

proceso de mediación) que revelan situaciones de riesgo para las personas o hechos delictivos perseguibles de oficio? El texto en cuestión exige parar el proceso e informar a la autoridad judicial, pero posiblemente no deja de ser una redundancia de lo que exige el Código Penal puesto que es una obligación que atañe a cualquier ciudadano, bajo pena de omisión, solo que en este caso la información viene dada en función de la actividad profesional de la persona mediadora y de ahí, una vez más, nos obliga a reflexionar sobre donde empieza o acaba el secreto profesional.

#### **Artículo 8. Carácter personalísimo.**

1. En la mediación, las partes y la persona mediadora deben asistir personalmente a las reuniones sin que puedan valerse de representantes o de intermediarios. En situaciones excepcionales que hagan imposible la presencia simultánea de las partes, pueden utilizarse medios técnicos que faciliten la comunicación a distancia, garantizando los principios de la mediación.

2. En la mediación civil entre una pluralidad de personas, las partes pueden designar portavoces con reconocimiento de capacidad negociadora, que representen los intereses de cada colectivo implicado.

### **COMENTARIO\***

#### **1. INTRODUCCIÓN. LA MEDIACIÓN EN CATALUÑA Y LA INTRODUCCIÓN DEL CARÁCTER PERSONALÍSIMO COMO PRINCIPIO**

Como es de observar, la redacción de la LMADP siguió en esencia lo que disponía entonces la primera Ley de mediación de Cataluña dirigida al ámbito familiar, en concreto, la Ley 1/2001 de mediación familiar de Cataluña<sup>48</sup>, en cuyo contexto sí tenía sentido preservar el carácter personalísimo habida cuenta que tenía como objetivo el tratamiento jurídico de las crisis familiares. En efecto, la Recomendación (1998) 1, del Comité de Ministros del Consejo de Europa<sup>49</sup>, postulaba la mediación para facilitar la solución pacífica de los conflictos familiares atendiendo a las características específicas de estas situaciones —conflictos donde se hallan implicadas personas interdependientes que continúan en el tiempo en un contexto emocional difícil que los agrava, y donde se desea asegurar la continuidad de las relaciones personales— contexto en el que sí puede entenderse oportuno dicho requerimiento. No así en una Ley de Mediación en Derecho privado que se inscribe más tarde en

\* Por Aura Esther VILALTA NICUESA.

<sup>48</sup> Ley 1/2001 de mediación familiar de Cataluña que ha tenido vigencia desde el 3 de mayo de 2008 hasta el 19 de agosto de 2009.

<sup>49</sup> Aprobada por el Consejo de Ministros el 21 de enero de 1998, a partir de la 616 reunión de los Delegados de los Ministros, <https://www.ucm.es/data/cont/media/www/pag40822/recomendacioneuropea.pdf>.

una corriente europea de actualización de las leyes de mediación en general y cuyos designios son, entre otros, la transposición de la Directiva 2008/52/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo de la Unión Europea, de 21 de mayo, sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles para abrirse poco a poco a las demandas de la sociedad y ampliar paulatinamente el alcance de la mediación a todos los ámbitos de la conflictividad civil y mercantil.

## 2. CARÁCTER PERSONALÍSIMO O *INTUITU PERSONAE* VS. INMEDIACIÓN, PRESENCIALIDAD O COETANIEDAD

Parece oportuno, antes de abordar la previsión normativa, cuál es el significado del término «personalísimo» que atribuye el Derecho en general y en concreto, el Derecho de obligaciones, a esta expresión.

### 2.1. Carácter personalísimo

A este respecto cabe señalar que la expresión personalísimo se identifica en el texto normativo de la LMADP con el sentido de «asistir personalmente». Sin embargo, tradicionalmente el carácter personalísimo se predica del carácter no transmisible de determinados derechos y del carácter *intuitu personae* de ciertas obligaciones. Así, en el ámbito de las obligaciones de hacer, se asocia a la relevancia que adquieren las cualidades personales del sujeto obligado a llevar a cabo una prestación. Hasta el punto de que, por ejemplo, el cumplimiento de la obligación no podrá ser efectuado por tercero en las obligaciones de hacer ni el acreedor podrá ser compelido a recibir la prestación o el servicio de un tercero, cuando la calidad y circunstancias de la persona del deudor se hubiesen tenido en cuenta al establecer la obligación<sup>50</sup>. El carácter personalísimo de una obligación significa que el iter realizativo lo debe llevar a cabo únicamente la persona obligada, en ningún caso un tercero, son obligaciones intransferibles e intransmisibles.

En sede contractual, se traduce en la necesidad de que el conjunto de prestaciones sea ejecutado por una determinada persona obligada a quien se contrata por razón de sus cualidades personales, de pericia profesional o por razón de la confianza en esta, hasta el punto que la vulneración de este requisito puede conllevar la nulidad del contrato. Del mismo modo, no será posible la transmisión del contrato y el contrato deja de surtir eficacia cuando fallece la persona<sup>51</sup>. El carácter personalísimo es cosustancial a determinadas modalidades contractuales como el contrato de mandato. Respecto del resto, debe establecerse de manera expresa para que, efectivamente, constituya un elemento esencial de la obligación o del contrato<sup>52</sup>. Aunque no es exclusivo de este, de hecho es aplicable también a los contratos de arrendamiento de

<sup>50</sup> Vid. art. 1.161 CC.

<sup>51</sup> Vid. art. 1.595 CC.

<sup>52</sup> En el más concreto ámbito del contrato de trabajo dependiente significará que el trabajo que debe desempeñar la persona contratada no puede ser realizado por otra, solo ella puede desempeñar las labores a las que obliga dicho contrato.

servicios, habida cuenta que se contrata con una determinada persona por razón de su pericia o *lex artis*, sin perjuicio de que esta pueda valerse de terceras personas o pueda subcontratar servicios, siempre bajo su responsabilidad. En sede de mediación en Cataluña significará, en consecuencia, que todos los sujetos, incluido el mediador, deberán participar, intervenir personalmente en las sesiones, sin que puedan valerse de representantes o intermediarios.

## 2.2. Carácter personalísimo vs. inmediatez

El legislador catalán ha asociado en la LMADP el término «personalísimo», a asistencia personal a las sesiones, entendida como presencia simultánea, presencia-idad, que impide la representación. Esta confusión y yuxtaposición conceptual se constata en la misma Ley catalana cuando dispone que «en situaciones excepcionales que hagan imposible la presencia simultánea de las partes, pueden utilizarse medios técnicos que faciliten la comunicación a distancia, garantizando los principios de la mediación».

La descripción legal del legislador catalán responde en realidad al concepto «inmediatez», que supone en su acepción tradicional la cualidad de inmediatez, de proximidad en torno a un lugar, es decir, presencia de los participantes en determinados actos, que implica en muchos casos, aunque no necesariamente, carácter personalísimo. Esta característica de la inmediatez se predica por ejemplo de la actividad jurisdiccional o de la actividad notarial. En el primero de estos ámbitos, inmediatez en sentido amplio se predica, de conformidad con la Ley de Enjuiciamiento Civil, de cualquier trámite procesal regido por la oralidad, sea cual sea su contenido<sup>53</sup> y exige presencia judicial en la realización de tales actos. Específicamente requiere la asistencia del juez o magistrado que esté conociendo del asunto. En sentido estricto viene referida a las resoluciones que hayan de dictarse tras una actuación oral y que deben ser dictadas tras la actuación oral o en breve espacio de tiempo y corresponden a quienes hayan conocido del asunto y hayan asistido a la vista o juicio. En el ámbito notarial se reviste de la fórmula: *ante mí*, pues la función del notario es de *visu et auditu suis sensibus*<sup>54</sup>. En este concreto ámbito, la inmediatez en la función notarial obliga, por ejemplo, a que el fedatario tenga un contacto directo, un estar presente, para poder interpretar cuál es la voluntad de las partes e instrumentarla jurídicamente<sup>55</sup>. La presencia directa, personal, no exige sin embargo contacto físico necesariamente, pero sí debe significar la posibilidad de percibir en tiempo real lo que ocurre en un determinado momento entre los participantes. Ello es relevante porque en materia de mediación esta inmediatez se traduce en la posibilidad de que las

<sup>53</sup> Vid., en este sentido, CALDERÓN CUADRADO, en «Sobre la exigencia de inmediatez en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil y su compatibilidad con los recursos ordinarios», en <http://www.uv.es/revistadret/archivo/num1/pdf/pia.pdf>.

<sup>54</sup> Vid. V. SÁNCHEZ MUÑOZ, «El Notario ante el Impacto Tecnológico de la Informática y las Telecomunicaciones», 12 de noviembre de 2012, en <http://www.egov.ufsc.br/portal/conteudo/el-notario-ante-el-impacto-tecnol%C3%B3gico-de-la-inform%C3%A1tica-y-las-telecomunicaciones>.

<sup>55</sup> S. VIOLETA SIERZ, «Derecho Notarial Concordado», p. 305.

partes participen en los procesos mediante mecanismos electrónicos. La participación electrónica en tiempo real o síncrona —mediante videoconferencias—, aun sin producirse presencia o contacto físico directo entre los intervinientes, no vulneraría la inmediatez, pues las partes intervienen de manera simultánea y visualizan, ven e interactúan en tiempo real y con el mismo dinamismo que si se hallaran presentes en un mismo espacio; todo ocurre ante ellos. Resultaría el equivalente a un encuentro en el que hay contacto físico en este sentido, si bien con algunas peculiaridades.

Observamos que en la normativa autonómica española se hace uso extenso del concepto inmediatez, en el sentido de imposibilidad de valerse de representantes o intermediarios. Un claro ejemplo de ello es la Ley del Principado de Asturias 3/2007, de 23 de marzo, de Mediación Familiar, en cuyo texto se dispone, bajo la rúbrica de «inmediatez», que las partes y el mediador familiar deben asistir personalmente a las reuniones de mediación, sin que se puedan valer de representantes o intermediarios. Ello no ha impedido a la propia Ley asturiana de mediación<sup>56</sup>, en su art. 8 admitir que, si así lo requieren las circunstancias<sup>57</sup> pueda hacerse uso de los medios electrónicos en algunas de las reuniones de mediación, siempre que quede garantizada la identidad del mediador y de las partes, lo que pone de manifiesto que no es el propio procedimiento de mediación, las técnicas o estrategias las que puedan verse afectadas por la falta de presencia física sino tan solo la preocupación de que sean las partes y no terceros que las suplanten los que están procediendo a la mediación, es decir, la certeza acerca de su identidad.

Concepto vinculado al clásico de inmediatez es el término «coetaneidad», esto es, la posibilidad de que los hechos se perciban y se desarrollen en tiempo real, de manera contemporánea<sup>58</sup>. Finalmente, el término «presencialidad» ha sido también utilizado por el legislador para hacer mención a la misma exigencia o presupuesto procesal de asistencia personal a las sesiones. Así, como botón de muestra, la Ley 7/2001, de 26 de noviembre, Reguladora de la Mediación Familiar en el ámbito de la Comunidad Valenciana<sup>59</sup>. En su art. 15 bajo la rúbrica «carácter presencial» se dispone que «las partes han de asistir personalmente a las reuniones de mediación».

### 3. EL CARÁCTER PERSONALÍSIMO DE LA MEDIACIÓN EN LA LMADP

Atribuir carácter personalísimo a la mediación implica, asumiendo los postulados de la Ley catalana, exigir que, en todo procedimiento de mediación, las partes implicadas participen de manera personal en todas y cada una de las sesiones sin que

<sup>56</sup> Ley del Principado de Asturias 3/2007, de 23 de marzo, de Mediación Familiar. Publicado en *BOPA* núm. 81, de 9 de abril de 2007, y *BOE* núm. 170, de 17 de julio de 2007. Vigencia desde el 9 de octubre de 2007.

<sup>57</sup> Aunque nunca en la sesión final de firma de acuerdos.

<sup>58</sup> Vid. S. VIOLETA SIERZ, «Derecho Notarial Concordado», 29 de mayo de 2008, p. 304. Vid. asimismo ALCIDES DELAGRACIA, «Fe pública», en *Doc. Invest. Abog.*, en <http://dnotarial.blogspot.com.es/2008/05/fe-publica.html>.

<sup>59</sup> Publicado en *DOCV* núm. 4138, de 29 de noviembre de 2001 y *BOE* núm. 303, de 19 de diciembre de 2001. Vigencia desde el 29 de diciembre de 2001.

resulte dable que lo hagan a través de terceras personas que las representen, esto es, deben hacerlo sin representantes ni intermediarios. Cuando el carácter personalísimo alcanza también a la figura del mediador, significará que este profesional deberá intervenir personalmente, sin que resulte admisible ser sustituido por otro profesional.

En la normativa catalana se configura como elemento inicialmente estructural y se vincula a la idea de que las personas implicadas en un conflicto deben estar presentes en las sesiones, ya que en ellas se crea el discurso dialogado, la negociación y también la posible solución como fruto de su voluntad concurrente<sup>60</sup>.

La LMADP atribuye a partes y expertos mediadores la obligación de asistir personalmente a las reuniones sin que puedan valerse de representantes o mediadores.

Como ha sido expuesto, la introducción del carácter personalísimo en la mediación de familia en los participantes se comprende rápidamente si se tiene en cuenta que se trata de un ámbito donde las relaciones personales y familiares su preservación son una cuestión central y donde las personalidades de los sujetos devienen un factor decisivo. Nadie puede ni debiera pretender representar a un cónyuge, hijo, abuelo en conflictos de naturaleza personal e incluso las de carácter económico porque solo ellos están en condiciones de poder valorar determinados aspectos, pueden considerar el aceptar ciertas explicaciones o valorar los términos y condiciones de un determinado acuerdo. Lo que no impide como es lógico que las partes puedan mantener sesiones separadas con el mediador (*caucus*) o que en determinada naturaleza de conflictos las partes no lleguen a coincidir físicamente en un espacio ni se vean, como es el caso de ciertas mediaciones penales, donde interesa evitar el encuentro directo entre víctima y ofensor por el impacto psíquico que el delito haya provocado en la víctima<sup>61</sup>.

Extenderla, sin embargo, como lo hizo luego la Ley catalana a la mediación en Derecho privado a través de la LMADP resulta discutible en línea de principio. El propio Libro Blanco de la Mediación en Cataluña señala que es característica propia de la mediación familiar que puede ser cuestionada en otros ámbitos<sup>62</sup>. De hecho, la propia Ley admite que puedan llevarse a cabo sin la presencia simultánea de las partes, mediante medios técnicos que faciliten la comunicación a distancia e incluso cuando son una pluralidad de personas, que designen portavoces con reconocimiento de capacidad negociadora, que representen los intereses de cada colectivo implicado.

La participación personal de las partes en las sesiones sin que sea dable que lo hagan a través de terceras personas que las representen es una constante en la mayor parte de las leyes autonómicas de mediación familiar. Así, por ejemplo, la Ley canaria 15/2003, de 8 de abril, de mediación familiar<sup>63</sup>, en su art. 4 dispone, bajo la rúbrica «inmediatez y carácter personalísimo» que todos los participantes, incluido el mediador

<sup>60</sup> Vid. «La construcción institucional y jurídica de la mediación», *Libro Blanco de la Mediación en Cataluña*, 2011, p. 845.

<sup>61</sup> *Ibid.*

<sup>62</sup> *Ibid.*

<sup>63</sup> Publicada en *BOIC* núm. 85, de 6 de mayo de 2003 y *BOE* núm. 134, de 5 de junio de 2003. Vigencia desde el 7 de mayo de 2003. Esta revisión está vigente desde el 25 de julio de 2005.

familiar, han de asistir personalmente a todas las sesiones, sin que puedan valerse de representantes o intermediarios. También la Ley 1/2007, de 21 de febrero, de Mediación Familiar de la Comunidad de Madrid<sup>64</sup>, sin rúbrica específica, señala en su art. 4 como principio de la mediación familiar que «el mediador y las partes» han de asistir personalmente a las sesiones, sin que puedan valerse de representantes o intermediarios y conducirá el procedimiento de acuerdo con el principio de flexibilidad. Del mismo modo, la Ley 1/2006, de 6 de abril, de Mediación Familiar de Castilla y León<sup>65</sup> bajo «carácter personalísimo del procedimiento» dispone que «la persona mediadora y las partes» asistirán personalmente a las sesiones. Sigue el mismo criterio la Ley 18/2006, de 22 de noviembre, de mediación familiar de Baleares<sup>66</sup> señala como principio rector la «inmediatez», y refiriéndola exclusivamente a los sujetos en conflicto quienes tienen el deber de asistir en persona a las reuniones de mediación; es decir, no pueden valerse de representantes o intermediarios. Y finalmente, la más reciente Ley 1/2015, de 12 de febrero, del Servicio Regional de Mediación Social y Familiar de Castilla-La Mancha<sup>67</sup> en su art. 9, bajo la rúbrica «inmediación», dispone que tanto las partes como la persona mediadora deben asistir personalmente a las reuniones de mediación, sin que se puedan valer de representantes o intermediarios que les sustituyan<sup>68</sup>.

En el caso del mediador, este requisito en su actividad mediadora impediría que el mismo sea sustituido en un momento dado por otra persona. Algunos autores opinan que en mediación no es posible que el experto sea reemplazado por otro, porque ello contravendría algunas leyes autonómicas de mediación familiar que establecen este carácter o principio rector como presupuesto básico<sup>69</sup>. Así por ejemplo, la Ley 7/2001, de 26 de noviembre, Reguladora de la Mediación Familiar en el ámbito de la Comunidad Valenciana<sup>70</sup>, en su art. 15, bajo la rúbrica «carácter presencial» se dispone este requisito para las partes, de modo que han de asistir personalmente a las reuniones de mediación. No así expresamente para la persona mediadora, quien podrá proponer la presencia de otras personas en calidad de consultoras, que deberán ser aceptadas por las partes. También la Ley 4/2001, de 31 de mayo, reguladora de la mediación familiar de Galicia<sup>71</sup> señala la «inmediatez» como principio, sin identificar si este afecta a partes, mediador o ambos, aunque por la sistemática y redacción

<sup>64</sup> Publicada en *BOCM* núm. 54, de 5 de marzo de 2007 y *BOE* núm. 153, de 27 de junio de 2007. Vigencia desde el 6 de marzo de 2007.

<sup>65</sup> Publicada en *BOCL* núm. 75, de 18 de abril de 2006 y *BOE* núm. 105, de 3 de mayo de 2006. Vigencia desde el 19 de octubre de 2006. Esta revisión vigente desde el 27 de diciembre de 2009.

<sup>66</sup> Ley 18/2006, de 22 de noviembre, de mediación familiar. Vigente hasta el 5 de enero de 2011. Publicada en *BOIB* núm. 170, de 30 de noviembre de 2006 y *BOE* núm. 303, de 20 de diciembre de 2006.

<sup>67</sup> Publicada en *DOCM* núm. 36, de 23 de febrero de 2015. Vigencia desde el 15 de marzo de 2015.

<sup>68</sup> Y añade, «sin perjuicio de lo establecido en los procedimientos de conciliación y reparación extrajudicial del daño en el ámbito de la justicia penal juvenil, los menores de edad no emancipados deberán participar en el procedimiento de mediación debidamente asistidos por sus padres o tutores».

<sup>69</sup> Así, E. VÁZQUEZ DE CASTRO (2012), «Art. 18. Pluralidad de mediadores», en L. GARCÍA VILLALUENGA y C. ROGEL VIDE (coords.), *Mediación en asuntos civiles y mercantiles. Comentarios a la Ley 5/2012*, Madrid, Reus.

<sup>70</sup> Publicada en *DOCV* núm. 4138, de 29 de noviembre de 2001 y *BOE* núm. 303, de 19 de diciembre de 2001. Vigencia desde el 29 de diciembre de 2001.

<sup>71</sup> Publicada en *DOG* núm. 117, de 18 de junio de 2001 y *BOE* núm. 157, de 2 de julio de 2001. Vigencia desde el 9 de marzo de 2002. Esta revisión está vigente desde el 8 de agosto de 2007.

«actuaciones derivadas del procedimiento de mediación» pudiera entenderse referido a ambos.

Finalmente, la LMADP prevé la presencia de otras personas. Esta inmediatez —o mal denominado carácter personalísimo de la mediación— no impide la presencia de otras personas en el proceso de mediación, ya sea en calidad de participantes afectados por el conflicto o por el resultado, ya bien sea porque resulte conveniente contar con otros profesionales —psicólogos, pedagogos, auditores, economistas, etc.— que auxilien al experto mediador, o finalmente, porque interese la intervención de dos o más mediadores (comediación). En este último caso, particularmente, la práctica pone de manifiesto la conveniencia de que su actividad se lleve a cabo de manera separada en muchos momentos<sup>72</sup>.

El art. 8.2 de la LMADP dispone a este respecto que en la mediación civil entre una pluralidad de personas las partes pueden designar portavoces con reconocimiento de capacidad negociadora, que representen los intereses de cada colectivo implicado, y añade el art. 3 del mismo texto legal que la persona mediadora puede contar con la colaboración de técnicos, para que intervengan como expertos, y con la participación de comediadores, especialmente en las mediaciones entre más de dos partes. Es decir, se prescinde de este carácter para la mediación civil y se dispone que puedan intervenir varios mediadores e incluso otros profesionales («técnicos») lo que no implica necesariamente que lo hagan de manera simultánea, coetáneamente. Es más, la práctica atestigua la oportunidad de que las mediaciones sean efectuadas mediante intervenciones sucesivas, por ejemplo, en caso de pluralidad de partes o de asuntos en los que se requieren dos perfiles de mediador distintos complementarios. Lo esencial en estos casos es que su actividad se lleve a cabo coordinadamente, de modo que tal asociación favorezca al procedimiento<sup>73</sup>.

#### **Artículo 9. Buena fe.**

Las partes y las personas mediadoras deben actuar de acuerdo con las exigencias de la buena fe.

### **COMENTARIO\***

#### **1. INTRODUCCIÓN**

El art. 9 de la Ley catalana de mediación, bajo el título «Buena fe», cierra el Capítulo II dedicado a recoger los principios que deben regir la mediación, y establece

<sup>72</sup> *Vid.*, en este sentido, A. QUINTANA GARCÍA, «Comediación: cuando el mediador son varios», *La Ley* 1449, 27 de enero de 2015, pp. 18-22, <http://www.mediacion.icav.es/archivos/contenido/989.pdf>.

<sup>73</sup> En este sentido, E. ALFONSO RODRÍGUEZ, «La mediación familiar en España: concepto, caracteres y principios informadores», *Anales de la Facultad de Derecho*, 25, mayo de 2008, pp. 55-76.

\* Por Teresa DUPLÁ MARÍN.