

La situació actual de la mediació a la U.E, a Espanya i a Catalunya

Comunicació a la sessió de l'Acadèmia de Jurisprudència i Legislació de Catalunya
de 28 de gener de 2014

per

M^a EUGÈNIA ALEGRET BURGUÉS

Magistrada. Acadèmica de Número de l'Acadèmia de Jurisprudència i Legislació de Catalunya

- I. Els mitjans alternatius de resolució de conflictes en un món globalitzat.**
- II. La mediació: avantatges i inconvenients. III. La situació actual de la mediació a la Unió Europea: la Directiva 52/2008. IV. La mediació a Espanya**

I. Els mitjans alternatius de resolució de conflictes en un món globalitzat

En els sistemes moderns, la via jurisdiccional constitueix la base de la resolució de les qüestions litigioses o dels conflictes que es produeixen a la societat. El jutge investit de poder per l'Estat s'enfronta al conflicte i el decideix, després de les instàncies que es prevegin, de manera irrevocable, executant o fent executar en ocasions les esmentades decisions. No obstant això, des de la meitat del segle passat, en què la generalització i democratització de l'accés a la via judicial ha fet que davant els tribunals es presentin molts més casos que els que raonablement poden resoldre, s'han plantejat noves vies de resolució de conflictes que, a més, posen l'accent en l'autocomposició o gestió cooperativa de conflictes.

L'increment del nombre d'assumptes judicials s'està escometent als països del nostre entorn mitjançant diferents vies, principalment: *a)* reformes de les lleis processals per accelerar els procediments judicials; recordem quantes reformes legislatives s'han dut a terme escurçant terminis o reduint tràmits o, més pròximament, limitant fins i tot l'accés als tribunals (via despenalització de conductes, implantació de taxes, o supressió directa de recursos); *b)* millora dels recursos econòmics i els mitjans materials o personals dedicats a l'Administració de justícia i *c)* últimament, implementat altres sistemes de resolució fora de la jurisdicció coneguts per la doctrina internacional, segons les

sigles angleses, com a ADR (Alternative Dispute Resolution) i que són, fonamentalment, la negociació, la conciliació, la mediació i l'arbitratge.

Amb tot, hi ha autors que prefereixen anomenar-los mitjans complementaris al sistema judicial, l'efectivitat dels quals pot implicar que aquesta no calgui.

Per tant, els ADR són els procediments que permeten resoldre conflictes o disputes amb independència del sistema judicial de manera pacífica i jurídicament admissible, donant prevalença a l'autonomia de les parts.

En la introducció d'aquests nous mètodes han estat factors rellevants:

a) La ineficàcia moltes vegades del sistema judicial, que es percep lent i burocràtic i sobrecarregat per la creixent complexitat de les relacions personals i jurídiques fruit de la pròpia i creixent evolució d'una societat, tecnològicament avançada i poc autoresponsable.

b) La insatisfacció amb el resultat, encara que s'hagi complert la llei i s'hagi donat la raó a qui la té, per la indubtable pressió o alteració psicològica que moltes vegades comporta el plet i la controvèrsia.

c) La globalització de les relacions socials, que suposa que es trobin implicats diferents països, diferents sistemes jurídics i diferents cultures, que influeixen en la manera com cadascun entén que han de resoldre's les disputes.

Les empreses han experimentat en els darrers temps un procés d'internacionalització a través de companyies multinacionals i pel manteniment de relacions comercials en llocs llunyans afavorides pels moderns sistemes de comunicació.

Això ha donat lloc a nous i més complexos conflictes, ja que han de posar-se en relació les normes de l'ordenament intern amb les regles internacionals sobre competència o resolució.

De vegades, a més, han d'entendre's civilitzacions o comunitats de menes molt diverses, bé pel fenomen de les migracions, bé pel del comerç, que no tenen valors ètics o morals comuns, la qual cosa fa més fàcil la controvèrsia i més difícil la solució.

El món dels negocis requereix que els conflictes se solucionin, a banda de justament, de manera eficaç i amb celeritat.

Tota aquesta problemàtica ha despertat un nou i renovat interès per altres fórmules de resolució amb la finalitat de situar el procés judicial en uns límits que permetin el funcionament raonable del sistema, de manera que quedi com a últim recurs per resoldre les qüestions que no han pogut ser resoltes per altres mitjans, abordant altres sistemes útils i que comportin el mateix resultat o un de millor.

En aquest interès convergeixen actualment els dos sistemes jurídics més evolucionats, el continental i el *common law* –que subjacentment tenen valors ètics i morals compartits- i les principals institucions tant dels EUA com d'Europa com a organismes internacionals com l'ONU, que ha estat clau en el desenvolupament i implantació de l'arbitratge en matèria civil i mercantil i que també va elaborar el 24 de juny de 2002 una llei model sobre conciliació comercial internacional, el contingut de la qual abasta també la mediació.

És en aquest marc on s'han desenvolupat modernament (mitjans del segle XX) els anomenats ADR, que haurem de situar en l'àmbit de la resolució de conflictes autocompositius o heterocompositius.

Els sistemes autocompositius es caracteritzen perquè són les parts en litigi qui decideix posar-hi fi mitjançant el diàleg i l'acord.

És, lògicament, un sistema més avançat i civilitzat encara que no pot presentar-se com un sistema definitiu si les parts poden desdir-se després del que han acordat.

Són sistemes autocompositius clàssics la negociació i, amb intervenció d'un tercer, la mediació i la conciliació.

En els sistemes heterocompositius un tercer imparcial dirimeix la controvèrsia de manera definitiva, i pren la decisió que estima oportuna davant el conflicte plantejat, per tal d'evitar que el conflicte es reproduïxi. En el pla teòric aquest sistema es revela com el més perfecte en el sentit que el tercer se situa per

damunt de les parts, resol definitivament de manera imparcial i pot imposar la solució.

Són sistemes heterocompositius la jurisdicció i l'arbitratge.

En el cas de l'arbitratge, la controvèrsia la decideix un tercer a qui les parts directament o indirectament (en l'arbitratge institucional), lliurement i en matèries de lliure disposició, han encomanat la decisió del seu conflicte. La legitimitat la donen les parts, les quals reconeixen l'autoritat d'un tercer perquè dirimeixi la qüestió.

Concepte de mediació

La mediació és una manera de resoldre un conflicte realitzada per les mateixes parts que hi estan immerses, amb l'ajuda d'un tercer imparcial que, per mitjà de la seva formació oferiria vies d'entesa i afavoriment del diàleg perquè acostin postures i que siguin elles mateixes de manera pacífica les que posin fi al conflicte.

Per a Pascual Ortuño i Javier Hernández (Sistemas alternativos a la resolución de conflictos (ADR): La mediación en las jurisdicciones civil y penal), la mediació és una metodologia de resolució de les controvèrsies que gira al voltant de la dialèctica de la racionalització del conflicte per part dels mateixos ciutadans que hi estan immersos.

Enfront de la imposició d'una decisió per part d'un tercer basada en l'autoritat després d'un procediment adversarial, el mediador centra la seva activitat a restaurar la comunicació entre les parts i propiciar que siguin elles les que en un entorn reservat i segur resolguin la controvèrsia. Oferiria així la mediació “una oportunitat raonable de recompondre la situació sense vencedors ni vençuts...”.

El mediador canalitza el diàleg entre les parts i les convida a empatitzar entre elles per aconseguir que trobin una solució al seu conflicte que les satisfaci totes dues i les communi a complir voluntàriament l'acord aconseguit. Proporciona un espai neutral i tranquil en el qual pot persuadir els interessats a

comunicar-se de manera constructiva i a col·laborar entre ells per resoldre la disputa.

Tal com indica Carretero Morales, Emiliano (*La necesidad de cambios en los modelos de solución de conflictos, cap. 3 obra Mediación y resolución de conflictos: Técnicas y ámbitos*), la mediació diposita en les parts la responsabilitat sobre la possibilitat d'assolir un acord que posi fi a la controvèrsia de manera que no perden el control del resultat.

II. La mediació: avantatges i inconvenients

En la mediació tradicional el mediador no suggereix la solució, sinó que estudia la disputa i acostar les posicions d'ambdues parts mitjançant determinades tècniques, que es responsabilitzen de la resolució, encara que també pot existir una mediació avaluativa o adjudicativa que proposi a les parts la solució al seu conflicte, encara que aquestes sempre seran lliures d'acceptar-la o de no fer-ho, ja que la proposta no pot ser vinculant en cap cas.

D'aquesta manera el mediador genuí es limitaria a acostar les parts fent-los veure quina és la seva posició i l'oportunitat i conveniència d'arribar a una solució, però sense suggerir-la o proposar-la.

Els defensors dels sistemes alternatius de resolució de conflictes mantenen que aquests són superiors, tant quant al procediment com respecte del resultat, enfront del sistema de justícia tradicional fonamentat en la resolució per part d'un jutge que aplica el dret que correspongui.

Se citen com a avantatges dels esmentats sistemes, singularment de la mediació, la rapidesa amb què el conflicte pot ser resolt, en contraposició a la lentitud dels procediments judicials; la flexibilitat tant quant al procediment per aconseguir l'acord, molt menys rígid que no pas el judicial, com quant al fet de tenir en compte en l'eventual acord tots els matisos, peculiaritats i interessos complexos de les parts que l'estricta aplicació del dret no sempre pot aconseguir; el menor cost econòmic dels esmentats sistemes tant per la rapidesa amb la qual resol com en la mesura que no són estrictament necessàries la presència d'advocats o procuradors.

Un altre dels avantatges és la confidencialitat amb què es desenvolupa el procediment, lluny del focus i la publicitat als quals els conflictes davant els tribunals es veuen cada vegada més sotmesos.

També la seguretat és un altre dels avantatges de la mediació en la mesura que les parts tenen en tot moment el control sobre el seu conflicte, que desembocarà o no en un acord, però, en tot cas, no estarà sotmès a la incertesa d'un resultat decidit per un tercer.

Enfront d'aquests avantatges que s'assenten en el camp del pragmatisme, enfront de la saturació i burocratització del sistema judicial actual, es posen en relleu altres valors igualment transcendents.

Es destaca que amb la mediació s'evita que el conflicte s'enquisti; que el major protagonisme de les parts en la solució a la seva controvèrsia atorga a aquestes una major satisfacció, de manera que permet la continuïtat de les seves relacions socials, familiars o comercials i aconseguix en més gran i millor mesura la pau social.

Els partidaris dels esmentats sistemes posen un èmfasi especial en la superació de la dinàmica adversarial pròpia del procés judicial i en el fet que la solució judicial, la sentència, en molts casos no satisfà els interessos de les parts, ja que en les relacions socials actuals hi ha molts factors extrajurídics, que no sempre obtenen resposta des del dret, sense oblidar que de vegades es produeix una dissociació entre l'ordenament jurídic i la consciència social que posa en valor la solució negociada fora de l'estricta camp del dret a causa que no és preferent la justícia en sentit estricte, sinó una solució pragmàtica que proporcioni satisfacció als interessos concrets que s'hagin creat.

Es recolzen en els estudis estadístics que demostrarien que el sistema judicial, sobretot el del dret continental, sol ser una institució poc valorada per la ciutadania.

No obstant això, els sistemes esmentats també tenen els seus detractors.

Per a aquests, els sistemes alternatius de resolució de conflictes basats en la negociació i la conciliació són succedanis de la justícia en majúscula.

Com que les parts han de cedir en alguna de les seves posicions i interessos per aconseguir l'acord, es renuncia a una justícia distributiva fonamentada en el principi d'Ulpia de donar a cadascun el que és seu. Es tractaria d'una justícia de segona classe a la qual accedirien els que tinguessin menys mitjans econòmics, mentre que la "bona justícia", la que dóna la raó del tot a qui la té, solament l'obtindrien els qui pel fet de tenir recursos econòmics superiors poguessin acudir als tribunals de justícia.

Els defensors de la jurisdicció enfront de la mediació (Neva-Fenoll en l'article publicat en la revista *La Ley* (núm. 17535/2012 "La mediación: ¿Una alternativa razonable al proceso judicial?") posen en relleu que el procés és un mitjà de resolució de disputes més evolucionat i que en el procés les parts s'enfronten amb igualtat d'armes i poden exposar el seu conflicte amb major precisió i amb aportació de les proves davant un jutge imparcial que pren la decisió amb un coneixement complet del conflicte, mentre que en la mediació l'exhaustivitat de les al·legacions i l'aportació de proves no és l'eix en el qual pivota la solució, ja que el mediador solament coneix el que les parts volen que sàpiga, per la qual cosa no estaria garantida la igualtat d'oportunitats. En el mateix sentit als EUA, Owen Fiss (*Against Settlement Yale Law Journal* núm. 93,1984) remarca la falta de garanties d'aquests processos, especialment si les parts tenen una capacitat econòmica diferent, així com l'error de devaluar el procés en defensa de l'interès públic.

Hi afegeixen que la pau social s'aconsegueix igualment, ja que precisament per superar l'autodefensa o autotutela dels drets s'arriba al procés jurisdiccional en què un tercer imparcial resol pacíficament la controvèrsia. En definitiva, raons econòmiques o d'escurçament de temps no justificarien que s'abandonés el sistema tradicional d'administració de justícia.

De la mateixa manera es posa en relleu que aquests mètodes poden resultar no adequats si es dóna una situació d'abús de poder, ja que solament el sistema judicial pot equilibrar i impedir la persistència de l'abús.

El professor Emiliano Carretero Morales ressalta les reticències que els mateixos operadors jurídics poden oposar als mitjans alternatius de resolució. Aquestes poden provenir dels advocats que vegin en perill la percepció

d'honoraris de les successives instàncies judicials, dels mateixos litigants que prefereixen la situació adversarial i la posició de vencedor i vençut, o bé dels jutges i tribunals que estimin que solament ells poden impartir justícia.

Naturalment, ni la mediació és un sistema de resolució predicable per a tots els casos ni la jurisdicció resol satisfactòriament els supòsits en els quals les parts atorguen més valor a un desenllaç ràpid i eficaç del conflicte.

D'aquesta manera, els sistemes autocompositius serien especialment idonis:

a) Quan les relacions entre les parts han de continuar després de la resolució del litigi, com per exemple en els procediments de família, successoris, conflictes comunitaris o veïnals, relacions jurídiques duradores, empreses amb petit accionariat o familiars, corporacions professionals, etc., en les quals a més solen haver-hi implicacions emocionals;

b) Quan existeixen elements interculturals o internacionals que dificulten aplicar una norma de dret comú,

c) Quan les parts prefereixen resoldre les seves diferències de manera ràpida, econòmica i discreta.

És per això que modernament es parla ja de la mediació no tant com un mitjà alternatiu al de la jurisdicció, sinó com un mitjà complementari de resolució de conflictes juntament amb el sistema tradicional d'accés a la jurisdicció, especialment adequat per als supòsits anteriorment exposats però que tampoc n'exclou d'altres.

No es tracta, doncs, de desplaçar la jurisdicció, sinó d'oferir a la ciutadania altres vies que, basades en la llibertat individual i el principi d'autonomia de la voluntat constitucionalment consagrat i en funció de les característiques de la controvèrsia, permetin també resoldre un conflicte en matèries de lliure disposició. És per això que la doctrina estima més precisa la denominació "Adequated Dispute Resolution" enfront de la tradicional "Alternative Dispute Resolution".

III. La situació actual de la mediació a la Unió Europea: la Directiva 52/2008

De la informació que proporciona la seva pròpia pàgina Web, és clar que la Unió Europea es troba molt interessada en les modalitats alternatives de solució de conflictes, singularment en la mediació.

La Comissió Europea va publicar l'abril de 2002 un document de debat sobre les modalitats alternatives de solució de conflictes. El juliol de 2004 la Comissió va decidir crear un codi de conducta dels mediadors que va ser aprovat per una àmplia majoria d'experts en mediació i adoptat l'octubre de 2004 per la Comissió i sotmès al Parlament i al Consell Europeu com a directiva marc sobre la mediació.

El Llibre verd de 2002, el Codi de conducta i posteriorment la Proposta de directiva i la Directiva 52/2008 s'inscriuen en el marc dels treballs que la Unió Europea du a terme dins de l'aspiració de consolidació d'un espai de llibertat, seguretat i justícia, i més concretament per garantir un millor accés a la justícia.

La Comissió considera que fomentar l'ús de la mediació i altres modalitats alternatives de resolució de conflictes en facilita la resolució, ajuda a evitar els problemes, el temps i el cost implícits als litigis davant els tribunals de justícia i serveix als ciutadans com una via real de garantir els seus drets legals.

Així, a partir del Pla d'acció de Viena de 1998 i les Conclusions del Consell Europeu de Tampere de 1999, el Consell de Ministres de Justícia i Interior va invitar la Comissió a presentar un llibre verd sobre modalitats alternatives de solució de conflictes en matèria de dret civil i mercantil diferents a l'arbitratge, en què analitzés la situació existent i iniciés una àmplia consulta amb vista a la preparació de les mesures concretes que convingués adoptar. Havia de donar-se prioritat a la possibilitat d'establir principis fonamentals, en àmbits generals o específics, que oferissin garanties necessàries perquè la solució dels conflictes per part d'instàncies extrajudicials suposés el nivell de seguretat requerit en l'Administració de la justícia.

En el seu Llibre verd, la Comissió va recordar que el desenvolupament d'aquestes formes de solució dels litigis no s'ha de considerar com un remei de

les dificultats de funcionament dels tribunals de justícia, sinó com una altra forma més consensual de pacificació social i solució de conflictes i litigis que, en molts casos, serà més convenient que el fet de recórrer a un tercer com és el cas del jutge o de l'arbitratge.

Destacava el Llibre verd la importància dels ADR com a mitjà per facilitar l'accés a la justícia que consegüentment no predica únicament de l'accés a un jutge ni s'hi limita. Pot llegir-se en els punts 1.2, 5 i següents:

Una de les raons del desenvolupament de les ADR és de caràcter pràctic i conjuntural: les ADR constitueixen una resposta a les dificultats d'accés a la justícia a les quals s'enfronten molts països. Aquestes dificultats s'expliquen pel fet que els litigis davant els tribunals es multipliquen, els procediments tendeixen a allargar-se i les despeses inherents als esmentats procediments tendeixen a augmentar. La quantitat, la complexitat i el caràcter tècnic dels textos legislatius també contribueixen a dificultar l'accés a la justícia.

Més encara que els litigis domèstics, els litigis transfronterers es caracteritzen per la lentitud i el cost dels procediments [10]. Amb la realització del mercat interior, la intensificació dels intercanvis i la mobilitat dels ciutadans, els conflictes entre nacionals d'estats membres diferents o entre residents en estats membres diferents, amplificats a més per l'auge del comerç electrònic transfronterer, sigui quina sigui la importància o el valor del litigi, tendeixen a multiplicar-se i amb aquests els casos transfronterers que arriben als tribunals. Als problemes pràctics de saturació dels tribunals, s'hi afegeixen qüestions sovint complexes de conflictes de lleis i d'òrgans jurisdiccional, així com dificultats pràctiques de caràcter lingüístic i financer.

L'accés a la justícia per a tothom és un dret fonamental consagrat per l'article 6 del Conveni europeu de protecció dels drets humans i de les llibertats fonamentals. El dret de recurs efectiu ha estat elevat pel Tribunal de Justícia de les Comunitats Europees al rang de principi general del dret comunitari [11], proclamat a més per l'article 47 de la Carta de drets fonamentals de la Unió Europea. El dret a la justícia és una exigència a la qual els estats membres responen, en particular, mitjançant la posada a disposició de procediments judicials ràpids i poc costosos. D'altra banda, alguns estats membres han començat a modernitzar el seu sistema judicial simplificant els actes de consulta o preveient la possibilitat de presentar una demanda judicial per via electrònica.

Les ADR s'inscriuen plenament en el context de les polítiques sobre la millora de l'accés a la justícia. En efecte, les ADR desenvolupen un paper complementari amb relació als procediments jurisdiccionals, en la mesura en què, sovint, els mètodes aplicats en les ADR s'adapten millor al caràcter dels litigis. D'aquesta manera, les ADR poden permetre a les parts entaular un diàleg, que d'altra manera hauria estat impossible d'entaular, i avaluar per si mateixes la conveniència de dirigir-se als tribunals.

És particularment convenient posar èmfasi en el paper de les ADR com a instruments al servei de la pau social. En efecte, en les formes d'ADR en què els tercers no prenen cap decisió, les parts no s'enfronten, sinó que, al contrari, emprenen un procés d'aproximació, elegeixen el mètode de resolució del conflicte i desenvolupen un paper més actiu en aquest procés per intentar descobrir per si mateixes la solució que més els convé. Una vegada resolt el conflicte, aquest enfocament consensual incrementa per a les parts la possibilitat que les parts continuïn mantenint relacions de caràcter comercial o d'una altra mena.”

La Unió Europea dóna així a la mediació un valor propi com a mitjà de resolució de conflictes *que mereix promoure's independentment del seu efecte de descàrrega de la pressió sobre el sistema judicial.*

Amb la informació facilitada pel Llibre verd, es va articular la proposta de Directiva de 22.10.2004 i després d'aquesta la menys ambiciosa Directiva 2008/52/CE del Parlament Europeu i del Consell, de 21 de maig de 2008, sobre certs aspectes de la mediació en assumptes civils i mercantils.

Tal com assenyala Silvia Barona Vilar (*Incorporación de la mediación civil, y mercantil en el ordenamiento jurídico español: De la Directiva 2008/52 al Decreto-ley 5/2012 de 5 de marzo de mediación en asuntos civiles y mercantiles*) la Directiva va suposar un pas qualitatiu essencial en el context de l'impuls europeu de la mediació. Ofereix no solament unes recomanacions de caràcter general perquè els estats membres poguessin acollir-les en el si de les seves legislacions nacionals, sinó un text articulat per a la mediació civil i mercantil en conflictes transfronterers.

Les seves principals característiques són les següents:

Es configura com una norma de mínims, ja que estableix una sèrie de garanties essencials per al desenvolupament del procés, respectant l'autonomia dels estats membres perquè amb respecte a aquests condicionants mínims configurin la mediació com els sembli més oportuna.

La Directiva és aplicable als conflictes civils i mercantils (amb exclusió de drets i obligacions sobre drets no disponibles) transfronterers, entenent per tals aquells en què una de les parts almenys estigui domiciliada o resideixi habitualment en un estat membre diferent de l'estat membre de qualsevol de les altres parts. No s'aplica consegüentment en els àmbits fiscal, duaner o administratiu, i en la responsabilitat de l'Estat per actes o omissions en l'exercici del seu poder públic. La Directiva no s'aplica a Dinamarca (considerant 10 i art. 1 i 2).

La Directiva defineix la mediació a l'article 3.a com *“un procediment estructurat, sigui quin sigui el seu nom o denominació, en el qual dues o més parts en un litigi intenten voluntàriament arribar per si mateixes a un acord sobre la resolució del seu litigi amb l'ajuda d'un mediador. Aquest procediment pot ser iniciat per les parts, suggerit o ordenat per un òrgan jurisdiccional o prescrit pel dret d'un estat membre”*, raó per la qual opta per la mediació facilitativa més que no pas per la mediació avaluativa o adjudicativa.

La Directiva estableix que els estats membres donin el seu consentiment perquè els tribunals suggereixin a les parts recórrer a aquesta modalitat, encara que no poden obligar-hi. No distingeix entre mediació privada o pública, però exclou la judicial en el propi procés, és a dir, aquelles gestions conciliatòries portades a terme pel mateix jutge del procés (art. 3 a en l'incís final: *Inclou la mediació portada a terme per un jutge que no sigui responsable de cap procediment judicial vinculat a l'esmentat litigi. No inclou les gestions per resoldre el litigi que l'òrgan jurisdiccional o el jutge competents per conèixer-ne realitzin en el curs del procés judicial referent a aquest litigi i art. 5).*

Dels diferents aspectes que recull la Directiva pot distingir-se entre la mediació voluntària, quan és iniciada per voluntat de les parts; la convencional, quan ha estat pactada prèviament a l'existència del conflicte; la intrajudicial, quan ha estat ordenada o suggerida per l'òrgan jurisdiccional interposada la reclamació,

i la legal obligatòria, quan és la legislació la que la imposa amb caràcter necessari abans del recurs a l'òrgan jurisdiccional.

En aquest últim cas, sempre cal tenir en compte que l'obligatorietat no pot referir-se més que a l'intent de mediació, no pas al manteniment ni la resolució a través d'aquest sistema, i cal tenir en compte els criteris que a aquest efecte va establir la Sentència del Tribunal de Justícia de la UE de 18 de març de 2010 (cas Rosalba Alassini i altres contra Telecom Italia) per a un altre supòsit, però que també poden traslladar-se a la mediació legal obligatòria, conforme als quals i en el que interessa, va determinar que les normes comunitàries no s'oposaven a una legislació nacional que imposés una conciliació prèvia obligatòria sempre que no condueixi a una decisió vinculant per a les parts, no impliqui un retard substancial a efectes de la interposició de la demanda, interrompi la prescripció dels corresponents drets, no ocasioni despeses o aquests no siguin significatius i sigui possible adoptar mesures provisionals quan la situació d'urgència ho exigeixi.

No obstant això, la relació entre la mediació i el procés judicial és una constant en la Directiva, que precisament intenta solucionar els problemes de falta de regulació jurídica de la connexió entre la jurisdicció i la mediació que poguessin ser perjudicials perquè les parts es decidissin per aquesta segona via.

Es fixa fonamentalment en tres aspectes:

1. L'execució dels acords assolits gràcies a la mediació

La Directiva vetlla perquè tots els estats membres instaurin un procediment pel qual, a petició de les parts, l'acord pugui ser confirmat per una sentència, una resolució judicial o un acte autèntic d'un òrgan jurisdiccional o d'una autoritat pública de manera que pugui ser executat.

Diu a aquest respecte l'article 6.1 i 2 que *“Els Estats membres han de garantir que les parts, o una d'elles amb el consentiment explícit de les altres, puguin sol·licitar que es doni caràcter executiu al contingut d'un acord escrit resultant d'una mediació. El contingut de tal acord s'ha de fer executiu llevat que, en el cas que es tracti, bé el contingut d' aquest acord sigui contrari al dret de l'estat*

membre on es formuli la sol·licitud, bé la legislació d'aquest estat membre no en prevegi el caràcter executiu. El contingut de l'acord pot adquirir caràcter executiu en virtut d'una sentència, resolució o acte autèntic emanat d'un òrgan jurisdiccional o una altra autoritat competent, d'acord amb la legislació de l'estat membre en el qual es formuli la sol·licitud.

2. La suspensió dels terminis de prescripció

Amb la finalitat que la pèrdua d'oportunitat en l'exercici dels drets davant els tribunals (que mai no exclou la mediació) pel transcurs dels terminis de caducitat o de prescripció, obstaculitzés l'accés a la mediació, la Directiva imposa que els estats membres vetllin perquè les parts no tinguin dificultats per iniciar un procediment judicial o un procediment d'arbitratge després d'una mediació amb motiu de l'expiració dels terminis de prescripció o de caducitat.

És per això que l'art. 8.1 disposa que: “Els Estats membres han de garantir que el fet que les parts que optin per la mediació amb ànim de solucionar un litigi no els impedeixi posteriorment iniciar un procés judicial o un arbitratge en relació amb l'esmentat litigi a causa d'haver vençut els terminis de caducitat o prescripció durant el procediment de mediació.”

La Directiva no determina els terminis de suspensió ni tampoc el temps màxim de durada del procés que consegüentment regulessin els estats membres.

3. La garantia de la confidencialitat

Conscient la Comissió que la confidencialitat és un element essencial de l'èxit de la mediació, la Directiva regula que en el marc d'un procediment judicial que s'iniciï o prossegueixi després d'intentada la mediació, ni el mediador ni altres persones implicades en un procés de mediació poden presentar proves orals o documentació relacionades amb la informació obtinguda en una mediació.

A aquest efecte, l'art. 7.1 disposa que “atès que la mediació ha de dur-se a terme de manera que es preservi la confidencialitat, els estats membres han de garantir, llevat d'acord contrari de les parts, que ni els mediadors ni les persones que participen en l'administració del procediment de mediació

estiguin obligats a declarar, en un procés judicial civil o mercantil o en un arbitratge, sobre la informació derivada d'un procediment de mediació o relacionada amb l'esmentat procés.”

No obstant això, admet les excepcions següents:

- a) quan calgui per raons imperioses d'ordre públic, especialment per garantir la integritat física d'una persona, etc.
- b) quan la revelació del contingut de l'acord resultant de la mediació calgui per executar o posar en pràctica aquest acord.

L'apartat 2 de l'art. 7 faculta els estats membres que adoptin mesures més estrictes de protecció d'aquest principi de la mediació.

De la mateixa manera, la Directiva es preocupa per la qualitat de la mediació i disposa que els estats membres també han de fomentar la formació de mediadors, així com la redacció i aplicació de codis voluntaris de bona conducta per a la professió. Encara que no conforma encara que mínimament l'estatut del mediador, sí que en destaca les qualitats necessàries: eficàcia, imparcialitat i competència, i en deixa la regulació als estats membres.

L'experiència italiana

El primer país que va transposar la Directiva va ser Itàlia. Ho va fer mitjançant el Decret legislatiu 28/2010 i el Decret de 6 de juliol de 2011.

Va imposar l'intent de mediació prèvia com a requisit de procedibilitat en determinats assumptes (condomini, drets reals, divisions de la cosa comuna, herències, arrendaments, indemnitzacions per danys causats per diferents vehicles, responsabilitat civil mèdica, difamació amb publicitat, assegurances i contractes financers i bancaris). Com es pot veure, l'intent de mediació és obligatori en els supòsits més freqüents de litigis.

A més regula no solament la mediació facilitativa, sinó també l'avaluativa, adjudcativa o valorativa, ja que el mediador pot fer una proposta per a la solució del cas, encara que només quan les parts ho sol·licitin de mutu acord. En

aquests casos el mediador ha d'informar de la transcendència que la no acceptació de la seva proposta pot comportar en matèria de costes si després s'interposa el procediment judicial i el tribunal resol en la mateixa línia que la proposta del mediador (exclusió de costes al guanyador i condemna de pagament a l'altra part). També existeixen incentius fiscals per acudir a aquest sistema.

El Decret establia tres tipus de mediació: l'obligatòria, la convencional i l'encarregada pel jutge.

Una altra característica de la norma italiana és que la mediació té caràcter institucional, i és la institució, tant si és pública com privada, la que tria el mediador, si bé són les parts els qui trien la institució.

S'admeten les mesures cautelars i altres de protecció i els efectes sobre els termes de caducitat i prescripció.

El Decret italià va ser anul·lat per la Cort Constitucional mitjançant la Sentència de 24 d'octubre de 2012, en estimar que calia una norma amb rang legal per imposar la mediació, si bé el Parlament italià ha aprovat el mes de juny de 2013 la llei que torna a donar cobertura a la norma. Diu J. Pascual Ortuño Muñoz, a *Métodos de racionalización de la litigiosidad civil y mercantil en el derecho comparado* (treball d'investigació realitzat a l'emparedat de l'art. 235 de la LOPJ presentat al CGPJ, no publicat, que m'ha facilitat amablement l'autor), que en l'ànim del legislador italià ha pesat l'elevat nombre d'acords de mediació (80.000) que es van obtenir després de la promulgació del Decret.

Són novetats de la nova llei l'exclusió de la mediació obligatòria dels accidents de trànsit i la inclusió de la responsabilitat civil sanitària en general, a més de la mèdica. També es preveu que les parts estiguin assistides en la mediació per un advocat.

IV. La mediació a Espanya

A Espanya, van ser les comunitats autònomes les primeres a legislar sobre mediació civil, si bé respecte de sectors específics.

Catalunya va ser la primera a legislar sobre mediació familiar amb la Llei 1/2001, de 15 de març, de mediació familiar, derogada per la Llei integral de mediació en l'àmbit del dret privat 15/2009, de 22 de juliol.

Segons el seu preàmbul, la Llei pretén que determinats conflictes sorgits en l'àmbit de les organitzacions i comunitats que estructurin i vertebrin la societat no quedin fora de l'àmbit de la llei, ja que han de tractar de corregir-se a través de les modalitats de mediació comunitària, social o ciutadana. Per això, l'objectiu final és ampliar l'abast de la mediació a determinats conflictes civils i mercantils que han de resoldre's per la necessitat de les mateixes parts de mantenir una relació viable en el futur, dissipar els dubtes sobre els conflictes familiars que poden ser objecte de mediació, i introduir millores sistemàtiques i tècniques.

Així, particularment podran mediar-se: a) Els conflictes sorgits en l'àmbit de les associacions i fundacions. b) Els conflictes en l'àmbit de la propietat horitzontal i en la vida ordinària de les urbanitzacions. c) Les diferències greus en l'àmbit de la convivència ciutadana o social, per evitar la iniciació de litigis judicials. d) Els conflictes derivats d'una diferent interpretació de la realitat per la coexistència de diferents cultures presents a Catalunya. e) Qualsevol altre conflicte privat en què les parts hagin de mantenir relacions personals en el futur.

Per tot això la llei catalana preveu la millora de la preparació tècnica del mediador i la seva especialització i recull els principis bàsics del sistema, és a dir, la voluntarietat, la imparcialitat, neutralitat, la confidencialitat, el caràcter personalíssim i la bona fe.

La seva estructura està formada per sis capítols, tres disposicions addicionals, tres de transitòries, una de derogatòria i una de final i el títol competencial és el desenvolupament del dret civil.

També existeixen normes sobre mediació familiar a Andalusia, Aragó, País Basc, Comunitat Valenciana, Madrid, Canàries, Astúries, Castella i Lleó, Castella-La Manxa, Illes Balears i Galícia, i de mediació en dret privat a Cantàbria.

Aquestes disposicions regulen els principis rectors de la mediació, el règim jurídic dels mediadors i de les institucions de mediació, el procediment de mediació i també el valor contractual de l'acord.

Algunes comunitats autònomes inscriuen aquesta legislació en l'àmbit dels serveis socials. En tot cas, el que regulen són aspectes de la mediació extrajudicial, no connectada al procés, i desenvolupada en un àmbit administratiu.

Habitualment les diferents legislacions autonòmiques regulen les institucions pròpies de mediació, així com la seva organització i funcions.

La diferència fonamental rau en l'àmbit material que regulen. Es distingeixen tres classes de legislacions: les que regulen la matèria exclusivament familiar; les que l'estenen a tota la matèria civil i les que abasten qualsevol àmbit: civil, penal, social o contenciós administratiu.

No obstant això, calia per raons competencials que una norma estatal establís els aspectes processals de la mediació.

La primera norma que ho fa en matèria civil és la Llei 15/2005, de 8 de juliol, per la qual es modifica el Codi civil i la LEC 1/2000 en matèria de separació i divorci. Afavoreix la suspensió del procediment per intentar la mediació, i reforma en aquest sentit l'article 770 de la LEC sempre sota petició de les parts i l'art. 777 amb la possibilitat d'adjuntar en els procediments de mutu acord l'acord final assolit en el procediment de mediació familiar.

Aquest primer impuls va anar seguit d'altres actuacions a favor de la introducció de la mediació.

Així, el mateix CGPJ, després d'una breu referència a la mediació continguda en el Llibre blanc de la justícia de 8 de setembre de 1997, en el punt 3.4, com a activitat a realitzar per advocats per limitar el nombre de procediments judicials, s'uneix la previsió de l'apartat 6.3 del Pla de modernització de la justícia aprovat pel Ple en la sessió de 12 de novembre de 2008, en pro de la mediació que afavoreix plans pilot d'implantació de la mediació intrajudicial que porten a terme un determinant nombre de jutjats civils i penals, singularment a Catalunya.

És interessant conèixer les dades estadístiques d'aquestes experiències pilot sobre mediació intrajudicial. El Consell informa respecte de la mediació familiar que l'any 2009 es van adscriure al projecte uns 34 òrgans judicials. Es van fer un total de 816 derivacions amb un percentatge d'acords en les mediacions finalment portades a terme entorn del 19 %. L'any 2012, els òrgans judicials derivadors van ser-ne ja 121, amb 3.056 derivacions i un percentatge de 910 mediacions realitzades, amb un 31,42 % d'acords. Quant a la mediació civil, era l'any 2009 pràcticament inexistent: pocs jutjats, el número 73 de Madrid i un projecte iniciat a Valladolid, i alguns jutjats de Barcelona en temes civils dins de la jurisdicció de família. Però no hi havia seguiment estadístic d'aquestes mediacions ja que gairebé no es donaven derivacions.

L'any 2012 els òrgans judicials derivadors van ser-ne 36, amb 572 derivacions, 71 mediacions realitzades amb un 21,26 % d'acords.

Però no solament el Consell General del Poder Judicial intenta promocionar la mediació. També el Ministeri de Justícia va elaborar el Pla estratègic de modernització de la justícia 2009-2011, que preveia la inclusió d'una sèrie de mesures organitzatives i legislatives per al progressiu establiment de procediments i sistemes de resolució de conflictes alternatius a la via judicial, en què cita expressament la mediació, la conciliació i a l'arbitratge. Tot això amb l'objectiu de descongestionar els tribunals de justícia, de manera que queda el recurs als tribunals com a *ultima ratio*.

En la mateixa línia, el nou Govern, en el Pla d'Acció de la Secretaria General de l'Administració de justícia 2012-2014 (accessible en el Web del Ministeri) dins

del capítol de reformes organitzatives, inclou la creació de vies alternatives a la resolució de conflictes, com la mediació.

Després de l'aprovació de la Directiva comunitària, el Govern aprova mitjançant Reial decret Llei 5/2012, de 5 de març, de mediació en assumptes civils i mercantils, precedent pròxim, en el temps i en el contingut de la Llei 5/2012, de 6 de juliol, de mediació en assumptes civils i mercantils. Més recentment la Llei 14/2013, de 27 de setembre, de suport als emprenedors i la seva internacionalització, que modifica la Llei concursal, en la qual s'introdueix la regulació de la mediació en el concurs.

Finalment, en el BOE de 27 de desembre de 2013 el Govern publica el Reglament 980/2013, de 13 de desembre, que desplega determinats aspectes de la Llei de mediació en assumptes civils i mercantils.

La Llei 5/2012, de 6 de juliol, de mediació en assumptes civils i mercantils

Títol competencial

Es promulga la llei a l'empara de la competència exclusiva de l'Estat en matèria de legislació mercantil, processal i civil, establerta a l'article 149.1.6a i 8a de la Constitució.

L'Estat regula a la llei diferents qüestions, incloses les estrictament processals, que són, en tot cas, aplicables a tot l'Estat.

Estructura de la llei

S'articula en 5 títols i en una sèrie de disposicions finals necessàries per encaixar la mediació en els procediments judicials.

El títol I, sota la rúbrica «Disposicions generals», regula l'àmbit material i espacial de la norma, l'aplicació als conflictes transfronterers, els efectes de la mediació sobre els terminis de prescripció i caducitat, així com les institucions de mediació.

Àmbit d'aplicació: després que l'article 1 defineixi la mediació com el mitjà de solució de controvèrsies, qualsevol que sigui la seva denominació, en què dues o més parts intenten voluntàriament arribar per si mateixes a un acord amb la intervenció d'un mediador, l'article 2 determina l'àmbit d'aplicació de la Llei sobre la base d'incloure els assumptes civils i mercantils, fins i tot els litigis transfronterers, que no afectin drets i obligacions no disponibles, per la qual cosa resta exclosa del seu coneixement la mediació penal, amb les administracions públiques, laboral i en matèria de consum.

Prescripció i caducitat: estableix que la sol·licitud d'inici de la mediació conforme a l'article 16 suspèn la prescripció o la caducitat d'accions des de la data en què consti la recepció de l'esmentada sol·licitud per part del mediador, o el dipòsit davant la institució de mediació si s'escau.

Si en el termini de quinze dies naturals a comptar de la recepció de la sol·licitud d'inici de la mediació no se signa l'acta de la sessió constitutiva prevista a l'article 19, cal reprendre el còmput dels terminis.

La suspensió es prolonga fins a la data de la signatura de l'acord de mediació o, si no n'hi ha, la signatura de l'acta final, o quan finalitzi la mediació per alguna de les causes previstes en aquesta Llei.

El títol II enumera els principis informadors de la mediació, que són: el principi de voluntarietat i lliure disposició, el d'imparcialitat, el de neutralitat i el de confidencialitat. A aquests principis s'hi afegeixen les regles o directrius que han de guiar l'actuació de les parts en la mediació, com són la bona fe i el respecte mutu, així com el deure de col·laboració i suport al mediador.

El títol III conté l'estatut mínim del mediador, amb la determinació dels requisits que han de complir i dels principis de la seva actuació. Per garantir-ne la imparcialitat s'expliciten les circumstàncies que el mediador ha de comunicar a

les parts, i en això se segueix el model del Codi de conducta europeu per a mediadors. S'opta pel mediador professional.

La formació es regula ara en el Reglament abans esmentat –capítol II- amb 100 hores com a mínim de formació específica.

El títol IV regula el procediment de mediació. És un procediment senzill i flexible que permet que siguin els subjectes implicats en la mediació els que determinin lliurement les seves fases fonamentals. La norma es limita a establir els requisits imprescindibles per donar validesa a l'acord a què les parts puguin arribar, tenint en compte que arribar un acord no és una cosa obligatòria, ja que no és estrany que la mediació persegueixi simplement millorar relacions.

L'acord de mediació es regula a l'article 23.

S'exigeix la identificació de les parts, la de les obligacions que cada part assumeix i que s'ha seguit un procediment de mediació ajustat a les previsions de la Llei, amb indicació del mediador o mediadors que han intervingut i, si s'escau, de la institució de mediació on s'ha desenvolupat el procediment.

L'acord de mediació l'hauran de signar les parts o els seus representants.

Té, com és lògic, caràcter vinculant, i les parts poden instar que s'elevi com a document públic per tal de configurar l'acord com a títol executiu.

La llei recorda innecessàriament que contra el que s'hagi convingut a l'acord de mediació només pot exercitar-se l'acció de nul·litat per les causes que invaliden els contractes.

Encara que la llei no en diu res, si existeix un procediment judicial en curs pot presentar-se l'acord perquè s'homologui judicialment d'acord amb les normes del Codi civil sobre transaccions judicials.

El títol V estableix el procediment d'execució dels acords, ajustant-se a les previsions que ja existeixen en el dret espanyol i sense establir diferències amb el règim d'execució dels acords de mediació transfronterers el compliment dels quals hagi de produir-se en un altre estat; es requereix que s'elevin a escriptura pública com a condició necessària perquè siguin considerats com a títol executiu.

Les disposicions finals cohonosten la regulació amb l'encaix de la mediació amb els procediments judicials.

També es duen a terme una sèrie de modificacions de caràcter processal que faciliten l'aplicació de la mediació dins del procés civil.

Es regula la facultat de les parts per disposar de l'objecte del judici i sotmetre's a mediació, així com la possibilitat que sigui el jutge el qui convidi les parts a arribar a un acord i, amb aquesta finalitat, des dels tribunals s'informi de la possibilitat de recórrer a la mediació. Es tracta d'una novetat que, dins del respecte a la voluntat de les parts, intenta promoure la mediació i les solucions amistoses dins dels litigis.

D'altra banda, es preveu la declinatòria com a remei enfront de l'incompliment dels pactes de submissió a mediació o enfront de la presentació d'una demanda si aquesta està en curs.

La modificació de la Llei d'enjudiciament civil comprèn, finalment, la dels preceptes necessaris per a la inclusió de l'acord de mediació dins dels títols que donen dret al despatx de l'execució.

De particular interès és la potenciació del pacte de mediació que poden haver previst les parts en les seves relacions jurídiques, ja que s'hi dóna el mateix tractament processal que al pacte de submissió a l'arbitratge, quan no és, òbviament, el mateix.

D'aquesta manera es modifiquen els art. 39 i 63 de la LEC per establir que el demandat pot denunciar mitjançant una declinatòria la falta de competència internacional o la falta de jurisdicció quan l'assumpte pertanyi a un altre ordre jurisdiccional o a causa d'haver-se sotmès la controvèrsia a arbitratge o mediació.

La llei, en aquests supòsits, aprecia la falta de competència del jutge per conèixer de l'assumpte. I ho fa amb caràcter definitiu quan, de fet, la mediació no sempre acaba amb un acord que eviti el plet.

És per això que el precepte ha estat criticat per la doctrina, ja que un efecte més adequat hauria estat el de preveure la suspensió obligatòria del procés en lloc de l'arxivament definitiu amb la consegüent obligació -en cas de falta d'acord- d'haver d'iniciar un altre procediment amb la duplicitat de costos consegüent.

El mateix s'esdevé quan es presenta la demanda simultàniament al procediment de mediació.

Per contra, si s'inicia primer el procés civil, i les parts accedeixen a acudir al procediment de mediació, per si mateixes o bé accedint al suggeriment del tribunal, solament se suspèn el tràmit si les parts ho sol·liciten.

Es potencia igualment la mediació intrajudicial.

D'una banda, es preveu que admesa la demanda tant de judici ordinari com de judici verbal, el secretari judicial informi les parts en convocar l'audiència prèvia o bé en citar per a judici verbal de la possibilitat de recórrer a una negociació per intentar solucionar el conflicte, inclòs el recurs a una mediació, cas en què aquestes han d'indicar a l'audiència la seva decisió sobre això i les seves raons.

En aquests casos s'ha de suspendre el judici si ambdues parts ho demanen.

De la mateixa manera, en atenció a l'objecte del procés, el tribunal pot convidar les parts tant en el judici ordinari com en el verbal a intentar un acord que posi fi al procés, si s'escau, a través d'un procediment de mediació, i instar-les a assistir a una sessió informativa. En aquest cas els litigants han d'acudir a la sessió informativa però no se'ls pot obligar a iniciar el procediment de mediació.

En el cas que ho decideixin, les parts, de comú acord, poden sol·licitar la suspensió del procés d'acord amb el que preveu l'article 19.4, per sotmetre's a mediació.

Com a conclusió, la mediació com a sistema alternatiu o complementari de resolució de conflictes té un llarg camí per recórrer, si bé se n'han assentat ja les bases i s'ha dotat dels instruments jurídics necessaris per a la seva efectivitat. Ara falta la implicació de tots els operadors jurídics en el seu desenvolupament.