**CURSO DE MEDIACIÓN MERCANTIL**

***"PRINCIPIOS DE LA DIRECTIVA EUROPEA 52/2008, SOBRE MEDIACION EN EL ÁMBITO CIVIL Y MERCANTIL"***

**Pascual Ortuño Muñoz**
**Magistrado de la Audiencia Provincial de Barcelona**

SUMARIO

I. Introducción. II. Diferencias esenciales entre el proceso judicial, la conciliación y la mediación. III. ¿Necesita la mediación ser regulada? IV. ¿Cuáles son las razones de una regulación de la mediación por la Unión Europea? V. ¿Qué objetivos señala la Directiva sobre la Mediación? VI. ¿Qué aspectos más relevantes se abordan? VII. Reconocimiento y ejecución de los acuerdos en el ámbito internacional VIII. Cuestiones de la regulación que quedan excluidas de la Directiva ADR. IX. Conclusiones finales.

## I. Introducción

Pretendo con este texto compartir algunas preocupaciones y poner de manifiesto algunas reflexiones que inciden en una faceta singular de los métodos alternativos de resolución de controversias (ADR), cual es la de la vertiente jurídico-formal de la mediación como proceso dinámico, desde el momento en el que se inicia y las consecuencias que de ello se pueden derivar, su desarrollo y su finalización, con acuerdo o sin él. Existen en todas estas fases el proceso determinados aspectos jurídicos en la metodología de resolución de controversias conocida como mediación, que trascienden del ámbito del modelo e incluso de los principios deontológicos, para situarse en un plano jurídico formal, puesto que son un requisito previo de la eficacia que pueda ser reconocida socialmente a los acuerdos de mediación.

Dicha eficacia, por otra parte, tiene vocación de universalidad en cuanto a una gran parte de los conflictos sobre los que pretende incidir, puesto que en la sociedad actual el elemento transfronterizo ha dejado de ser la excepción para convertirse en algo común y usual, tanto en el mundo de los negocios, como en el de las relaciones interpersonales, familiares o sociales. Dicho de otra forma, muchos de los acuerdos que se alcancen en mediación van a desplegar su eficacia en algún momento en países distintos del lugar en el que se han adoptado y, por consiguiente, van a circular más allá de las fronteras de un Estado.

Respecto a las decisiones que se adoptan en los litigios judiciales, es decir, las sentencias dictadas por los jueces, existe una abundante regulación internacional para favorecer tanto la eficacia internacional de la fase de enjuiciamiento mediante las normas sobre competencia, ley aplicable, citaciones y práctica de pruebas, como en la fase posterior de reconocimiento y ejecución de las resoluciones adoptadas. Este complejo mecanismo es de suma utilidad, puesto que otorga seguridad jurídica a los ciudadanos, facilita la realización del derecho, evita duplicidad de juicios y favorece la circulación de sentencias y el consiguiente reconocimiento de derechos y obligaciones más allá de las fronteras de un determinado Estado. En la actual fase de implantación de la mediación, como sistema alternativo y complementario al de la vía judicial clásica para la resolución de conflictos, nos encontramos con los mismos problemas

anteriormente citados respecto al de las sentencias judiciales, es decir, hace falta un sistema que, en beneficio de los ciudadanos, otorgue seguridad jurídica al proceso de mediación y que permita su eficacia universal cuando el ámbito del conflicto trascienda de las fronteras de un Estado.

El objeto de este trabajo es, precisamente, el de las previsiones que se están adoptando para que la mediación pueda ser un instrumento útil y eficaz en el espacio común de la Unión Europea.

## II. Diferencias esenciales entre el proceso judicial, la conciliación y la mediación

Existen determinados conflictos sociales, por su complejidad intrínseca no pueden ser resueltos eficazmente con los clásicos instrumentos de enjuiciamiento, sino que requieren una metodología de trabajo interdisciplinar, puesto que los aspectos legales inciden únicamente en una parte del problema.

Desde la perspectiva de la justicia como servicio público, el proceso judicial no sólo resulta frío para abordar de forma completa la solución de determinados conflictos, sino notoriamente insuficiente. Por esta razón se viene introduciendo en los últimos años la utilización de la mediación como instrumento auxiliar de la justicia, sobre la base de la práctica en otros países de nuestro entorno que muestra la mayor adaptación de esta metodología para dar una mejor respuesta a los intereses en juego que subyacen en determinados tipos de conflictos en los que las partes implicadas necesitan mantener una relación posterior viable: comunidades de propietarios, socios de entidades jurídicas, miembros de un colectivo específico, consumidores y usuarios, familia (separaciones, conflictos intergeneracionales, sucesiones), vecinos, arrendadores e inquilinos, miembros de una comunidad escolar, etc.

La mediación no es otra cosa que una metodología de trabajo con vocación de construcción científica, distinta a la metodología que se utiliza en el procedimiento contencioso clásico. No puede ser confundida con la actividad negocial que realizan los abogados ni tampoco con la conciliación judicial, aun cuando ésta, tanto si realiza por los jueces como por personal judicial directamente ubicado en el seno de los tribunales, tiene también su incidencia y su significado propio. Cuando la conciliación judicial está previamente estructurada y preparada, se suele denominar “mediación de autoridad”.

Desde luego, en una praxis correcta de la mediación, debe abstenerse el mediador de ofrecer una solución que, sin duda, no será la que las propias partes puedan decidir como la más idónea, pero en el desenvolvimiento del proceso de racionalidad sobre el que, en definitiva, gira la actividad mediadora, la oportunidad de desplegar el abanico de posibles caminos entre los que optar, puede ser de gran utilidad. Para ello deben ser analizados los complejos sistemas de relaciones, emociones, motivaciones e intereses en juego que subyacen en cada conflicto.

Ante la tarea de implantar la práctica de la mediación como instrumento de realización eficaz de la justicia, es necesario que desde todos los ámbitos profesionales implicados, la justicia, la abogacía, el colectivo de mediadores y las entidades públicas que legal y reglamentariamente tienen encomendada esta función, se realice un esfuerzo de comprensión de la metodología de trabajo, del papel que cada uno de estos profesionales ha de desempeñar. Por esta razón puede ser útil la representación gráfica de un cuadro comparativo de las características esenciales de las distintas metodologías: la del proceso clásico judicial de controversia, la conciliatoria en sede del propio tribunal, tanto si se realiza por un juez, por el secretario o por un conciliador judicial y, finalmente, la que se utiliza en la mediación, de cuyo análisis se derivan los principios esenciales que analizó el Libro Verde y que en la actualidad han sido trasladados, como principios esenciales, al proyecto de Directiva que la Unión Europea prepara sobre esta materia.

***CUADRO COMPARATIVO DE LAS CARACTERISTICAS ESENCIALES DE LAS DIVERSAS METODOLOGIAS DE TRATAMIENTO DE LOS CONFLICTOS***

| **PUNTO DE VISTA** | **PROCESO JUDICIAL** | **CONCILIACIÓN (*MEDIACIÓN DE AUTORIDAD*)** | **MEDIACIÓN PURA** |
|---|---|---|---|
| **PROCEDIMIENTO** | Formal y rígido<br><br>Regulado por la ley | Formal/ flexible<br><br>El juez impone las reglas | Informal<br><br>El mediador pacta las reglas con las partes |
| **PODER DEL TERCERO** | Autoridad e imperium<br><br>Ejerce el poder actual | Autoridad referencial<br><br>Se absbtiene de ejercer el poder actual | Carece de autoridad previa<br><br>Ejerce poder de dirección |
| **ROL DEL TERCERO INTERVINIENTE** | Juzga y decide coactivamente *(decisionismo)* | Propicia el acuerdo entre las partes *(transacción)* | Facilita la comunicación *(solución)* |
| **ROL DEL TERCERO ANTE EL INCUMPLIMIENTO** | Ejecutará de forma coactiva la decisión | Ejecutará de forma coactiva el acuerdo | No interviene en la fase de ejecución |
| **PROYECCIÓN PUBLICA** | Publicidad *(luz, taquígrafos, focos y cámaras)* | Publicidad atenuada *(luz, sin taquígrafos ni cámaras)* | Confidencialidad Secreto, intimidad (*Posibilidad de "caucus")* |
| **LIBERTAD DE EXPRESIÓN** | "Todo lo que se diga puede ser utilizado en su contra" | "Lo que se diga no servirá de nada si no hay acuerdo"<br><br>En el contencioso sólo servirá lo que en él se pruebe | Lo que se diga no tendrá reflejo en el proceso futuro.<br><br>Secreto profesional del mediador. |
| **ACTITUD DE LA PARTICIPACIÓN** | Juego de póker *(no colaboración)* | Juego del dominó *(colaboración media)* | Rompecabezas *(colaboración alta)* |
| **CARÁCTER DE LA INTERVENCIÓN** | Obligatoria | Obligatoriedad atenuada | Voluntaria |
| **PRESENCIA DEL ABOGADO** | Permanente Preceptiva* *(es la voz de la parte)* | Papel secundario de asesoramiento *(habla directamente la parte)* | El protagonista es el ciudadano *(el abogado asesorará antes o después)* |
| **EXPECTATIVAS** | Ganar o perder<br><br>Estrategia bélica *(el proceso es el campo de batalla)* | Ganar algo y perder algo<br><br>*(estrategia negociadora)* | Ganar y Ganar<br><br>Re-solvere: desatar *(estrategia de gestión)* |

## III. ¿Necesita la mediación ser regulada?

Esta cuestión nos lleva a analizar, con carácter previo, si la mediación precisa de una regulación, puesto que no es opinión pacífica que se necesite una norma o un conjunto de normas públicas que se refieran a esta materia. Desde el campo de la metodología se suele decir que, a diferencia del proceso judicial, la mediación representa una opción alternativa mucho más flexible, natural y libre de toda regla que la condicione. Desde luego esta argumentación tiene una sólida base puesto que, al analizar las diferencias entre proceso judicial y mediación, la ausencia de reglas preestablecidas, la libertad del propio proceso es una de las características que definen la metodología de la mediación frente al proceso contradictorio (o controversarial si utilizamos el anglicismo al uso), y precisamente la adaptabilidad de la mediación a las necesidades de las partes en conflicto se contradice con la existencia de normas fijas preestablecidas.

Desde luego comparto esta opinión, pero no es correcto otorgar un valor absoluto a la característica de la libertad de forma, puesto que la misma está referida a la dinámica de actos del propio proceso de mediación y a la libertad metodológica que debe ser empleada, pero no puede transpolarse a otras esferas de posible regulación necesaria, esencialmente cuando pretendamos que la mediación sea reconocida socialmente como instrumento de resolución de conflictos, con eficacia frente a terceras personas que no hayan intervenido en el proceso de mediación, y con la eventualidad de recabar el auxilio de la autoridad pública para que se de cumplimiento a los acuerdos alcanzados.

Es decir, cuando la mediación incide en un conflicto privado entre dos personas que voluntariamente optan por acudir a este sistema para solucionar sus controversias y alcanzar un acuerdo entre ellos, con la finalidad de cumplirlo también voluntariamente, desde luego que no hace falta una regulación del proceso, ni de las garantías del acuerdo. Pero es de advertir que este "modus operandi" es más parecido al de una terapia psicológica o al de una intervención de lo que el derecho clásico conocía como del "amigable componedor". La eficacia del acuerdo alcanzado quedaba condicionada a la persistencia de la buena voluntad de las partes que habían intervenido, pero sin efectos ante la sociedad, sin que la sociedad, en nombre de uno de ellos, pudiera exigir después el cumplimiento de lo acordado o de lo resuelto. Cuando la mediación es utilizada en este ámbito de la terapia o de las intervenciones sociales tendentes a la pacificación de conflictos de forma natural, no es necesaria regla ni norma alguna.

Mas la primera necesidad de una norma reguladora de la mediación, surge cuando se pretende garantizar que el mediador, tercero interviniente, sea una persona con una capacidad y una cualificación profesional determinada, es decir, cuando se pretenda dotar de un cierto grado de seguridad jurídica al sistema. Es una medida elemental de defensa dirigida a proteger la buena fe de los ciudadanos que acuden a una metodología de solución de conflictos alternativa, frente a las intervenciones que no reúnan un mínimo de seriedad y rigurosidad metodológica, pues de otra forma, además del daño que se podría producir a los ciudadanos interesados, el sistema quedaría cuestionado de forma inmediata. Es de resaltar que esta medida no incide únicamente en la formación exigible al mediador, sino también en la atribución al mismo de una responsabilidad profesional por las actuaciones que realice, la exigencia de las obligaciones de imparcialidad, objetividad y neutralidad que están en la base del sistema y, por último, a la vinculación del mediador a un mínimo de normas deontológicas que le sean exigibles.

La segunda necesidad es la de garantizar los principios básicos de la metodología, que son la voluntariedad de las partes y la confidencialidad del método, que no pueden ser garantizadas sin el reconocimiento por el sistema jurídico.

La eficacia de los acuerdos requiere que éstos sean claros, libremente adoptados, debidamente informados y queridos por las partes de forma inequívoca.

Por último, si se pretende extender la mediación a los ámbitos de las relaciones sociales que gozan de una especial protección por la ley, como las relaciones de filiación, de familia o de conflictos generacionales, es preciso que en los acuerdos queden garantizados los derechos denominados de orden público mediante la homologación de los mismos por la autoridad judicial.

## IV. ¿Cuáles son las razones de una regulación de la mediación por la Unión Europea?

La razón principal para una regulación común en el ámbito de la Unión Europea radica en la existencia de lo que se denomina espacio común europeo de seguridad y justicia. La desaparición de las fronteras interiores entre los Estados Miembros (EEMM en adelante) supone que los ciudadanos pueden establecerse libremente en cualquier lugar de la Unión, y desarrollar en el mismo su entramado de relaciones sociales. De dichas relaciones surgen conflictos que necesitan ser resueltos extendiendo su eficacia a todo e territorio, por lo que una de las líneas fundamentales de actuación desde el Tratado de Ámsterdam hasta la Constitución Europea que la consolida, es la de garantizar la libre circulación de las resoluciones judiciales y el mutuo reconocimiento de los derechos, tal como si se tratase de un único país, en la visión tradicional de la soberanía que siempre ha preservado la administración de justicia como una competencia exclusiva y excluyente de cada Estado, para ser ejercida dentro de sus fronteras.

Se configura la mediación como un sistema autónomo, complementario y alternativo a la vez, respecto al sistema judicial clásico para la resolución de controversias. La Directiva presenta un mínimo homologable de carácter común para toda Europa, con la finalidad de que se garantice de forma igual la vigencia de unos principios comunes que permita reconocer la efectividad de los acuerdos, sin ulteriores dificultades, en cualquier EEMM. Con ello se pretende que exista una línea de actuación de convergencia legislativa en la materia, precisamente en una fase en la que la mediación está en un proceso de desarrollo todavía muy incipiente en la mayor parte de los EEMM para que, sin menoscabo de las competencias internas, se pueda disponer de legislaciones estatales con rasgos mínimos uniformes, evitando con ello los problemas que se plantean en otras esferas del derecho en las que la consolidación de leyes históricas diferentes, dificulta en gran medida la implantación de unas instituciones similares en el ámbito comunitario.

Por otra parte, desde la Comisión de la Unión Europea y con la perspectiva de un espacio judicial común, se pretende que la implantación de los ADR sea un signo de identidad de la nueva Europa, a la vez que un medio para abordar la crisis de la administración de justicia, que no es únicamente un problema nacional, sino que representa un grave problema común de todos los estados miembros. En esta línea se encuentra la Recomendación 98/257/CE sobre procedimientos extrajudiciales, en la que propugna la intervención de un sistema alternativo al judicial para la resolución de conflictos basado en la intervención de un tercero mediador, ante la desproporción de los costes económicos del juicio contencioso y la peculiaridad de los intereses ventilados en determinados litigios.

Como desarrollo de este interés deben citarse las conclusiones de la Presidencia del Consejo de Viena de diciembre de 1998, (apartado 83), que destaca la necesidad de desarrollar la mediación en los conflictos familiares transnacionales y el acuerdo de la Comisión de 9.4.2001 sobre mediación y derecho de consumo. La Recomendación de 29 de mayo de 2000 recoge el acuerdo de los ministros de justicia para la búsqueda y desarrollo de métodos alternativos en el ámbito civil y comercial, convencidos de la eficacia de los mismos. En el Acuerdo de 15 de marzo de 2001 la Comisión analiza la conveniencia de implantar la mediación en el ámbito penal para salvaguardar los derechos de las víctimas. El acuerdo de 7 de mayo de 2001 promueve la creación de la red FINNET, para la resolución de los conflictos en el ámbito financiero. Finalmente, en cuanto a las relaciones laborales, el Consejo europeo de Bruselas, Laeken, de diciembre de 2001 insistió en la importancia de prevenir y resolver los conflictos sociales, y

muy especialmente los de carácter transnacionales, mediante mecanismos voluntarios de mediación.

En cuanto al tema que nos ocupa, el Consejo de la Unión Europea en sus conclusiones de 29.5.2000 pidió a la Comisión que elaborara un Libro Verde, o estudio legislativo preliminar, sobre los ADR y, tras la "encuesta" de 30 de marzo de 2001, la Comisión presentó en Bruselas el día 19 de abril de 2002 el "Libro Verde sobre las modalidades alternativas de solución de conflictos en el ámbito civil y mercantil". Con este texto se inició la reflexión y el diálogo entre los EEMM sobre las ventajas e inconvenientes de esta metodología, al tiempo que promovió el análisis de los problemas jurídicos que planteaba. Desde esta perspectiva se recabó la opinión de expertos de la forma más abierta posible, con una audiencia pública sobre el tema que se celebró el 21 de febrero de 2003. Posteriormente el 22 de octubre de 2004 fue publicado en el Diario Oficial CE el proyecto de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles. Este proyecto legislativo, tras su discusión por el comité de Derecho Civil del Consejo Europeo, y el Parlamento Europeo, en procedimiento de codecisión, dio lugar a la Directiva 52/2008.

La propia norma establece la obligación de los EEMM de efectuar la trasposicion al derecho interno antes del 11 de mayo de 2011, lo que quiere decir que España ya ha incumplido la obligación impuesta y se encuentra en la tesitura de que abra un expediente sancionador. El proyecto de Ley presentado por el último gobierno de Rodríguez Zapatero en febrero de 2011 ha decaído, y únicamente Cataluña ha realizado una trasposición parcial con la Ley de Mediación de 2009.

## V. ¿Qué objetivos señala la Directiva sobre la Mediación en el ámbito civil y mercantil?

Destaca la propia fundamentación de la Directiva en su exposición de motivos, que la finalidad que pretende es la de mejorar el acceso a la justicia de los ciudadanos, entendiendo como tal la asequibilidad de una "resolución justa" en un tiempo razonable, mediante la inserción de la mediación en el sistema de resolución de controversias, con características distintas a la vía judicial clásica pero muy cercano a ella, estableciendo los vínculos entre proceso judicial y proceso de mediación, lo que significa perseguir los siguientes objetivos:

a) **Alcanzar acuerdos que sean prácticos**. Esta cualidad es ciertamente novedosa en textos jurídicos, por cuanto supone un enfoque moderno del papel de la justicia en las sociedades democráticas que supone la definitiva superación del concepto de justicia como "venganza". Aquí no se sobrevalora la adecuación de la solución a la previsión legal que demanda el clásico principio de legalidad, por cuanto desde una perspectiva plurinacional el operador jurídico se va a encontrar con un abanico de soluciones legales diferentes, y no por ello menos ajustadas a cada una de las legalidades que concurran. Por el contrario, supone la posibilidad de evitar toda la problemática que un juez que vaya a actuar con la metodología clásica jurisdiccional va a encontrarse respecto al conflicto de leyes y a la determinación del foro competente para enjuiciar el litigio. Por ello se destaca que la mediación es un método práctico. Ciertamente el "deber ser" de la ciencia jurídica queda desnaturalizado, pero lo es en propio beneficio de los ciudadanos que están inmersos en un conflicto. Supone la facultad de los mismos de generar la solución que consideren justa, y que va a convenir a ambos. De alguna manera, las víctimas del conflicto no van a ser sujetos pasivos de la acción de la justicia, sino que van a pasar a ser los gestores del proceso y los definidores de la solución justa, en definitiva, de la ley entre las partes, que es como se define al contrato por la tradición jurídica. Este sentido práctico introduce un sentido utilitarista de la mediación, en tanto en cuanto puede servir para dar una respuesta rápida, ágil y conveniente a las diferencias entre las partes.
b) **Procurar un abaratamiento de costes**. Se pretende que con esta metodología se eviten los enormes costes que suele deparar un proceso judicial. Desde luego no significa que la mediación deba ser gratuita, puesto que cada EEMM regulará lo propio y lo lógico es

que coexistan ámbitos de gratuidad respecto a mediaciones propiciadas desde las administraciones en determinados contextos, cultural, social, escolar, familiar, etc.., con ámbitos en los que la mediación sea un servicio remunerado. Pero lo que es indudable es que los costes tienen que ser más baratos que los del proceso judicial, que comprende no únicamente lo que han de percibir los representantes de las partes, procuradores, abogados y peritos, sino también los mismos gastos de infraestructura personal y material del sistema judicial, en cada una de sus instancias, (los costes mínimos de un proceso en España, con independencia de la cuantía y excluyendo a los profesionales liberales, supone una cifra cercana a los de 3.000 €).

c) **Obtención de una solución rápida**. En una sociedad moderna como la que vivimos, el factor tiempo es esencial en la resolución de los conflictos. Obviamente en los de carácter personal en los que estén implicados factores emocionales, pero también en todos aquellos que tienen un trasfondo económico. Pensemos en relaciones de vecindad o de familia, o en conflictos empresariales por razones tecnológicas, de marcas o patentes o de responsabilidad civil.
d) **Propiciar acuerdos que sirvan para mantener una relación viable entre las partes**. No se trata de que se obtenga la pacificación absoluta de las relaciones entre las partes, pero sí de que pueda mantenerse un contacto viable entre las mismas. No hay que olvidar que la metodología propia de la mediación es especialmente indicada cuando las partes en un conflicto han de seguir relacionándose en el futuro.
e) **Facilitar el cumplimiento voluntario**. Uno de los grandes problemas de la ejecución de las resoluciones judiciales es que para el cumplimiento de las mismas se ha de desplegar una actividad coercitiva muy costosa en la fase de ejecución forzosa de las sentencias. La esencia de la mediación, por el contrario, es que la finalización el conflicto es pactada y asumida por ambas partes como la mejor posible para ambas, no como el mal menor del famoso dicho de que vale más un mal arreglo que un buen pleito. Se habla por tanto de "solución" y no de "decisión". Esta es impuesta, mientras que la primera es libremente aceptada. La consecuencia de ello es que la actividad en la fase de ejecución va a ser mínima, en todo caso muy reducida respecto a la resolución judicial. En un contexto internacional o transfronterizo este valor es de enorme importancia tanto si es en el ámbito de las relaciones personales como económicas.

## VI. ¿Qué aspectos más relevantes se abordan?

La Directiva es un instrumento de mínimos puesto que se pretende respetar al máximo el marco competencial de cada uno de los EEMM. El contenido normativo está sujeto a los principios de subsidiariedad y proporcionalidad, es decir, que completa lo que han de ser o son las legislaciones estatales, pero únicamente en aquellos extremos que resultan necesarios para los fines que se pretenden. En consecuencia no estamos ante una Ley europea que tenga vocación de regular minuciosamente y de forma completa todos los aspectos jurídicos relevantes de esta metodología, sino que se circunscribe a aquellos que resultan necesarios para garantizar que un acuerdo alcanzado en cualquier lugar del ámbito europeo, pueda ser eficaz, pueda reconocerse y pueda ejecutarse, en su caso, en otro lugar del espacio común.

Los aspectos que se han considerado relevantes son los siguientes:

a) **La definición de "mediación".** La técnica utilizada por la Directiva es la de formular definiciones abiertas para que no queden excluidas ni el gran abanico de intervenciones en mediación que se recogen por las leyes y prácticas internas de los EEMM. De esta forma define en su artículo 2 la mediación como todo proceso estructurado, cualquiera que sea su nombre, en el que dos o más partes en un litigio son asistidas por un tercero para alcanzar un acuerdo para su resolución, independientemente de si el proceso es iniciado por las partes, sugerido u ordenado por un órgano jurisdiccional o prescrito por el derecho nacional de un Estado miembro. Con esta definición queda claro que se deja a la competencia de cada uno de los Estados la definición del modelo de mediación por

el que se opta, sin condicionar que ésta sea de naturaleza pública o privada, que se desenvuelva en el ámbito extrajudicial o que esté vinculada a la actividad de los tribunales de justicia, al ámbito empresarial o sindical, o a las administraciones públicas estatales, autonómicas o municipales. Lo que si que quedan excluidas son las intervenciones del defensor del pueblo o de instituciones análogas, el arbitraje en todas sus manifestaciones, y la actividad conciliatoria que pueden desempeñar los jueces.

b) **La definición de "mediador"**. También aquí se respeta la competencia de cada legislación estatal y se opta por una referencia genérica al considerar como tal a toda aquella persona que lleve a cabo, como tercero, una mediación, con lo cual no se excluye en principio a ningún colectivo profesional ni queda restringida tampoco la condición de mediador a una profesión específica. No obstante esta amplitud en las definiciones, la directiva se refiere a la calidad exigible a los servicios de mediación, con lo que será necesario que el mediador disponga de una determinada formación y preparación para la realización de estas funciones.

c) **La voluntariedad**. La definición de este principio general de la mediación se realiza desde el refuerzo al derecho fundamental de todo ciudadano a recabar la protección de los Tribunales de Justicia, que es recogido en todas las constituciones y, específicamente, en el artículo 6 de la Convención Europea de Derechos Humanos. Desde este punto de vista la mediación no puede impedir ni directa ni indirectamente el acceso a la justicia, ni ser un sistema sustitutivo de la misma. Esto no quiere decir que sea admisible que los EEMM introduzcan sistemas de derivación a la mediación con un cierto carácter coactivo, como es el método más utilizado en el derecho comparado, que es el de la obligatoriedad de una sesión informativa, al objeto de que los ciudadanos puedan conocer de forma directa, y no mediante sus abogados, en qué consiste la metodología de la mediación.

d) **La confidencialidad**. El carácter reservado de la mediación en relación con la publicidad que caracteriza el proceso judicial, es una de las piezas esenciales de la metodología, pues se propicia que las partes en conflicto colaboren entre sí para buscar la solución más razonable y la mejor ajustada y conveniente a las circunstancias que concurren. Mas la presencia de este principio, junto con el de la voluntariedad, puede determinar que el proceso de mediación quede interrumpido sin haber alcanzado un acuerdo, y que cualquiera de las partes pueda activar la vía judicial, utilizando ante los tribunales la información obtenida en el ámbito de lo confidencial. Esta eventualidad implica la desactivación de la característica esencial del sistema de mediación. Ninguna persona expondría todas sus cartas ante el adversario si tuviera el temor de que posteriormente van a ser utilizadas en su contra. En consecuencia y para reforzar el carácter confidencialidad, es necesario establecer que el mediador no podrá ser llamado ante los tribunales en calidad de testigo ni de perito. Su intervención va a ser similar a la de los propios abogados, a los que afecta la obligación de secreto profesional. Tampoco podrán ser utilizados los documentos ni las informaciones obtenidas en el ámbito de la mediación.

e) **La evitación de perjuicios**, mediante la suspensión de la caducidad y la prescripción. Se pretende evitar que pueda defraudarse a determinadas personas de buena fe involucrándolas en un proceso de mediación mientras transcurren los plazos para ejercitar sus derechos. La directiva prevé que en estos casos se suspenda el cómputo de los plazos. El problema es la concreción del momento a partir del cual se puede establecer que la mediación ha comenzado, y a partir de qué día debe entenderse que ha terminado.

f) **La calidad de los servicios**. Aun cuando en la exposición de motivos de la directiva se manifiesta que se deja a la decisión de los Estados Miembros la configuración de la

cualificación profesional del mediador, es decir, la preparación y formación exigible al mismo o el régimen jurídico y las condiciones de su actuación y la vinculación a unas u otras profesiones, se establece que debe garantizarse la calidad de los servicios de mediación, lo que indirectamente determina que se deban adoptar unas pautas mínimas a nivel comunitario. Durante la discusión previa habida durante el tiempo que estuvo el "Libro Verde" debatiéndose, se puso de manifiesto que en materia de formación era muy difícil llegar a un acuerdo a nivel de la U.E., por lo que es un tema que va a quedar aparcado en el sentido de que no existirá regulación comunitaria y cada EEMM decidirá lo que tenga por conveniente. Por otra parte se intentó hacer un código de conducta europeo del mediador, pero el resultado del mismo, producto fundamentalmente de los intereses de grandes empresas comerciales, ha quedado en una declaración de intenciones. En la directiva se realiza una remisión a los principios establecidos como normas deontológicas para la mediación de consumo en la Recomendación de la Comisión de 4.4.2001 (DO L109, 19.04.2001, pg. 56). En la misma se mencionan los principios de imparcialidad, transparencia, eficacia y equidad.

## VII. Reconocimiento y ejecución de los acuerdos en el ámbito internacional

La especificidad de la mediación transfronteriza determina que se prevean las condiciones de eficacia de los convenios de mediación adoptados en un determinado Estado, que hayan de desplegar su eficacia en otro. El reflejo del régimen jurídico de las decisiones judiciales plantea los problemas más habituales, es decir, las reglas comunes de aplicación en derecho internacional privado para el reconocimiento de los acuerdos mediante exequatur, o el reconocimiento automático de los mismos, como elemento previo a la posibilidad de ejecución forzosa de los convenios de mediación en un Estado en el que no fueron adoptados.

La primera dificultad que surge es la inteligibilidad de los acuerdos, en orden a que no presenten graves problemas interpretativos para lo que se discute la conveniencia de que los mismos deban ser intervenidos, de alguna manera, por un abogado, al objeto de que esté garantizada su forma clara y precisa respecto a los actos derivados de los mismos que tengan eficacia jurídica y el respecto a las principios jurídicos elementales. Hay que tener en cuenta que según las legislaciones internas de los EEMM, al igual que ocurre dentro de nuestro propio país, pueden ejercer como mediadores personas de muy diversa formación, que proceden de distintas profesiones: trabajadores sociales, educadores, psicólogos, psiquiatras, pedagogos, etc…,. Estos profesionales, cuando actúan como mediadores por tener la formación acreditada exigible a nivel interno, van a propiciar acuerdos sobre materias muy diversas.

Cuando sean objeto de los acuerdos decisiones que tengan trascendencia jurídica, tales como atribuciones o renuncias de derechos, generación de obligaciones, transmisiones de propiedad sobre determinados bienes, etc…, la trascendencia de los pactos ha de realizarse con pleno sentido jurídico, y por lo tanto es necesario no sólo que sean claros, sino que tengan en cuenta los mínimos requisitos legales exigibles, (por ejemplo, la necesidad de que las donaciones de bienes inmuebles se realicen mediante escritura pública), o que se tenga en cuenta la trascendencia fiscal de determinados negocios jurídicos. Para ello es evidente que las partes que intervienen en un proceso de mediación, precisen asesoramiento jurídico, y que éste también esté presente formalmente, mediante la intervención del abogado, que en su caso autorizará el acto con su firma, y asumirá su correspondiente cuota de responsabilidad, con lo cual quedará reforzada la calidad del convenio de mediación cuando se trate de dotarle de eficacia en el extranjero.

Es evidente que cuando la naturaleza de los pactos y el objeto de los acuerdos incida en materias de orden público, no sólo será precisa la intervención de, al menos, un abogado, sino que también será exigible la homologación de la autoridad administrativa o judicial que, bien en el Estado en el que el acuerdo fue concertado, o en el Estado en el que ha de ser ejecutado, declare que la decisión adoptada cumple los mínimos de la public policy u orden público.

El cumplimiento de las condiciones mínimas determinará que los acuerdos quedarán dotados de la misma eficacia que una decisión judicial. Se prevé en este sentido la aplicación de las reglas de los Reglamentos de la Union Europea nº 44/2001 (Bruselas I) y 2.201/2003 (Bruselas II bis), respecto a la competencia internacional, el reconocimiento y la ejecución de las sentencias judiciales.

## VIII. Cuestiones de la regulación que quedan excluidas de la Directiva ADR

Quedan excluidas de la directiva otras muchas materias que atañen a la mediación, para las cuales los Estados Miembros disponen de plena autonomía legislativa. En los Estados que cuenten un sistema federal o autonómico, esta competencia corresponde a las entidades territoriales correspondientes, bien en los aspectos administrativos o también en los aspectos civiles y procesales, si disponen de competencias en tales ámbitos.

Entre estas materias cabe citar:

1. La configuración profesional de los mediadores, el régimen jurídico que les sea de aplicación, y en especial la responsabilidad que les puede ser exigible. En cuanto a los códigos éticos o deontológicos, aun cuando se trabaja por un único código europeo, se trata de una materia que ha de estructurarse en unos mínimos generales, y una cierta libertad de formulación según los ámbitos, las especialidades, e incluso las entidades en las que puedan agruparse determinados mediadores.
2. La definición de los "modelos" de mediación, que en definitiva, y dejando a salvo los principios básicos de la directiva de confidencialidad, voluntariedad, neutralidad del mediador, colaboración, et…, quedarán a criterio de los EM o, en su caso, de las diversas escuelas de mediadores, sin que sea exigible desde el ámbito de la Directiva un modelo único para cada objeto o múltiples modelos y formas.
3. La eficacia de las cláusulas de sometimiento a la mediación que puedan ser insertadas en contratos y convenios, y el alcance de las mismas.
4. La intensidad de las derivaciones judiciales o administrativas a la mediación, y la obligatoriedad de tales prácticas.
5. La naturaleza especial de los convenios de mediación, o su asimilación al régimen contractual.
6. Las garantías del procedimiento y el régimen de impugnabilidad de los acuerdos y las causas admisibles.
7. La implantación de términos de revocabilidad de los acuerdos para garantizar la plena voluntariedad en la aceptación de los mismos, para o que algunos Estados introducen plazos determinados para la ratificación que les otorgará validez.
8. La capacidad para poder ejercer como mediador, y la exigencia de una formación especializada exigible y el régimen de responsabilidad administrativa, civil y penal exigible.
9. La evaluación de la actividad mediadora, y el ejercicio libre o reglamentado de la actividad.

## IX. Conclusiones finales

La Directiva europea sobre la mediación en el ámbito civil y comercial supone un hito en el desarrollo de la mediación en Europa, puesto que los EEMM tienen la obligación de legislar sobre esta materia y, además, tienen la obligación de fomentar la utilización de las vías alternativas para la resolución de controversias (ADR), como sistemas complementarios a la vía judicial contenciosa tradicional. La inhibición del legislador español sobre esta materia, a nivel del parlamento estatal, debe cambiar de signo, puesto que la Unión Europea puede imponer sanciones a España si no traspone la normativa en un término que ya es perentorio (finalizó el plazo el 11.5.2011). El interés de los medios jurídicos por esta metodología se ha incrementado

de forma notable en los últimos meses, y es la lógica consecuencia de que una norma comunitaria introduzca la mediación y regule determinados aspectos sobre la misma.

La trasposición de la Directiva, especialmente en el ámbito procesal, va a afectar de manera importante a las leyes que hasta la fecha se han promulgado en algunas comunidades autónomas, puesto que éstas tendrán que ajustarse al marco común comunitario, y también al marco estatal en aquellas materias que sean competencia del parlamento español.

Pero la construcción de un sistema alternativo a la vía judicial clásica de resolución de controversias no es una tarea sencilla, ni se puede improvisar en poco tiempo. Es una tarea de muchos años la que consolidará esta metodología que, con independencia de los postulados y principios legales, únicamente se prestigiará si se dispone de buenos mediadores, bien formados, responsables de su importante función y poseedores de las habilidades que únicamente el estudio y la experiencia pueden aportar.

La Resolución del Parlamento Europeo de 11.9.2011 da cuenta del estado de la obligación de trasposición por los diversos EEMM, y realiza una serie de recomendaciones para reforzar determinadas medidas que pueden resultar útiles para la implantación de la mediación, especialmente en el terreno de los incentivos tendentes a favorecer su utilización prejudicial.

BIBLIOGRAFÍA DE REFERENCIA


- ALAIN TOURAINE, ***"Pourrons nous vivre ensemble?***, Fayard, Paris, 1997.

- AUERBACH, J., ***"Justice without Law"***, Nueva York Academic Presse, 1983.

- BREIDENDACH, STEPHAN/ HENSSLER MARTIN, ***"Mediation für Juristen"***. Colonia, Edt. Scmidt, 1997.

- COY FERRER, ANTONIO, ***"La mediación: una nueva metodología profesional***", CEJFE, Varios autores, I Congreso de Mediación Familiar, Col. Justicia y Sociedad, Departament de Justicia Generalitat de Catalunya, 2001.

- DE MUNK, J., ***"De la loi à la mediation"***, a France in ***"Les révolutions invisibles"***, Paris, Calmann-Lévy, 1998.

- HERNÁNDEZ GARCÍA, Javier y ORTUÑO MUÑOZ, Pascual : **« Alternativas a la resolución de los conflictos : la mediación ».** Fundación ALTERNATIVAS. Madrid, 2007.

- MAZEROL, M.T., ***"Justice négociée: une expresion ambiguë"***, *Anales de Vaucresson, nº 29/2, p.77.*

- MICHEL WIERVIORKA, ***"La médiation, une comparaison européenne"***, Les éditions de la DIV. Saint-Denis La Plaine, Francia, 2003.

- MICHÈLE GUILLAUME-HOFNUNG, ***"La médiation"***. Paris, puf, coll. "Que sais-je", 1995.

- ORTUÑO MUÑOZ, PASCUAL: ***"La homologación judicial de los acuerdos de mediación"***, Rev. "Apuntes de Psicología", Universidad de Sevilla, Colegio de psicólogos de Andalucía Oriental, 2001.

- ORTUÑO MUÑOZ, Pascual: ***"El Libro Verde sobre la Mediación en la Unión Europea"***. Revista IURIS (La Ley), nº 77, noviembre 2003, pgs 42 a 48.

- SEIJAS QUINTANA, José Antonio. ***"Mediación, Jueces y Leyes"***. Varios autores, I Congreso de Mediación Familiar, Col. Justicia y Sociedad, Departament de Justicia Generalitat de Catalunya, 2001.

- TRAVIANI, GUIDO VITTORIO: ***"Mediazione, un progetto per prevenire i conflitti***", Genova, Scheda, nº 2, 1999.