

La nueva Directiva sobre mediación: primeros interrogantes

Nicolás ZAMBRANA TÉVAR
Programa de Derecho global
Universidad de Navarra

El pasado día 21 de mayo, el Parlamento Europeo y el Consejo de la Unión Europea adoptaron la Directiva 2008/52/CE, que se ha de trasponer antes del 21 de mayo de 2011 y que regula ciertos aspectos de la mediación, es decir, del proceso por el cual dos partes, con ayuda de un tercero, tratan de llegar amistosamente a un acuerdo, de voluntario cumplimiento, que ponga fin a su controversia. La Directiva no menciona el supuesto habitual de inclusión en el contrato del acuerdo de acudir a la mediación. La Directiva sí prevé que una norma estatal o resolución judicial pueda obligar a las partes a acudir a la mediación, o ponga incentivos o sanciones para ello (art. 3a y art. 5.2º).

La Directiva no se aplica a la conciliación judicial (art. 3a), a las negociaciones precontractuales, a la determinación por experto, al arbitraje o a la conciliación “comercial” (considerando 11), que se diferencia de la mediación en que el tercero propone una solución formal a las partes, para que éstas la acepten o la rechacen. Para que se aplique la Directiva los litigios (término que no se define) han de ser transfronterizos (art. 1.2º), para lo cual todas las partes deben estar domiciliadas o residir habitualmente en Estados de la Unión Europea, y al menos una de ellas no debe estar domiciliada o residir habitualmente en el mismo Estado que las demás (art. 2.1º). Se excluye por tanto que alguna de las partes esté domiciliada o resida habitualmente fuera de la Unión.

También se considerará litigio transfronterizo si, tras la mediación, se inicia un procedimiento judicial o arbitral en un Estado de la Unión distinto de aquél en que las partes estén domiciliadas o residan habitualmente (art. 2.2º). Este art. 2.2º es difícil de entender porque no deja claro si el Estado en el que ha de comenzar el arbitraje o el procedimiento judicial ha de ser distinto de cada uno de los Estados donde estuvieran domiciliadas o residieran habitualmente las partes. Tampoco se entiende bien cómo se puede declarar el litigio como transfronterizo, a efectos de que se aplique la Directiva, cuando el proceso de mediación ya ha acabado, que es cuando se puede verificar que el arbitraje o el proceso judicial comienzan en un Estado distinto.

Para que se aplique la Directiva, el litigio ha de ser naturaleza civil o mercantil, términos que tampoco se definen. No se aplicará la Directiva a aquellos litigios sobre derechos y obligaciones que no estén a disposición de las partes. Para comprobar cuáles son estos derechos, habrá que estar a la “legislación pertinente” (art. 1.2º). Se puede entender que esta ley será la del Esta-

do (o Estados) donde se solicite el carácter ejecutivo del acuerdo al que se llegue, ya que éste es el único Estado con algún interés en limitar la ejecutividad del acuerdo.

Por el carácter voluntario de todo el procedimiento, se ha de entender que todas las partes han de estar de acuerdo en la persona del mediador. No se establece si dicho mediador ha de ser una persona física o puede ser una persona jurídica o entidad de algún tipo.

No se establece ninguna disposición sobre responsabilidad del mediador, pero los reglamentos sobre mediación más frecuentes excluyen dicha responsabilidad y la de cualquier persona interviniente en labores de apoyo de la mediación.

Las partes, o una de ellas con el consentimiento explícito de las demás, pueden solicitar que al acuerdo se le dé carácter, no sólo obligatorio (carácter que se le puede dar voluntariamente, al amparo del art. 1809 del Código Civil), sino ejecutivo (art. 6.1º), lo que probablemente haya de entenderse como posibilitando el inicio de la ejecución forzosa.

El art. 6.1º establece además que si se hace dicha solicitud, “el contenido de tal acuerdo se hará ejecutivo”, a menos que sea contrario al Derecho del Estado donde se formula la solicitud –el considerando 19 añade “incluido su Derecho internacional privado”- o a menos que dicho Derecho no contemple ese carácter ejecutivo. No obstante, el art. 6.2º sólo menciona que el contenido del acuerdo “podrá adquirir carácter ejecutivo [...] de conformidad con la legislación del Estado miembro en el que se formule la solicitud”. Por tanto, no se sabe si la norma que trasponga la Directiva deberá garantizar la ejecutividad de los acuerdos, con tal de que ésta se solicite y que el acuerdo no sea contrario a Derecho, o si podrá poner otros requisitos (como la elevación a público del acuerdo resultante) o incluso impedir tal ejecutividad.

No está claro si la comprobación de que el acuerdo alcanzado en la mediación es contrario a la legislación del Estado donde se solicita la ejecutividad se ha de hacer de oficio o a instancia de parte, ni si la expresión “contrario al Derecho del Estado” significa contrario a cualquier norma o sólo a las normas imperativas y de orden público.

Tampoco está clara la referencia que se hace al Derecho internacional privado del Estado donde se pide la ejecutividad del acuerdo. Una manera de entenderlo es que las normas de conflicto de dicho Estado pueden indicar que el Derecho aplicable a la controversia es el Derecho de un tercer Estado, cuyas normas no podrán ser contradichas por el contenido del acuerdo obtenido en la mediación.

De la lectura del art. 6 se desprende que la solicitud de ejecutividad se puede efectuar en cualquier Estado de la Unión donde se pretenda que tenga efectos o se puede solicitar únicamente en un Estado y obtener el reconocimiento y ejecución en otro Estado miembro (art. 6.4º), por los cauces habituales. En este sentido, el considerando 20 menciona la posibilidad de apli-

car los Reglamentos (CE) n° 44/2001 y n° 2201/2003, utilizando posiblemente sus arts. 57 y 46, respectivamente. Sin embargo, el considerando 21 advierte de una posible corruptela en el ámbito de los acuerdos sobre controversias de Derecho de familia: que, no habiendo obtenido la ejecutividad en un Estado, se busque obtenerla en otro, para luego hacer reconocer dicha ejecutividad en un tercer Estado, posiblemente al amparo, asimismo, del art. 46 del Reglamento (CE) n° 2201/2003. El considerando 21 comenta que la Directiva no debe alentar este tipo de actividades, pero no dice cómo, ni si se va a impedir una especie de *forum shopping*, una búsqueda de la jurisdicción más favorable a la declaración de ejecutividad de un acuerdo privado.

El art. 7 de la Directiva protege la confidencialidad estableciendo que “ni los mediadores ni las personas que participan en la administración del procedimiento de mediación estén obligados a declarar, en un proceso judicial civil o mercantil o en un arbitraje, sobre la información derivada de un procedimiento de mediación”. Sin embargo, la Directiva no hace ninguna referencia a la posibilidad de que las propias partes utilicen en dichos procesos judiciales o arbitrales posteriores la documentación o información que han obtenido en la mediación, donde se encarece a las partes a intercambiar dicha documentación e información. Es posible que haya que estar a lo previsto en las reglas de mediación a las que las partes se sometan, que suelen establecer que las partes no pueden utilizar en procesos posteriores la información que obtengan en el proceso de mediación.

A pesar de que hay excepciones a las normas de confidencialidad, el art. 7.2° de la Directiva parece prever que los Estados podrán impedir que los mediadores o personal que administre el procedimiento no declaren en procesos posteriores, ni aun por “razones imperiosas de orden público”.

El art. 5.1° de la Directiva establece que el órgano jurisdiccional “podrá proponer a las partes que recurran a la mediación para solucionar el litigio”. Sólo podrá proponerlo, ya que un juez debe resolver siempre sobre las pretensiones que se le formulen (prohibición de *non liquet*, art. 11.3° LOPJ).

El art. 8.1° prevé que los Estados garanticen que el acudir a la mediación no impida “posteriormente iniciar un proceso judicial o un arbitraje en relación con dicho litigio por haber vencido los plazos de caducidad o prescripción durante el procedimiento de mediación”, lo que quizá haya que entender como un mandato al legislador para que se interrumpan los plazos de prescripción o caducidad de los derechos o acciones que son objeto del litigio.

La Directiva no hace ninguna otra mención a la intervención de los tribunales en el proceso de mediación. Habrá que entender que, por ejemplo, no es posible solicitar medidas cautelares en apoyo de un proceso de mediación, por su carácter amistoso y porque los arts. 721 y 722 LEC sólo permiten la solicitud de medidas cautelares en apoyo de un procedimiento judicial o arbitral ya iniciado en España o en el extranjero.

En definitiva, habrá que esperar a la trasposición de la Directiva para solucionar todos o algunos de los interrogantes señalados.