivo para evitar estos inconvenientes y que no se pueda otorgar la escritura pública por la reticencia de una de las partes, BONET NAVARRO propone la inclusión en el acuerdo de mediación (documento privado) de una cláusula en la que las partes se faculten para elevar el acuerdo a escritura pública⁶⁶. El prin-

⁶² *Ult. op. cit.*, p. 198.

⁶³ Éste como es evidente no será un requisito para la validez y existencia del acuerdo pero si las partes así lo hacen lo dotarán de una mayor eficacia ya que podrán instar su ejecución una vez lo hayan elevado a escritura pública. L. DÍEZ PICAZO y A. GULLÓN, *Sistema de Derecho Civil*, cit., p. 48.

⁶⁴ A. CALATAYUD SIERRA, «Elevación a escritura pública del acuerdo de mediación», cit., p. 198.

⁶⁵ S. TAMAYO HAYA, «Artículo 25. Formalización del título ejecutivo», cit., p. 344.

⁶⁶ A. BONET NAVARRO, «Acuerdo por mediación y título ejecutivo», cit., p. 182.

cial inconveniente radica en la necesidad de que el poder tenga que constar en escritura pública. Por eso, las partes deben otorgar un poder notarial para facultarse a elevar a público el acuerdo. De no hacerlo, el Notario podrá autorizar la escritura pública⁶⁷ pero entran en juego las normas previstas en el Reglamento Notarial⁶⁸. Como el poder constaría en documento privado en lugar de en una escritura pública, podríamos equipararlo a un supuesto de escritura pública con poder no acreditado o incluso con el mandato verbal (que está permitido). De tal forma que de acuerdo con lo que prevé el art. 164 párrafo tercero del RN, advertidas las partes y con su consentimiento, se otorgará la escritura pero su eficacia queda subordinada a la acreditación de la representación o ratificación o adhesión posterior mediante diligencia en la misma escritura o en escritura independiente (art. 176 RN)⁶⁹. «*En todas las copias que se expidan con anterioridad a dicha diligencia el notario hará constar claramente que la representación no ha quedado suficientemente acreditada*» (art. 164 RN).

Entre las propuestas de *lege ferenda* para paliar estos inconvenientes: la posibilidad de que ante la negativa de una de las partes, la parte que actúe de conformidad con lo pactado acuda al notario con copia de las actas de la sesión constitutiva y final del procedimiento y acompañada del mediador con la finalidad de que éste bajo su responsabilidad ratifique la autenticidad del pacto que se pretende elevar a escritura pública⁷⁰ o que sea el

⁶⁷ Dentro del juicio o control de legalidad, el Notario tiene que examinar que la acreditación de las facultades de representación para la realización de ese acto o contrato son suficientes (art. 17.bis. 2.a) LN y art. 145 RN). Tiene que controlar «tanto en el aspecto material (capacidad, representación y legitimación del poderdante y apoderado, suficiencia y subsistencia del poder) como en el formal (cumplimiento de todas las solemnidades legales)». J.E. GOMÁ SALCEDO, *Derecho Notarial*, cit., p. 144.

⁶⁸ A. BONET NAVARRO, «Acuerdo por mediación y título ejecutivo», cit., p. 182.

⁶⁹ Vid. sobre la intervención en la escritura pública: J.E. GOMÁ SALCEDO, *Derecho Notarial*, cit., pp. 144-165 y M. TAMAYO CLARES, *Temas de Derecho Notarial*, cit., pp. 104-108.

⁷⁰ J.M^a SANTOS VIJANDE, «Tratamiento procesal de la mediación y eficacia ejecutiva del acuerdo de mediación en la Ley 5/2012», *Revista internacional de Estudios de Derecho Procesal y Arbitraje*, nº 1 (2013). En www.riedpa.com [consultado el día 12 de noviembre de 2013].

propio mediador el que con su firma dote de eficacia ejecutiva al acuerdo siempre que tenga una formación de base jurídica y lleve a cabo el control de legalidad, a modo de lo que se preveía en el proyecto primigenio⁷¹. Desde algunos sectores, como el Consejo General de la Abogacía Española, se aboga por la eliminación de la exigencia de protocolización notarial y por la posibilidad de dotar al acuerdo de eficacia ejecutiva si es redactado por un abogado que controlará su adecuación a Derecho⁷².

4.2.3. *Presentación del acuerdo de mediación y actas de la sesión constitutiva y final. no obligatoriedad de la intervención del mediador.* – Para poder elevar el acuerdo a escritura pública, según el art. 25.1 párrafo segundo de la Ley de mediación, las partes han de presentar al notario tanto el acuerdo de mediación como las copias de las actas de la sesión constitutiva y final del procedimiento, sin que sea necesaria la presencia del mediador.

a) Presentación del acuerdo. Posibilidad de otorgamiento simultáneo⁷³.

De la lectura de la Exposición de Motivos – apartados III y IV –, del art. 23.3 y sobre todo del art. 25.1 de la LM parece desprenderse que necesariamente las partes han de haber suscrito un acuerdo de mediación con carácter previo a su elevación a es-

⁷¹ E. LÓPEZ BARBA, «La eficacia ejecutiva del acuerdo alcanzado tras un procedimiento de mediación según la Ley 5/2012». *Revista Aranzadi de Derecho Patrimonial*, nº 30 (Enero-Abril 2013), pp. 248 a 250.

⁷² A este requisito añaden dos más, por un lado, el establecimiento de requisitos formales que impidan que cualquier contrato firmado por las partes se convierta en un acuerdo de mediación mediante la intervención posterior de un mediador, por otro lado, la reforma de la Ley de Enjuiciamiento Civil para incluir como causa de oposición en el juicio ejecutivo la falta de autenticidad si las partes no lo protocolizan notarialmente. Comisión Jurídica del Consejo General de la Abogacía Española, «Informe 3/2012 al Real Decreto-Ley 5/2012, de 5 de marzo, de mediación en asuntos civiles y mercantiles» en *Informes 2012*, Tirant Lo Blanch, 2013, pp. 59 y 60. En www.abogacia.es [consultado el día 14 de noviembre de 2013].

⁷³ Apartado redactado siguiendo a A. CALATAYUD SIERRA, «Elevación a escritura pública del acuerdo de mediación», cit., pp. 193 y 194.

critura pública. El documento privado – acuerdo de mediación – junto con las actas será presentado al Notario para que proceda a elevarlo a escritura pública y de esta forma se le reconozcan efectos ejecutivos. No obstante, creemos posible e incluso recomendable que las partes alcancen el acuerdo de mediación en el mismo momento del otorgamiento de la escritura pública ante el Notario. En este caso, celebración y otorgamiento serían simultáneos.

Es cierto que la Ley de Mediación regula de forma diferenciada el acuerdo de mediación (art. 23 de la LM) y su posible conversión en título ejecutivo mediante la elevación a escritura pública de acuerdo con la Ley de Mediación (art. 25 de la LM). De hecho, el art. 25.1 de la LM señala que las partes tendrán que presentar al Notario el acuerdo de mediación. Sin embargo, no establece una separación tan radical que conlleve la prohibición de que ambas puedan coincidir en el tiempo y en el espacio. Si la Ley de mediación la configura como un mecanismo flexible, que busca reducir costes de tiempo y dinero pero dotándola de garantías, no vemos motivo para rechazar la posibilidad de que la celebración del acuerdo (tras haberse celebrado un procedimiento de mediación conforme a la LM) y el otorgamiento de la escritura coincidan en el tiempo, siempre que cumplan los requisitos exigidos en la Ley de Mediación. El acuerdo no lo tendrían que redactar las partes sino que sería redactado, conforme a la voluntad debidamente informada de las mismas, por el Notario, un jurista experto en Derecho que tiene entre sus funciones principales la redacción, conforme a ley, de actos, contratos y negocios jurídicos que sean contenido propio de las escrituras públicas (art. 17.1 párrafo segundo, 17.bis.2.b) de la LM y art. 147 párrafo primero del RN). Ello supone una enorme garantía para las partes que de esta forma serán informadas del valor y el alcance del acuerdo de mediación (especialmente de su carácter vinculante y su configuración como título ejecutivo, art. 23.3 párrafo segundo de la LM). A lo anterior se añade que el control de legalidad por parte del Notario se facilita en gran medida por cuanto lo controla desde su origen, al redactarlo conforme a la ley.

En la práctica, en numerosas ocasiones se utiliza la expresión «*elevación a escritura pública*» de una forma impropia puesto

que se incluyen todas las modalidades posibles (no únicamente la elevación a escritura pública de documento privado sino también el otorgamiento directo ante Notario). Coincidimos con CALATAYUD SIERRA en que en la Ley de mediación ha de partirse de un concepto amplio de «*elevación a escritura pública*» que incluya el otorgamiento directo ante Notario pese a lo que se desprende del art. 25.1 de la Ley de Mediación.

Es más, en determinados supuestos la escritura pública es un requisito *ad solemnitatem* para la validez del acto. Si el acuerdo al que se llega para solventar el conflicto es la donación de un bien inmueble, por citar un ejemplo, el acuerdo de mediación privado de donación de un bien inmueble sería nulo por defectos formales. No tendría valor jurídico, en este caso, ni como promesa o compromiso de otorgar ese acto. Tendrá que otorgarse, necesariamente ante el Notario, la escritura de acuerdo de mediación (en cuanto resuelve un conflicto) y donación de un bien inmueble. Sin embargo, en otros casos, como en la constitución de una hipoteca, sí será válida la promesa de hipoteca que conste en el acuerdo de mediación privado (art. 1862 CC). El acuerdo de mediación elevado a escritura pública contendrá únicamente dicho compromiso, posteriormente o de forma simultánea habrán de otorgar una escritura de constitución de hipoteca.

b) Actas de la sesión constitutiva y final.

La creación del título ejecutivo no depende sólo de la presentación del acuerdo de mediación sino que ha de haberse alcanzado tras un procedimiento de mediación celebrado de acuerdo con las previsiones de la Ley de mediación. De esta forma, se garantiza que el procedimiento se ha llevado a cabo con la intervención de un mediador⁷⁴ sometido a un estatuto propio⁷⁵ (arts.11 a 14 de la Ley de Mediación) que responderá civilmente por los daños y perjuicios que ocasione a las partes (art. 14 de la Ley de Mediación), que se han respetado los prin-

⁷⁴ La Exposición de Motivos – apartado III – de la Ley de Mediación lo configura como «pieza esencial del modelo».

⁷⁵ A. BONET NAVARRO, «Acuerdo por mediación y título ejecutivo», cit., p. 173.

cipios de voluntariedad (el acuerdo es fruto de la voluntad de las partes), se ha garantizado la imparcialidad (equilibrio entre las partes sin que el mediador tome partido por ninguna de ellas), la neutralidad (el acuerdo no ha sido impuesto por el mediador), la confidencialidad...

Con la presentación del acta de la sesión constitutiva y final se acredita formalmente al notario que el acuerdo se ha alcanzado tras haberse celebrado un procedimiento de mediación. En el acta de la sesión constitutiva al tener que plasmarse los aspectos expresados en el art. 19.1 podrá el notario constatar las partes que intervinieron en la mediación, el mediador que la llevó a cabo, el objeto del conflicto, la voluntariedad de las partes para acudir a la mediación y la asunción de obligaciones de ella derivada, entre otras cuestiones. En el acta final, quedará constancia de que ha terminado el procedimiento de mediación y además como refleja los acuerdos alcanzados de forma clara y comprensible (art. 22.3 de la Ley de mediación), el notario podrá comprobar la concordancia en líneas generales entre lo que se pactó en mediación y el acuerdo.

La falta de alguna de estas actas, constitutiva o final, haría imposible la formalización del acuerdo de mediación en escritura pública de conformidad con la Ley de mediación puesto que son requisitos sustantivos⁷⁶. Se podrá elevar a escritura pública pero como contrato de transacción o como cualquier otro tipo de contrato. Sería, en ese caso, una escritura del art. 517.2.4º LEC.

Es posible que las partes verbalmente comuniquen al mediador la voluntad de finalizar el procedimiento con un acuerdo pero que sin embargo, una de ellas una vez redactada el acta final, se niegue a firmarlo aunque posteriormente celebren entre las partes el acuerdo de mediación. Como la Ley de mediación en el art. 22.3 párrafo segundo no lo prevé como vicio invalidante puesto que establece que si alguna se niega a firmar,

⁷⁶ J.M. VARA GONZÁLEZ, «Aspectos notariales de la Ley de mediación. Referencia a la mediación familiar», *Revista jurídica del Notariado*, nº 82 (2012), p. 475. No sólo para su elevación a escritura pública, también tendrán que presentarse tales actas junto a la demanda ejecutiva (art. 550.1.1º párrafo tercero de la LEC).

el mediador lo tiene que hacer constar en el acta y entregará un ejemplar a quien lo desee. Si se ha celebrado el acuerdo de mediación pues procederá la elevación a escritura pública de acuerdo con la Ley de mediación⁷⁷.

b.1) Integración en la escritura.

Al notario hay que presentar las copias de las actas de la sesión constitutiva y final del procedimiento según señala el art. 25.1 párrafo segundo de la Ley de Mediación. Aunque este precepto exija la presentación de las «copias», por contraposición al art. 22.3 párrafo segundo de la Ley de Mediación que se refiere al «ejemplar original» del acta final, las partes deben exhibir al notario un ejemplar original de las actas – constitutiva y final –⁷⁸, firmada por las partes y el mediador⁷⁹, no bastará una mera copia.

Según CALATAYUD SIERRA, la buena técnica notarial aconseja la protocolización o unión de dichos documentos originales junto a la matriz de la escritura⁸⁰. En las copias auténticas de la matriz de la escritura que se expidan saldrán reproducidos. Por tanto, al estar integrados en la escritura, no sería necesario volver a presentar copia de tales actas como requisito de procedibilidad de la demanda ejecutiva basada en el acuerdo de mediación elevado a escritura pública⁸¹. Así, el requisito exigido

⁷⁷ *Ult. op. cit.*, p. 476.

⁷⁸ En este sentido, se ha pronunciado la mayor parte de la doctrina notarial. A. CALATAYUD SIERRA, «Elevación a escritura pública del acuerdo de mediación», *cit.*, p. 233. J.M. VARA GONZÁLEZ, «Aspectos notariales de la Ley de mediación. Referencia a la mediación familiar», *cit.*, p. 478.

⁷⁹ El acta final puede que no esté firmada por alguna de las partes (cfr. art. 22.3 párrafo segundo de la Ley de Mediación).

⁸⁰ A. CALATAYUD SIERRA, «Elevación a escritura pública del acuerdo de mediación», *cit.*, p. 233. Como señala VARA GONZÁLEZ, una vez exhibido los originales al notario y calificados por éste, es probable que las partes se nieguen a su protocolización y pidan su devolución, máxime cuando el art. 550.1.1º de la LEC exige la presentación de tales documentos junto con la demanda. J.M. VARA GONZÁLEZ, «Aspectos notariales de la Ley de mediación. Referencia a la mediación familiar», *cit.*, p. 478.

⁸¹ A. CALATAYUD SIERRA, «Elevación a escritura pública del acuerdo de mediación», *cit.*, p. 233.

en el art. 550.1.1º de la LEC debe entenderse excepcionado en el supuesto en que la escritura pública incorpore las actas constitutiva y final, ya que sería reiterativo⁸².

c) Intervención del mediador.

Entendemos que no se exige la presencia del mediador por cuanto hasta donde alcanza su labor está implícita en la firma que tiene que realizar de ambas actas (artículos 19.2 y 22.3 párrafo segundo de la Ley de mediación)⁸³. Además, el acuerdo de mediación es otorgado por las partes, sólo a ellas le vincula y sólo ellas pueden decidir si lo dotan de eficacia ejecutiva al elevarlo a escritura pública o no (así se desprende del art. 25.1 párrafo primero de la Ley de Mediación y del art. 6 de la Directiva europea). Ahora bien, la Ley de Mediación no exige pero tampoco prohíbe la intervención del mediador a requerimiento de las partes o incluso del propio notario, lo que puede ser conveniente por razones de seguridad y estética jurídica⁸⁴. Empero, su intervención como señala CALATAYUD SIERRA, será pasiva, no prestará ningún tipo de consentimiento⁸⁵ sino que irá dirigida a confirmar determinados datos de hecho, por ejemplo, que en él no concurre ninguna causa de abstención o excusa del art. 13 de la Ley de Mediación⁸⁶, o confirmar que la firma que aparece en las actas de la sesión constitutiva y final es en efecto la suya⁸⁷.

4.2.4. *Control de legalidad.* – El notario para llevar a cabo la elevación a escritura pública, además de emitir aquellos juicios

⁸² *Ult. op. cit.* En el mismo sentido, J.M. VARA GONZÁLEZ, «Aspectos notariales de la Ley de mediación. Referencia a la mediación familiar», cit., p. 479.

⁸³ S. BARONA VILAR, *Mediación en asuntos civiles y mercantiles en España. Tras la aprobación de la Ley 5/2012, de 6 de julio*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2013, p. 497.

⁸⁴ A. RIPOLL JAÉN, «Mediación: Teoría y práctica», art. cit.

⁸⁵ A. CALATAYUD SIERRA, «Elevación a escritura pública del acuerdo de mediación», cit., p. 201.

⁸⁶ A. RIPOLL JAÉN, «Minuta de escritura de mediación interna», art. cit.

⁸⁷ A. CALATAYUD SIERRA, «Elevación a escritura pública del acuerdo de mediación», cit., p. 201.

que realiza en el ejercicio de su labor con carácter general⁸⁸, «verificará el cumplimiento de los requisitos exigidos en esta Ley y que su contenido no es contrario a Derecho», como exige el art. 25.2 de la Ley de mediación.

A) *Verificación de que se han cumplido los requisitos exigidos en la Ley de mediación.* El notario tiene que comprobar tanto que el acuerdo de mediación ha sido el resultado de un procedimiento de mediación ajustado a las previsiones de esta Ley como que el acuerdo se ha formalizado con los requisitos que dispone la Ley de mediación en el art. 23.1⁸⁹. La falta de alguno de los elementos esenciales impedirá al notario elevar el acuerdo de mediación a escritura pública de conformidad con la Ley de mediación pero en tanto contrato de transacción u otro contrato podrá elevarlo a escritura pública pero será del art. 517.2.4º de la LEC (título ejecutivo extrajudicial).

Como expusimos anteriormente, el art. 25.1 de la Ley de mediación exige como requisito necesario para proceder a la elevación a escritura pública la presentación de las actas de la sesión constitutiva y final del procedimiento. La ausencia de alguna de ellas impedirá la elevación a escritura pública del acuerdo.

La inexistencia de la solicitud inicial o de la sesión informativa no es causa que impida la elevación a escritura pública puesto que la mediación en sentido estricto comienza con el acta de la sesión constitutiva⁹⁰ y además, las partes pueden de

⁸⁸ R. BLANQUER UBEROS, «Juicios que ha de emitir el notario». *El notario del siglo XXI*, nº 5 (2006). En <http://www.elnotario.es/index.php/hemeroteca/revista-5/3127-juicios-que-ha-de-emitar-el-notario-0-24960227427035783> [Consultado el día 23 de marzo de 2015].

⁸⁹ En el acuerdo de mediación deberá constar la identidad y el domicilio de las partes, el lugar y fecha en que se suscribe, las obligaciones que cada parte asume y que se ha seguido un procedimiento de mediación ajustado a las previsiones de esta Ley, con indicación del mediador o mediadores que han intervenido y, en su caso, de la institución de mediación en la cual se ha desarrollado el procedimiento.

⁹⁰ De hecho, los plazos de prescripción y caducidad se interrumpen con la presentación de la solicitud pero si no se firma el acta de la sesión constitutiva en el plazo de quince días se reanuda el cómputo (art. 4 párrafo segundo de la Ley de mediación).

común acuerdo renunciar a la celebración de la sesión informativa (art. 17.1 párrafo primero de la Ley de mediación). De hecho, siempre que sea posible la sesión informativa y constitutiva se debería llevar a cabo en unidad de acto que termine con la firma del acta de la sesión constitutiva.

El acta de la sesión constitutiva es imprescindible para la elevación a escritura pública pero ¿tiene que controlar el notario que figuran todos los requisitos que señala el art. 19.1 de la Ley de mediación?

El art. 19.2 de la Ley de mediación señala que de la sesión constitutiva se levanta un acta en la que tienen que constar todos los aspectos del apartado primero del art. 19. En otro caso, esto es, si no constan todos estos aspectos, se declara la mediación intentada sin efecto. En principio, de este precepto se deduce que de no constar estas cuestiones el procedimiento de mediación no tendría que dar comienzo. Pero, ¿qué sucedería si aun faltando alguno de estos aspectos se desarrolla el procedimiento de mediación concluyendo con acuerdo?

Coincidimos con CALATAYUD SIERRA en que no todos los requisitos procedimentales son tan esenciales que nos lleven a afirmar que no ha existido mediación, que el acuerdo se sale del ámbito de la Ley y se prive de eficacia ejecutiva al mismo por rechazar su elevación a escritura pública de acuerdo con la Ley de mediación⁹¹.

La falta o defectuosa determinación del programa de actuaciones y su duración no es una cuestión esencial que determine la invalidez del procedimiento de mediación ya que la Ley de mediación no establece un plazo máximo de duración salvo para los procedimientos simplificados de mediación por medios electrónicos. Ahora bien, la falta de concreción de este plazo podría tener como fin la utilización fraudulenta del procedimiento. No obstante, como el procedimiento termina con la resolución de la controversia a través del acuerdo, se entendería que el procedimiento estuvo vigente hasta el momento de la firma del acta final y el acuerdo.

La falta de información sobre el coste de la mediación o las bases para su determinación tampoco es una cuestión esencial

⁹¹ A. CALATAYUD SIERRA, «Elevación a escritura pública del acuerdo de mediación», cit., p. 215.

que afecte a la validez del procedimiento de mediación puesto que se desarrolla en el ámbito del contrato de arrendamiento de servicios entre el mediador y las partes⁹².

La determinación del lugar de celebración y la lengua del procedimiento tampoco son requisitos esenciales que conlleven la invalidez del procedimiento. En cuanto al lugar del procedimiento se ha de tener en cuenta que si no hay sumisión expresa o tácita, la ley española es aplicable cuando al menos una de las partes tenga su domicilio en España y la mediación se realice en territorio español (art. 2.1 párrafo segundo de la Ley de mediación). La falta de la indicación del lugar puede entenderse subsanada por la indicación en el acuerdo de que «*se ha seguido un procedimiento de mediación ajustado a las previsiones de esta Ley*» o que el Notario al elevarlo a escritura pública pregunte a las partes si querían aplicar la Ley española, ya que la escritura tiene que ser otorgada conforme a la voluntad debidamente informada de las partes.

Sí serían aspectos sustanciales la identificación de las partes que se someten al procedimiento de mediación. La aceptación y firma de las partes parece configurarse como un requisito esencial pero no se puede exigir la misma rigurosidad que si faltara la firma en el acuerdo o en el otorgamiento de la escritura⁹³. De faltar la firma de alguna de las partes, como este procedimiento se basa en la voluntariedad, si se han desarrollado las sesiones intermedias de mediación, se ha finalizado con el acta final y se ha adoptado el acuerdo de mediación (en el que consta que se ha seguido un procedimiento de mediación ajustado a las previsiones de esta Ley) con la firma de ambas partes, habrá de entenderse que ha existido un consentimiento tácito y con estas actuaciones se ha subsanado el defecto. El problema podría plantearse en relación a la obligación de confidencialidad.

En cuanto al mediador, su firma es esencial puesto que de esta forma acepta el encargo que tiene que cumplir fielmente puesto que de lo contrario incurre en responsabilidad por los

⁹² J.M. VARA GONZÁLEZ, «Aspectos notariales de la Ley de mediación. Referencia a la mediación familiar», art. cit., p. 477.

⁹³ A. CALATAYUD SIERRA, «Elevación a escritura pública del acuerdo de mediación», cit., p. 216.

daños y perjuicios que causare (cfr. art. 14 y 19.2 de la Ley de mediación).

Lo que sí es esencial es la determinación del objeto del conflicto puesto que acota el objeto de la mediación. No obstante, a lo largo del procedimiento de mediación pueden matizarse, ampliarse o limitarse algunos aspectos. De ello, deberá quedar constancia en el procedimiento.

Por lo que respecta al acta final, el art. 22.3 párrafo segundo de la Ley de mediación señala que en el acta se reflejarán los acuerdos alcanzados de forma clara y comprensible pero la Ley de mediación regula de forma diferencial el acuerdo de mediación que es el que se puede elevar a escritura pública y tener eficacia ejecutiva (art. 23 de la Ley de mediación). En el acta se recogerán las líneas principales pero será en el momento de la redacción del acuerdo de mediación en el que se perfilen todos los aspectos del negocio, pudiendo matizar, complementar o incluso modificar los acuerdos del acta final sobre todo cuando se trate de acuerdos de gran complejidad jurídica. Lo que sí es posible es que se haya celebrado el acuerdo de mediación previamente o de forma simultánea y después se adjunte como anexo en el acta final.

El acta final deberá ir firmada por las partes y el mediador/es. Si alguna se niega a firmarlo, el mediador lo tiene que hacer constar y entregará un ejemplar a la que lo desee (art. 23.3 párrafo segundo de la Ley de mediación). Por tanto, el que alguna de las partes no firme el acta final no determina la invalidez del procedimiento.

El mediador tiene que firmar el acta inicial y final del procedimiento. Uno de los principales problemas es cómo acreditar al notario la firma del mediador puesto que como señala CALATAYUD SIERRA «*las actas no acreditan por sí mismas la autenticidad de las firmas que aparecen en ellas*»⁹⁴. En cuanto a las partes, como son las que otorgan la escritura pues la reconocerán como propia. El problema se presenta sobre todo en torno a la firma del mediador. Entre las posibles soluciones CALATAYUD SIERRA⁹⁵ recoge

⁹⁴ A. CALATAYUD SIERRA, «Elevación a escritura pública del acuerdo de mediación», cit., p. 217.

⁹⁵ *Ult. op. cit.*, pp. 217 y 218.

la posibilidad de que el mediador intervenga en el otorgamiento de la escritura al efecto de reconocer su firma y confirmar la intervención en la mediación; que el mediador comparezca ante el Notario antes del otorgamiento para reconocer su firma en las actas (es uno de los procedimientos de legitimación notarial de firma, art. 259 RN); que la firma del mediador fuera conocida por el Notario, que podría legitimarla; que la firma en las actas estuviera legitimada por otro Notario. Se ha de acreditar, por tanto, al Notario la intervención del mediador.

La pieza esencial del modelo según la Exposición de Motivos – apartado III – de la Ley de mediación es la figura del mediador sometido a un estatuto propio (Título III de la Ley de mediación). Si no hay mediador, no se puede celebrar un procedimiento de mediación. El notario para elevar el acuerdo a escritura pública tendrá que verificar que ha intervenido un mediador con la formación que exige la Ley de mediación en el art. 11.2 y el Reglamento de mediación. Esta verificación teniendo en cuenta que el mediador no tiene por qué intervenir en el otorgamiento de la escritura se hace muy difícil. Por eso, en desarrollo de la disposición final octava de la Ley de mediación el art. 8 del Reglamento de mediación crea el Registro de Mediadores e Instituciones de Mediación en el que se da publicidad y al que el notario puede acudir para verificar si el mediador/es y/o la institución de mediación cumplen o no los requisitos establecidos en la Ley y en el Reglamento. Ahora bien, su inscripción es voluntaria (art. 11.1 del Reglamento de mediación) por lo que si no está inscrito volverá a surgir de nuevo el problema.

B) *Control de que el acuerdo no es contrario a Derecho.* Aunque se aluda a Derecho, en atención al régimen flexible, con pleno respeto a la autonomía de la voluntad y al principio dispositivo, así como, al segundo y tercer eje de la mediación: deslegalización y desjuridificación, ha de interpretarse que el notario debe controlar que el acuerdo no sea contrario a las normas de Derecho imperativo o de orden público⁹⁶. Así por ejemplo, que el acuerdo no verse sobre una materia que no sea

⁹⁶ V. ALLAN (2012), «Reflexiones sobre Ley de Mediación (VII)». En www.diariojuridico.com [consultado el día 23 de abril de 2012].

disponible para las partes (esta materia no puede ser objeto de mediación, art. 2.1 de la Ley de Mediación), siendo en ese caso el objeto ilícito (art. 1271 CC por ej, estado civil), que la causa no sea ilícita porque las partes quieren llegar a un acuerdo que va a causar un daño a tercero⁹⁷...

El notario, por consiguiente, no sólo verificará el cumplimiento de los requisitos formales sino también llevará a cabo un control de legalidad⁹⁸. La STC 207/1999, de 11 de noviembre (RTC 1999\207) en el fundamento jurídico 8º pone de manifiesto que: *«a los Notarios, en cuanto fedatarios públicos, les incumbe en el desempeño de la función notarial el juicio de legalidad, sea con apoyo en una ley estatal o autonómica, dado que el art. 1 de la vieja Ley por la que se rige el Notariado, Ley de 28 de mayo de 1862 (NDL 22306), dispone que «El Notario es el funcionario público autorizado para dar fe, conforme a las leyes, de los contratos y demás actos extrajudiciales» [...]. La función pública notarial incorpora, pues, un juicio de legalidad sobre la forma y el fondo del negocio jurídico que es objeto del instrumento público, y cabe afirmar, por ello, que el deber del Notario de velar por la legalidad forma parte de su función como fedatario público»*. Se considera infracción muy grave la autorización de documentos contrarios a las leyes o sus reglamentos, a sus formas y reglas esenciales siempre que se deriven perjuicios graves para clientes, para terceros o para la Administración e infracción grave las conductas que impidan llevar a cabo el control de legalidad que la Ley atribuye a los Notarios (art. 43.Dos apartado 2.A) c) y 2.B) v c) de la Ley 14/2000, de 29 de diciembre, de Medidas fiscales, administrativas y del orden social reflejados en los artículos 348.c y 349.c del RN). El art. 17.bis.2) a) LN señala que el notario debe dar fe de que *«el otorgamiento se adecua a la legalidad»*. El art. 24.2 LN subraya que el notario *«deberá velar por la regularidad no sólo formal*

⁹⁷ S. BARONA VILAR, *Mediación en asuntos civiles y mercantiles en España. Tras la aprobación de la Ley 5/2012, de 6 de julio*, cit., p. 498.

⁹⁸ A.M. SANGÜESA CABEZUDO, «El procedimiento de Mediación en la Ley 5/2012, de 6 de julio. Incidencia en las normas procesales». *El Notario del Siglo XXI*, nº 45 (2012). En <http://www.elnotario.es/index.php/hemeroteca/revista-45/332-el-procedimiento-de-mediacion-en-la-ley-5-2012-de-6-de-julio-0-966822486339903> [consultado el día 25 de junio de 2013].

sino material de los actos o negocios jurídicos que autorice o intervenga». En el mismo sentido, el art. 145 y 147 del RN que indica: «El notario redactará el instrumento público conforme a la voluntad común de los otorgantes, la cual deberá indagar, interpretar y adecuar al ordenamiento jurídico [...]». A pesar de lo que disponen todos estos preceptos, el TS en la Sentencia de 20 de mayo de 2008 (RJ 2008\3491) anula prácticamente entero el art. 145 RN y las referencias expresas al control de legalidad y a la posibilidad de que el Notario negara la autorización de la escritura por ser contraria a la Ley y el recurso que se preveía ante esta denegación basándose en la falta de reconocimiento expreso y habilitación legal⁹⁹. El Notario, según esta sentencia, sólo podrá llevar a cabo un control de legalidad material o sustantivo y denegar la autorización u otorgamiento «cuando venga reconocida por Ley, en los términos o medida que la misma establezca y por el procedimiento y régimen de revisión de la decisión igualmente establecido en la Ley» (fundamento jurídico 6º). Esta sentencia ha sido objeto de numerosas críticas por parte de la doctrina¹⁰⁰.

El art. 25.2 de la Ley de mediación señala expresamente que para llevar a cabo la elevación a escritura pública el notario tiene que verificar tanto que se cumplen los requisitos que se establecen en esta Ley como que su contenido no es contrario a Derecho. Entendemos que esta referencia sirve de fundamento legal para que el Notario pueda llevar a cabo el control de legalidad y pueda excusar su ministerio y denegar la autorización de la escritura pública si entiende que el acuerdo no se ajusta a la legalidad¹⁰¹, en el sentido que antes hemos expuesto puesto

⁹⁹ J.E. GOMÁ SALCEDO, *Derecho Notarial*, cit., p. 63.

¹⁰⁰ Vid. M. TAMAYO CLARES, *Temas de Derecho Notarial*, cit., pp. 44 y 45, J.E. GOMÁ SALCEDO, *Derecho Notarial*, cit., pp. 62, 63 y 64 y A. RODRÍGUEZ ADRADOS, «El control notarial de legalidad y la STS de 20.5.2008», *El Notario del siglo XXI*, nº 20 (2008). <http://www.elnotario.es/index.php/hemeroteca/revista-20/1924-el-control-notarial-de-legalidad-y-la-sts-de-20-5-2008-0-6960742377639508> [Consultado el día 12 de noviembre de 2013].

¹⁰¹ Cfr. arts.1, 2, 17.bis.2) a) y 24 LN y art. 145.2 RN. La negativa injustificada a prestar sus funciones incluyendo expresamente la denegación injustificada por parte del notario a autorizar un instrumento público es infracción grave (art. 349.b) del RN tras la Ley 14/2000, de 29 de diciembre, de Medi-

que carecería de toda lógica obligarle a autorizar una escritura a sabiendas de que es ilegal. Lógicamente, no en todos los casos el Notario denegará la autorización, dependerá de la naturaleza del vicio por cuanto si es posible su subsanación posterior el notario realizará las correspondientes advertencias en la escritura, de tal forma que una vez corregido la escritura tendrá plena validez y eficacia como título ejecutivo. Así sucede por ejemplo, cuando no queda suficientemente acreditada la representación¹⁰². Como señala CALATAYUD SIERRA: «*la escritura pública no es un mero complemento del acuerdo de mediación, sino que constituye el vehículo a través del cual se ejerce el control de legalidad sobre el acuerdo de mediación y es ese control, [...], el que dota de ejecutividad al acuerdo de mediación, que, por sí solo, carece de ella*»¹⁰³. Sin este control de legalidad, sería muy difícil garantizar la seguridad jurídica puesto que probablemente surgirían numerosas controversias que se plantearían en el trámite de oposición en el proceso de ejecución que quedaría desnaturalizado, como hemos repetido en numerosas ocasiones¹⁰⁴.

La Ley de mediación no contempla ningún tipo de recurso frente a la negativa del Notario de formalizar el acuerdo en escritura pública. El art. 145 párrafo sexto del RN contemplaba la posibilidad de que la negativa pudiera «*ser revocada por la Dirección General de los Registros y del Notariado en virtud de*

das fiscales, administrativas y del orden social). Coincidimos con CALATAYUD SIERRA en que «*la insuficiencia de rango normativo que veía el Tribunal Supremo no es predicable para estas escrituras. Aunque la LMed no utiliza la expresión «control de legalidad», no hay duda de que el legislador ha pretendido atribuir dicho control al Notario*». A. CALATAYUD SIERRA, «Elevación a escritura pública del acuerdo de mediación», cit., p. 214. También defiende esta opinión S. BARONA VILAR, *Mediación en asuntos civiles y mercantiles en España. Tras la aprobación de la Ley 5/2012, de 6 de julio*, cit., p. 498.

¹⁰² A. CALATAYUD SIERRA, «Elevación a escritura pública del acuerdo de mediación», cit., pp. 224 a 226.

¹⁰³ A. CALATAYUD SIERRA, «Elevación a escritura pública del acuerdo de mediación», cit., p. 185.

¹⁰⁴ J.F. HERRERO PÉREZAGUA, «Escritura y acuerdo de mediación: el título ejecutivo», *Revista Aranzadi Doctrinal*, nº 4 (2012). En www.westlaw.es [consultado el día 6 de noviembre de 2012].

recurso de cualesquiera de los interesados, la cual, previo informe del notario y de la Junta Directiva del Colegio Notarial respectivo, dictará en cada caso la resolución que proceda. Si ésta ordenara la redacción y autorización del instrumento público, el notario podrá consignar al principio del mismo que lo efectúa como consecuencia de la resolución de la Dirección General a fin de salvar su responsabilidad». Este precepto fue anulado por la STS de 20 de mayo de 2008 antes referida basándose en la falta de habilitación legal. Sin embargo, como hemos expuesto, la propia sentencia reconoce que será posible la denegación cuando venga reconocido en una Ley que establecerá el recurso de revisión previsto¹⁰⁵. La Ley de mediación sin embargo, no contempla ningún recurso frente a esta negativa. Precisamente desde diversos grupos parlamentarios se presentaron enmiendas para que se introdujera pero no se admitió¹⁰⁶.

De acogerse la imposibilidad de presentar recurso frente a la negativa del Notario, a las partes sólo le quedaría la posibilidad de acudir a la vía judicial, con lo que se generaría un grave perjuicio¹⁰⁷. Por este motivo, TAMAYO CLARES propone la posibilidad de aplicar de forma analógica el recurso de queja ante la Dirección General, la cual, oyendo al propio Notario y a la Junta directiva del Colegio respectivo dictará la resolución que considere oportuna ante la negativa del Notario de expedir copia de la escritura (art. 231 RN)¹⁰⁸. Asimismo, en cuanto funcionario, según la Ley 30/1992 se da la posibilidad de plantear recurso de queja frente a su superior, la Dirección General¹⁰⁹. La Dirección General de los Registros y el Notariado ha admitido y re-

¹⁰⁵ El fundamento jurídico 6º de la Sentencia señala: «cuando venga reconocida por Ley, en los términos o medida que la misma establezca y por el procedimiento y régimen de revisión de la decisión igualmente establecido en la Ley».

¹⁰⁶ Convergència i Unió en el Congreso con la enmienda nº 126 (BOCG, Serie A, de 24 de mayo de 2012 y Senado, enmienda nº 147 (BOCG SENADO Serie I, 13 de junio de 2012, nº 147, p. 86).

¹⁰⁷ A. CALATAYUD SIERRA, «Elevación a escritura pública del acuerdo de mediación», cit., p. 228.

¹⁰⁸ M. TAMAYO CLARES, *Temas de Derecho Notarial*, cit., p. 46.

¹⁰⁹ *Ult. op. cit.*

suelto el recurso de queja (previo informe del Notario y de la Junta Directiva del Colegio Notarial respectivo) contra la negativa de un Notario a autorizar una escritura pública basándose en las potestades disciplinarias que ostentan sobre el Notario (Cfr. art. 43.Dos.5 de la Ley 14/2000, de 29 de diciembre, de Medidas fiscales, administrativas y del orden social reflejado en el art. 354 del RN). Es infracción grave «*la negativa injustificada a la prestación de funciones requeridas [...] en particular, se considerará a los efectos de esta infracción [...], la denegación injustificada por parte del notario a autorizar un instrumento público*» (art. 43.Dos.b) b) de la Ley 14/2000, de 29 de diciembre, de Medidas fiscales, administrativas y del orden social reflejado en el art. 349.b) del Reglamento Notarial). Por eso, considera que se tiene que pronunciar sobre si existe o no justificación (Resolución de la DGRN de 10 de junio de 2013)¹¹⁰. Sobre estos fundamentos considero que ante la negativa del Notario se podrá plantear el recurso de queja en los mismos términos que se permiten en supuestos de denegación de expedición de una copia ya que lo contrario podría suponer un enorme perjuicio tanto para el Notario, si se viera obligado a autorizar un documento ilegal como para las partes, que tendrán que acudir a los tribunales.

Por consiguiente, nos podemos encontrar con que después de haber abonado los honorarios al mediador, los acuerdos no puedan ejecutarse por no cumplir con la legalidad y el notario se niegue a elevarlo a escritura pública¹¹¹. Por eso, a lo largo del procedimiento de mediación y sobre todo en la redacción del acuerdo puede ser muy conveniente que las partes se asesoren con sus abogados y que sean éstos los que den forma jurídica al acuerdo¹¹². Si el mediador cuenta con formación jurídica este inconveniente quedaría resuelto.

¹¹⁰ Se puede consultar en www.notariosyregistradores.com.

¹¹¹ S. TAMAYO HAYA, «Artículo 25. Formalización del título ejecutivo», cit., p. 348.

¹¹² *Ult. op. cit.*, p. 348. El art. 22.f) de la Ley 1/2011, de 28 de marzo, de Mediación de la Comunidad Autónoma de Cantabria recoge el derecho de las partes a disponer del asesoramiento que estimen conveniente durante todo el procedimiento de mediación. El art. 15.3 de la Ley 15/2009, de 22

En cuanto a los acuerdos de mediación trasfronteriza el problema surge por si el acuerdo de mediación no ha sido declarado ejecutable por una autoridad extranjera «*sólo podrá ser ejecutado en España previa elevación a escritura pública por notario español a solicitud de las partes, o de una de ellas con el consentimiento expreso de las demás*» (art. 27.2 de la Ley de mediación).

En este supuesto surgen dudas como, ¿qué tendrá que comprobar el notario español? Uno de los aspectos que tiene que verificar al elevar el acuerdo a escritura pública es que éste no es contrario al Derecho español (orden público) puesto que de serlo, no podrá ser ejecutado en España. ¿Tendrá que verificar que se han cumplido los requisitos establecidos en la Ley de mediación? Entendemos que será extremadamente difícil que el acuerdo cumpla los requisitos exigidos en la Ley de mediación y que el notario pueda realizar esa verificación puesto que si el acuerdo se ha celebrado en otro Estado y se ha aplicado la legislación existente en materia de mediación en ese Estado pues puede no coincidir con la española. En este caso, el título ejecutivo sería español ya no tendría esa condición de extranjero¹¹³.

Por último, aclarar que el acuerdo de mediación nunca va a poder ser ejecutado en España cuando resulte manifiestamente contrario al orden público español (art. 27.3 de la Ley de me-

de julio, de mediación en el ámbito del Derecho privado de Cataluña va más allá y señala que el mediador «*debe informar a las partes de la conveniencia de recibir asesoramiento jurídico durante la mediación y de la necesidad de la intervención de un abogado o abogada designado libremente para redactar el convenio o el documento jurídico adecuado, sobre la base del resultado de la mediación. En los casos en que sea procedente, el abogado o abogada puede ser el que corresponda según el turno de oficio, a solicitud de las personas interesadas*». El Grupo Parlamentario Catalán *Convergència i Unió* presentó una enmienda al art. 13.1 de la Ley de mediación para que se incluya la conveniencia de recibir asesoramiento jurídico en la mediación y la necesidad de que sea un abogado el que redacte el acuerdo de mediación «*a fin de asegurar en la medida de lo posible que su contenido es correcto desde el punto de vista jurídico y que el acuerdo alcanzado y reflejado en el documento es válido en Derecho*», según se señalaba en su justificación. Enmienda nº 115 en el Congreso, pp. 47 y 48. Enmienda en el Senado nº 136, p. 78.

¹¹³ S. BARONA VILAR, *Mediación en asuntos civiles y mercantiles en España. Tras la aprobación de la Ley 5/2012, de 6 de julio*, cit., 2013, p. 519.

diación). El precepto alude a documento extranjero, con ello se refiere al contenido del acuerdo y los efectos derivados del mismo¹¹⁴.

4.3. *Título ejecutivo: copia de escritura con efectos ejecutivos.* – Aunque el art. 517.2.2º LEC establezca como título ejecutivo el acuerdo de mediación elevado a escritura pública conforme a la Ley de mediación, realmente el título ejecutivo lo constituirá la escritura pública en la que se documenta el acuerdo pues de no elevarse a escritura pública el acuerdo no tendría eficacia ejecutiva¹¹⁵. En este sentido, la escritura pública es un instrumento público notarial cuyo «*contenido propio son las declaraciones de voluntad, los actos jurídicos que impliquen prestación de consentimiento, los contratos y los negocios jurídicos de todas clases*». (art. 17.1 párrafo primero y segundo de la LN). A ésta son aplicables los artículos 147 a 196 RN. Como ni las escrituras públicas ni los protocolos pueden ser sacados de las notarías, según dispone el art. 32 de la LN y «*se consideran escrituras públicas, además de la matriz, las copias de esta misma expedidas con las formalidades de derecho*» (art. 221 de la LN), el título ejecutivo será realmente la copia de la escritura pública.

El acuerdo de mediación elevado a escritura pública de acuerdo con la Ley de mediación es un título ejecutivo recogido en el art. 517.2.2º LEC. Se equipara a los títulos judiciales o asimilados, como el laudo arbitral. Por consiguiente, no se asimila al título ejecutivo extrajudicial «*escritura pública*» consagrado en el art. 517.2.4º de la LEC.

El art. 517.2.4º de la LEC considera en principio título ejecutivo a la primera copia de escritura pública. El art. 17.1 párrafo cuarto de la LN define como «*primera copia el traslado de la escritura matriz que tiene derecho a obtener por primera vez cada*

¹¹⁴ *Ult. op. cit.*, p. 520.

¹¹⁵ Esta deficiente redacción es consecuencia de que en el Proyecto de Ley de mediación anterior se dotaba de eficacia ejecutiva a los acuerdos de mediación sin añadir ningún requisito adicional incluyéndose en el art. 517.2.2º LEC de esta forma. La Ley de mediación se ha limitado a añadir la referencia a la escritura pública sin más.

uno de los otorgantes. A los efectos del artículo 517.2.4º de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento civil, se considerará título ejecutivo aquella copia que el interesado solicite que se expida con tal carácter. Expedida dicha copia el Notario insertará mediante nota en la matriz su fecha de expedición e interesado que la solicitó». En desarrollo de este precepto, el art. 233 párrafo primero del RN señala que a los efectos del art. 517.2.4º de la LEC se considera título ejecutivo la copia de la escritura que el interesado solicita que se expida con tal carácter. Si así lo hace, el notario ha de hacer constar que con anterioridad no se ha expedido una copia con eficacia ejecutiva. Por consiguiente, a efectos del art. 517.2.4º de la LEC, el título ejecutivo no será la copia de la escritura pública que se haya emitido por primera vez, en orden cronológico, a cada una de las partes sino la copia de la matriz que cada uno de los interesados solicite por primera vez que se expida con carácter ejecutivo¹¹⁶. No obstante, también podrá ser título ejecutivo la segunda copia de la escritura pública que se emita con fuerza ejecutiva en virtud de mandato judicial «y con citación de la persona a quien deba perjudicar, o de su causante¹¹⁷, o que se expida con la conformidad de todas las partes»¹¹⁸ (art. 517.2.4º de la LEC y art. 18 de la LN). En el mismo sentido se pronuncia el art. 233 párrafo segundo de la LN: «expedida una copia con eficacia ejecutiva sólo podrá obtener nueva copia con tal eficacia el mismo interesado con sujeción

¹¹⁶ A. BONET NAVARRO, «Acuerdo por mediación y título ejecutivo», cit., p. 167. De esta forma se ha de interpretar el art. 517.2.4º de la LEC tras la modificación que la Ley 36/2006, de 29 de noviembre, de medidas para la prevención del fraude fiscal operó en el art. 17 de la LN. Es exigible este requisito a todas las copias de escrituras con efecto ejecutivo posteriores a la entrada en vigor de esta Ley el 1 de diciembre de 2006. Es posible como señala CALATAYUD SIERRA, que la primera copia de la escritura pública librada cronológicamente no coincida con la primera que el interesado solicita que se emita con carácter ejecutivo. A. CALATAYUD SIERRA, «Elevación a escritura pública del acuerdo de mediación», cit., p. 234.

¹¹⁷ Se trata de un acto de jurisdicción voluntaria regulado en el art. 235 del RN. J. MONTERO AROCA, J.J. GÓMEZ COLOMER, S. BARONA VILAR, M.P. CALDERÓN CUADRADO, *Derecho Jurisdiccional II*, cit., p. 555.

¹¹⁸ Se trata de la expedición de segunda copia por acuerdo o conformidad de todas las partes al que se refiere el art. 234 del RN.

a lo dispuesto en el artículo 517.2.4º de la Ley de Enjuiciamiento Civil». De esta forma, se trata de evitar que el acreedor, al tener varias copias, incoe varios procesos ejecutivos a la vez¹¹⁹.

La Ley de mediación dota al acuerdo de mediación elevado a escritura pública de acuerdo con la Ley de mediación de fuerza ejecutiva siendo título que lleva aparejada ejecución según el art. 517.2.2º de la LEC sin ningún requisito adicional y equiparándolo a los laudos arbitrales¹²⁰ y no a las escrituras públicas del art. 517.2.4º de la LEC. En principio, ni la Ley de mediación, ni la Ley de Enjuiciamiento Civil ni la Ley Orgánica del Notariado se pronuncian sobre la exigencia de que la copia de la escritura pública en la que se formaliza un acuerdo de mediación tenga que expedirse con eficacia ejecutiva para ser título que lleva aparejada ejecución ni que tenga que ser primera copia, en el sentido antes expuesto o segunda copia cumpliendo los requisitos del art. 517.2.4º de la LEC. No obstante, al ser una escritura pública se le deberá aplicar el régimen jurídico general que disciplina el funcionamiento y la utilización de estos instrumentos notariales¹²¹.

Aunque la escritura pública en la que se formaliza un acuerdo de mediación conforme a la LM no es equiparable a la referida en el art. 517.2.4º LEC, consideramos como señala BONET NAVARRO que «en la copia expedida por el notario, si las partes quieren utilizarla como título para sustentar en ella la acción ejecutiva, deberá ex-

¹¹⁹ J. MONTERO AROCA, J.J. GÓMEZ COLOMER, S. BARONA VILAR, M.P. CALDERÓN CUADRADO, *Derecho Jurisdiccional II*, cit., pp. 549, 550 y 555.

¹²⁰ El acuerdo de mediación elevado a escritura pública se equipara a los laudos arbitrales según se desprende del art. 517.2.2º de la LEC. No se puede discutir, como señala BONET NAVARRO, que no es necesario indicar el carácter ejecutivo de la copia cuando aludimos a laudos y otras resoluciones arbitrales protocolizadas. El laudo es ejecutivo por sí mismo, con independencia de que se haya o no protocolizado. Las partes tendrán libertad para hacerlo (art. 37.8 Ley de arbitraje). Otra cosa distinta es que como consecuencia de no haberse protocolizado el ejecutado puede oponer la falta de autenticidad del laudo (art. 559.1.4º LEC). A. BONET NAVARRO, «Acuerdo por mediación y título ejecutivo», cit., p. 168.

¹²¹ *Ult. op. cit.*, p. 168 y J. LÓPEZ SÁNCHEZ, «El ejercicio de la acción» en *Proceso civil y mediación. Su análisis en la Ley 5/2012, de mediación en asuntos civiles y mercantiles* dirigida por A. BONET NAVARRO, Thomson-Reuters (Aranzadi), Cizur Menor (Navarra), 2013, p. 262.

*presarse que tal copia tiene carácter ejecutivo»*¹²². La exigencia de esta mención, entendemos que no queda restringida únicamente a las escrituras públicas del art. 517.2.4º de la LEC¹²³, en primer lugar, por cuanto estando previsto para el resto de escrituras públicas lo consideramos aplicable a este supuesto por analogía. En segundo lugar, porque el art. 233 párrafo primero del RN señala que: «*En todo caso, en la copia de toda escritura que contenga obligación exigible en juicio, deberá hacerse constar si se expide o no con eficacia ejecutiva y, en su caso y de tener este carácter, que con anterioridad no se le ha expedido copia con eficacia ejecutiva*». Continúa el precepto en su párrafo segundo «*expedida una copia con eficacia ejecutiva sólo podrá obtener nueva copia con tal eficacia el mismo interesado con sujeción a lo dispuesto en el artículo 517.2.4º de la Ley de Enjuiciamiento Civil*».

En conclusión, en la copia de la escritura pública en la que se formalice un acuerdo de mediación de conformidad con la LM es requisito formal necesario que deberá controlar el juez en el momento de despachar la ejecución (art. 551.1 LEC) que se exprese su expedición con carácter ejecutivo¹²⁴. Además, tendrá carácter ejecutivo la primera copia que se expida con tal carácter y para solicitar una segunda copia habrá que ajustarse a lo dispuesto en el art. 517.2.4º LEC. Como advertimos antes, con la distinción entre primera y segunda y la conversión en título ejecutivo en principio sólo de la primera se trata de evitar la existencia de una pluralidad de ejecuciones sobre una misma deuda¹²⁵.

Como ha subrayado BONET NAVARRO: «*parece ser que, al margen de la distancia que existe entre la escritura pública cuyo contenido*

¹²² A. BONET NAVARRO, «Acuerdo por mediación y título ejecutivo», cit., p. 169.

¹²³ *Ult. op. cit.*

¹²⁴ El juez en el auto despachando ejecución al realizar el examen de la regularidad formal del título tendrá que verificar que la copia de la escritura ha sido expedida con las formalidades de derecho (art. 221 RN) y que ha sido expedida con carácter ejecutivo de acuerdo con lo previsto en el art. 17 del RN y art. 233 RN. Si no lo cumple, dictará auto denegando el despacho a la ejecución (art. 552 LEC). J. LÓPEZ SÁNCHEZ, «El ejercicio de la acción», p. 262.

¹²⁵ J. MONTERO AROCA, J.J. GÓMEZ COLOMER, S. BARONA VILAR, M.P. CALDERÓN CUADRADO, *Derecho Jurisdiccional II*, cit., pp. 549, 550 y 555.

es una prestación obligacional dineraria, título ejecutivo ex arts.517.2.4º y 520 y la escritura – nuevo título ejecutivo – mediante la cual se eleva a público el acuerdo privado – con cualquier contenido obligacional – adoptado por los interesados con la intervención del mediador, se da, en ambas, identidad de razón para determinar en uno y otro casos el mismo régimen jurídico, ya que las normas últimamente citadas establecen la base de la unidad de título ejecutivo para evitar una pluralidad de reclamaciones sobre las mismas obligaciones en sucesivas ejecuciones»¹²⁶.

Como es posible que en el acuerdo se hayan constituido obligaciones con cargo a cada una de las partes, el notario deberá expedir copias diferentes con carácter ejecutivo para cada una de las partes interesadas si bien, cada una de las copias sólo servirá para exigir las obligaciones establecidas con cargo a la otra. Pueden generarse dos procesos de ejecución cuyo objeto será distinto¹²⁷.

La fuerza ejecutiva del título proviene exclusivamente de la Ley.

5. Reseña bibliográfica.

ALLAN, V. (2012); «Reflexiones sobre Ley de Mediación (VII)». En www.diariojuridico.com [consultado el día 23 de abril de 2012].

BARONA VILAR, S.; *Mediación en asuntos civiles y mercantiles en España. Tras la aprobación de la Ley 5/2012, de 6 de julio*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2013.

BLANQUER UBEROS, R.; «Juicios que ha de emitir el notario». *El notario del siglo XXI*, nº 5 (2006). En <http://www.elnotario.es/index.php/hemeroteca/revista-5/3127-juicios-que-ha-de-emitar-el-notario-0-24960227427035783> [Consultado el día 23 de marzo de 2015].

BONET NAVARRO, A.; «Acuerdo por mediación y título ejecutivo» en *Proceso civil y mediación. Su análisis en la Ley 5/2012, de mediación en asuntos civiles y mercantiles* dirigida por BONET NAVARRO, A., Thomson-Reuters (Aranzadi), Cizur Menor (Navarra), 2013.

¹²⁶ A. BONET NAVARRO, «Acuerdo por mediación y título ejecutivo», cit., p. 170.

¹²⁷ J. LÓPEZ SÁNCHEZ, «El ejercicio de la acción», cit., p. 263.

- CALATAYUD SIERRA, A.; «Elevación a escritura pública del acuerdo de mediación» en *Proceso civil y mediación. Su análisis en la Ley 5/2012, de mediación en asuntos civiles y mercantiles* dirigida por BONET NAVARRO, A., Thomson-Reuters (Aranzadi), Cizur Menor (Navarra), 2013.
- CARRETERO MORALES, E.; «Comentarios al anteproyecto de ley de mediación en asuntos civiles y mercantiles», *Revista Internacional de Estudios de Derecho Procesal y Arbitraje*, 1 (2011). En www.riedpa.com [consultado el día 29 de septiembre de 2011].
- CALVO VIDAL, I.A.; «La circulación del documento público notarial» en *Autonomía de la voluntad en el Derecho privado. Estudios en conmemoración del 150 aniversario de la Ley del Notariado* coordinado por PRATS ALBENTOSA, L., Tomo I, Consejo General del Notariado, Madrid, 2012.
- DE LA OLIVA SANTOS, A.; «Mediación y justicia: síntomas patológicos». *Otrosí, Rev. del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid*, Septiembre de 2011, pp. 7-14. En <http://www.document-andresdelaoliva.blogspot.com.es/> [consultado el día 20 de diciembre de 2013].
- DÍEZ PICAZO, L. y GULLÓN, A.; *Sistema de Derecho Civil*, Vol. II, Tecnos, Madrid, 9ª Ed., 2005.
- ESPEJO LERDO DE TEJADA, M.; «Mecanismos para la prevención y resolución de conflictos en materia sucesoria, con especial referencia a la mediación». *Quaderni di Conciliazione*, nº 3 (2012), pp. 127 y 128. En <http://www.edizioniaiv.it/img/Q3.pdf> [Consultado el día 13 de noviembre de 2014].
- GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, N.; «La limitada ejecutoriedad de la escritura pública: incoherencia del sistema». *El Notario del Siglo XXI*, nº 38 (2011). En <http://www.elnotario.es/index.php/hemeroteca/revista-38> [Consultado el día 20 de febrero de 2015].
- GOMÁ SALCEDO, J.E; *Derecho Notarial*, BOSCH, Barcelona, 2ª ed., 2011.
- HERRERO PÉREZAGUA, J.F.; «Escritura y acuerdo de mediación: el título ejecutivo», *Revista Aranzadi Doctrinal*, nº 4 (2012). En www.westlaw.es [consultado el día 6 de noviembre de 2012].
- LÓPEZ BARBA, E.; «La eficacia ejecutiva del acuerdo alcanzado tras un procedimiento de mediación según la Ley 5/2012». *Revista Aranzadi de Derecho Patrimonial*, nº 30 (Enero-Abril 2013).
- LÓPEZ SÁNCHEZ, J.; «El ejercicio de la acción» en *Proceso civil y mediación. Su análisis en la Ley 5/2012, de mediación en asuntos civiles y*

- mercantiles* dirigida por BONET NAVARRO, A., Thomson-Reuters (Aranzadi), Cizur Menor (Navarra), 2013.
- MARTÍN DIZ, F.; *La mediación: sistema complementario de Administración de Justicia*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2010.
- MONTERO AROCA, J., GÓMEZ COLOMER, J.J., BARONA VILAR, S., CALDERÓN CUADRADO, M.P.: *Derecho Jurisdiccional II*, Tirant Lo Blach, Valencia, 20ª ed., 2012.
- ORTIZ PRADILLO, J.C., «Análisis de los principios informadores de la mediación en materia civil y mercantil», *Boletín del Ministerio de Justicia*, 2135 (2011). En www.mjusticia.es/bmj [consultado el día 28 de octubre de 2011].
- RIPOLL JAÉN, A.; «Mediación: teoría y práctica». En <https://www.notariosyregistradores.com/doctrina/ARTICULOS/2013-contrato-de-mediacion-y-modelos.htm> [Consultado el día 12 de noviembre de 2013].
- RODRÍGUEZ ADRADOS, A.; «El control notarial de legalidad y la STS de 20.5.2008», *El Notario del siglo XXI*, nº 20 (2008). <http://www.elnotario.es/index.php/hemeroteca/revista-20/1924-el-control-notarial-de-legalidad-y-la-sts-de-20-5-2008-0-6960742377639508> [Consultado el día 12 de noviembre de 2013].
- RODRÍGUEZ ADRADOS, A.; «Los componentes públicos de la función notarial», *Revista Jurídica del Notariado*, nº 25 (1998). En http://www.eco.unlpam.edu.ar/objetos/materias/escribania/derechonotarial/aportes_tericos/Rev_del_Not_Rodriguez_Adrados.pdf [Consultado el día 11 de febrero de 2014].
- RODRÍGUEZ PRIETO, F.; «La previsión del conflicto sucesorio en el testamento». *El Notario del siglo XXI*, nº 44 (2012). En <http://www.elnotario.es/index.php/hemeroteca/revista-44> [Consultado el día 16 de noviembre de 2014].
- RODRÍGUEZ PRIETO, F.; «Un útil instrumento jurídico por descubrir: las cláusulas escalonadas med+arb». En el blog ¿Hay Derecho?, publicado el 2 de abril de 2013. En <https://hayderecho.com/2013/04/02/un-util-instrumento-juridico-por-descubrir-las-clausulas-escalonadas-medarb/> [Consultado el día 14 de noviembre de 2014].
- SANGÜESA CABEZUDO, A.M.; «El procedimiento de Mediación en la Ley 5/2012, de 6 de julio. Incidencia en las normas procesales». *El Notario del Siglo XXI*, nº 45 (2012). En <http://www.elnotario.es/index.php/>

- hemeroteca/revista-45/332-el-procedimiento-de-mediacion-en-la-ley-5-2012-de-6-de-julio-0-966822486339903 [consultado el día 25 de junio de 2013].
- SANTOS VIJANDE, J.M^a; «Tratamiento procesal de la mediación y eficacia ejecutiva del acuerdo de mediación en la Ley 5/2012», *Revista internacional de Estudios de Derecho Procesal y Arbitraje*, nº 1 (2013). En www.riedpa.com [consultado el día 12 de noviembre de 2013].
- TAMAYO CLARES, M.; *Temas de Derecho Notarial*, Consejo General del Notariado, Madrid, 9^a ed., 2011.
- TAMAYO HAYA, S.; «Artículo 25. Formalización del título ejecutivo» en *Mediación en asuntos civiles y mercantiles. Comentarios a la Ley 5/2012* dirigida por GARCÍA VILLALUENGA, L. y ROGEL VIDE, C., Reus, Madrid, 2012.
- TARRÍO BERJANO, M.G.; «Mediación y notariado». *El notario del Siglo XXI*, nº 42 (2012). En <http://www.elnotario.es/index.php/hemeroteca/revista-42> [Consultado el día 15 de febrero de 2014].
- TORRES ESCÁMEZ, S.; «La función notarial, función preventiva de litigios: el consejo y la mediación notariales como instrumentos» (1^a parte), *Anuario de justicia alternativa*, 3 (2002), pp. 75-102. En www.vlex.com [consultado el día 27 de julio de 2011].
- TORRES ESCÁMEZ, S.; «La función notarial, función preventiva de litigios: el consejo y la mediación notariales como instrumentos» (2^a parte), *Anuario de justicia alternativa*, 4 (2003), pp. 53-114. En www.vlex.com [consultado el día 3 de mayo de 2011].
- VARA GONZÁLEZ, J.M.; «Aspectos notariales de la Ley de mediación. Referencia a la mediación familiar», *Revista jurídica del Notariado*, nº 82 (2012).

Finito di stampare nel mese di novembre 2017
dalla I.G.E.S. s.r.l
09045 Quartu S. Elena (CA)
per conto delle Edizioni AV di Antonino Valveri
Via Pasubio, 22/A – 09122 Cagliari

€ 20,00

ISBN 978-88-8374-134-0