



Boletín Mexicano de Derecho Comparado

ISSN: 0041-8633

bmdc@servidor.unam.mx

Universidad Nacional Autónoma de México

México

Pérez Fuentes, Gisela María; Cobas Cobiella, María Elena  
MEDIACIÓN Y JURISDICCIÓN VOLUNTARIA EN EL MARCO DE LA MODERNIZACIÓN DE LA  
JUSTICIA. UNA APROXIMACIÓN A LA LEGISLACIÓN ESPAÑOLA

Boletín Mexicano de Derecho Comparado, vol. XLVI, núm. 137, mayo-agosto, 2013, pp. 647-677

Universidad Nacional Autónoma de México

Distrito Federal, México

Disponible en: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=42728283007>

- ▶ Cómo citar el artículo
- ▶ Número completo
- ▶ Más información del artículo
- ▶ Página de la revista en redalyc.org

redalyc.org

Sistema de Información Científica

Red de Revistas Científicas de América Latina, el Caribe, España y Portugal  
Proyecto académico sin fines de lucro, desarrollado bajo la iniciativa de acceso abierto

# MEDIACIÓN Y JURISDICCIÓN VOLUNTARIA EN EL MARCO DE LA MODERNIZACIÓN DE LA JUSTICIA. UNA APROXIMACIÓN A LA LEGISLACIÓN ESPAÑOLA\*

## *MEDIATION AND VOLUNTARY JURISDICTION UNDER THE MODERNIZATION OF JUSTICE. AN APPROACH TO THE SPANISH LEGISLATION*

Gisela María PÉREZ FUENTES\*

María Elena COBAS COBIELLA\*\*\*

**RESUMEN:** La máxima legal Justicia retrasada es justicia denegada, es hoy sin embargo una realidad. Las personas demandan agilidad y requieren de una solución medianamente pronta y cercana a sus intereses, no es acertado que en un mundo dominado por la tecnología, la burocracia jurídica y administrativa en torno a la impartición de la justicia mantenga un ritmo lento. A nivel internacional se buscan fórmulas de solución pronta y económica de los conflictos, en este camino se impulsan entre varias vías jurídicas, por una parte la jurisdicción voluntaria, por otra parte la mediación, en ambas se trata de agilizar procedimientos, sin embargo la naturaleza jurídica de cada una de ellas es diferente. El análisis del artículo se centra así en la experiencia jurídica española valorando en primer lugar el proyecto de Ley de Jurisdicción Voluntaria y la Ley de Mediación Civil y Familiar para establecer sus diversas funciones en busca de una justicia ágil y real.

**Palabras clave:** mediación, jurisdicción voluntaria, notario, mediador.

**ABSTRACT:** *The legal maxim Justice delayed is justice denied, but is now a reality. People demanding agility and require a solution promptly and fairly close to its interests, it is fitting that in a world dominated by technology, legal and administrative bureaucracy around the delivery of justice to maintain a slow pace. At the international level seek ways of economic and prompt settlement of disputes in this way are promoted among various legal means, first voluntary jurisdiction otherwise the mediation, it is both streamline procedures, however the legal for each is different. The analysis of the article focuses on the legal experience and valuing Spanish first draft Voluntary Jurisdiction Act and the Act on civil and family mediation to establish its various functions in search of an agile and real justice.*

**Keywords:** *Mediation, Voluntary Jurisdiction, Lawyer, Mediator.*

\* Artículo recibido el 25 de julio de 2012 y aceptado para su publicación el 28 de febrero de 2013.

\*\* Profesora-investigadora de la Universidad Juárez Autónoma de Tabasco.

\*\*\* Profesora-investigadora de la Universidad de Valencia, España.

SUMARIO: I. *Presentación sobre la cuestión.* II. *Matizando el marco conceptual de la mediación y la jurisdicción voluntaria. Notarios y mediadores.* III. *La Ley de Mediación. Algunas notas preliminares.* IV. *A manera de conclusión.*

## I. PRESENTACIÓN SOBRE LA CUESTIÓN

La justicia es uno de los poderes más estáticos dentro de la trilogía de los poderes, poco dada a la adaptación de los nuevos tiempos y muy resistente al embate de las diversas corrientes y de las doctrinas jurídicas, e incluso ante el avance de sistemas legislativos de un corte diferente al arraigado a cada país.

La cuestión de la modernización de la justicia de pronto se ha convertido en un tópico y un tema de discusión. Las personas demandan agilidad y requieren de una solución medianamente pronta y cercana a sus intereses; no es acertado que en un mundo dominado por la tecnología, aun la burocracia jurídica y administrativa en torno a la impartición de la justicia mantenga un ritmo lento, tranquilo, en un contexto de ebullición.

La judicatura tiene un tiempo de respuesta a la solución de los conflictos de seis meses o un año, o más en dependencia de la naturaleza del proceso o del conflicto. Ello hace que la reparación que se obtiene es tardía e incluso cuando llega, si es favorable la misma, en muchas ocasiones ha obligado a los demandantes a tener que refugiarse en otras soluciones, que no son las que demandaban, o resignarse simplemente. Se habla de un posible colapso de la justicia, que tampoco es imputable a los jueces, sino al propio sistema creado para un número menor de procesos y reclamaciones de los que asumen en la actualidad los tribunales.

Diversas son las soluciones que se han avanzado a nivel internacional para paliar este camino tortuoso y lento; sendero por el que transita el derecho humano de acceso a la justicia, que como sistema administrativo necesita una reconsideración medular que abarca un impulso legislativo y procedimental a los conflictos humanos que el derecho enfrenta en todas las esferas, “en el camino a la modernización de la justicia, es importante conservar la naturaleza de las instituciones tales como la mediación y la jurisdicción voluntaria, en la que destaca la actividad del notariado latino, esta es la hipótesis de nuestro trabajo”.

En España cabe destacar algunas reformas trascendentales como la Reforma de la Ley de Registro Civil español en el 2011, publicada el 22 de

julio de ese propio año, para facilitar el acceso telemático a las certificaciones, permitiendo además que se puedan obtener en cualquiera de las lenguas oficiales del Estado, igualmente las Administraciones no podrán solicitar más certificados a los ciudadanos porque tendrán acceso a la información del Registro, los centros sanitarios, los ayuntamientos o los órganos judiciales remitirán directamente al Registro Civil la documentación por vía telemática. Otras de las medidas ha sido el impulso creciente en leyes encaminadas al desarrollo de sistemas alternativos de resolución de conflictos o controversias, con la finalidad de reducir la carga de trabajo de los tribunales, a la vez que los costes, otorgando mayor rapidez y conformidad con la resolución por laudo, al haber sido dictado por los árbitros que han elegido previamente las partes.

En este sentido se aprobó en España el 12 de mayo de 2011 la ley para la reforma de la Ley de Arbitraje y de regulación del arbitraje institucional en la Administración General del Estado, y el 21 de mayo de ese año se publicó en el *Boletín Oficial del Estado*. Con la reforma se pretende potenciar el uso del arbitraje y reforzar la posición internacional de España como corte de arbitraje, sobre todo en relación con los países iberoamericanos.

Otras reformas que cabe destacar son la Ley Concursal y la Ley de Procedimiento Laboral, con vistas a abaratar costes y a dar cierta agilización a procesos tan demandados en la actualidad como el concurso de acreedores.<sup>1</sup>

<sup>1</sup> En este sentido cabe destacar la Ley de Reforma de la Ley Concursal en fecha 11 de octubre de 2011, que perfecciona la ya reforma efectuada mediante Real Decreto Ley de 27 de marzo de 2009, que tuvo entre sus objetivos a mencionar la simplificación del procedimiento concursal a través de los institutos preconcursales; igualmente se avanza en la profesionalización de la administración concursal, y en las medidas para proteger a los trabajadores, así como la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social, que de octubre de 2011 concentra en los juzgados de lo social la práctica de los asuntos de relevancia social y laboral, mejora la misma la seguridad y transparencia en el mercado laboral, reduce costes y duración del proceso. Se racionaliza el uso de los recursos y se adapta la jurisdicción en el ámbito de lo social a la nueva Oficina Judicial y al uso de las nuevas tecnologías, con vistas a la modernización de la administración de justicia. También se prevé el expediente judicial electrónico que no ha de confundirse según previsiones del Ministerio de Justicia con la digitalización masiva de los expedientes, el citado Ministerio creará una Agencia encargada de la coordinación de los sistemas informáticos y de comunicación de las distintas administraciones, con el objetivo de que se funcione en conexiones de redes, que faciliten el acceso. “Gallardón; en el Congreso: apuesta por la despolitización del Consejo General

En el 2007,<sup>2</sup> se intentó la aprobación de una Ley en sede de Jurisdicción Voluntaria, que ante tantos detractores ha quedado rezagada, a pesar del valor y ser desde nuestra visión uno de los pilares de una Justicia con un nuevo aire, más renovado y mucho más cercana a la sociedad, y con objetivo bastante definido, aunque discutible el de descargar de trabajo al sector judicial.<sup>3</sup>

Se incorpora a la palestra la mediación, configurándose de una manera más sistematizada y acorde a nuevos cánones en relación con la imparición de la justicia, con la aprobación de la Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles, se aclara el marco legislativo para la puesta en marcha de la mediación como norma general que acometiese su regulación.<sup>4</sup> La normativa vigente permite incorporar al derecho español la Directiva 2008/52/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 21 de mayo de 2008,<sup>5</sup> que establece el conjunto de normas mínimas encaminadas a fomentar la mediación en litigios transfronterizos en asuntos civiles y mercantiles.<sup>6</sup>

del Poder Judicial e impulsar tasas judiciales que reduzcan la litigiosidad”, *Diariojurídico.com Derecho y Noticias Jurídicas* <http://www.diariojuridico.com> (consultada el 26 de enero de 2012).

<sup>2</sup> Proyecto de Ley 621/000115 De jurisdicción voluntaria, de 24 de julio de 2007, fecha en que tuvo entrada en la Cámara el texto aprobado por la Comisión de Justicia del Congreso de los Diputados, con competencia legislativa plena.

<sup>3</sup> Tal como aparece en el Preámbulo del citado Proyecto, con el propósito de facilitar y agilizar la tutela y garantía de los derechos de la persona y en materia civil y mercantil, la presente Ley configura el nuevo marco jurídico regulador de los expedientes de jurisdicción voluntaria. Uno de los objetivos de la vigente Ley de Enjuiciamiento Civil fue configurar una justicia civil nueva que permitiera obtener una resolución judicial con plenitud de garantías procesales dentro de unos plazos sustancialmente más breves que en el sistema precedente. Del mismo modo, optó por sustraer del contenido de la ley procesal la materia relativa a la jurisdicción voluntaria, remitiéndola a una ley autónoma sin esbozar los principios básicos en que debiera sustentarse.

<sup>4</sup> La Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles, publicada en el *Boletín Oficial del Estado* el 7 de julio de 2012, derogó al Real Decreto-ley 5/2012, de 5 de marzo, de mediación en asuntos civiles y mercantiles.

<sup>5</sup> La disposición final sexta de ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles dispone la incorporación de normas de la Unión Europea, en forma tal que se incorpora al derecho español 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.

<sup>6</sup> La citada Directiva comenzando por dicho origen, la normativa comunitaria tiene como objetivo promover el uso de la mediación, facilitando así el acceso a otras vías ex-

Esta aprobación abre la veda para que la mediación ocupe un lugar relevante como instrumento jurídico, sujetándola a los vaivenes de los operadores jurídicos y de la apreciación que se tenga sobre la misma; habida cuenta que la Ley en cuestión recientemente aprobada tiene un tono claro, generalista, ofreciendo un ámbito de regulación amplio. Por tanto habrá que estar a la casuística en un futuro.

La premura por solucionar las cuestiones tan ingentes en materia de justicia, puede conducirnos a la confusión de las instituciones y lo que es peor aún, si cabe, a la confusión en los marcos teóricos y procedimentales de éstas, que dificultan una verdadera solución jurídica a los problemas, siendo ésta nuestra problemática principal a resolver en este trabajo, así que el objetivo general de este artículo queda determinado al establecer un paralelismo entre la mediación y la jurisdicción voluntaria en cuanto a origen, sujetos que intervienen, funciones de cada uno, principios que identifican a cada una, permiten establecer las diferencias conceptuales entre las funciones de mediación, y jurisdicción voluntaria; trabajo indispensable para que la modernización de la justicia implique una verdadera eficacia y garantice además la seguridad jurídica de los sujetos que reclaman el derecho de acceso a la justicia.

## II. MATIZANDO EL MARCO CONCEPTUAL DE LA MEDIACIÓN Y LA JURISDICCIÓN VOLUNTARIA. NOTARIOS Y MEDIADORES

En España la Constitución regula en su artículo 24 el derecho a la tutela judicial efectiva, que se consigue cuando se permite que el ciudadano goce de todas las garantías y posibilidades de recurso ante la vulneración de tal tutela en la que el proceso es sólo uno de los medios con los que se cuenta para cumplir esta función,<sup>7</sup> en aras de modernizar, agilizar e inno-

trajudiciales de solución de conflictos, finalidad que ya se venía debatiendo por la Comisión Europea como queda reflejado en el Libro Verde sobre las modalidades alternativas de solución de conflictos en el ámbito del derecho civil y mercantil (LCEur 2003, 972), presentado en abril de 2002. La aplicación de la citada Directiva se ciñe a litigios transfronterizos, aunque los Estados miembros pueden aplicar sus disposiciones también a procedimientos de mediación sobre controversias internas (Considerando 8). Véase Pérez Conesa, Carmen, *Mediación en asuntos civiles y mercantiles*, Pamplona, Aranzadi, BIB 2010/1205, núm. 4, 2010, p. 1.

<sup>7</sup> Blanco Carrasco, Marta, *Mediación y sistemas alternativos de resolución de conflictos*, Madrid, Reus, 2009, p. 10.

var, corremos un peligro, que ya comienza a vislumbrarse, un exceso, bien de optimismo al entender que las nuevas leyes van a poner punto final al atasco de la administración de justicia, y lo peor, desde nuestra visión, es que este exceso nos conduzca a confundir instituciones y figuras históricamente definidas y con funciones bien delimitadas, o lo que es aún más peligroso, que los operadores jurídicos asuman un rol en el derecho que no les corresponda, y que hagan que su propia función pierda la nitidez que la caracteriza.

Cuestión totalmente diferente sería que haya una expansión en el ámbito del empleo de estos instrumentos jurídicos, pero manteniendo los operadores jurídicos la naturaleza de su función. Ejemplo de ello podría ser que un notario ejerza como mediador, pero no dentro del marco de sus competencias y de la función notarial, sino en el ámbito de la Ley de Mediación.

### *1. Estado de la cuestión en la mediación y la jurisdicción voluntaria*

Esta consideración nos lleva a puntualizar el marco conceptual en que se mueven la mediación y la jurisdicción voluntaria, así como el Estatuto del Mediador y el Notario en la dación de fe pública.

#### *A. Momento histórico del surgimiento*

La primera matización que se requiere comentar es el momento histórico de la aparición de cada una y las condiciones que en ello influyen. Porque aunque en este momento las dos instituciones se están estudiando a nivel nacional e internacional, cabe decir que la mediación es una institución joven, a diferencia de la jurisdicción voluntaria, que tiene un camino recorrido doctrinal y legislativamente.

La mediación ha existido siempre,<sup>8</sup> aunque su aparición histórica con uniformidad y cohesión, es reciente, data de la década de los años sesenta

<sup>8</sup> Aunque sin organización hay que decir que antaño en el orden familiar e interpersonal muchas cuestiones se han resuelto por el jefe de familia, patriarca o matriarca por el respeto, actuando como mediadores. Grupos religiosos y étnicos también han establecido sus propios métodos de resolución de conflictos y desavenencias utilizando principios propios de la mediación, en igual sentido e históricamente los gremios, comerciales y mercaderes han resuelto bien por vía de mediación o de arbitraje los conflictos. También otros

y setenta, y aparece en los Estados Unidos ante la insatisfacción de la vía judicial como único modo de resolución de los conflictos, y por la carencia de solvencia de los tribunales para resolver todos los temas.<sup>9</sup> Los modelos y antecedentes de la mediación más conocidos provienen de los procedimientos de resolución de desavenencias laborales en el ámbito industrial, y empieza el interés de la sociedad americana por formas alternativas de resolución de desavenencias, o “Alternative Dispute Resolutions” (ADR), es decir “mecanismos que intentan resolver disputas, principalmente al margen de los tribunales, o mediante medios no judiciales”. Dentro del ámbito del derecho se destacan autores como Lon Fuller, Frank Sander y Roger Fisher, todos ellos de la Harvard Law School, o el autor Howard Raiffa, los que han contribuido a que la resolución extrajudicial de conflictos adquiera una cohesión teórica. Posteriormente se expandió a Europa, aunque ha sido peculiarmente compleja su aceptación, a diferencia de Inglaterra que por su afinidad cultural, idiomática y jurídica a los Estados Unidos,<sup>10</sup> lo acogió con más rapidez y asimilación de que es posible obtener otros resultados fuera de la vía judicial.<sup>11</sup>

España aunque intenta ganar el tiempo perdido en esta materia, ha quedado a la zaga en la aceptación y remodelación del pensamiento en cuanto a las ventajas de las ADR.<sup>12</sup> No ha sido un tema activamente plan-

países la han trabajado así, China y Japón son ejemplos de ello. En la antigua China, la conciliación y la mediación fueron los principales recursos para resolver desavenencias, en la actualidad la sigue empleando a través de los comités populares de conciliación. En Japón, país de rica tradición mediadora en sus leyes y costumbres, el líder de una población se erigía en mediador para ayudar a sus miembros a resolver sus diferencias, actualmente se ha incorporado la conciliación como un método para dirimir las controversias.

<sup>9</sup> Aunque ya los primeros cuáqueros conocían y ejercían la mediación y el arbitraje para solucionar sus desavenencias en el ámbito comercial.

<sup>10</sup> Hay que tener en cuenta que el sistema de common law se identifica con el sistema continental de aplicación del derecho estadounidense; cuestión imposible de ignorar.

<sup>11</sup> En otros países como Alemania y Francia ya se ha incorporado como un mecanismo de lo que se denomina Alternative in der Ziviljustiz, en temas como medio ambiente, consumidores, o relaciones de vecindad. En Francia, en el año 1995 entra en vigor la Ley de Mediación Procesal, que modifica el artículo 131 del Código de Procedimiento Civil e introduce explícitamente la mediación. Aparece la figura del mediador, con la finalidad de hacer recomendaciones a la administración en relación con la solución de los conflictos, inspirado en el ombudsman sueco, que es un defensor del pueblo, aunque con las correspondientes diferencias.

<sup>12</sup> Métodos extrajudiciales de resolución de conflictos.

teado en las Universidades, ni fomentado por parte de la judicatura o del poder legislativo. Aunque cabe decir que la última década ha dado pasos agigantados en este tema, bien por las comunidades autónomas donde destaca Cataluña,<sup>13</sup> como pionera en esto, y otras que han ido sumándose a la idea de las innumerables ventajas que tiene el empleo de estas técnicas.

La jurisdicción voluntaria ha tenido otra trayectoria y está vinculada a conceptos como el procedimiento, la acción, competencia y jurisdicción. El término jurisdicción voluntaria tiene su origen en el derecho romano. De la compilación justiniana pasó a la glosa y de allí al derecho común, el uso y la costumbre terminaron de convalidar la virtualidad de la figura, que fue posteriormente consagrada por la legislación. Pero es un elemento común en casi todos los países, dudar acerca de la exactitud de su denominación, así como la finalidad y función que cumple la citada institución.<sup>14</sup>

<sup>13</sup> Ley de Mediación Familiar de Cataluña Ley 1/2001, de 15 de marzo, introdujo la práctica de la mediación cuando aún era extraña en Europa, la norma de referencia fue sustituida por la Ley 15/2009, de 22 de julio, de mediación en el ámbito del derecho privado LCAT\2001\173 Cataluña además consta Reglamento de conciliación, mediación y arbitraje de Consejo Superior de Cooperación de Cataluña Decreto 171/2009, de 3 de noviembre - LCAT\2009\675. Comunidad Valenciana, Mediación Familiar, Ley de Mediación Familiar de Comunidad Valenciana, Ley 7/2001, Ley 7/2001, de 26 de noviembre LCV 2001\375 Comunidad de Madrid. Familia, Ley de Mediación Familiar de Madrid, Ley 1/2007, de 21 de febrero LCM 2007\93. Comunidad Autónoma de Catalunya. Mediación, Ley Mediación Derecho Privado de Cataluña. Ley 15/2009, de 22 de julio LCAT 2009\523. Comunidad Autónoma del País Vasco. Mediación familiar. Ley de Mediación Familiar del País Vasco. Ley 1/2008, de 8 de febrero LPV 2008\63. Comunidad Autónoma de Galicia. Mediación Familiar, Ley de Mediación Familiar de Galicia. Ley 4/2001, de 31 de mayo LG 2001\206 Comunidad Autónoma de Castilla y León. Mediación Familiar, Ley de Mediación Familiar de Castilla y León. Ley 1/2006, de 6 de abril LCyL 2006\228. Comunidad Autónoma de Aragón. Mediación Familiar, Ley de mediación familiar de Aragón. Ley 9/2011, de 24 de marzo LARG 2011\134, Comunidad Autónoma de Castilla-La Mancha. Mediación Familiar, Servicio Social Especializado de Mediación Familiar de Castilla-La Mancha, Ley 4/2005, de 24 de mayo LCLM 2005\161. Principado de Asturias. Familia, Ley de Mediación Familiar de Asturias. Ley 3/2007, de 23 de marzo LPAS 2007\117. Comunidad Autónoma de Cantabria. Mediación, Ley de Mediación de Cantabria. Ley 1/2011, de 28 de marzo LCTB 2011\76. Comunidad Autónoma de les Illes Balears. Mediación Familiar, Ley de Mediación Familiar de Illes Balears 2010. Ley 14/2010, de 9 de diciembre LIB 2010\299. Comunidad Autónoma de Canarias. Mediación Familiar, Ley de Mediación Familiar de Canarias, Ley 15/2003, de 8 de abril LCAN 2003\173.

<sup>14</sup> Se discute si el término es clásico o posclásico, Martino de, *Giurisdizione nel diritto romano*, Padua, 1937, pp. 279-288; Álvarez, Ursicino, *Curso de derecho romano*, Madrid, R.D.P.,

Cabe decir aunque no es objeto del trabajo en sí, que el conocimiento por parte de los jueces de los actos de jurisdicción voluntaria fue casual, y se produjo como consecuencia de la ausencia de un fedatario público tal como existe actualmente, se realizaban juicios fingidos o aparentes, aunque en la práctica las cuestiones que conocían no eran verdaderos conflictos.<sup>15</sup>

### B. *Normativa*

La situación además en el orden legislativo para ambas instituciones también es distinta, la Mediación se ha posesionado, en una Ley que cohesiona posiciones y una década de experiencia, a diferencia de la jurisdicción voluntaria que se quedó en un Proyecto de Ley, por las divergencias y posiciones encontradas que marcaron el debate parlamentario de la misma.

### C. *Sujetos*

En lo que respecta a la función de cada una, es menester considerar la posición que ocupan ambos dentro del ordenamiento jurídico y por supuesto la función que les ocupa dentro del derecho.

1955, p. 200, nota 128. Véase Font Boix, Vicente, *El notario y la jurisdicción voluntaria*, puede consultarse el texto en la página de internet <http://www.revistanotarios.com/jles/1.11%20El%20Notario%20y%20la%20Jurisdiccion%20Voluntaria.pdf>

<sup>15</sup> En cuanto a las razones históricas profundizan Gómez Orbaneja y Herce Quemada al decir que la misma nació como ficción o proceso aparente, en la *in iure cessio*, buscando para determinadas estipulaciones (transmisión de la propiedad, emancipación, adopción, etcétera) una declaración que fuera definitiva y que tuviera la inatacabilidad de la sentencia, se “utilizaba el proceso para un fin no procesal”. En el proceso aparente o ficticio había jurisdicción —y porque la había, se explica la denominación romana— ya que el magistrado presidía una litis, que se desarrollaba según el procedimiento de la *legis actio*, Gómez Orbaneja, Emilio y Herce Quemada, Vicente, *Derecho procesal civil*, 3a. ed., Madrid, 1951, vol. I, p. 727. Para mayor abundamiento resume la cuestión claramente Chiovenda, José, *Principios de derecho procesal civil*, trad. de José Casais y Santaló, Madrid, Reus, 1925, p. 384. *Llamóse con denominación romana jurisdiccion voluntaria en la doctrina y en la práctica del proceso italiano medieval al conjunto de actos que los órganos de la jurisdicción realizaban frente a un solo interesado o por acuerdo de más interesados in volentes, y el nombre se usó también para designar entre tales actos aquellos que pasaron con el tiempo de la competencia de los jueces ordinarios a la de los notarios (de los procesos simulados ante el juez).*

Con respecto a los sujetos que intervienen en cada una de las figuras puede señalarse que en la mediación siempre son las partes, a diferencia de los que solicitan la fe pública notarial, que automáticamente adoptan la denominación de otorgantes o requirentes, o en un sentido más global como comparecientes. Terminología que no es vacua, al contrario refleja la naturaleza definitoria de la fe pública notarial, porque para la escritura y acta notarial, el concepto de parte no existe, aunque de manera formal se pueda emplear en la redacción de los instrumentos públicos. Es clásico en la doctrina notarial señalar que:

Las leyes notariales hablan a veces de parte refiriéndose al compareciente. Es una incorrección legal semejante a las leyes procesales que hablan de partes, lo mismo al referirse —correctamente— a los litigantes o titulares, que a los sujetos procesales —sujetos de la acción o legitimados— lo cual no es correcto.<sup>16</sup>

Además hay que recordar que los comparecientes son siempre los que intervienen en el otorgamiento de la Escritura con independencia de que sean partes o no; si tenemos en cuenta que la comparecencia puede ser por sí y por representación.<sup>17</sup> En cambio en la mediación sucede todo lo contrario a la función Notarial, las partes son las que tienen la dirección y gestión de su propio conflicto; cuestión impensable en materia notarial.<sup>18</sup>

Por ello como señala un sector de la doctrina en la materia de la mediación se le devuelve el protagonismo a las partes, “*Autocomposición frente a heterocomposición*”.<sup>19</sup> Lo cual comparativamente, no significa que en los

<sup>16</sup> Giménez Arnau, Enrique, *Derecho notarial español*, Pamplona, Universidad de Navarra, 1964, vol. II, p. 22.

<sup>17</sup> Como advierte Giménez Arnau, “Los comparecientes son los que intervienen en una escritura y han participado en la rogación, o han asentido a ella”, Giménez Arnau, Enrique, “Derecho notarial...”, cit., nota 16, p. 21.

<sup>18</sup> Aquí no podemos dejar de compartir el planteamiento de Giménez Arnau, cuando explica acertadamente que el notario colabora con los comparecientes en la correcta producción del negocio jurídico para que éste se produzca con todos los requisitos necesarios para su validez y, además con la claridad precisa para que no haya dudas de interpretación de las voluntades actuantes”, Giménez Arnau, Enrique, “Introducción al derecho notarial”, *Revista de Derecho Privado*, Madrid, 1944, p. 53.

<sup>19</sup> Véase Luquin Bergareche, Raquel, “Acerca de la necesidad de una Ley estatal de Mediación Familiar en España”, *Sentencias de TSJ y AP y otros Tribunales*, núm. 3/2006, Pamplona, Aranzadi, 2006, p. 7.

casos de intervención de los Notarios, los comparecientes no tengan la suficiente relevancia, sin embargo, cabe decir que quien construye el documento público es el Notario, a diferencia de lo que sucede en sede de Mediación, en que el mediador asume una función diferente, tal como advierte Luquin: “el mediador no debe influir en la toma de decisiones de las partes, imponer sus puntos de vista, o manifestar su opinión con el fin de influir sobre los protagonistas verdaderos del proceso. A veces las leyes lo confunden con la imparcialidad”.<sup>20</sup>

En relación con el ámbito subjetivo de ambos institutos en cuanto a los sujetos que demandan el servicio jurídico, puede puntualizarse que en el ámbito notarial se admite la comparecencia por sí y la comparecencia por representación, sin objeción de clase alguna, a diferencia del ámbito de la mediación, que las partes han de acudir por sí mismas, porque son las que en definitiva deben lograr la materialización de los acuerdos, sedando el conflicto, que las ha llevado a la situación. Si se admitiera desde nuestro punto de vista, la intervención de representación de alguien, léase letrado, abogado u otra persona, la mediación perdería su carácter personalísimo y su esencia; porque han de ser los intervenientes en la misma, los que lleguen a sus propios acuerdos.

Esto nos lleva a otra diferenciación clave entre ambos instrumentos, en la mediación son las partes las que se ponen de acuerdo bajo la guía del Mediador, mientras que el documento notarial es redactado por el notario, teniendo en cuenta las peculiaridades del sistema notarial que sigue siendo de corte latino, en el que el notario participa en la autoría del documento notarial, y en la más amplia colaboración desde el punto de vista técnico, en correspondencia con la regulación del Reglamento Notarial en su artículo 147, y aunque haya habido asesoramiento o intervención de un letrado en la confección de la minuta que se presenta ante Notario, es requisito que el notario analice el proyecto que se le presente, a la vista del principio de legalidad y lo establecido en la norma.<sup>21</sup>

<sup>20</sup> *Ibidem*, p. 8.

<sup>21</sup> Hay que tener en cuenta la consideración vital de las peculiaridades del notario latino al cual pertenecen el notario español, el mexicano, entre otros países. Este sistema tiene prefijado las características que lo identifican que suelen resumirse en cuatro. Los cuatro elementos identificativos los expone la doctrina a partir de sus caracteres: a) en cuanto al que la desempeña: actúa como funcionario, y a la vez como profesional del derecho; b) en cuanto a su actuación: el documento público intervenido por notario tiene una triple fi-

Una de las peculiaridades que distinguen a la mediación de otros procesos como el arbitraje o procedimientos judiciales, es precisamente que el mediador no adopta una decisión sobre la cuestión litigiosa, aunque puede sugerir opciones e incluso recomendar soluciones que las partes son libres de aceptar o rechazar. Pero no ha de formarse un juicio previo. En este sentido existe una razonable diferencia con la participación del Notario, el cual en coincidencia con lo que señala Sanahuja,<sup>22</sup> no es un mediador. Así señala:

...el interés concorde de las partes es presupuesto de toda labor notarial. Aquéllas han de acudir a la Notaría con los intereses enlazados en sus líneas generales, en cualquiera de las categorías de unidad, conciliación o contrato. El notario no es un mediador para poner en relación unos intereses con otros. Tampoco es función genuina suya la de conciliar. Cuando hay antagonismo de intereses no es apropiado acudir al notario para que zanje la cuestión, aunque puede hacerlo como otro particular. La misión del notario en España, conforme a lo expresado no es, en general, por tradición ni por ley, la de conciliar intereses ni la de mediar en ellos, pero sí la de dirigirlos y ponderarlos con criterio de justicia y equidad, adaptándolos al interés común resultante de tal orientación.

Como señala algún autor:

La finalidad de la función asesora no es sólo presentar un conjunto de soluciones a los clientes, la llamada elaboración del derecho, sino que está conformando el gusto de ellos, con la adecuación de sus voluntades para lograr el negocio pretendido. Sin esta labor conformadora, el notario no puede o no debe autorizar el documento público.<sup>23</sup>

nalidad: construye —jurídicamente hablando— solemniza y autentifica; c) en cuanto a su competencia, abarca —en el orden teórico— toda la esfera extrajudicial, comprendiendo en ella las actuaciones de la llamada jurisdicción voluntaria; d) en cuanto a la organización, aunque apoyada en una base corporativa está sometida a la autoridad del Estado, a través de órganos administrativos de la Administración Central, véase Giménez Arnau, Enrique, *Introducción al derecho..., cit.*, nota 18, p. 96.

<sup>22</sup> Sanahuja y Soler, José María, *Tratado de derecho notarial*, Bosch, 1945, t. I, p. 65.

<sup>23</sup> Cobas Cobiella, María Elena, “La revocación testamentaria”, *Revista Aranzadi de Derecho Patrimonial*, España, Monografía Thompson Reuters-Aranzadi, 2011, p. 183.

Por esta razón cuando se desarrolla el Estatuto del Mediador hay que partir de la posición que ocupa en relación a las partes, lo cual difiere del notario, ello con independencia que el notario tenga dentro de sus funciones la de asesorar y aconsejar, generalmente tiene como finalidad la de encauzar la realización de un negocio jurídico, adaptando la voluntad de las partes a lo que prevé la ley.<sup>24</sup>

#### D. *Función y principios*

En cuanto al ámbito de la función o finalidad de las instituciones cabe seguir perfilando que “La mediación es un método alternativo y/o complementario de resolución de conflictos que aporta una forma diferente de abordar y resolver las disputas en aquellos casos en que exista una relación que vaya a perdurar en el tiempo o que sea legalmente complicada de resolver”.<sup>25</sup>

Se 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 de un mediador. El mediador es el instrumento para aunar a las partes en un camino común de entendimiento y fortalece la cultura de paz y la comunicación.

La mediación se caracteriza por la voluntariedad, por la imparcialidad y neutralidad del mediador, por la flexibilidad del proceso, por la buena fe que debe presidir la actuación de las partes y por la confidencialidad que deben mantener las partes y el mediador respecto de lo que en

<sup>24</sup> Con Sanahuja, cuando se refiere a la labor formativa notarial en relación al instrumento público: “es misión y deber del Notario adaptar el acto a los imperativos de la norma jurídica”, Sanahuja y Soler, José María, *Tratado de derecho...., cit.*, nota 22,p. 65.

<sup>25</sup> Cobas Cobiella, María Elena *et al.*, “La modernización de la justicia y la mediación. Una visión desde la Ley Valenciana”, *Revista de Derecho Civil Valenciano*, núm. 10, julio-diciembre de 2011. Es un método de resolución autocompositivo de conflictos frente a los tradicionales y más usados métodos heterocompositivos, que recurren a un tercero imparcial dotado de poder de decisión para la resolución de las controversias surgidas entre las partes. Entre ellos, de forma paradigmática, el recurso a la autoridad judicial, quien resuelve de forma coercitiva y con base a su *imperium, ex lege*, y por medio de resolución (sentencia) dotada de fuerza ejecutiva”, Luquin Bergareche, Raquel, “Acerca de la necesidad de una Ley estatal de Mediación Familiar en España”, *Sentencias de TSJyAP y otros Tribunales*, núm. 3/2006, Pamplona, Aranzadi, 2006, p. 1.

ella se hable. Y tiene la gran virtud de que puede aplicarse a casi todos los ámbitos sociales: civil, mercantil, penal, penitenciario, comunitario, empresarial, laboral, sanitario, policial, de consumo, escolar, etcétera. Estas características se marcan en la nueva Ley y en los principios que sostienen la misma.<sup>26</sup>

Por su parte la jurisdicción voluntaria, a contrario sensu está pensada y tratada legislativamente dentro del ámbito judicial, para cuestiones donde no estén promovidas cuestiones contenciosas, y ello es una de las grandes diferencias de orden doctrinal, que más se ha desarrollado por los estudiosos del tema. De ahí que en orden a la naturaleza de cada uno de los citados institutos podemos decir una primera diferencia esencial. La mediación nace para paliar los conflictos, precisamente como un método de resolución extrajudicial de éstos, mientras que la jurisdicción voluntaria se encamina como bien se ha sentado en sus definiciones más clásicas al reconocimiento y promoción de actos que carezcan de controversia, tal como señalan algunos autores, que la definen como: “aquella que surge por la necesidad de hacer constar hechos o realizar actos que sin estar empeñados, ni promover cuestión entre partes hayan producido o deban producir efectos jurídicos de los cuales no se deriven perjuicios a personas determinadas”.<sup>27</sup> El conflicto es la base de la mediación, si no existe una

<sup>26</sup> Véase Cobas Cobiella, María Elena *et al.*, “La modernización ...”, *cit.*, nota anterior.

<sup>27</sup> Véase Cobas Cobiella, María Elena *et al.*, “La jurisdicción...”, *cit.*, nota 27, p. 215; véase también Fernández de Buján, Antonio, *Hacia una teoría de la Jurisdicción voluntaria*, Portal Derecho, 2008; Contreras Vaca, Francisco José, *Derecho procesal*, Editorial Oxford, vol. II, 1999, p. 179; Gómez Orbaneja, Emilio y Herce Quemada, Vicente, *Derecho procesal civil I*, 3a. ed., Madrid vol. I, 1951, p. 732 y ss. Este criterio es una constante en todos los especialistas en la materia sean procesalistas o notarios, abogados, etcétera. La jurisdicción voluntaria suele caracterizarse frente a la jurisdicción contenciosa por la ausencia de los siguientes elementos: falta de controversia, falta de verdaderas partes, falta de un proceso y no producción del efecto de cosa juzgada. La doctrina mexicana la define como la que ejerce el juez, sin las solemnidades del juicio, por medio de su intervención en un asunto, que o por naturaleza o por el estado en que se halla, no admite contradicción de parte. Véase Cárdenas González, Fernando Antonio, *La Jurisdicción voluntaria. Análisis de diversos supuestos*, México, Editoriales S. A. de C. V. (OGS), 1998, p. 15. Otros conceptos que se pueden señalar vienen de la mano de Pietro Castro, quien la define siguiendo a Wach como una actividad ejecutiva realizada por órganos judiciales o no judiciales encaminada a tutelar el orden jurídico mediante la constitución, desenvolvimiento o modificación de estados y relaciones jurídicas con carácter general o sea frente a todo el mundo. Pietro Castro, Leonardo, *Estudios y comentarios para la teoría y la práctica procesal*, Madrid, 1950, t.

situación conflictual no hay paso para la mediación.<sup>28</sup> El no conflicto o *litis* es la base de la jurisdicción voluntaria.

Tampoco es aplicable de manera tan amplia como la mediación, sus competencias transcurren entre lo civil y lo mercantil, no existen regulaciones en materia de consumo, administrativo, derecho del trabajo y mucho menos el ámbito del penal. Es un instituto estrictamente jurídico.

La diferencia entre la aplicación a situaciones de conflicto o no, marca una distinción insalvable, y es precisamente uno de los caracteres que prevé y posibilita que en el Proyecto de Ley de Jurisdicción Voluntaria, que el notario pase a conocer expedientes de jurisdicción voluntaria, tal como aparece consignado en el artículo 1o. “Objeto y ámbito de aplicación”.

1. La presente Ley tiene por objeto la regulación de los expedientes de jurisdicción voluntaria previstos en ésta o en otras leyes. 2. Se consideran expedientes de jurisdicción voluntaria todos aquellos en los que se solicita la intervención de un juez, secretario judicial, notario, registrador u otro funcionario designado para la administración o tutela de cuestiones de derecho civil y mercantil en las que no exista contraposición entre los interesados; dada la naturaleza especial de la función notarial y del contenido de los actos que pueden ser susceptibles de tramitación por vía de la jurisdicción no contenciosa o voluntaria.<sup>29</sup>

II, p. 637. Otros autores la definen como “una administración pública de derecho privado ejercida por órganos judiciales”; definición que evidentemente nace a partir de la naturaleza que le concede el citado autor a la misma. Véase Calamandrei, Piero, *Instituciones de derecho procesal civil*, 1943, vol. I, pp. 112-117.

<sup>28</sup> Diversas definiciones se han dado sobre el conflicto. Hidalgo Mena, Van de Vliert entre otros, todos sobre la base de la existencia de las partes situadas en posiciones y respuestas incompatibles, “para que se dé un conflicto (en todos los órdenes, vecinal, mercantil, laboral, familiar) es necesario, por lo tanto, que existan al menos dos personas que denominaremos partes del conflicto, cada una de las cuales dispone de algún recurso escaso o insustituible (o de muy difícil sustitución) para la otra parte, de modo que ambas partes se perciben a sí mismas como mutuamente dependientes, y consiguientemente provistas recíprocamente de poderes uno sobre el otro”, Munduate Jaca, Lourdes y Martínez Riquelme, José M., *Conflictos y negociación*, Eudema, 1996, citado por Luquin Bergareche, Raquel, *Teoría y práctica de la mediación familiar, intrajudicial y extrajudicial en España*, España, Thompson Civitas, 2007, p. 1.

<sup>29</sup> Algunos autores la definen a partir de los elementos que la identifican, diciendo que la jurisdicción voluntaria debe definirse por contradicción a la jurisdicción contenciosa es aquella actividad realizada por los órganos jurisdiccionales en garantía de un derecho (art. 117.4 Constitución Española) y que a criterio del legislador consiste en una actividad jurídica distinta a la que se realiza a través de los procesos ordinarios y especiales regulados en

La doctrina mexicana por su parte, la define como la que ejerce el juez, sin las solemnidades del juicio, por medio de su intervención en un asunto, que o por naturaleza o por el estado en que se halla, no admite contradicción de parte.<sup>30</sup>

El derecho notarial trabaja sobre la base de distintos principios entre los que destaca el de inmediación, que podemos afirmar categóricamente que no se da en la mediación, porque la posición que ocupa éste, como hemos afirmado es “no frente a las mismas”, sino más de acompañamiento, para que las mismas logren llegar a soluciones que pongan fin al conflicto, a contrario sensu de lo que dice el citado principio aplicable a los actos notariales que se manifiesta en la fórmula *Ante Mí*, en forma tal que los instrumentos públicos se otorgan o autorizan ante y frente al notario,<sup>31</sup> en lo que concierne a la mediación, las partes están frente unas a otras, pero el papel del mediador es totalmente diferente, con independencia que en ambos casos se obtengan soluciones jurídicas.

En cuanto a las características de ambas y los principios que identifican la mediación y la jurisdicción voluntaria: igualmente hay elementos distintivos, a pesar de que cabe señalar que también tienen elementos comunes; uno a destacar es que ambas figuras tienen una importancia, ya en el presente y en el futuro, facilitar la agilización del trabajo; cada una en la vertiente y contenido propio de la institución. En el caso de la jurisdicción voluntaria si se aprueba la Ley en España,<sup>32</sup> se cumpliría uno

la Ley de Enjuiciamiento Civil. La jurisdicción voluntaria suele caracterizarse frente a la jurisdicción contenciosa por la ausencia de los siguientes elementos: falta de controversia, falta de verdaderas partes, falta de un proceso y no producción del efecto de cosa juzgada. *Cfr.* Ortells Ramos, Manuel *et al.*, *Derecho procesal civil*, España, Aranzadi, 2000, pp. 78, 79 y 783.

<sup>30</sup> Cárdenas González, Fernando Antonio, *La Jurisdicción Voluntaria...*”, *cit.*, nota 28, p. 15.

<sup>31</sup> En este sentido señala una de las autoras: “*Una de las garantías que reviste el documento notarial lo constituye precisamente la intervención del fédatario público y el principio de inmediación dentro de los principios del derecho notarial. La fórmula Ante Mí, revisite en poco, mucho. Abarca la presencia del notario y su sello de calidad*”, Véase Cobas Cobiella, María Elena: “*La Revocación...*”, *cit.*, nota 23, p. 173.

<sup>32</sup> Se ha pretendido conformar una ley novedosa, que supere la concepción de la jurisdicción voluntaria como residual frente a la contenciosa y que conecte con la realidad social del actual momento histórico, diferente del que imperaba cuando se aprobó el Libro III de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Al profundizar en el diálogo entre historia, dogmática y realidad social, se han deslindado las competencias que deben continuar atribuidas al

de los objetivos contenidos en el Preámbulo, que es el descargar dentro de lo posible las competencias de los jueces traspasando a otros funcionarios aquellas tareas en las que se podía prescindir de la intervención de la Magistratura. Este principio venía solicitado hace tiempo por la doctrina y fue objeto de la recomendación R (86) 12 del Comité de Ministros del Consejo de Europa relativa a “ciertas medidas dirigidas a prevenir y reducir la sobrecarga de trabajo de los tribunales”, en la que se recomendaba la solución amigable de diferencias fuera del orden judicial previendo con estímulos apropiados la solución amigable de diferencias, así como evitar el aumento de tareas no jurisdiccionales confiadas a los jueces y disminuir las progresivamente confiándolas a otras personas u órganos. En sentido similar se pronunciaba el pacto por la justicia firmado por los dos grandes partidos en 2002 y por último la Ley Orgánica del Poder Judicial, tras la reforma introducida en la misma por Ley 19/2003 de 23 de diciembre, cita expresamente entre las facultades que las leyes procesales pueden prever tenga el secretario “b) la jurisdicción voluntaria, asumiendo su tramitación y resolución, sin perjuicio de los recursos que queda interponer”.

No obstante esta importante finalidad, en aras de la jurisdicción voluntaria, para nada sería justo que no digamos, que con independencia del papel que juega en el marco de las nuevas actuaciones para modernizar y adaptar la justicia a los nuevos tiempos, la misma constituye y así ha de ser vista como una vía para que el derecho se aplique en la normalidad, ofreciendo cobertura y marco de actuación a aquellos negocios de

órgano jurisdiccional —ya sea por su naturaleza jurídica o por ser los jueces los operadores jurídicos que gozan de un mayor grado de independencia, imparcialidad y reconocimiento ante la opinión pública en el ejercicio de su función— de aquellas otras competencias que en el siglo XIX fueron atribuidas a los Jueces, en atención a su prestigio, a la seguridad jurídica que producía su intervención, a la desconfianza frente a otros operadores jurídicos, o a razones de mera tradición historicista, oportunidad, conveniencia o división del trabajo. Tales competencias hoy podrían desjudicializarse, al haber desaparecido las razones de política legislativa que constituían su fundamento, para atribuirlas a otros profesionales del derecho en función de su especialización y cualificación jurídicas. Es hoy una indiscutible necesidad disponer de un texto legal lo más completo posible que, conforme a las exigencias de la dogmática del derecho procesal, suprima los expedientes obsoletos, reforme los todavía útiles, traslade e incorpore de otros textos legales determinados procedimientos que tienen naturaleza voluntaria y sistematice y redistribuya competencias, de otros profesionales del derecho, las que razonablemente les correspondan por su propia naturaleza, a fin de dar respuesta también en esta parcela del ordenamiento jurídico al desafío de una justicia más moderna.

los particulares sobre los cuales no haya conflicto o *litis*, por lo menos de inmediato.

Partimos del hecho que la jurisdicción voluntaria carece de fuerza de cosa juzgada.<sup>33</sup> Y en ese sentido, cualquier planteamiento sobre la jurisdicción voluntaria debe estar encaminado a verla como una fórmula autónoma para dotar de la eficacia al derecho privado, dentro de los diversos operadores jurídicos que el derecho español, por lo menos intenta reconocer, que abarca no sólo al notario, sino a los secretarios judiciales, los propios jueces y los registradores de la propiedad, tal como se refiere el Preámbulo de la Ley:

Sin embargo, superado el precedente histórico que llevó a remitir al conocimiento judicial cuestiones que, en rigor, no exigían su intervención, la atribución al juez de todos los expedientes de jurisdicción voluntaria constituye un obstáculo del que hoy es necesario prescindir. La progresiva especialización de los profesionales del derecho y la confianza que el ciudadano deposita en los operadores jurídicos, han permitido que el Juez comparta con otros agentes la función que hasta ahora tenían atribuida en exclusiva. De tal manera, la presente Ley permite tanto a los jueces como a los secretarios judiciales, notarios, registradores —u otro funcionario designado— administrar los expedientes de jurisdicción voluntaria en los términos que más adelante se expondrán.<sup>34</sup>

La jurisdicción voluntaria debe ser entendida como una fórmula autónoma para dotar de eficacia a los actos de derecho privado, comprendida dentro del ámbito de la función notarial, y en este sentido de aprobarse la ley, ese sería su espíritu. Teniendo en cuenta la idea que defendemos, y que ha de primar cualquier tratamiento en este tema, y es la cuestión vi-

<sup>33</sup> En este sentido cabe compartir este criterio con Cobas Cobiella, María Elena *et al.*, “La jurisdicción voluntaria”, *Revista Jurídica* 19, Ministerio de Justicia de Cuba, año VI, abril-junio 1988, p. 227, cuando analizando la cuestión en el sistema jurídico cubano han planteado lo siguiente: “El acto de Jurisdicción Voluntaria es de pura Administración y por sí no produce cosa juzgada. La parte interesada puede obtener la revocación o modificación dirigiéndose al mismo órgano. En cambio el acto jurisdiccional típico lleva la calidad de la cosa juzgada”.

<sup>34</sup> “Proyecto de ley 121/000109 Jurisdicción voluntaria para facilitar y agilizar la tutela y garantía de los derechos de la persona y en materia civil y mercantil”, *Boletín Oficial de las Cortes Generales*, Madrid, Congreso de los Diputados, 27 de octubre de 2006.

tal, de que se trata de organizar metódicamente la jurisdicción voluntaria, reordenando la atribución de funciones.

En cuanto a la mediación, ya reconocida como la fórmula de resolución extrajudicial de conflictos por excelencia: “disfruta de la característica de ser una figura muy versátil aunque ella, en sí misma, consista en una técnica de intervención. Por ello, sus aplicaciones son múltiples. Imaginemos por unos momentos la descarga de trabajo que podría representar para los juzgados” afirma la doctrina en la materia.<sup>35</sup>

El texto de la Ley de Mediación en asuntos civiles y mercantiles no sólo responde a la obligada incorporación de la mencionada Directiva, sino que pretende descargar de trabajo a la administración de justicia mediante el impulso de un cauce extraprocesal de resolución de conflictos como es la mediación. Para ello, el propósito del legislador es poner en conexión la mediación y su ejercicio en el ámbito de la jurisdicción, estableciendo un régimen general para toda mediación en asuntos civiles y mercantiles que tenga lugar en España, otorgando fuerza jurídica vinculante al resultado de la misma. De esta manera, se instrumentaliza la mediación para los fines comentados. En este sentido existe total coincidencia como instrumento facilitador de la modernización, sobre fórmulas no idénticas, y tránsitos diferentes.

Otra diferencia radical recae, ya no sólo en los que intervienen demandando la actuación de un tercero, sino el propio tercero que interviene. En el caso de la jurisdicción voluntaria en la actualidad en España, es un proceso que se tramita por vía judicial, por tanto está en manos de especialistas en la materia, específicamente en manos de la judicatura, o en otros países como Cuba, donde la jurisdicción voluntaria está en ma-

<sup>35</sup> Jaile Benítez, Joan, “El jurista frente a algunos aspectos de la Ley de Mediación Familiar de Cataluña”, *Boletín Aranzadi Civil-Mercantil*, núm. 35, Pamplona, Aranzadi, 2001, p. 2. En el Preámbulo de la Ley 5/2012, de 6 de julio, se establece como una de las funciones esenciales del Estado de derecho la garantía de la tutela judicial de los derechos de los ciudadanos. Esta función implica el reto de la implantación de una justicia de calidad capaz de resolver los diversos conflictos que surgen en una sociedad moderna y, a la vez, compleja. Entre las ventajas de la mediación se destaca además su capacidad para dar soluciones prácticas, efectivas y rentables a determinados conflictos entre partes, configurándose así como una alternativa al proceso judicial o a la vía arbitral, de los que se ha de deslindar con claridad. Es importante la precisión que se realiza en cuanto a que 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.

nos de los Notarios, desde el año 1984, en virtud de la Ley número 50, de 28 de diciembre que derogó al Código Notarial de 20 de febrero de 1929, que en su inciso C, artículo 10, que regula la funciones notariales, traspasa al ámbito de éstos los expedientes de jurisdicción voluntaria y sucesorios de declaratoria de herederos.<sup>36</sup>

Son en todo caso, profesionales del derecho, con oposiciones aprobadas y nombrados por el Estado; y no se admite la pluralidad de interventores, bien es el notario, o el juez pero de forma individual, y bajo la égida de la función pública, son siempre funcionarios públicos a los que el Estado les ha reconocido la fe pública. En el caso de la mediación se transita por otro camino, la Ley de Mediación Civil y Familiar española, recientemente aprobado señala entre los requisitos para ser mediador los siguientes:<sup>37</sup> 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. Pueden dedicarse a la mediación además, personas jurídicas, sean sociedades profesionales o cualquier otra prevista por el ordenamiento jurídico, pero deberán designar para su ejercicio a una persona natural que reúna los requisitos previstos en la Ley.

Es de destacar el requisito profesional fijado por esta norma, al exigir que el mediador deberá estar en posesión de título oficial universitario o de formación profesional superior y contar con formación específica para ejercer la mediación, que se adquirirá mediante la realización de uno o varios cursos específicos impartidos por instituciones debidamente acreditadas, que tendrán validez para el ejercicio de la actividad mediadora en cualquier parte del territorio nacional. Por último, se fija como requisito que el mediador deberá suscribir un seguro o garantía equivalente que

<sup>36</sup> Sin embargo a manera de antecedente histórico cabe decir que en el año 1937 se produjo un hecho que fue estimulante para la actividad notarial, la promulgación de la Ley de 17 de diciembre, que le adicionó un párrafo al artículo primero del Código Notarial vigente, estableciendo que el notario tendrá además las facultades atribuidas a los jueces y a los secretarios correspondientes a todos los actos de jurisdicción voluntaria y de otra índole que la ley determine. Esta Ley fue efímera, ya que aunque no fue derogada hasta 1974 por la Ley de Procedimiento Civil, Administrativo lo fue de hecho por la Constitución de 1940 ya que en su promulgación sostuvo como principio que sólo los jueces podían administrar justicia. Véase Cobas Cobiella *et al.*, “La jurisdicción voluntaria...”, *cit.*, nota 27, p. 230.

<sup>37</sup> Artículo 11 de la Ley 5/2012 de 6 de julio de 2012.

cubra la responsabilidad civil derivada de su actuación en los conflictos en que intervenga.<sup>38</sup>

Por tanto, el mediador requiere formación pero en esta materia, no en todos los ámbitos que conoce un notario. Tampoco se requiere ser Licenciado en derecho,<sup>39</sup> y se admite la pluralidad de mediadores,<sup>40</sup> mientras que la función notarial es individual, cada notario es una notaría, por ello cada uno tiene y es responsable de su propio protocolo; archivo que en manos públicas contiene las declaraciones de los particulares. Los protocolos notariales tienen reglas de conservación exhaustivas y de control por la garantía que ofrecen. Los documentos notariales se preservan en el tiempo, por la fuerza que tienen y el valor probatorio. Cuestión que es prácticamente igual en casi todas las legislaciones que siguen el sistema la-

<sup>38</sup> Sin pretender ahondar en este punto, por lo controvertido que es el tema, coincidimos con algún sector de la doctrina que sin ánimo de polemizar entiende en lo concerniente a la profesión de origen, que cree sinceramente que actualmente sólo dos colectivos están plenamente capacitados y orientados para proporcionar individuos con probada experiencia y formación (psicólogos y abogados). Igualmente entienden que los profesionales provenientes de otras disciplinas tendrían que superar un nivel de estudios de base jurídica y psicológica superiores. Consideramos muy aptos a los profesionales procedentes del campo social para actuar en las fases posteriores a la adopción de los acuerdos o en la ejecución de las decisiones judiciales, pero su intervención en la fase decisoria parece demasiado impositiva. Para concluir este apartado, no podemos dejar de referirnos a los reticentes. No es bueno ocultar que una parte importante del colectivo jurídico no cree en las posibilidades de la negociación —menos creerá en la mediación—, ni acepta esa filosofía como propia de la profesión. A nuestro parecer es compatible con el concepto de defensa tanto una postura sostenida desde la negociación-conciliación como una posición más agresiva. Aquí, más que nunca, hay que conjugar conjuntamente todas las técnicas y no perder de vista que lo cortés no quita lo valiente. No hay, pues, que olvidar el sentido y el texto de un principio expuesto con mucha claridad por Alejandro Nieto, según el cual el abogado no se mide por los pleitos que gana, sino por los que evita para su cliente, *Cfr. Nieto García, Alejandro, “Abogacía preventiva”, Revista Lex Nova, mayo de 1999 y Jaile Benítez, Joan, “El jurista…”, cit., nota 35, p. 3.*

<sup>39</sup> Señalamos que entre los requisitos para hacer mediador se requiere el de estar en posesión de título oficial universitario o de formación profesional superior y contar con formación específica para ejercer la mediación, que se adquirirá mediante la realización de uno o varios cursos específicos impartidos por instituciones debidamente acreditadas, que tendrán validez para el ejercicio de la actividad mediadora en cualquier parte del territorio nacional. *Cfr. Artículo 11.2 de la Ley de mediación civil y familiar.*

<sup>40</sup> *Cfr. Ley 5/2012, de 6 de julio, artículo 18. Pluralidad de mediadores. 1. La mediación será llevada a cabo por uno o varios mediadores. 2. Si por la complejidad de la materia o por la conveniencia de las partes se produjera la actuación de varios mediadores en un mismo procedimiento, éstos actuarán en forma coordinada.*

tino, sin embargo, la función del mediador cumple otro objetivo: el acuerdo, por lo que la custodia de los expedientes o documentación acaecida con vistas a las sesiones realizadas para paliar el conflicto no requieren mayores formalidades para su conservación.<sup>41</sup>

Finalmente el acuerdo de mediación y el documento público ostentan diferencias estructurales, en cuanto al concepto de cada uno, la forma de autorización, su conservación y valor. En primer lugar, como su propio nombre lo indica los documentos autorizados por notario son públicos, la presencia de un funcionario que ostenta la fe pública dada por el Estado, es una primera cuestión que no podemos obviar. En contrario, el acuerdo de mediación y el acta final que cierra la fase de la mediación son documentos privados, con el valor que la Ley de Enjuiciamiento Civil les concede,<sup>42</sup> y si es cierto que el mediador declara el carácter vinculante<sup>43</sup> del acuerdo alcanzado, también recomiendan que pueden instar su elevación a escritura pública al objeto de configurar su acuerdo como un

<sup>41</sup> El artículo 22 de la Ley de Mediación señala que con los documentos que no hubieren de devolverse a las partes, se formará un expediente que deberá conservar y custodiar el mediador o, en su caso, la institución de mediación, una vez terminado el procedimiento, por un plazo de cuatro meses.

<sup>42</sup> Ley 1/2000 de 7 de enero, Ley de Enjuiciamiento Civil. En este sentido hay que tener en cuenta lo dispuesto en relación al valor de los documentos públicos y privados, así como a las características diferenciadoras entre ambos. Recordemos lo previsto en el articulado cuando clasifica a los documentos como públicos y privados dentro de los primeros tenemos: Artículo 317. Clases de documentos públicos. A efectos de prueba en el proceso, se consideran documentos públicos: 1. Las resoluciones y diligencias de actuaciones judiciales de toda especie y los testimonios que de las mismas expidan los Secretarios Judiciales. 2. Los autorizados por notario con arreglo a derecho. 3. Los intervenidos por Corredores de Comercio Colegiados y las certificaciones de las operaciones en que hubiesen intervenido, expedidas por ellos con referencia al Libro Registro que deben llevar conforme a derecho. 4. Las certificaciones que expidan los Registradores de la Propiedad y Mercantiles de los asientos registrales. 5. Los expedidos por funcionarios públicos legalmente facultados para dar fe en lo que se refiere al ejercicio de sus funciones. 6. Los que, con referencia a archivos y registros de órganos del Estado, de las Administraciones públicas o de otras entidades de derecho público, sean expedidos por funcionarios facultados para dar fe de disposiciones y actuaciones de aquellos órganos, Administraciones o entidades. Mientras que los privados se definen en sentido negativo, por ello el Acuerdo de Mediación es un documento privado. Artículo 324. Se consideran documentos privados, a efectos de prueba en el proceso, aquellos que no se hallen en ninguno de los casos del artículo 317.

<sup>43</sup> Contra lo convenido en el acuerdo de mediación sólo podrá ejercitarse la acción de nulidad por las causas que invalidan los contratos, artículo 23.4 de la Ley 5/2012, de 6 de julio.

título ejecutivo. Ciertamente para que puedan circular por el mundo del derecho, el artículo 25 señala y denomina como formalización del título ejecutivo, a las actuaciones que han de realizar las partes para la validez final del mismo:

1. Las partes podrán elevar a escritura pública el acuerdo alcanzado tras un procedimiento de mediación. El acuerdo de mediación se presentará por las partes ante un notario acompañado de copia de las actas de la sesión constitutiva y final del procedimiento, sin que sea necesaria la presencia del mediador.
2. 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.
3. 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.
4. Cuando el acuerdo se hubiere alcanzado en una mediación desarrollada después de iniciar un proceso judicial, las partes podrán solicitar del tribunal su homologación de acuerdo con lo dispuesto en la Ley de Enjuiciamiento Civil.

### III. LA LEY DE MEDIACIÓN. ALGUNAS NOTAS PRELIMINARES

La Ley 5/2012, de 6 de julio de 2012, sobre mediación en asuntos civiles y mercantiles es reciente, es una norma bastante precisa que fija un marco de actuación general para el ejercicio de la función del Mediador; como por ejemplo, en su artículo 11 apartado 2, se establece que el mediador deberá estar en posesión de título oficial universitario o de formación profesional superior y contar con formación específica para ejercer la mediación, que se adquirirá mediante la realización de uno o varios cursos específicos impartidos por instituciones debidamente acreditadas, que tendrán validez para el ejercicio de la actividad mediadora en cualquier parte del territorio nacional.

La Ley española 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles además de dar cumplimiento a la Directiva 2008/52/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de mayo de 2008, a su vez regula un régimen general aplicable a toda mediación en asuntos civiles y mercantiles, ya sea nacional o transfronteriza, estableciendo una

normativa para la resolución voluntaria de conflictos mediante un mecanismo ágil, flexible y económico.<sup>44</sup> Se enmarca como una iniciativa dentro del amplio marco de Modernización de la Justicia 2009-2012, por tanto, los ciudadanos podrán resolver sus diferencias sin necesidad de acudir a un juicio, esta es la finalidad esencial de la misma, como hemos expuesto con anterioridad.

La Ley 5/2012, de 6 de julio, en primer lugar establece el ámbito de aplicación de la misma, en asuntos civiles y mercantiles en conflictos nacionales o transfronterizos.<sup>45</sup> Se excluyen expresamente la mediación

<sup>44</sup> La Ley 5/2012, de 6 de julio de 2012 se estructura en cinco títulos divididos de la siguiente manera: título I, disposiciones generales, que comprende el concepto de mediación, ámbito de aplicación, mediación en conflictos transfronterizos, efectos de la mediación sobre los plazos de prescripción y caducidad, así como las instituciones de mediación; título II. Principios informadores de la mediación, que comprende: voluntariedad y libre disposición, igualdad de las partes e imparcialidad de los mediadores; neutralidad y confidencialidad. A estos principios se añaden las reglas o directrices que han de guiar la actuación de las partes en la mediación, como son la lealtad, la buena fe y el respeto mutuo. En el título III se establece el estatuto del mediador, que comprende las condiciones para ejercer de mediador, la calidad y autorregulación de la mediación, la actuación del mediador, la responsabilidad de los mediadores y el coste de la mediación. En el título IV. Procedimiento de mediación, se desarrollan sus etapas desde la solicitud de inicio, información y sesiones informativas, pluralidad de mediadores, sesión constitutiva, duración del procedimiento, desarrollo de las actuaciones de mediación, la terminación del procedimiento, el acuerdo de mediación, hasta las actuaciones desarrolladas por medios electrónicos. En el título V se establece la ejecución de los acuerdos, como la formalización del título ejecutivo, el tribunal competente para la ejecución de los acuerdos de mediación y la ejecución de los acuerdos de mediación transfronterizos. En cuatro disposiciones adicionales en las que se reconoce las instituciones o servicios de mediación, se da impulso a la mediación, y queda fijado que a las escrituras públicas de formalización de acuerdos de mediación, se aplicarán los aranceles correspondientes a los documentos sin cuantía; estableciendo por último que los procedimientos de mediación deberán garantizar la igualdad de oportunidades para las personas con discapacidad. Se deroga el Real Decreto-ley 5/2012, de 5 de marzo, de mediación en asuntos civiles y mercantiles. Por último se señalan en seis disposiciones finales las modificaciones a la Ley 2/1974, de 13 de febrero, de Colegios Profesionales, Ley 3/1993, de 22 de marzo, Básica de las Cámaras Oficiales de Comercio, Industria y Navegación; Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil en relación con los artículos 19, 39, 63, 65, 66, 206, 335, 347, 395, 414, 415, 438, 440, 443, 517, 518, 539, 545, 548, 550, 556, 559, 576 y 580; y Ley 34/2006, de 30 de octubre, sobre el acceso a las profesiones de Abogado y Procurador de los Tribunales.

<sup>45</sup> A tenor de la ley se entiende como tal: “cuando al menos una las partes está domiciliada o reside habitualmente en un Estado distinto a aquél en que cualquiera de las otras partes a las que afecta estén domiciliadas cuando acuerden hacer uso de la mediación o

laboral, penal y en materia de consumo, tal como se refiere en artículo 2o. de la citada norma,<sup>46</sup> aunque cabe señalar que hay estudios y trabajos que indican que de futuro podrá extenderse la misma a otros ámbitos, por el momento este es el marco de actuación de la misma.

Otras notas que la identifican es el carácter voluntario, porque ninguna persona está obligada a concluir un acuerdo ni a mantenerse en el procedimiento de mediación, regulado un procedimiento que se caracteriza por la confidencialidad y la imparcialidad del mediador entre las partes, sin que éste pueda imponer solución o medida concreta alguna. La imparcialidad viene dada porque el mediador no debe tomar partido, y como señala algún sector de la doctrina ha de entenderse como una actitud de equidistancia —distanciamiento de la parte, al contrario que la función de un abogado en el foro, que es siempre la defensa del interés de su cliente, de cada parte frente a la contraria— lo cual no impide tratar de reequilibrar en su caso, si fuera necesario, las asimetrías de poder existentes entre las partes.<sup>47</sup>

Bajo la denominación de Estatuto del Mediador, la Ley regula diferentes cuestiones que ofrecen luz acerca de lo que ha de ser el mismo y algunos de los requisitos que ostentan. Otra de las cuestiones de interés que aparecen en el Estatuto se refiere a la calidad y autorregulación de la mediación, estableciendo la elaboración de códigos de conducta, que contendrán los principios éticos que regulan la actividad del mediador.<sup>48</sup>

En el artículo 13 se regulan las pautas de la actuación del mediador, entre las que destacan como primordial la de facilitar la comunicación en-

sea obligatorio acudir a la misma de acuerdo con la ley que resulte aplicable”, *cfr.* Artículo 3.1.

<sup>46</sup> Esta Ley es de aplicación a las mediaciones en asuntos civiles o mercantiles, incluidos los conflictos transfronterizos, siempre que no afecten a derechos y obligaciones que no estén a disposición de las partes en virtud de la legislación aplicable. En defecto de sometimiento expreso o tácito a esta Ley, la misma será aplicable cuando, al menos, una de las partes tenga su domicilio en España y la mediación se realice en territorio español. 2. Quedan excluidos, en todo caso, del ámbito de aplicación de esta Ley: a) la mediación penal, b) la mediación con las administraciones públicas, c) la mediación laboral y d) la mediación en materia de consumo.

<sup>47</sup> Véase Sánchez Durán, Ana María, “Apéndice de la Monografía de Lisa Parkinson”, *Mediación Familiar, teoría y práctica. Principios y estrategias operativas*, PARC, 2005.

<sup>48</sup> La aprobación de códigos de conducta o éticos para el ejercicio de la función del mediador indican que la figura ha alcanzado la suficiente relevancia para ordenar su actuación.

tre las partes y el deber de asesoramiento, así como la conducta activa que ha de tener para lograr el acercamiento entre las partes, sobre la base del respeto a los principios que reconoce la Ley. La renuncia de la mediación es uno de los derechos que se incluyen en el Estatuto del mediador, y además se indica como requisito sine qua non de su función la imparcialidad, de forma tal, que ante su ausencia, el mediador ha de abstenerse de actuar, de iniciar o continuar el procedimiento y las sesiones de la misma.<sup>49</sup>

Otras cuestiones sobre las que versa la Ley es la responsabilidad de los mediadores y de las instituciones de la misma. También se incluye en el mismo el coste de la mediación,<sup>50</sup> donde se establece que el pago se hará por mitades, salvo pacto en contrario, así como la provisión de fondos que se estime necesaria para atender el coste de la misma, finalmente se establece expresamente que:

si las partes o alguna de ellas no realizaran en plazo la provisión de fondos solicitada, el mediador o la institución podrán dar por concluida la mediación. No obstante, si alguna de las partes no hubiere realizado su provisión, el mediador o la institución antes de acordar la conclusión, lo comunicará a las demás partes, por si tuvieran interés en suplirla dentro del plazo que hubiera sido fijado.

Los artículos 16 y siguientes regula el procedimiento que fija la ley para la mediación. La misma podrá iniciarse de mutuo acuerdo por ambos cónyuges, con un documento denominado solicitud de inicio, que indicará la designación del mediador o en su caso de la institución que la llevará a cabo. Cabe decir, que aunque no se especifica la mediación siempre se llevará a cabo por una persona natural.<sup>51</sup> También la podrá solicitar

<sup>49</sup> Entre las circunstancias que vetan la imparcialidad aparecen las siguientes: a) todo tipo de relación personal, contractual o empresarial con una de las partes, b) cualquier interés directo o indirecto en el resultado de la mediación, 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. 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. El deber de revelar esta información permanece a lo largo de todo el procedimiento de mediación.

<sup>50</sup> Cf. Artículo 15 de la ley 5/2012, de 6 de julio.

<sup>51</sup> El mediador siempre debe ser una persona física, y actuará de manera privada en sus despachos profesionales o de manera institucional cuando lo haga como parte inte-

una de las partes en cumplimiento de un pacto de sometimiento a mediación existente entre aquéllas. Esta solicitud se formulará personalmente aunque nada obsta para que pueda hacerse por representación, como cualquier otro acto o negocio jurídico de común acuerdo podrán solicitar su suspensión de conformidad con lo dispuesto en la legislación procesal.

El instrumento para iniciar y explicar en qué consiste la mediación recibe el nombre de sesión informativa, si una de las partes no se presenta a la misma será entendida como causa de desistimiento de la misma. El contenido de la sesión al tenor de lo previsto en el artículo 17, párrafo segundo del primer apartado, es informar a las partes de las posibles causas que puedan afectar a su imparcialidad, de su profesión, formación y experiencia; así como de las características de la mediación, su coste, la organización del procedimiento, las consecuencias jurídicas del acuerdo que se pudiera alcanzar, así como del plazo para firmar el acta de la sesión constitutiva. Podríamos decir que es una primera toma de contacto, encaminada a que los interesados puedan recibir toda la información, que les permita enterarse de las consecuencias, derechos y obligaciones de la mediación; sin entrar en ese primer momento en el meollo de la controversia, ni en los aspectos que han promovido la necesidad de la misma. Debe ser clara, concisa y efectiva la misma.<sup>52</sup>

Igualmente las instituciones dedicadas a la mediación pueden ofrecer sesiones en este sentido. Estas sesiones son actos preliminares porque la mediación en sí, como procedimiento comienza con la sesión constitutiva que regula el artículo 19, en virtud de documento escrito o Acta que contiene los siguientes pareceres: a) la identificación de las partes; b) la designación del mediador y, en su caso, de la institución de mediación o la aceptación del designado por una de las partes; c) el objeto del conflicto que se somete al procedimiento de mediación; d) el programa de actuaciones y duración máxima prevista para el desarrollo del procedimiento, sin perjuicio de su posible modificación; e) la información del coste de la mediación o las bases para su determinación, con indicación separada de los honorarios del mediador y de otros posibles gastos; f) la declaración de aceptación voluntaria por las partes de la mediación y de que asumen

grante de una institución de mediación como es el caso del Ilustre Colegio de Abogados de Valencia y su Centro de Mediación.

<sup>52</sup> En la práctica la sesión informativa suele ser gratuita. Si se firma el acuerdo en la sesión informativa, se cobra por la redacción, como el importe de una sesión.

las obligaciones de ella derivadas, y g) el lugar de celebración y la lengua del procedimiento.

Esta Acta será firmada por las partes y por los mediadores, haciendo constar que la mediación se ha intentado sin efecto. En aras de la brevedad; habida cuenta que es precisamente ésta una de las causas que hacen que las personas opten por la mediación, la norma<sup>53</sup> expresamente nos dice que el procedimiento será lo más breve posible y sus actuaciones se concentrarán en el mínimo número de sesiones. La agilidad es algo que ha de ser tenido en cuenta, una mediación alargada en el tiempo, pierde desde nuestro punto de vista la efectividad.

El artículo 21 regula el desarrollo de las actuaciones de mediación, haciendo hincapié en su papel dentro del proceso, destacándose la obligación que tiene éste, de convocar a las partes para cada sesión con la antelación necesaria, su papel de facilitador de la exposición de las posiciones y la comunicación matizada por la igualdad entre ambas y el necesario equilibrio. Una característica de la ley es que permite que las comunicaciones puedan no ser simultáneas, con lo cual ofrece una flexibilidad en las actividades. También en el artículo se establece la prohibición al mediador de comunicar ni distribuir la información o documentación que se le hubiera aportado, y deberá decirle a cada parte lo que se ha hablado en las sesiones individuales, sin perjuicio de mantener en todo momento la confidencialidad sobre lo que se ha dicho.

El artículo 22 es vital dentro de la ley, porque regula una de las cuestiones más complicadas que es la terminación del procedimiento de mediación, aunque podríamos decir, que si no se logra acuerdo, el hecho de que las partes hayan meditado sobre el tema e intercambiado haciendo uso de esta fórmula, es ya un éxito, por lo menos en lo que a remodelación del pensamiento se refiere y a las acciones futuras y planteamientos sobre las relaciones personales y sobre la solución de los conflictos, es un paso para el empleo de este instrumento.

En este sentido, expone el mencionado artículo 22 que el procedimiento de mediación puede concluir en acuerdo o finalizar sin alcanzar dicho acuerdo, bien sea porque todas o alguna de las partes ejerzan su derecho a dar por terminadas las actuaciones, comunicándose al mediador, bien porque haya transcurrido el plazo máximo acordado por las

<sup>53</sup> Cf. artículo 20 de la Ley 5/2012, de 6 de julio.

partes para la duración del procedimiento, así como cuando el mediador aprecie de manera justificada que las posiciones de las partes son irreconciliables o concurra otra causa que determine su conclusión.

Una nota importante a destacar de la Ley es la continuidad que se le ofrece el proceso, porque si el mediador renuncia a continuar o las partes lo rechazan sólo produce la finalización del mismo, si no se llega a nombrar un nuevo mediador.<sup>54</sup>

El acta final determina la conclusión del procedimiento y de manera clara contendrá bien los acuerdos que se hayan alcanzado o en su caso la finalización que se haya producido por cualquier otra causa. Es un requisito esencial que el acta sea firmada por las partes y por el mediador o mediadores y se entregará un original a cada una de ellas. En caso de que alguna de las partes no quisiera firmar el acta, se establece la posibilidad que el mediador haga constar esa circunstancia en el acta, entregando un ejemplar a las partes que lo deseen.

Especial trascendencia tiene el artículo 23 porque regula el acuerdo de mediación; entre las cuestiones a destacar es que el mismo puede versar sobre una parte o sobre la totalidad de las materias sometidas a la mediación. Seguidamente se establecen los requisitos esenciales que han de contenerse en el acuerdo: 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. La Ley establece que el acuerdo de mediación deberá firmarse<sup>55</sup> por las partes o sus representantes y presentarse al mediador, para que lo firme. Se ha de entregar un ejemplar a cada una de las partes y el mediador por su parte conservará un ejemplar.

La Ley establece además la mediación por medios electrónicos, al tenor del artículo 24,<sup>56</sup> sin embargo, se limita a la cantidad de 600 euros en

<sup>54</sup> La Ley no establece cómo ha de hacerse este nuevo nombramiento, en cualquier caso se deja a la flexibilidad que ha de caracterizar la mediación.

<sup>55</sup> El Real Decreto 5/2012 de 5 de marzo, derogado por esta Ley de 6 julio de 2012, establecía un plazo máximo de diez días para la firma del acta final.

<sup>56</sup> Artículo 24. 1. Las partes podrán acordar que todas o alguna de las actuaciones de mediación, incluida la sesión constitutiva y las sucesivas que estimen conveniente, se lleven a cabo por medios electrónicos, por videoconferencia u otro medio análogo de transmisión

casos de reclamación de cantidad. El tiempo dirá la viabilidad de la mediación en sede electrónica, porque pierde la frescura y contacto directo que se obtiene en la mediación presencial; suponemos que su empleo será más para cuestiones patrimoniales hipotecarias y en relaciones crediticias, menos seguramente de aplicación en el ámbito de la familia, que aunque tiene un importante contenido patrimonial, también tiene un alto sentido personal e íntimo. En cualquier caso es una apuesta jurídica y el tiempo confirmará o no las esperanzas sobre este medio electrónico.

La mediación electrónica acentúa por su parte las diferencias entre la institución de la mediación y la notarial, porque dado el principio de immediatez que identifica el notario, en la actualidad y siguiendo el sistema latino, la presencia física del notario es requisito ineludible en los actos que otorga, so pena de nulidad de los mismos. La fe pública se proyecta al exterior con la presencia del funcionario público y de los otorgantes o requirentes en su caso.

#### IV. A MANERA DE CONCLUSIÓN

El tema es novedoso y ello es un reto doctrinal importante que la legislación española ha resuelto en principio con la promulgación de la Ley de Mediación Civil y Familiar. Está bien que los operadores jurídicos se pongan en función de los nuevos planteamientos que la sociedad requiere, pero hay que hacerse con la suficiente cautela y medida que permita que las instituciones no se desvirtúen, ni las funciones de cuerpos jurídicos tan sólidos como los notarios, registradores o profesionales del derecho en general, transgredan la función que en el ámbito notarial ha cumplido la jurisdicción voluntaria, “su revitalización no implica en lo absoluto una identidad con la mediación por tener orígenes, sujetos, funciones y competencias diferentes, así que aun cuando modernizar la justicia es una necesidad, es importante no desnaturalizar la tradición jurídica”.

La mediación es joven en los avatares jurídicos, no tanto la jurisdicción voluntaria, que requiere un impulso acorde a la modernización de la

de la voz o la imagen, siempre que quede garantizada la identidad de los intervenientes y el respeto a los principios de la mediación previstos en esta Ley. 2. La mediación que consista en una reclamación de cantidad que no exceda de 600 euros se desarrollará por medios electrónicos, salvo que el empleo de éstos no sea posible para alguna de las partes.

justicia y a las necesidades reales de la sociedad. El derecho debe estar en función de las personas y sus intereses, tanto privados como públicos y, esa visión no la podemos perder.

En cuanto a la normativa reciente acerca de la mediación en España, es un gran paso de avance donde se fija la función que podrían desempeñar en esta actividad los notarios, licenciados y las partes, respetando la competencia de cada uno de estos profesionales y complementando en su actuar la resolución de conflictos sin que exista una confusión legislativa entre mediación y jurisdicción voluntaria, sirviendo por tanto de ejemplo para otras experiencias nacionales en el sistema del derecho latino.