

Más allá de la Ley estatal de mediación: cuando no se observan sus directrices

Amparo QUINTANA GARCÍA

Abogada y Mediadora

Diario La Ley, Nº 8470, Sección Tribuna, 30 de Enero de 2015, Año XXXVI, Ref. D-38, Editorial LA LEY

LA LEY 473/2015

La Ley 5/2012, de 5 de julio, regula a nivel estatal las mediaciones en asuntos civiles y mercantiles. Entre otras cuestiones, regula pormenorizadamente el proceso de mediación. Este artículo analiza qué consecuencias pueden derivarse de su no observancia y si es posible mediar en asuntos de derecho privado fuera del paraguas normativo de la referida ley. Igualmente se aborda la cuestión en sentido contrario, es decir, si es posible aplicar la referida norma a aquellos supuestos para los que no está pensada.

«Nuestra percepción actual es solo una forma de ver las cosas y cuantas más perspectivas investiguemos mejor será nuestra comprensión»

(Lou MARINOFF)

I. ¿QUÉ FUE PRIMERO?

Se dice, y asumimos como axioma, que la mediación es antigua. Sin necesidad de remontarnos a años demasiados pretéritos y, por tanto, centrándonos en el siglo XX y lo que lleva de trayectoria el XXI, aquello que hace de la mediación un sistema de gestión y resolución de conflictos aceptado y reconocido es la actividad de los mediadores. Sin ir más lejos y a título de ejemplo, en EE.UU. surge la mediación alrededor de 1913, en el ámbito laboral, desarrollándose paulatinamente a través de movimientos denominados de Libre Acceso a la Justicia (auspiciados por jueces y funcionarios de los propios tribunales). Pero no es hasta 1947 en que se crea el Servicio Federal de Mediación y Conciliación. De igual manera, en España se empieza a hacer mediación familiar en los ochenta, dentro de los equipos técnicos psicosociales de los juzgados. A finales de esa década y comienzos de los noventa, se crean los primeros centros de mediación (País Vasco, Cataluña y Madrid), que realizan su actividad sin cobertura legal ad hoc, pues la primera ley de mediación familiar fue la catalana de 2001 (Madrid no contó con legislación especial hasta 2007 y Euskadi en 2008).

Lo mismo puede aplicarse a otros campos, pues resultaría ingenuo pensar que hasta la promulgación de la legislación estatal de mediación en asuntos civiles y mercantiles no se hubiera mediado en cuestiones tales como herencias, responsabilidad civil, propiedad horizontal, etc.

II. LOS FRÁGILES LÍMITES COMPETENCIALES DE LA LEY ESTATAL DE MEDIACIÓN CIVIL Y MERCANTIL

El art. 2 Ley 5/2012, de 6 de julio (LA LEY 12142/2012), dispone que dicha norma no se aplicará en los supuestos mediación penal, laboral, en materia de consumo y con las Administraciones públicas. En el Preámbulo de la misma se indica que tales materias se reservan a una posterior regulación especial.

Parece que el legislador excluyó estos ámbitos porque no los considera civiles o mercantiles en

sentido estricto y esto, que puede entenderse en el campo de los conflictos penales, sin embargo puede resultar ambiguo o no tan exacto en las otras cuestiones. Por ejemplo, está claro que una sanción administrativa al dueño de un local por actividades molestas quedará en la órbita del Derecho público y, por tanto, ajena al ámbito privado que regula la ley que comentamos. Pero si una comunidad de propietarios entra en litigio, por un problema de medianerías, con una finca colindante propiedad de un ministerio, ¿no sería esta una cuestión de índole privada, puramente civil?

Lo mismo cabe decir con las cuestiones de consumo, área regulada por normas mercantiles y que, sin embargo, se ha dejado fuera de la aplicación de la Ley del año 2012. Debe pensarse que dicho ámbito es cada vez más amplio, pues la mayoría de las relaciones comerciales se establecen con un consumidor. Grandes, medianas y pequeñas empresas del sector de los seguros, de la hostelería, la alimentación, la sanidad, la informática, las industrias químicas, etc. acaban de una forma u otra contratando con un consumidor y esas relaciones jurídicas son de carácter privado, es decir, de las que regula la Ley estatal de mediación.

También es cierto que en nuestro país existen las juntas arbitrales de consumo, de índole administrativa, mas no todos los actos con los consumidores se resuelven a través de ellas y lamentablemente muchas reclamaciones acaban en pleitos judiciales. Asimismo, llama la atención (GÓMEZ CAMPELO, 2012) que la ley de mediación en asuntos civiles y mercantiles (LA LEY 12142/2012), concebida para trasponer la Directiva 2008/52/CE (LA LEY 6958/2008) sobre cuestiones transfronterizas en la mediación civil y mercantil, sea en realidad una norma autónoma llamada a resolver circunstancias internas.

Por lo que a nuestro entorno respecta, Cataluña es la primera comunidad autónoma, y de momento única, que dispone de regulación específica de mediación en las relaciones de consumo (D 98/2014, de 8 de julio (LA LEY 11093/2014)). Igualmente y en relación con la Unión Europea, el Regl. (UE) núm. 524/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de mayo, (LA LEY 9610/2013) regula la resolución de litigios en línea en materia de consumo y, además, modifica el Regl. (CE) núm. 2006/2004 (LA LEY 9510/2004) y la Directiva 2009/22/CE (LA LEY 7639/2009).

Así pues, parece que no siempre las cuestiones competenciales están tan claramente delimitadas. Más aun, existen muchos supuestos mixtos, en los que las cuestiones en disputa abarcan ámbitos de diversa naturaleza. La actuación de los mediadores normalmente es integral, es decir, interviniendo en el conflicto como un todo, por lo que los acuerdos recogen la totalidad de las cuestiones planteadas por las partes, sin entrar a diferenciar si las mismas son mercantiles, civiles, laborales o de mera urbanidad, clasificación esta que obedece mucho más a la metodología jurídica que a las necesidades de los mediados, quienes lo único que desean es darle una salida al problema que presentan. Pensemos que una persona se somete a un tratamiento de blanqueamiento dental del que no queda satisfecho y, tras una o varias sesiones de mediación, el odontólogo reconoce cierta responsabilidad y accede a repetir el proceso, lo que no es aceptado por el paciente, que ya ha perdido la confianza y prefiere que se le devuelva el dinero. Puede que el asunto termine ahí, que el facultativo abone de su bolsillo la cantidad acordada y termine la discusión. Pero también puede ocurrir que entre en juego la compañía aseguradora del dentista, o que este no acceda a pagar nada, aunque quiere que conste su voluntad de volver a efectuar el blanqueamiento. Para los mediadores, esto sería un acuerdo parcial, que las partes pueden elevar a público si lo estiman oportuno. Incluso, es probable que al redactar dicho acuerdo hayan precisado que el proceso de mediación se ha llevado a cabo siguiendo las previsiones de la Ley 5/2012, de 6 de julio (LA LEY 12142/2012). ¿Tenían obligación de saber si se trataba de un acto de consumo?

Llegados a este punto, las cuestiones objeto de debate serían dos:

- ¿Puede aplicarse la Ley 5/2012 (LA LEY 12142/2012) a los supuestos excluidos?
- ¿Puede pactarse no aplicar la Ley 5/2012?

III. ¿PUEDE APLICARSE LA LEY DE MEDIACIÓN EN ASUNTOS CIVILES Y MERCANTILES A LOS SUPUESTOS EXCLUIDOS?

Dejando a un lado aquellos aspectos que afectan de manera concreta a cualquiera de los ámbitos excluidos, como por ejemplo y de manera especial la forma de actuar en mediación penal (donde prevalece la Recomendación núm. R (99) 19, dictada el 15 de septiembre de 1999 por el Comité de Ministros del Consejo Europeo), la norma estatal contiene artículos definitorios de la mediación, de sus principios informadores o del estatuto del mediador que pueden considerarse comunes a todos los supuestos. Es decir, la voluntariedad, confidencialidad, neutralidad o profesionalidad de los mediadores presidirá cualquier proceso de mediación, dado que la referida ley no descubre ni constituye nada nuevo en estos aspectos, toda vez que los mismos vienen siendo recogidos y aplicados en todas las regulaciones tanto autonómicas en España, como de derecho comparado.

En cuanto a las cuestiones procedimentales (Título IV), realmente nada impide que en una mediación dimanante de un conflicto laboral o administrativo, por ejemplo, se apliquen los plazos de inicio o se redacten las actas inicial y final que recoge la comentada ley. De llegarse a un acuerdo, este podría igualmente elevarse a escritura pública (art. 25.1), aunque sería discutible si puede aplicarse la disposición adicional tercera, relativa a la cuantía de los aranceles notariales en todos los casos. En este sentido, parece claro que no podrían valerse de las ventajas de esta disposición adicional en un tema derivado de un ilícito penal (por ejemplo, los pactos de indemnización y la forma de pago) o un tema claramente laboral. ¿Pero qué puede ocurrir en un asunto entre un comerciante y un cliente, cuando la esencia del conflicto es un acto de comercio y, por tanto, de naturaleza mercantil?

Por lo que a la homologación judicial de los acuerdos respecta, se entiende que los tribunales son ajenos a las cuestiones internas de la mediación, limitando su actuación a verificar si el pacto se ajusta o no a Derecho.

De todo esto pueden extraerse algunas conclusiones:

- En los supuestos excluidos (e incluso en aquellos que ni tan siquiera son mencionados por la ley estatal, como el ámbito escolar o intergeneracional), los mediadores podrán ordenar el proceso de mediación conforme estimen más adecuado y provechoso para el objeto de la misma.
- En aquellos territorios donde exista alguna regulación específica, se observarán las normas autonómicas.

Igualmente hay que tener en cuenta que **la Ley 5/2012, de 6 de julio (LA LEY 12142/2012) cuenta con unas fortalezas o características positivas que sería interesante se ampliaran a cualquier ámbito de la mediación, incluso los excluidos.** De esta forma, pueden señalarse los siguientes:

- A)** Se configura a los mediadores como profesionales objetivamente capacitados para desempeñar su actividad. De esta manera, la mediación se concibe como algo especializado y técnico, lo que hace posible que los usuarios puedan pedir información acerca de la formación, experiencia y profesión de origen de los mediadores, quienes están obligados a facilitársela.
- B)** Se generaliza la obligación de suscribir un seguro de responsabilidad civil o garantía equivalente que cubra de manera clara y determinada la actividad mediadora.
- C)** Se unifican unas formalidades mínimas de actuación (actas y tiempo de conservación de los expedientes), que sirven de pauta común a todos los mediadores, lo que contribuye a ordenar las cuestiones protocolarias, evitando la dispersión y disparidad de acciones.
- D)** Se reconoce la validez en la UE de los acuerdos de mediación suscritos en España.

E) Se consagra el secreto profesional del mediador, que refuerza el principio general de la confidencialidad, garantizándola a las partes mediadas y protegiendo a los mediadores frente a eventuales solicitudes de informes, citaciones, etc.

F) Se establece la posibilidad de mediar a través de métodos electrónicos, lo que supone un beneficio cuando las personas no pueden acudir al despacho del mediador, bien por existir distancia geográfica, bien por estar aquejado de alguna imposibilidad física, bien sea permanente o temporal.

IV. ¿PUEDE PACTARSE NO APLICAR LA LEY ESTATAL DE MEDIACIÓN A LOS CASOS CIVILES Y MERCANTILES?

El art. 10.1 Ley 5/2012, de 6 de julio (LA LEY 12142/2012), establece que «*sin perjuicio del respeto a los principios establecidos en esta Ley, la mediación se organizará del modo que las partes tengan por conveniente*». Esos principios son los recogidos en los arts. 6 a 9, inclusive:

- Voluntariedad y libre disposición.
- Igualdad de las partes e imparcialidad de los mediadores.
- Neutralidad.
- Confidencialidad.

Asimismo, habría que incluir también lo dispuesto en el art. 10.2, en tanto que las partes «actuarán entre sí conforme a los principios de lealtad, buena fe y respeto mutuo».

Teniendo también en cuenta que el art. 1255 CC (LA LEY 1/1889) prevé la posibilidad de establecer los pactos, cláusulas y condiciones que los contratantes estimen oportunos, «siempre que no sean contrarios a las leyes, a la moral ni al orden público», **en principio no habría inconveniente en que las cuestiones procedimentales puedan llevarse a cabo de manera distinta a la establecida en la ley estatal.**

Esta variable convendría recogerla por escrito, por tratarse de una excepción a la norma general, salvo en aquellos casos en que se acuerde no redactar actas o no documentar los acuerdos, porque a las partes no les interese dejar rastro de la mediación, al haber abordado materias sobre las que desean el más absoluto sigilo y secreto. Dejando a un lado este segundo supuesto, el documento que recoja los acuerdos a que lleguen los mediados podrá asimismo elevarse a escritura pública e, incluso, incorporarse a un proceso judicial como solución transaccional.

Por otro lado, ¿qué ocurriría si lo que desean las partes, y así convienen, es que en la mediación intervenga una persona que no cuente con la formación específica necesaria para ejercer dicha actividad? Por analogía, podría estarse ante un supuesto similar al de una persona sin formación en Derecho pero con la habilidad suficiente para ayudar a otras a redactar un contrato, como acontece muy a menudo en negocios arrendaticios, inmobiliarios, traspaso de vehículos, etc. Cabe entender que no existe mediación en sentido estricto porque quien interviene no lo es realmente, pues el art. 1 dice textualmente que «se entiende por mediación aquel medio de solución de controversias, cualquiera que sea su denominación, en que dos o más partes intentan voluntariamente alcanzar por sí mismas un acuerdo **con la intervención de un mediador**», concretando su art. 11 los requisitos para serlo que sucintamente son:

- Hallarse en pleno ejercicio de sus derechos civiles.
- Que no exista incompatibilidad con el ejercicio de su profesión.
- Poseer un título oficial universitario o de formación profesional superior.

- Contar con formación específica en mediación.
- Suscribir un seguro o garantía equivalente de responsabilidad civil.

Este es otro de los puntos sobre los que la norma estatal difiere de la Directiva de la que dimana (la 2008/52/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de mayo), pues su art. 3 b) denomina mediador a «todo tercero a quien se pida que lleve a cabo una mediación de forma eficaz, imparcial y competente, independientemente de su denominación o profesión en el Estado miembro en cuestión y del modo en que haya sido designado o se le haya solicitado que lleve a cabo la mediación».

De todos modos, aun no estando ante un supuesto de intervención llevada a cabo por mediadores de conformidad con la legislación española, lo que puedan acordar las partes tendrá fuerza contractual entre ellas, conforme prevé el art. 1254 CC (LA LEY 1/1889)) y, por tanto, originará derechos y obligaciones susceptibles de ejercitar y proteger.

V. CONCLUSIONES

Por su propia naturaleza, no resulta del todo eficaz constreñir la mediación a un puñado de postulados legales. En este sentido, hay que tener en cuenta que la relación mediados-mediadores se asienta fundamentalmente en la confianza y a ello contribuyen cuestiones claramente subjetivas. Es algo así como saber por qué preferimos una librería por encima de otras, a pesar de que en todas venden libros.

En esa generación de confianza, es fundamental que los mediadores se muestren solventes y seguros, así como claros, precisos y abiertos a convenir con las partes una forma u otra de actuación, dado que lo más importante en el quehacer mediacional es intervenir a favor de las partes, ayudándolas a buscar soluciones satisfactorias y factibles y no generando mayores problemas que los que aquellas ya traen consigo. Por esas razones, los mediadores deberían supeditar cualquier cuestión de índole protocolaria o meramente procedimental a su trabajo en aras del empoderamiento de los mediados y el restablecimiento del equilibrio entre ellos.

Cumplir o dejar de cumplir los requisitos formales de la Ley 5/2012, de 6 de julio (LA LEY 12142/2012), no determinan que la mediación esté bien o mal realizada, ya que los efectos derivados de la observancia de dicha norma inciden sobre cuestiones secundarias que no invalidan el fondo. Es decir, cuando las personas acuden a mediación lo hacen normalmente para terminar con la disputa que mantienen y para ello acuden a un profesional que les abrirá una nueva perspectiva del conflicto, para facilitar de esa manera la corresponsabilidad e implicación de las partes respecto al mismo y su gestión.

Ahora bien, en aras de la transparencia y confianza que debe presidir todo proceso de mediación, los profesionales deben explicar a los usuarios la línea de trabajo que van a seguir, así como las consecuencias prácticas que conllevará hacerlo de una forma u otra. Todo eso, claro está, sin dejar de lado los principios esenciales de toda mediación: voluntariedad, confidencialidad, imparcialidad y neutralidad de los mediadores.

VI. BIBLIOGRAFÍA

- GÓMEZ CAMPELO, E. (2012): «Aplicación de la ley a conflictos transfronterizos en asuntos civiles y mercantiles», dentro de la obra «Mediación en asuntos civiles y mercantiles. Comentarios a la Ley 5/2012 (LA LEY 12142/2012)», de GARCÍA VILLALUENGA, L. y ROGEL VIDE, C., Ed. Reus.