

Comentario de Legislación

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 (1)

Por **D. Rafael Gil Nuevas** (2). Abogado del Estado y Consejero de Justicia en la Representación Permanente de España ante la Unión Europea

I. Antecedentes

1. Las conclusiones del Consejo Europeo de Tampere de 1999 invitaron al Consejo de la UE y a la Comisión a elaborar una nueva legislación para instaurar los denominados ADR (*alternative dispute resolution*) o métodos alternativos de resolución de litigios. Para ello, en 2002 la Comisión presentó un libro verde en el que se hacía un detenido estudio de las legislaciones de los Estados miembros en la materia, así como de la normativa sectorial comunitaria (esencialmente en el ámbito del consumo) y en el que se planteaban determinadas cuestiones e interrogantes. Recibidas y analizadas las respuestas dadas a esta consulta pública, la Comisión presentó la oportuna propuesta legislativa en 2004.

2. La propuesta de Directiva (3) fue discutida largamente tanto en el Consejo de la UE como en el Parlamento Europeo, lo que determina que hayan pasado casi cuatro años desde la presentación de la propuesta hasta la publicación de la Directiva. Como tal Directiva, no tendrá, en principio, aplicación directa, sino que serán los Estados miembros los que habrán de trasponer su normativa a la legislación nacional (art.

249 TCE) en un plazo de tres años. La Ley 15/2005, de 8 de julio, de modificación del Código Civil (CC), y La Ley de Enjuiciamiento Civil (LECiv) en materia de separación y divorcio, cuya disposición final tercera ya preveía que «el Gobierno remitirá a las Cortes un proyecto de ley sobre mediación basada en los principios establecidos en las disposiciones de la Unión Europea...», es decir, de acuerdo con la Directiva que se acaba de aprobar.

II. Objetivo y ámbito de la Directiva

3. Como objetivo de la Directiva se señala el de «facilitar el acceso a modalidades alternativas de solución de conflictos y fomentar la resolución amistosa de litigios, promoviendo el uso de la mediación y asegurando una relación equilibrada entre la mediación y el proceso judicial». Respecto del ámbito, la Directiva se aplicará «en los litigios transfronterizos, en los asuntos civiles y mercantiles, con la salvedad de aquellos derechos y obligaciones que no estén a disposición de las partes en virtud de la legislación pertinente. No se aplicará, en particular, a los asuntos fiscales, aduaneros o administrativos, ni a la responsabilidad del Es-

tado por actos u omisiones en el ejercicio de su autoridad soberana» (art. 1).

4. El objetivo, tal y como se prevé en el artículo 1, contiene una fórmula voluntarista al mencionar «modalidades», en plural, de ADR, cuando sólo se ocupa de una concreta modalidad, como es la mediación. Igualmente se resalta la importancia de la resolución «amistosa» cuando el llegar las partes a un acuerdo sobre un tema en el que hay conflicto no es una solución «amistosa», sino meramente «pacífica». Se añade también como objetivo el asegurar «una relación equilibrada entre la mediación y el proceso judicial», siendo las normas sobre esta materia el «núcleo» de la Directiva, con el fin de garantizar que el recurso a la mediación permita, en el caso de llegarse a un acuerdo, hacer el mismo efectivo judicialmente y, en caso de no alcanzarse un acuerdo, se garantice que las partes no vean perjudicada su situación procesal (4).

5. En cuanto al ámbito de aplicación de la Directiva, conviene analizarlo desde una triple óptica: competencial o territorial del litigio, material y territorial de la CE.



madrid

28-29-30/01/09

LUGAR DE CELEBRACIÓN
COSTAL
C/ Carretas 14
28012 Madrid

Módulo general	522 €
Suscripciones Aranzadi	464 €
Colación COSTAL	464 €

Preferente UCL. Inviable. Para otras modalidades, contactar en el 938297 185



curso sobre el
**RÉGIMEN JURÍDICO
DE LAS SUBVENCIONES**

Puede inscribirse o recibir más información en el teléfono 948 297 185,
en www.aranzadi.es/aranzadi/educacion o en el fax 948 280 319



ahorre e invierta en formación continua

Comentario de Legislación

Viene de pg. 11

La Directiva 2008/52/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de mayo de 2008, sobre ciertos aspectos ...

6. Óptica «competencial» o «territorial del litigio». Para que la CE pueda actuar en un ámbito determinado o en una materia concreta debe estar habilitada para ello por el Tratado de la Comunidad Europea (TCE). Las condiciones que para ello han de cumplirse, conforme al artículo 65 del TCE, son la necesidad para el buen funcionamiento del mercado interior y la exigencia de repercusión transfronteriza. Esta repercusión transfronteriza a la que se refiere el artículo 65 TCE viene siendo interpretada desde una óptica muy estricta por una gran mayoría de Estados miembros que consideran que sólo existe si las partes en el litigio están domiciliadas o son residentes en distintos Estados miembros (definición tomada del artículo 2.1 de la Directiva 2002/8/CE) (5). Esta interpretación conduce a la creación de un Derecho paralelo a los sistemas nacionales, lo que conlleva ciertas distorsiones (6). Esta interpretación restrictiva se ha ido extendiendo e incorporando a diversos instrumentos, como los Reglamentos de proceso monitorio europeo (1896/2006) y de proceso de escasa cuantía (861/2007).

7. Sin embargo, la Comisión, en el ejercicio de su monopolio de iniciativa legislativa en materias de cooperación judicial civil, y cumpliendo con su finalidad «expansiva» en cuanto a la interpretación de las competencias comunitarias, presentó la propuesta partiendo de la idea de que la Directiva debería aplicarse tanto a situaciones con repercusión transfronteriza como a supuestos que carecieran de ésta. Esta idea no prosperó, y se redujo el ámbito a los «casos transfronterizos». No obstante, los Estados miembros, al incorporar a sus ordenamientos la Directiva, deberían extender a los casos internos la regulación de la Directiva, puesto que parece difícil bifurcar la regulación de una materia que, por definición, requiere poca regulación. Además, la limitación a los casos transfronterizos se debe exclusivamente a un defecto de base legal en el TCE, pero no a la *ratio* del legislador comunitario (7).

8. Por litigio transfronterizo se entiende aquél en el que al menos una de las partes está domiciliada o reside habitualmente en un Estado miembro distinto del Estado miembro en que residan o estén domiciliadas las otras partes en el momento en que: a) una vez surgido el litigio, las partes acuerden acudir a la mediación; b) un tribunal ordene acudir a la mediación; c) sea legalmente obligatorio recurrir a la mediación; o d) se proponga por el tribunal a las partes que recurran a la mediación o les pida que acudan a una sesión informativa sobre la misma. Asimismo, también se entiende por litigio transfronterizo, a efectos de las normas de la Directiva sobre confidencialidad y suspensión o interrupción de plazos, los procedimientos judiciales o arbitrales iniciados después de una mediación terminada sin acuerdo siempre que las partes estén domiciliadas o residan habitualmente en Estado o Estados miembros diferentes de aquél en el que se siga el pro-

ceso judicial o arbitraje en el momento en que las mismas hayan acordado hacer uso de la mediación una vez surgido el litigio, el tribunal ordene acudir a la mediación o sea legalmente obligatorio recurrir a la misma (artículo 2 de la Directiva).

9. Es importante resaltar que el término litigio debe entenderse como conflicto y no como proceso judicial. Así resulta del término inglés, que habla de «*dispute*». Los *alternative dispute resolution* son precisamente métodos alternativos y extrajudiciales de resolución de controversias.

10. El Estado miembro en el que está domiciliada la parte se determina conforme a lo dispuesto en los artículos 59 y 60 del Reglamento 44/2001 (conocido como Bruselas I) (8). El artículo 59 se remite a la ley del foro para determinar si una persona está domiciliada en el Estado miembro del foro y, caso de no ser así, a la ley del Estado miembro donde se entienda que pueda estar domiciliada la persona. Respecto de las personas jurídicas, si es algo más preciso el Reglamento 44/2001, pues, aparte de fijar reglas especiales para los *trusts* y para el Reino Unido e Irlanda, se fijan alternativamente como posibles domicilios los lugares de sede estatutaria, administración central y centro principal de actividad. La amplitud y flexibilidad de todos estos criterios que determinan la existencia de un litigio transfronterizo hacen prácticamente inviable una posible transposición delimitada exclusivamente para los litigios transfronterizos.

11. Óptica material. El ámbito de aplicación se extiende a las materias civiles y mercantiles (art. 1.2 de la Directiva). Sin embargo, el concepto de civil y mercantil en el Derecho comunitario es un concepto autónomo que no coincide plenamente con la concepción que en la legislación interna española podemos tener de las materias que se encuadran en el orden jurisdiccional civil. El TJCE (STJCE de 14 de octubre de 1976, *Eurocontrol*; STJCE de 14 de noviembre de 2002, *Baten*; STJCE de 15 de mayo de 2003, *Préservatrice*; STJCE de 18 de mayo de 2006, *Čez*; STJUE de 15 de febrero de 2007, *Lechouritou*) ha señalado reiteradamente que el concepto de civil y mercantil no puede ser interpretado solamente a la luz de la división de órdenes jurisdiccionales que puedan existir en cada Estado miembro, sino que debe serlo por referencia, primero, a los objetivos del Convenio de Bruselas de 1968 y del Reglamento 44/2001 y, segundo, por referencia a los principios generales que se deducen de todos los sistemas jurídico-nacionales. Por tanto, el concepto de «civil y mercantil» es en gran medida el que resulta de las materias cubiertas por el Convenio de Bruselas y por el Reglamento 44/2001. En lo que al Derecho español respecta, quedarían incluidos en el ámbito de aplicación de la Directiva los pleitos derivados «del contrato individual de trabajo», en cuanto para el mismo los artículos 18 a 21 del Reglamento 44/2001 establecen normas especiales de competencia judicial.

12. En este punto queremos hacer una reseña al Derecho de familia. Si bien muchas veces se considera que el Derecho de familia es el campo esencial en el que se mueve la mediación, no debe tenderse a considerar el mismo como su objeto exclusivo, pues, si bien puede servir para evitar la acritud con la que pueden desenvolverse determinados procesos familiares, suprimir o atenuar el impacto psicológico del litigio o intentar preservar una cordialidad mínima que permita y facilite el contacto con los hijos y, además, las leyes autonómicas sobre mediación suelen tener como objeto exclusivo la mediación familiar, el campo posible de la mediación es mucho más amplio, puesto que puede abarcar todas las materias que se entienden como civiles y mercantiles y, de hecho, la Directiva no contiene previsiones específicas para la mediación en materia de familia ni se aprobó por unanimidad como hubiere sido imprescindible si se tratase de un instrumento de Derecho de familia (9).

13. Dentro del Derecho de familia y del Derecho laboral, son frecuentes los casos en los que existen derechos que no son de libre disposición y materias en las que se sigue un enfoque tuitivo. Para estos supuestos se indica que la Directiva no se aplica a derechos y obligaciones que no estén a disposición de las partes en virtud de la legislación pertinente. La legislación pertinente será la que determinen las correspondientes normas de conflicto de leyes. Habida cuenta de que se contemplan en la Directiva los casos transfronterizos, serán frecuentes los supuestos en los que la relación jurídica litigiosa pueda estar sometida a diferentes legislaciones. Habrá aquí que tener en cuenta la normativa comunitaria (por ejemplo, Reglamento Roma II, 864/2007, sobre ley aplicable a obligaciones extracontractuales), internacional (por ejemplo, Convenio de La Haya de 1973 sobre ley aplicable a las obligaciones alimenticias) o nacional pertinente (en España, arts. 8 a 12 CC). Esta exclusión del ámbito de aplicación no debe considerarse como una prohibición. La Directiva no llega a estos supuestos, pero no prohíbe contemplarlos en la legislación interna de transposición, lo que facilita mucho las cosas, dado que existen materias en las que no cabe la libre disposición, pero deben ser susceptibles de ser sometidas a mediación; por ejemplo, obligaciones alimenticias. Es posible pactar respecto de las mismas, pero no es posible disponer del derecho (art. 1814 CC). Además, se previene una garantía adicional para estos casos en el artículo 6 de la Directiva, en cuanto impide que se dé carácter ejecutivo a acuerdos derivados de mediación contrarios a Derecho, y un acuerdo por el que se dispusiere de derechos no disponibles es un acuerdo ilegal y, por tanto, no susceptible de ser dotado de carácter ejecutivo.

14. La Directiva indica expresamente que no se aplica a las materias fiscal, aduanera y administrativa ni a los casos en que el Estado incurra en responsabilidad por acciones u omisiones en el ejercicio de su autoridad (*acta iure imperii*). Para decidir si un Estado

Comentario de Legislación

Viene de pg. 11

La Directiva 2008/52/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de mayo de 2008, sobre ciertos aspectos ...

actúa, *in casu*, con «potestad de *imperium*», debe analizarse la «naturaleza de las relaciones jurídicas entre las partes» y/o el «objeto del litigio» (10). Sin embargo, cuando un Estado o ente público interviene en una relación jurídica a título de particular (*iure gestionis*), la Directiva sí sería teóricamente aplicable (STJCE de 14 de noviembre de 2002, *Steenbergen*; STJCE de 15 de mayo de 2003, *Préservatrice*), pues ya no sería una mediación de Derecho público, sino una mera mediación civil o mercantil.

15. Desde la óptica del ámbito territorial de la CE, el artículo 1 considera como Estados miembros de la Comunidad Europea a todos los Estados miembros, con la excepción de Dinamarca. Esto se debe a que Dinamarca no participa en la cooperación judicial civil (arts. 1 y 2 del Protocolo sobre la posición de Dinamarca anexo al Tratado de la Unión Europea y al Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea, y art. 1.3 de la Directiva). Por su parte, el Reino Unido e Irlanda tienen un derecho de opción positivo en este ámbito. Habiéndolo ejercido ambos en sentido afirmativo, ambos son parte de la Directiva (considerandos 29 y 30 de la Directiva).

III. Mediación y mediador

16. Según la Directiva, la mediación es «un procedimiento estructurado, sea cual sea su nombre o denominación, en el que dos o más partes en un litigio intentan voluntariamente alcanzar por sí mismas un acuerdo sobre la resolución de su litigio con la ayuda de un mediador». Parece que, en principio, se tiene un concepto amplio de la mediación, de tal manera que abarcaría diversas figuras en las que el tercero intenta que las partes lleguen a un acuerdo. Este concepto amplio de la mediación viene, sin embargo, delimitado por tres notas esenciales: presupone la existencia de un litigio, el tercero asiste a las partes para que sean estas mismas las que lleguen a un acuerdo, y se trata de un procedimiento estructurado.

17. Por su relación con la existencia de un litigio, cabe diferenciar entre dos mediaciones: la mediación de proyecto y la mediación de conflicto o de litigio. La mediación de proyecto tiende a facilitar negociaciones delicadas o complejas con vistas a alcanzar un acuerdo sobre materias en las que no existe conflicto previo alguno (11). Esta mediación de proyecto está excluida del ámbito de la Directiva (considerando 11) y sólo se contempla la mediación de conflicto, la mediación en cuanto ADR.

18. La mediación presupone que son las partes las que intentan voluntariamente llegar a un acuerdo, pero con la asistencia de un tercero llamado mediador. Esta nota de voluntariedad entre las partes y función de asistencia del tercero-mediador excluye los procedimientos que tienen una cierta naturaleza cuasi-judicial, como el arbitraje, procesos en que el tercero formula recomendaciones, vinculantes o no, sobre la solución del conflicto, etc. (considerandos 10 y 11).

19. Dado que la Directiva no regula el procedimiento ni concreta el modo en que se inicia la mediación, la definición de mediación es la que debe evitar que se incluya todo supuesto en el que, sin seguirse procedimiento alguno, se ha producido una intervención de un tercero para que las partes que se encuentran en una disputa solventen sus diferencias, aunque tal intervención sea meramente accidental y espontánea. Para excluir éstos supuestos de mediación *ad hoc* había que dejar claro que la mediación no era una intervención espontánea de tercero, sino un verdadero procedimiento estructurado. En cuanto tal procedimiento estructurado, puede ser posible determinar una fecha en la que comienza el mismo.

20. Si se reúnen los caracteres anteriormente mencionados, estamos ante una auténtica mediación como ADR (12). Es indiferente que el recurso a la mediación tenga su origen en la iniciativa de las partes, en prescripción del Derecho de un Estado miembro o en lo que podemos llamar remisión a la mediación (art. 3.1 de la Directiva).

21. Con respecto de la mediación a la que se acude por iniciativa y voluntad de las partes, se planteó en el libro verde la posibilidad de que se pactara por contrato que las controversias que surgieran en su ejecución se intentarían resolver por vía de la mediación con carácter previo al ejercicio de cualquier tipo de acción judicial. Esta posibilidad, en principio, sería admisible conforme al principio de libertad de pactos. No obstante, el temor a que se estableciera como condición general en contratos de adhesión y que con ello se perjudicara el derecho de la parte más débil a tener libre acceso a los tribunales hizo que tal posibilidad no fuera incorporada en el proyecto de Directiva. Sin embargo, pudiera haberse explorado la posibilidad de que se estableciera dicha cláusula en un contrato de adhesión, pero haciendo depender de la sola voluntad del consumidor el acudir a la mediación, si lo desea, con carácter previo al ejercicio de la acción judicial. En todo caso, la mediación a iniciativa de las partes requiere del concurso de voluntades de las mismas para acudir al procedimiento de mediación (considerandos 10 y 13 y art. 3 de la Directiva). Del mismo modo, aunque no sea exigido expresamente por la Directiva, convendría que en la transposición se exigiera que constara de manera cierta la aceptación libre y consciente de la mediación por ambas partes y su fecha. Ello ayudaría a hacer de la mediación un procedimiento estructurado (lo que permitiría excluir los supuestos de mediación *ad hoc*) y a tener una fecha cierta a efectos de la interrupción o suspensión de plazos (art. 8 de la Directiva, del que hablaremos posteriormente).

22. La posibilidad que autoriza la Directiva de que el procedimiento de mediación sea prescrito por ley permite salvaguardar los supuestos en que se considere preciso imponer legalmente la misma. La imposición obligatoria de la mediación como requisito previo al ejercicio de acciones judiciales puede sonar extraña,

pero, sin embargo, no nos es ajena a nuestro Derecho. Existen algunos supuestos, como ocurre con la conciliación obligatoria previa al proceso laboral ante el servicio administrativo correspondiente o ante el órgano que asuma estas funciones (artículos 63 y siguientes de la Ley de Proceso Laboral, LPL), o con la mediación en caso de controversia en materia de invenciones laborales (artículo 140 de la Ley 11/1986, de 20 de marzo, de Patentes). Podrían plantearse otros ámbitos en los que podría ser interesante esta mediación, como en ciertos supuestos de responsabilidad civil.

23. La remisión a la mediación que pueda efectuar el órgano judicial se encuentra contemplada en los artículos 3 y 5. El artículo 3 viene a decir que si se dan los caracteres que señalamos como definidores de la mediación, es indiferente que se origine por sugerencia u «orden» de un tribunal. El artículo 5 desarrolla esta idea, indicando que «el órgano jurisdiccional que conozca de un asunto, cuando proceda y teniendo en cuenta todas las circunstancias del caso, podrá proponer a las partes que recurran a la mediación para solucionar el litigio. Asimismo, el órgano jurisdiccional podrá pedir a las partes que asistan a una sesión informativa sobre el uso de la mediación, si se celebren tales sesiones y si son fácilmente accesibles». Con ello se distingue entre: a) la posibilidad que ha de tener siempre el órgano jurisdiccional de invitar (pero no imponer) a las partes a acudir a la mediación; y b) la posibilidad que se atribuye al tribunal para pedir a las partes a que acudan a una sesión informativa sobre la misma, para que conozcan las ventajas que les puede ofrecer una solución «pacífica» y extrajudicial del conflicto, pero salvaguardando el derecho de las partes a tener libre acceso a los tribunales, si así prefieren dirimir su controversia. Parece que, al tratarse de una mera sesión informativa, la misma debería de ser gratuita y no suponer coste alguno para las personas en conflicto. Esto debe de ser lo que se quiere significar al indicar que debe ser «fácilmente accesible» la sesión informativa. Sobre quién hará esa sesión informativa tampoco se dice nada, por lo que los Estados miembros podrán reglar la materia como consideren conveniente (13).

24. El apartado segundo del artículo 5 consagra que «la Directiva no afectará a la legislación nacional que estipule la obligatoriedad de la mediación o que la someta a incentivos o sanciones, ya sea antes o después de la incoación del proceso judicial, siempre que tal legislación no impida a las partes el ejercicio de su derecho de acceso al sistema judicial». La razón de ello es que, en determinados Estados miembros, el no acudir a la correspondiente sesión informativa o a un intento de mediación puede tener repercusiones en cuanto a las costas del proceso. Se trata así de permitir a los Estados miembros que puedan mantener o establecer este sistema con el objetivo de «incentivar» a las partes a acudir a la mediación. Constituiría un sis-

Comentario de Legislación

Viene de pg. 13

La Directiva 2008/52/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de mayo de 2008, sobre ciertos aspectos ...

tema similar al establecido en España para el orden jurisdiccional social en el que si la parte no acude al intento de conciliación previo al proceso laboral y, posteriormente, la sentencia que se dicte es contraria al mismo, le pueden ser impuestas determinadas sanciones pecuniarias (artículos 66.3 y 97.3 de la LPL).

25. La Directiva define al mediador como «todo tercero a quien se pida que lleve a cabo una mediación de forma eficaz, imparcial y competente, independientemente de su denominación o profesión en el Estado miembro en cuestión y del modo en que haya sido designado o se le haya solicitado que lleve a cabo la mediación». Se permite incluso que pueda ser mediador un juez, siempre que no esté vinculado al litigio, lo que permitiría que se designaran jueces o tribunales para esta función. En cambio, las gestiones que el juez competente pueda realizar en el curso del proceso para resolver el litigio (14) no autorizan a calificar tal actividad como mediación, ni al juez como mediador (artículo 3). La Directiva no regula la figura del mediador, pero la Comisión ha adoptado un código de conducta en materia de mediación que, sin carácter vinculante, establece determinados criterios respecto de los requisitos y comportamientos que se entiende debe cumplir un buen mediador (15).

IV. Eficacia del acuerdo obtenido a través de la mediación

26. La Directiva impone que los Estados miembros garanticen que las partes, o una de ellas con el consentimiento explícito de las demás, puedan solicitar que se dé carácter ejecutivo al contenido de un acuerdo escrito resultante de la mediación (art. 6). Si la mediación produce como resultado la consecución de un acuerdo, debe intentar garantizarse el mismo de modo que no quepa la posibilidad de abrir o reabrir un proceso judicial sobre el fondo del asunto. Se conseguiría así una verdadera eficacia de la mediación como un método alternativo al proceso judicial para la solución de controversias, evitando que se convierta en un simple procedimiento previo al proceso judicial.

27. Se exige para que se dé carácter ejecutivo al acuerdo que el mismo no sea contrario al Derecho del Estado miembro donde se formule la solicitud (como lo sería si dispusiera de derechos indisponibles). La sanción u homologación de un acuerdo es algo que el tribunal o autoridad, en ocasiones, debe apreciar en equidad, por lo que no debería producirse en los casos en los que el acuerdo pueda ser claramente lesivo a los intereses de una de las partes o de un tercero (con especial consideración respecto de los menores), debiendo entenderse autorizado este supuesto de no otorgamiento de carácter ejecutivo en la referencia que la Directiva hace en este punto al Derecho nacional.

28. El hecho de que se le haya dado carácter ejecutivo al acuerdo, bien por vía judicial, bien por otra vía, no afecta a las reglas sobre reconocimiento y eje-

cución de resoluciones judiciales y extrajudiciales en la UE, de tal modo que esos acuerdos sólo gozarán de la exención de exequátur para su ejecución en Estado miembro diferente a aquél en el que se le ha conferido carácter ejecutivo en los casos así previstos por la normativa comunitaria, pudiendo tener especial trascendencia con respecto del Reglamento 805/2004 de título ejecutivo europeo (16).

29. Expuesto lo anterior, quisiéramos hacer diversas observaciones: a) por una parte, quizá sería conveniente dar a las partes un periodo de retractación o reflexión, de tal modo que el acuerdo privado suscrito entre ellas como resultado del procedimiento de mediación carezca de todo valor (incluido el valor propio de los documentos privados) si no lo ratifican transcurrido un periodo de tiempo, o bien dar a las partes la posibilidad de privar al acuerdo de todo valor mediante declaración en tal sentido dentro de un determinado periodo de tiempo, que necesariamente debe ser breve; b) lo acordado en mediación y no homologado, confirmado u elevado a escritura es un mero negocio jurídico privado reflejado en documento privado. Su cumplimiento se deja a la buena fe de las partes y, si surge conflicto sobre el mismo, en defecto de nueva mediación y acuerdo, habría de solventarse la controversia judicialmente, lo que supondría acudir a un proceso, y quizá este proceso tendría un objeto aún más amplio que la controversia original. Parece conveniente, por tanto, la confirmación u homologación. Dicho esto, podemos distinguir dos hipótesis diferentes: a) casos en los que no existe relación alguna con un proceso judicial. En estos casos, la eficacia del acuerdo alcanzado en mediación es meramente contractual, similar, pues, a la eficacia de una transacción no judicial en nuestro Derecho civil (artículos 1809 y ss. CC) o del acuerdo de conciliación previo al proceso laboral (artículo 67 LPL). Su inclusión en escritura pública, si constase con claridad la existencia de obligaciones susceptibles de ejecución, podría convertir estos acuerdos derivados de un procedimiento de mediación en títulos ejecutivos como los descritos en el artículo 517 de la LECiv, e incluso, si una obligación contenida en la escritura es un reconocimiento de deuda, podría dar lugar a la expedición de un certificado de título ejecutivo europeo conforme al Reglamento 805/2004 de título ejecutivo europeo para créditos no impugnados; b) mediación «judicial y legal». Nos referimos a los acuerdos adoptados en una mediación derivada de un proceso judicial seguida una vez iniciado el proceso así como los que por ley puedan requerir ser aprobados por la autoridad judicial (como por ejemplo el convenio regulador de la separación o el divorcio). Todos ellos deberían ser sólo objeto posible de homologación judicial y no notarial, y tendrían el mismo carácter ejecutivo que una sentencia (así lo establecen los artículos 1816 del CC, 517 de la LECiv y 84 de la LPL).

V. Confidencialidad del procedimiento respecto del proceso

30. Generalizando y simplificando mucho la cuestión sobre la confidencialidad de la mediación, cabían dos opciones.

31. Primera opción: supondría que el mediador no pueda ser testigo en juicio en el caso de que la mediación no alcance un resultado y haya de acudir a los tribunales. En definitiva, para la generalidad de los supuestos, el mediador quedaría legalmente incluido entre los testigos con deber de guardar secreto, si bien —a diferencia de lo que previene el artículo 371 de la LECiv— con carácter absoluto, por lo que no se atribuye la decisión última al tribunal, no pudiendo éste imponer la declaración. Esta opción se justificaría así: el carácter confidencial de la mediación es una de las piezas esenciales de la metodología de la mediación y una de las diferencias básicas con respecto del proceso judicial, que se rige por el principio de publicidad. Ninguna de las partes en conflicto va a exponer todas sus cartas en la mediación si tuviera el temor de que tales informaciones posteriormente van a ser utilizadas en su contra en un proceso judicial.

32. Segunda opción: la segunda opción determinaría que, si bien puede imponerse un deber general de confidencialidad con respecto del proceso de mediación, el tribunal, en última instancia, pueda decidir al respecto. Se trataría de una postura estrictamente asimilable a la contenida en el art. 371 de la LECiv, según el cual, «cuando por su estado o profesión el testigo tenga el deber de guardar secreto respecto de hechos por los que se le interrogue, lo manifestará razonadamente, y el tribunal, considerando el fundamento de la negativa a declarar, resolverá, mediante providencia, lo que proceda en Derecho». La justificación de esta posición sería: si se llega a juicio por fracasar la mediación, el deber último del tribunal deber ser impartir justicia, para lo que debe poder conocer todos los elementos de hecho y de derecho que pudieran determinar su decisión. No se trataría de negar la posible confidencialidad del procedimiento de mediación, sino de permitir que el tribunal, en casos excepcionales y de forma motivada, levante la misma en beneficio de la impartición de justicia.

33. El artículo 7 de la Directiva garantiza que ni mediadores ni personas implicadas en la administración del procedimiento de mediación estarán obligados a declarar en un proceso judicial civil o en un arbitraje sobre la información obtenida a lo largo de la mediación. Esta restricción no alcanza a los procesos penales, a los casos en que entren en juego consideraciones de orden público, como riesgo para los menores o cuando se trate de prevenir un daño a la integridad física o psicológica de una persona, y a aquéllos en que sea preciso para aplicar o ejecutar el acuerdo. Opta, por tanto, por la primera opción, pero la postura que propugna la posibilidad de que el media-

Comentario de Legislación

Viene de pg. 14

La Directiva 2008/52/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de mayo de 2008, sobre ciertos aspectos ...

dor sea llamado a declarar en juicio en casos excepcionales podría encontrar un cierto acomodo, en cuanto se deja fuera de la confidencialidad los casos en que entren en juego «consideraciones de orden público».

34. Se podría debatir sobre si las partes en la mediación deben guardar confidencialidad respecto de los datos que hayan conocido en la previa mediación en el caso de que ésta fracase y deba acudir a un proceso judicial, ya que es posible argumentar que se les podría privar con ello de la posibilidad de utilizar los medios apropiados para su defensa. No obstante, si se quiere generar un clima de acercamiento entre las partes en la mediación, parece que la confidencialidad respecto de los datos que hayan conocido en la misma debe garantizarse, siempre que esos datos no los haya obtenido la parte a quien favorezca también de otro modo. Por ejemplo, una de las partes podría presentar un documento en el procedimiento de mediación que le perjudique, y el mismo no podría presentarse en un eventual juicio por la parte a quien favorezca. Con ello, la parte de mala fe puede intentar acudir a una mediación para presentar informaciones que le perjudiquen, decidir dar por terminado el procedimiento de mediación y acudir a un proceso judicial en el que tales informaciones no podrían ser utilizadas contra él aun cuando la otra parte las hubiera obtenido o hubiera podido obtener también por otra vía. Nada al respecto dice la Directiva.

35. Hay que añadir que las leyes españolas sobre mediación recogen la confidencialidad y reserva del mediador con un alcance general. Así, el art. 9.e) de la Ley valenciana 7/2001, el art. 4 de la Ley 15/2003 canaria, el art. 11 de la Ley gallega 4/2001, el art. 26 de la Ley castellano-manchega 4/2005, de 24 de mayo, el art. 13 de la Ley catalana 1/2001... Pero las excepciones que se recogen al principio general de reserva y confidencialidad varían según la normativa ante la que nos encontremos (17).

VI. Efectos de la mediación sobre el transcurso de plazos

36. El artículo 8 se ocupa de los efectos de la mediación sobre los plazos de caducidad y prescripción. Los Estados miembros deberán garantizar que el hecho de que las partes opten por la mediación con ánimo de resolver un conflicto no les impida posteriormente iniciar un proceso o un arbitraje por haber vencido los plazos correspondientes durante el procedimiento de mediación.

37. Si se trata de plazos para el ejercicio de una acción, nuestro Derecho no contempla norma que de manera específica se refiera a la interrupción de la prescripción por consecuencia de la mediación. Podría entenderse incluido el supuesto de mediación en la referencia a la «reclamación extrajudicial del acreedor» (artículo 1973 del Código Civil), en cuanto la me-

diación pueda suponer la existencia de una controversia entre partes en el que una de las partes reclama algo a la otra o se reclaman mutuamente (18).

38. Una vez iniciado el proceso, los plazos previstos para el cumplimiento de los trámites procesales son de caducidad, y la misma no se interrumpe, sino que se suspende. La suspensión está prevista en el artículo 19.4 de la LECiv, que previene que «las partes podrán solicitar la suspensión del proceso, que será acordada mediante auto, por el tribunal, siempre que no perjudique el interés general o a tercero y que el plazo de suspensión no supere los sesenta días». Por tanto, la suspensión del proceso como consecuencia de la mediación no es ahora una medida necesaria que deba adoptar el tribunal tan pronto como tenga constancia del inicio del proceso de mediación, sino que se trata, en nuestro Derecho vigente, de una posibilidad para el caso de que las partes lo soliciten. Habrá que reflexionar sobre el momento en que debe producirse la suspensión (acuerdo de las partes, comunicación del mismo al tribunal o resolución posterior del tribunal...) y sobre si el plazo máximo que previene la LECiv se considera suficiente.

VII. Conclusiones

39. Fuera de frases típicas como «es mejor un mal acuerdo que un buen pleito», o la que figura en algunos juzgados norteamericanos, «el divorcio con-



madrid
20/01/09

LUGAR DE CELEBRACIÓN
Fundación Seguriboy
C./ Pío Baroja 16bis, 4
28012B Aranzadi (Madrid)



seminario sobre
**REESTRUCTURACION DE PLANTILLAS
DE ACUERDO CON LA LEY CONCURSAL
ANTE LA JURISDICCION MERCANTIL**

La posición de FOGASA en situaciones
de insolvencia del empresario

Puede inscribirse o recibir más información en el teléfono 948 297 185,
en www.aranzadi.es/aranzadi/formation o en el fax 948 280 319

La declaración del concurso: solicitud del deudor o de los acreedores.

La administración concursal.

De los efectos de la declaración del concurso en las relaciones laborales.

La posición del Fondo de Garantía Salarial en casos de insolvencia del empresario.

Membresías generales	367 €
Suscripciones Aranzadi y clientes Seguriboy Abogados	219 €
Asesorías FOGASA Aranzadi	112 €

Presio IVA incluido. Para otras modalidades, consulte
en el 948 297 185

Organizado

THOMSON
ARANZADI FORMACIÓN

FUNDACIÓN SEGURIBOY

ahorre e invierta en formación continua

Comentario de Legislación

Viene de pg. 15

La Directiva 2008/52/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de mayo de 2008, sobre ciertos aspectos ...

tencioso perjudica gravemente la salud», es claro que nuestra cultura del litigio no se va a superar con una simple Directiva comunitaria, sino que para ello hace falta una conciencia social que incentive el espíritu de compromiso y favorezca la posibilidad de acuerdo, viendo al mismo siempre como posible por lejano que parezca. Pero también es evidente que para alcanzar una cierta cultura de la mediación se debe dar a la misma una cierta publicidad y una mínima cobertura jurídica que garantice que por el

hecho de acudir a la mediación ninguna de las partes verá perjudicada su posición, haciendo, además, ver a las partes la posibilidad que existe de alcanzar un acuerdo ejecutable de una manera más simple, rápida y menos gravosa, tanto en lo económico como en lo personal, que mediante un proceso judicial. Por ello, la Directiva merece ser bienvenida en cuanto a sus intenciones y en cuanto al hecho de que no regule más extremos que los estrictamente necesarios para garantizar que la posición de las partes después

de acudir a la mediación nunca va a ser peor que la que tenían en origen. Esperemos que pueda ayudar a conseguir una progresiva conversión de la cultura de la reclamación en la cultura del acuerdo. Conversión que será lenta, pero permitirá que algunos conflictos destinados a solventarse en juicio y a crear animadversión entre las partes se resuelvan «casi amigablemente» y se reduzca, siquiera mínimamente, la abrumadora carga de trabajo que pesa sobre los tribunales. ■

Notas

(1) DO L 136/3 de 24.5.2008.

(2) Rafael Gil Nieves es abogado del Estado y consejero de Justicia en la Representación Permanente de España ante la Unión Europea. Formó parte de la delegación española que negoció esta Directiva en el Comité de Derecho Civil de la UE junto con el magistrado D. Pascual Ortuño Muñoz. Lo expresado en esta ponencia responde a la opinión del autor.

(3) Presentada por la Comisión Europea el 28 de octubre de 2004 (Documento 13852/04). Sobre la propuesta, ver R. GIL NIEVAS, «La Directiva de mediación en la Comunidad Europea», *Métodos alternativos de solución de conflictos: perspectiva multidisciplinar*, Dykinson, Madrid 2006.

(4) En este sentido, el preámbulo de la Directiva es abundante en citas al «acceso a la Justicia» (así, considerandos 2, 3, 5...).

(5) Sobre mejora del acceso a la justicia en los litigios transfronterizos mediante el establecimiento de reglas mínimas comunes relativas a la justicia gratuita para dichos litigios

(6) El ejemplo clásico es el derivado del artículo 7.c) de la Directiva 2002/8/CE, conforme al cual en los pleitos transfronterizos los beneficiarios de asistencia jurídica gratuita en ciertos casos tienen derecho al pago de los gastos de desplazamiento. En España, como en la inmensa mayoría de los Estados miembros, la asistencia jurídica gratuita no cubre esta prestación, por lo que, por ejemplo, para un mismo pleito en Irún, al beneficiario de justicia gratuita residente en Hendaia se le pagarían los gastos de desplazamiento, mientras que al beneficiario residente en Melilla no se le cubrirían esos costes.

(7) El considerando 8 ya viene a dar pistas en este sentido, al señalar que «nada debe impedir que los Estados miembros apliquen dichas disposiciones también a procedimientos de mediación de carácter nacional».

(8) Reglamento sobre competencia, reconocimiento y ejecución de resoluciones en materia civil o mercantil.

(9) Antes de la entrada en vigor del Tratado de Niza, todos los instrumentos en materia de cooperación judicial civil requerían de unanimidad de los Estados miembros reunidos en el Consejo previo informe no vinculante del Parlamento Europeo. Tras la entrada en vigor del mismo sólo se mantiene la unanimidad para las materias de Derecho de familia y para el resto se sigue el procedimiento de codecisión (art. 251 TCE), en el que las potestades decisorias se dividen entre el Parlamento Europeo y el Consejo, y en éste se actúa por mayoría cualificada y no por unanimidad.

(10) R. GIL NIEVAS/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, «Consideraciones sobre el Reglamento 805/2004, de 21 de abril de 2004, por el que se establece un título ejecutivo europeo para créditos no impugnados», *La Unión Europea ante el Derecho de la globalización*, pgs. 377 y ss.

(11) Ver M. BOURRY D'ANTIN/G. PLUYETTE/S. BENSIMON, *Art et techniques de la médiation*, Lexis-Nexis, Litec, París, 2004, pg. 12.

(12) Nuestra legislación positiva en la materia, básicamente autonómica y sobre mediación familiar, no tiene un concepto claro de mediación ni un concepto siempre acorde con las notas expresadas en la Directiva. Así, en algunos casos se hace referencia expresa a la posibilidad de los mediadores de proponer soluciones que pueden ser o no libremente aceptadas por los sujetos en conflicto (artículo 7 de la Ley 4/2001, de 31 de mayo, del Parlamento Gallego, sobre mediación familiar), en otros la referencia se hace a la obligación del mediador de «ayudar a buscar posibles soluciones al conflicto planteado» (artículo 19 de la Ley 1/2001, de 15 de marzo, del Parlamento Catalán sobre mediación familiar, destinada a ser sustituida por una nueva Ley en plazo,

pues el 27 de mayo de este año se presentó por el Gobierno catalán un Proyecto de Ley sobre mediación), lo que implícitamente podría comprender la posibilidad de proponer un acuerdo que puede o no ser aceptado por las partes. En otros casos se habla de «promover la comprensión entre las partes», propiciando que «las partes tomen sus propias decisiones disponiendo de la información y del asesoramiento suficiente para que desarrollen los acuerdos de una manera libre, voluntaria y exenta de coacciones» (artículo 9 de la Ley 7/2001, de 26 de noviembre, del Parlamento de la Comunidad Valenciana sobre mediación familiar, y artículo 8 de la Ley 15/2003, de 8 de abril, del Parlamento Canario de mediación familiar)...

(13) Una posibilidad que podría analizarse en España es que esta sesión informativa se desarrolle en el propio tribunal a través de los secretarios judiciales, a los que el artículo 456.3.c) de la Ley Orgánica del Poder Judicial les atribuye competencia en materia de conciliaciones, desarrollando la labor mediadora que le es propia.

(14) Intento de conciliación realizado ante el tribunal o intentos de acuerdo o transacción impulsados por éste una vez iniciado el proceso.

(15) http://europa.eu.int/comm/justice_home/ejn/adr/adr_ec_code_conduct_en.pdf.

(16) Sobre título ejecutivo, véase R. GIL NIEVAS/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, op. cit., pgs. 381 y ss., y A. FERNÁNDEZ-TRESGUERRES, «El título ejecutivo europeo para créditos no impugnados y, en particular, el título ejecutivo europeo notarial», *Noticias de la UE*, 2007, n.º 269, pgs. 25 y ss. Además del ya citado Reglamento 805/2004, deben considerarse los Reglamentos 44/2001 del Consejo, de 22 de diciembre de 2000, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, y al Reglamento 2201/2003, del Consejo, de 27 de noviembre de 2003, relativo a la competencia, el reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental, por el que se deroga el Reglamento (CE) n.º 1347/2000.

(17) Por ejemplo, la Ley 1/2001 catalana, después de prohibir ser testigo o perito en juicio, exceptúa la información no personalizada utilizada para fines de formación e investigación, así como los supuestos en los que exista una amenaza para la vida, integridad física o psíquica de una persona y los casos en los que existan hechos delictivos perseguibles de oficio; la Ley canaria 15/2003 recoge, con carácter general, la obligación de confidencialidad, sin prever excepción alguna; la Ley castellano-manchega 4/2005, de 24 de mayo, impone al mediador el deber de mantener reserva respecto de los hechos conocidos en el curso de la mediación, salvo que el levantamiento de la misma sea compatible con la legislación vigente respecto al secreto profesional o exista aceptación expresa de ambas partes, especificando después que el deber general de confidencialidad cesa en el caso de que todas las partes del procedimiento lo autoricen, así como en los casos previstos en las leyes procesales si el juzgado o Ministerio Fiscal requieren el expediente... La legislación de transposición deberá uniformar este aspecto de la confidencialidad de la mediación en las relaciones con el proceso judicial de acuerdo con los criterios impuestos por la Directiva.

(18) En Cataluña –dado que el artículo 121.11.b) de la Ley 29/2002, del Código Civil de Cataluña, al referirse a las causas de interrupción de la prescripción recoge el «inicio del procedimiento arbitral relativo a la pretensión o la interposición de la demanda de formalización judicial del arbitraje»–, podría también entenderse que existe un apartado específico relativo a la interrupción de la prescripción como consecuencia de los ADR, y al existir una norma específica podría incluso considerarse inaplicable a la mediación la causa de interrupción del apartado c), que es la «reclamación extrajudicial de la pretensión».