

La Directiva comunitaria sobre ciertos aspectos de la Mediación en asuntos civiles y mercantiles¹

María José Martínez Iglesias

Jefe de Unidad de la Comisión de Asuntos Jurídicos del Parlamento Europeo²

Sumario

El autor nos presenta el procedimiento legislativo que condujo a la adopción de la Directiva europea sobre mediación. Un largo procedimiento, en efecto, que puso de manifiesto las dificultades derivadas de la enorme heterogeneidad de la práctica y de los ordenamientos jurídicos de los Estados miembros de la Unión pero también la voluntad de los responsables políticos de impulsar este método de resolución de conflictos a escala europea. El trabajo está expuesto en torno a tres núcleos: antecedentes, el marco del tratado y el contenido de la Directiva. En este tercer apartado centra la reflexión más profunda en torno a las disposiciones generales y a la articulación entre la mediación y el proceso civil.

Este artículo tratará precisamente de explicar el contenido de la Directiva, cuyas limitaciones, que han dado pie a numerosas críticas, son indisociables de la gran diversidad de la práctica y la regulación de la mediación en los Estados miembros de la Unión Europea. Para ello aborda en primer lugar los antecedentes que explican y sitúan la propuesta de la Directiva sobre la mediación presentada por la Comisión en octubre de 2004 que ha constituido la base de la norma que nos ocupa. En

¹ Directiva 2008/52/CE del Parlamento europeo y del Consejo, de 21 de mayo de 2008, sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles (DO L 136 de 24.5.2008).

² Las opiniones vertidas en el presente artículo son estrictamente personales y no comprometen al Parlamento.

segundo lugar explica algunos de los elementos que definen el procedimiento de toma de decisión en el ámbito europeo y los principios que lo condicionan. Por último, analiza los distintos elementos de la Directiva a la luz de los avatares del procedimiento legislativo en el Parlamento europeo y en el Consejo de ministros de la Unión.

Palabras clave: Directiva, marco, articulación, toma de decisión, procedimiento.

Summary

The community managing about certain aspects of the mediation in civil and mercantile issues

The author exposes the legislative procedure that lead to the adoption of the European managing in mediation. In effect, a long procedure that state and manifest the difficulties derived of the huge heterogeneous of the practice; and of the juridical regulations in the European States, but also the political responses' will to drive this method of solution of conflicts in an european scale.

The job is explained in three nucleus; precedings, the frame of the agreement, and the content of the Directive. In this third section the reflection centres on the dispositions, general arrangements and the articulation between mediation and civil process.

This article will try to explain precisely the Directive content whose limitations have been cause for numerous critics, are inseparable from the great diversity of the practice and the regulation of the mediation in the European States. First at all the precedings which exposes the Directive propose in the presented mediation for the Commission in october, 2004; which has constituted the basis of the regulation that concerns to ourselves.

Secondly there is explanation of the elements which define the procedure of making a decision in the European area so that the principles that condition it. Finally analyses the different elements of the Directive at the light of the changes of the legislative procedure in the European Parliament and the Ministers' Council of the Union.

Key words: Managing, articulation, making a decision procedure.

Con la firma del Presidente del Parlamento europeo y del Presidente en ejercicio del Consejo de Ministros se clausuró felizmente el 21 de mayo de 2008 el largo procedimiento legislativo³ que condujo a la adopción de la Directiva europea sobre la mediación. Un largo procedimiento, en efecto, que puso de manifiesto las dificultades derivadas de la enorme heterogeneidad de la práctica y de los ordenamientos

³ Dictamen del Parlamento Europeo de 29 de marzo de 2007 (DO C 27 de 31.1.2008, p. 129), Posición Común del Consejo de 28 de febrero de 2008 y Posición del Parlamento europeo de 23 de abril de 2008.

jurídicos de los Estados miembros de la Unión pero también la voluntad de los responsables políticos de impulsar este método de resolución de conflictos a escala europea.

Este artículo tratará precisamente de explicar el contenido de la Directiva, cuyas limitaciones, que han dado pie a numerosas críticas, son indisociables de la gran diversidad de la práctica y la regulación de la mediación en los Estados miembros de la Unión europea. Para ello abordaré en primer lugar los antecedentes que explican y sitúan la propuesta de Directiva sobre la mediación presentada por la Comisión en octubre de 2004 que ha constituido la base de la norma que nos ocupa. En segundo lugar, explicaré algunos de los elementos que definen el procedimiento de toma de decisión en el ámbito europeo y los principios que lo condicionan. Por último, analizaré los distintos elementos de la Directiva a la luz de los avatares del procedimiento legislativo en el Parlamento europeo y en el Consejo de ministros de la Unión.

1. Antecedentes

Con el tratado de Ámsterdam, la Comunidad europea se dio por vez primera como objetivo la creación de un espacio único de libertad, seguridad y justicia, incluyéndose esta materia entre las competencias de la Comunidad.

El Consejo europeo, es decir, la cumbre de Jefes de Estado y de Gobierno, celebrada en Tampere (Finlandia) en 1999 constituyó una etapa decisiva para la consecución de ese objetivo. Entre las prioridades identificadas por los Jefes de Estado y de Gobierno en aquella ocasión, se encontraba la de mejorar el acceso a la justicia para los ciudadanos europeos a través, entre otras cosas, de la creación y el fomento de medios alternativos, extrajudiciales, de resolución de conflictos.

El Consejo de ministros de Justicia e Interior, dando seguimiento a las decisiones de los Jefes de Estado y de Gobierno, adoptó, en mayo de 2000, unas Conclusiones sobre modalidades alternativas de solución de conflictos en asuntos civiles y mercantiles, en las que indicaba *“que la definición de principios fundamentales en ese ámbito constituye un paso fundamental para permitir el desarrollo y funcionamiento adecuados de los procedimientos extrajudiciales de solución de conflictos en asuntos civiles y mercantiles, de manera que se simplifique y mejore el acceso a la Justicia”*. Así mismo, los ministros pidieron a la Comisión que presentara un Libro Verde⁴ que debía hacer balance de la situación existente en los Estados miembros de la Unión europea e iniciar una

⁴ Libro Verde sobre las modalidades alternativas de solución de conflictos en el ámbito del derecho civil y mercantil (COM(2002) 196 final).

amplia consulta con miras a la preparación de las medidas concretas (incluidas las de carácter legislativo) que conviniera adoptar.

Fue así como la Comisión presentó el 19 de abril del 2002 su Libro Verde sobre las modalidades alternativas de solución de conflictos en el ámbito del derecho civil y mercantil que analizaba de forma amplia y completa la situación en la Unión y lanzaba una consulta de los medios interesados en base a un amplio cuestionario.

El Libro Verde constataba, en primer lugar, la utilidad de los métodos alternativos de solución de conflictos para facilitar el acceso de los ciudadanos a la justicia. Y ello desde dos puntos de vista:

- Los procedimientos ante los tribunales son lentos, complejos y costosos. Algunos Estados se enfrentan a situaciones de creciente saturación del sistema judicial lo que se traduce en una mayor dificultad de acceso a la justicia para los ciudadanos. El problema se agrava en los litigios transfronterizos cada vez más frecuentes en razón del mercado interior y la integración europea en general que determinan el aumento no sólo de las relaciones de naturaleza económica sino también de las de carácter personal más allá de las fronteras. En ese contexto el recurso a los métodos alternativos de solución de conflictos puede jugar un papel complementario del sistema judicial, capaz de agilizar los trámites en muchos casos y de aliviar la carga de trabajo de los tribunales.

Conviene recordar en este sentido que tanto el Convenio Europeo de protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales, en su artículo 6, como la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión, en su artículo 47, consagran el acceso efectivo a la justicia como un derecho fundamental de los ciudadanos.

- Por otro lado la naturaleza flexible de los métodos alternativos de solución de conflictos basados en la cooperación más que en la confrontación, en la búsqueda de un acuerdo más que de una decisión impuesta, hace de ellos instrumentos que favorecen, sobre todo en ciertos ámbitos como el de las relaciones familiares, la cohesión social y acentúan su papel de complemento de los procedimientos jurisdiccionales. En efecto, como el considerando sexto de la Directiva se encarga de recordar en el caso concreto de la mediación,

“puede dar una solución extrajudicial económica y rápida a conflictos en asuntos civiles y mercantiles, mediante procedimientos adaptados a las necesidades de las partes. Es más probable que los acuerdos resultantes de la mediación se cumplan voluntariamente y también que preserven una relación amistosa y viable entre las partes. Estos beneficios son aún más perceptibles en situaciones que presentan elementos transfronterizos”.

El Libro Verde ponía de manifiesto la gran diversidad de las regulaciones nacionales en la materia y el distinto grado de desarrollo legislativo según los Estados. Resulta llamativo, por ejemplo, el hecho de que ningún Estado miembro disponga de una normativa-marco sobre los métodos alternativos de solución de conflictos. Esta situación, y sobre todo las lagunas existentes en varias legislaciones nacionales, han sido la causa de muchas de las dificultades a las que se ha enfrentado el procedimiento de elaboración de la Directiva comunitaria, como se verá más adelante.

A la hora de determinar las posibilidades de acción en el ámbito europeo y en particular la oportunidad de adoptar normas comunitarias, dos tipos de problemas acapararon sobre todo la atención de la Comisión.

Por un lado, el Libro Verde examinaba con atención el status de los profesionales que se ocupan de este tipo de métodos extrajudiciales de solución de conflictos con el objetivo, principalmente, de garantizar su calidad. Se trataba de las condiciones de acceso a esa actividad, la formación requerida y, en particular, el papel del juez en ese tipo de actuaciones, papel que consagran varias legislaciones al margen de sus funciones jurisdiccionales. La Comisión se inclinaba, ya en el documento que nos ocupa, por una regulación flexible de la profesión, basada más en orientaciones o códigos de conducta, incluso de carácter autoregulatorio, que en normas jurídicas.

Por otro lado, el documento abordaba también con gran atención la articulación de los métodos de solución de conflictos con el derecho procesal. Dos ámbitos resultan de la mayor importancia precisamente para no socavar las posibilidades de acceso a posteriori a un procedimiento judicial:

- se trata, en primer lugar, de la confidencialidad de la información utilizada durante el procedimiento extrajudicial con el fin de evitar que pueda ser utilizada en contra de una de las partes en un proceso judicial subsiguiente,
- y, en segundo lugar, de la interrupción de los plazos de caducidad y de prescripción de los procedimientos para evitar que el tiempo transcurrido durante un procedimiento extrajudicial haga imposible recurrir a un proceso judicial después.

Otro elemento que la Comisión presentaba a discusión es el de la forma legal que permita dar eficacia o fuerza ejecutoria a las decisiones alcanzadas en el marco del procedimiento extrajudicial.

La consulta iniciada por el Libro Verde recibió una respuesta entusiasta por parte de los medios interesados, en particular de los profesionales de la mediación y puso de manifiesto:

- Una práctica unanimidad sobre la utilidad de los métodos alternativos de solución de litigios, en particular de la mediación, y sobre el potencial que aún pueden desarrollar.
- El rápido desarrollo que se está observado en este área tanto en el ámbito nacional en los distintos Estados miembros como en el ámbito transnacional.
- Un amplio apoyo a la idea de que la Comunidad europea debe tomar medidas para estimular el recurso a este tipo de métodos alternativos de resolución de litigios.

Un inciso se impone en relación al ámbito cubierto por el Libro Verde. El documento de la Comisión abordó de forma general todos los métodos alternativos de solución de conflictos, definidos como “*procedimientos extrajudiciales de resolución de conflictos aplicados por un tercero imparcial, de los que el arbitraje propiamente dicho queda excluido*”. Las respuestas al Libro Verde mostraron el interés particular de la mediación que es la modalidad que ha centrado después la actividad de las instituciones comunitarias.

Curiosamente, y en contraste con el entusiasmo de las respuestas de los medios interesados ante el Libro Verde, la reacción del Parlamento europeo, que anunciaba ya las dificultades que sufrió posteriormente el procedimiento legislativo, fue mitigada. La suya fue una posición de cautela ante las eventuales medidas que la Comisión pudiera promover.

A raíz de la consulta sobre el Libro Verde, la Comisión presentó la propuesta de Directiva⁵ sobre la mediación que nos ocupa, pero también y debido a que los numerosos contactos que la Comisión mantuvo con los medios interesados hicieron aparecer la necesidad de autorregulación para asegurar la calidad de la mediación, se elaboró y publicó en el 2004 un “Código de Conducta para la mediación”⁶. No se trata de un instrumento obligatorio y ni siquiera representa la posición de la Comisión. Es simplemente un modelo de autorregulación voluntaria del sector. No obstante, su contenido es de gran interés porque se trata del primer intento de acción comunitaria en la materia.

El Código de Conducta ofrece por vez primera a nivel comunitario una definición de la mediación: “*todo procedimiento en el que dos o más partes acuerdan designar a un tercero –el mediador– para asistirles en la solución de una disputa a través de un acuerdo independientemente de cómo se denomine ese procedimiento en cada Estado miembro*”. Su ámbito de aplicación abarca todos los tipos de mediación en materia civil y mercantil.

⁵ Propuesta de Directiva del Parlamento europeo y del Consejo sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles (COM(2004)718 final).

⁶ http://ec.europa.eu/civiljustice/adr/adr_ec_code_conduct_es.pdf.

El Código contiene una serie de principios relativos a la responsabilidad del mediador, su independencia, neutralidad e imparcialidad, así como a su capacitación profesional. Aborda también ciertos elementos del procedimiento, en particular los relativos al libre consentimiento de las partes tanto respecto al uso de la mediación como al resultado de la misma, a la equidad en el tratamiento de las partes y a la confidencialidad.

Por último, creo que para dar una semblanza completa del contexto en el que la Directiva sobre la mediación ha sido adoptada, es importante recordar que, contemporáneamente a las discusiones legislativas, el Tratado de Lisboa introducía entre los ámbitos a los que se extiende la cooperación judicial en materia civil, el de los procedimientos alternativos de solución de conflictos. Puede decirse que cuando ese Tratado entre en vigor, la intervención legislativa de la Comunidad en esta materia habrá visto confirmada plenamente su legitimidad.

2. El marco del Tratado

Antes de entrar a analizar la Directiva me detendré un instante en ciertos elementos que ayudarán a entender los avatares que ha sufrido el texto durante el procedimiento legislativo y las limitaciones de que adolece.

Hay que empezar por recordar que la Comunidad europea no goza de una competencia general para legislar. La Comunidad dispone de competencias con límites muy estrictos definidas en los artículos de los Tratados que constituyen el fundamento jurídico de los textos legales comunitarios, directivas y reglamentos. Así, dice el artículo 5 del Tratado de la Comunidad Europea que *“La Comunidad actuará dentro de los límites de las competencias que le atribuye el presente Tratado y de los objetivos que éste le asigna”*.

En el caso que nos ocupa, la base jurídica es la letra c) del artículo 61 del Tratado de la Comunidad que señala que *“A fin de establecer progresivamente un espacio de libertad, de seguridad y de justicia”, se adoptarán: “c) medidas en el ámbito de la cooperación judicial en materia civil, de conformidad con el artículo 65; ...”*.

Y a su vez el artículo 65 se refiere a *“Las medidas en el ámbito de la cooperación judicial en materia civil con repercusión transfronteriza que se adopten de conformidad con lo dispuesto en el artículo 67 y en la medida necesaria para el correcto funcionamiento del mercado interior”*.

De la lectura de este artículo se deduce que la Comunidad puede legislar en materia de mediación sólo en relación a casos con *“repercusión transfronteriza”* y sólo en la *“medida necesaria para el buen funcio-*

namiento del mercado interior". Más adelante veremos que, como no podía ser de otra manera, esta disposición ha influido decisivamente en el alcance de la Directiva que nos ocupa. De todas formas es conveniente hacer notar que el segundo requisito ha merecido siempre una interpretación muy amplia. No estamos ante una reducción a meras actividades económicas como pudiera pensarse, sino a la interacción entre el mercado interior, es decir un espacio abierto, y el entramado de relaciones jurídico-económicas que rodea a los ciudadanos en un sentido amplio. De hecho la contribución de la Directiva al correcto funcionamiento del mercado interior debe entenderse, como recuerda su considerando quinto, en lo referente a la disponibilidad de servicios de mediación, lo que justifica, además, la preocupación por garantizar la calidad de dichos servicios.

Esos artículos en conexión con el artículo 67 citado determinan también el procedimiento utilizado para aprobar la norma: el procedimiento de codecisión contemplado en el artículo 251 del Tratado de la Comunidad Europea, lo que significa que la Comisión europea presenta una propuesta que tiene que ser aprobada o modificada tanto por el Parlamento Europeo, representación directa de los ciudadanos, como por el Consejo de Ministros donde están representados los Estados miembros y que decide por mayoría cualificada, sin que sea, por lo tanto necesario el acuerdo unánime de todos los gobiernos. Es un procedimiento complejo que puede llegar a comportar tres lecturas en cada institución, Consejo y Parlamento. En este caso, como ya he señalado, el procedimiento legislativo ha sido largo y laborioso (el texto se adoptó en segunda lectura) y, en aras del consenso, ha reducido el contenido, más ambicioso, propuesto al inicio por la Comisión europea.

Hay que señalar que la Comisión optó al presentar su propuesta por no excluir del texto legal la mediación en asuntos familiares. En efecto, la cuestión es controvertida puesto que el citado artículo 67 excluye del procedimiento de codecisión aquellos aspectos de la cooperación judicial en materia civil que afecten al derecho de familia, y somete dichos aspectos a un procedimiento legislativo distinto que comporta la decisión por unanimidad del Consejo tras un dictamen meramente consultivo del Parlamento europeo. Como ya he dicho, esta cuestión fue objeto de controversia durante el procedimiento de elaboración de la Directiva porque algunos Estados miembros preferían un tratamiento diferenciado de la mediación familiar, deseo que finalmente no se vio reflejado en el texto aprobado.

Además de disponer de competencias estrictamente delimitadas, en el ejercicio de las mismas la Comunidad tiene que respetar el llamado principio de subsidiariedad que formula el segundo párrafo del artículo 5 del Tratado de la Comunidad Europea de la siguiente forma: *"En los ámbitos que no sean de su competencia exclusiva, la Comunidad intervendrá, conforme al principio de subsidiariedad, sólo en la medida en que los objetivos de la acción pretendida no puedan ser alcanzados de manera suficiente por los Estados miembros, y, por consiguiente, puedan lograrse*

mejor, debido a la dimensión o a los efectos de la acción contemplada, a nivel comunitario". Este principio, como veremos más adelante, ha sido utilizado por algunos Estados para intentar limitar el alcance de la Directiva. En efecto, el hecho de que en algunos Estados no exista legislación general sobre la mediación y que en otros esa legislación adolezca de numerosas lagunas, es un poderoso argumento contra la necesidad de legislar sobre esa materia en el ámbito comunitario: difícilmente podría armonizarse en el ámbito europeo lo que no existe en el ámbito nacional.

La legislación comunitaria debe también respetar el principio de proporcionalidad que el párrafo tercero del artículo 5 del Tratado sobre la Comunidad Europea formula en los siguientes términos: "*Ninguna acción de la Comunidad excederá de lo necesario para alcanzar los objetivos del presente Tratado*". Esta es la razón por la cual la Comisión europea ha elegido la forma jurídica de una Directiva. A diferencia del reglamento, el otro tipo de acto jurídico europeo obligatorio y de alcance general, que obliga directamente a los ciudadanos, la directiva es una especie de ley marco que obliga a los Estados en cuanto los fines a alcanzar pero que deja a las autoridades nacionales la elección de los medios y la forma para desarrollarla transformándola en derecho nacional. El grado de detalle puede variar de una directiva a otra y aunque las hay extraordinariamente detalladas, éste no es el caso de la Directiva sobre la mediación que en el curso del procedimiento legislativo ha perdido muchos de los detalles que había propuesto la Comisión, convirtiéndose en una norma mucho más general.

Tenemos, por lo tanto, una directiva cuyo contenido se ha visto limitado tanto por los principios de subsidiariedad y proporcionalidad como por la formulación del artículo 65 del Tratado de la Comunidad Europea que es su fundamento jurídico. Veremos a continuación el papel que esos elementos han jugado en el procedimiento legislativo que ha conducido a su adopción y en su contenido.

3. Contenido de la Directiva

A. Disposiciones generales

Cómo ya se ha dicho, numerosas disposiciones de la Directiva tienen como objetivo fomentar el uso de la mediación. Esas disposiciones junto con las que ofrecen las definiciones generales son las que se detallan a continuación.

1. Ámbito de aplicación

El artículo 1 define el ámbito de aplicación de la Directiva, al señalar que su objetivo es "*facilitar el acceso a modalidades alternativas*

de solución de conflictos y fomentar la resolución amistosa de litigios promoviendo el uso de la mediación y asegurando una relación equilibrada entre la mediación y el proceso judicial”.

Tal y como había propuesto la Comisión la finalidad de la Directiva es doble, no se limita a establecer normas que aseguren un mínimo de armonización entre las legislaciones nacionales relativas a la articulación de la mediación con el procedimiento civil, sino que establece como finalidad autónoma la de promover el uso de la mediación. Se reconoce por lo tanto a nivel europeo el valor intrínseco de la mediación y, en consecuencia, la necesidad de desarrollarla y darle mayor espacio.

Esta doble finalidad da lugar a una Directiva en dos partes. Curiosamente, aunque a la luz del principio de subsidiariedad, los artículos relativos al fomento de la mediación no son fácilmente justificables, su contenido no planteó grandes problemas durante la negociación del texto legislativo.

Por el contrario, lo que sí fue objeto de controversias profundas tanto en el Consejo como en el Parlamento fue la cuestión de la limitación de la Directiva a los casos que tienen repercusiones transfronterizas, lo cual tiene consecuencias sobre todo en lo que se refiere a los artículos relativos a la articulación con el proceso civil y mercantil. En efecto el segundo apartado del artículo 1 señala que la Directiva se aplicará *“en los litigios transfronterizos”*.

Aunque la Comisión no la había previsto en su propuesta inicial, esta limitación se deriva del texto mismo del Tratado. Cómo ya se ha visto, el artículo 65 del Tratado de la Comunidad europea habla de *“Las medidas en el ámbito de la cooperación judicial en materia civil con repercusión transfronteriza”*. La Comisión europea optó en su propuesta por dar el mismo tratamiento a los casos que presentan elementos transfronterizos y a los que tienen una dimensión puramente nacional. De hecho, la Comisión no ignoraba la cuestión y se la planteó tanto en la exposición de motivos como en el documento de trabajo que acompañaban su propuesta. En ellos, llegaba a la conclusión de que dar un tratamiento diferenciado redundaría en una discriminación difícilmente justificable y complicaría las cosas más que simplificarlas.

No fue ésta la posición del Consejo de ministros y tampoco finalmente la del Parlamento, aunque la posición original de su ponente⁷ fuera de apoyo a la Comisión. El primer texto en estudio ante la cámara, señalaba que *“las disposiciones de la presente Directiva se aplicarán en los casos que tengan una incidencia transfronteriza”* y a continuación se especificaba que se trataba de las disposiciones relativas a la ejecución de los acuerdos, a la admisibilidad de pruebas y a los plazos

⁷ La laborista británica Arlene Mccarthy.

de caducidad, es decir solamente a los elementos de la Directiva relativos a la articulación entre la mediación y el proceso civil.

Hay que decir que, de todos modos, esta limitación se aplica exclusivamente al carácter obligatorio de la Directiva, nada impide que, sobre una base voluntaria y opcional, los Estados puedan aplicarla también a los litigios puramente internos. Como se ocupa de confirmar el considerando octavo: *“las disposiciones de la presente Directiva solo se refieren a los procedimientos de mediación en litigios transfronterizos, pero nada debe impedir que los Estados miembros apliquen dichas disposiciones también a procedimientos de mediación de carácter nacional”*.

Dice además ese apartado que la Directiva se aplicará *“en los asuntos civiles y mercantiles”*. Esta definición amplia del ámbito de aplicación tiene en primer lugar el mérito de no excluir la mediación familiar. Como ya he señalado antes, cuando el Tratado define la competencia de la Comunidad en el ámbito de la cooperación en materia civil, da un tratamiento especial al derecho de familia que está sometido a un procedimiento de toma de decisiones distinto del resto del derecho civil. Esa diferenciación de procedimientos podría haber justificado, como defendieron algunos Estados miembros durante el procedimiento legislativo, que la mediación familiar se excluyese del ámbito de la Directiva y que recibiese un tratamiento particular que hubiera hecho mucho más difícil cualquier decisión al respecto puesto que cada Estado hubiera tenido derecho de veto. Resulta significativo que no haya sido así.

Se establece también una salvedad de orden público en el apartado segundo del artículo 1 al señalar que la Directiva se aplicará *“con la salvedad de aquellos derechos y obligaciones que no estén a disposición de las partes en virtud de la legislación pertinente. No se aplicará, en particular, a los asuntos fiscales, aduaneros o administrativos ni a la responsabilidad del Estado por actos u omisiones en el ejercicio de su autoridad soberana (acta iure imperii)”*. Expresar esta salvedad no hubiera sido necesario, se trata de algo obvio, pero la legislación comunitaria está llena de este tipo de obviedades derivadas de la desconfianza que muy a menudo preside la relación entre algunos Estados miembros y la Unión, representada por la Comisión europea que es la encargada de la aplicación del Derecho comunitario. Hay que entender, de todas formas, que la expresión *“aquellos derechos y obligaciones que no estén a disposición de las partes en virtud de la legislación pertinente”* incluye una buena parte del derecho de familia, tema respecto al que la mayor parte de los Estados miembros manifiesta una sensibilidad particular; como prueba el hecho de que el Tratado lo someta a un procedimiento más restrictivo que al resto del derecho civil.

El último apartado del artículo es la expresión la situación privilegiada de Dinamarca que le permite ser exceptuada de la aplicación de ciertas normas en el ámbito de la cooperación judicial en materia civil.

2. Definición del carácter transfronterizo

El artículo 2 de la Directiva fue añadido durante el procedimiento legislativo con el objetivo de definir con precisión lo que se entiende por “litigio transfronterizo” a efectos de la aplicación de la Directiva. El criterio fundamental es el domicilio o la residencia habitual de las partes. Para que se aplique la Directiva es necesario que una parte esté domiciliada o resida habitualmente en un país distinto del de la otra u otras partes.

Dice su primer párrafo que *“se entenderá por litigio transfronterizo aquel en que al menos una de las partes está domiciliada o reside habitualmente en un Estado miembro distinto del Estado miembro de cualquiera de las otras partes en la fecha en que:*

- a) las partes acuerden hacer uso de la mediación una vez surgido el litigio, o*
- b) un tribunal dicte la mediación,*
- c) sea obligatorio recurrir a la mediación a tenor de la legislación nacional, o*
- d) a efectos del artículo 5, se remita una invitación a las partes”.*

También, según el segundo párrafo, se considera transfronteriza la mediación, aunque las partes estén domiciliadas o residan habitualmente en el mismo país, cuando el procedimiento judicial que pueda iniciarse después tenga lugar en otro Estado: *“No obstante lo dispuesto en el apartado 1, a efectos de los artículos 7 y 8 de la presente Directiva, también se entenderá por litigio transfronterizo aquel en el que se inicie un procedimiento judicial o un arbitraje tras la mediación entre las partes en un Estado miembro distinto de aquel en que las partes estén domiciliadas o residan habitualmente en la fecha que contempla el apartado 1, letras a), b) o c)”.*

Por último se indica que el domicilio se determinará de conformidad con los artículos 59 y 60 del Reglamento (CE) no 44/2001. Se trata de Reglamento de 22 de diciembre de 2000 relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil⁸.

⁸ (DO L 12 de 16.1.2001) Reglamento modificado en ultimo lugar por el Reglamento (CE) 1791/2006 (DO L 363 de 20.12. 2006).

Su artículo 59 establece: *“1. Para determinar si una parte está domiciliada en el Estado miembro cuyos tribunales conocieren del asunto, el tribunal aplicará su ley interna. 2. Cuando una parte no estuviere domiciliada en el Estado miembro cuyos tribunales conocieren del asunto, el tribunal, para determinar si dicha parte lo está en otro Estado miembro, aplicará la ley de dicho Estado miembro.*

Por su parte el artículo 60 indica: *“1. A efectos del presente Reglamento, se entenderá que una sociedad u otra persona jurídica está domiciliada en el lugar en que se encuentre:*

3. Definiciones de mediación y mediador

El artículo 3 de la Directiva define la mediación como “*un procedimiento estructurado, sea cual sea su nombre o denominación, en el que dos o más partes en un litigio intentan voluntariamente alcanzar por sí mismas un acuerdo sobre la resolución de su litigio con la ayuda de un mediador. Este procedimiento puede ser iniciado por las partes, sugerido u ordenado por un órgano jurisdiccional o prescrito por el Derecho de un Estado miembro*”.

Se trata de una definición amplia que da cabida a todas las formas de mediación que existen en los Estados miembros. La primera parte de la definición hace hincapié en el carácter voluntario de la misma como deseaba el Parlamento mientras que la segunda trata de reflejar las exigencias de aquellos Estados miembros cuya legislación prevé de oficio la mediación en ciertos casos antes de pasar a la fase jurisdiccional o la posibilidad de que sea el mismo órgano jurisdiccional el que la imponga. Resulta muy discutible, como no dejaron en su día de señalar algunos parlamentarios, que estos dos supuestos sean compatibles con la voluntariedad que caracteriza irremediabilmente la mediación y que el considerando decimotercero caracteriza diciendo que “*debe ser un procedimiento voluntario, en el sentido de que las partes se responsabilizan de él y pueden organizarlo como lo deseen y darlo por terminado en cualquier momento*”.

El mismo artículo precisa que se “*incluye la mediación llevada a cabo por un juez que no sea responsable de ningún procedimiento judicial vinculado a dicho litigio*” e insiste en que “*no incluye las gestiones para resolver el litigio que el órgano jurisdiccional o el juez competentes para conocer de él realicen en el curso del proceso judicial referente a ese litigio*”.

Ese párrafo se introdujo en la Directiva a iniciativa tanto del Consejo como del Parlamento para contemplar los casos de mediación judicial que son moneda corriente en algunos Estado de la Unión europea. Para que sea considerada como tal, la mediación efectuada por el juez debe realizarse completamente al margen de cualquier proceso

a) su sede estatutaria;

b) su administración central;

c) su centro de actividad principal.

2. Para el Reino Unido y para Irlanda, la expresión “sede estatutaria” se equiparará al *registered office* y, en caso de que en ningún lugar exista una *registered office* al *place of incorporation*, (lugar de constitución) o, a falta de tal lugar, el lugar conforme a cuya legislación se hubiere efectuado la *formation* (creación) de la sociedad o persona jurídica.

3. Para determinar si un *trust* está domiciliado en el Estado contratante cuyos tribunales conocen del asunto, el tribunal aplicará las reglas de su Derecho internacional privado”.

judicial vinculado al litigio en cuestión. Su única particularidad consiste en que el mediador es un juez.

Por su parte el mediador es definido también en el artículo 3 como *“todo tercero a quien se pida que lleve a cabo una mediación de forma eficaz, imparcial y competente, independientemente de su denominación o profesión en el Estado miembro en cuestión y del modo en que haya sido designado o se le haya solicitado que lleve a cabo la mediación”*

Tanto el Consejo como el Parlamento, preocupados por la calidad de los servicios de mediación, insistieron en la necesidad de incluir en la definición la mención a la profesionalidad del mediador, de ahí que se haya adjetivado su función con la frase *“de forma eficaz, imparcial y competente”* que no figuraba en la propuesta presentada por la Comisión. De hecho probablemente la enmienda que aprobó en su momento el Parlamento hubiera resultado más coherente con el objetivo perseguido: *“toda persona nombrada en circunstancias que presupongan una expectativa razonable de que la mediación será efectuada de manera profesional, imparcial y competente”*.

4. Calidad de la mediación

La Directiva aborda el tema de la calidad en el artículo 4. El texto de este artículo figuraba ya en la propuesta de la Comisión pero en un artículo posterior. Fue una enmienda del Parlamento europeo la que propuso anticiparlo para subrayar su importancia.

La propuesta señala en primer lugar que *“Los Estados miembros fomentarán, de la forma que consideren conveniente, la elaboración de códigos de conducta voluntarios y la adhesión de los mediadores y las organizaciones que presten servicios de mediación a dichos códigos, así como otros mecanismos efectivos de control de calidad referentes a la prestación de servicios de mediación”*.

Durante el procedimiento legislativo el Parlamento se planteó hacer referencia no a “códigos de conducta” en general sino al código de conducta elaborado y publicado por la Comisión europea en 2004 a raíz de las consultas efectuadas con las partes interesadas a partir del Libro verde. Finalmente tanto el Parlamento como el Consejo han preferido una referencia más general.

El artículo continúa señalando que *“Los Estados miembros fomentarán la formación inicial y continua de mediadores para garantizar que la mediación se lleve a cabo de forma eficaz, imparcial y competente en relación con las partes”* También aquí el legislador, Consejo y Parlamento, quiso insistir en la necesidad de garantizar que la mediación sea efectuada de manera *“eficaz, imparcial y competente”*.

La cuestión de la formación se deja en manos de los Estados miembros. Durante el procedimiento legislativo el Parlamento quiso añadir un párrafo más preciso sobre la formación del mediador. Decía la enmienda que *“Los Estados miembros fomentarán el desarrollo de un sistema de certificación de los organismos nacionales que propongan formaciones en el ámbito de la mediación”*. Tal redacción hubiera obligado a establecer un sistema armonizado en los Estados miembros que daría más garantías a los ciudadanos en cuanto a la cualificación profesional de los mediadores. Numerosos Estados eran contrarios a tal cláusula juzgada demasiado intervencionista.

Por si quedaba alguna duda sobre el alcance que tiene la obligación de los Estados miembros de fomentar la calidad de la mediación y la formación de los mediadores, el considerando decimoséptimo se encarga de precisar que los *“Estados miembros pero no deben quedar obligados a aportar financiación para ello”*.

5. Recurso a la mediación

El artículo 5 de la Directiva contiene un elemento esencial para fomentar el recurso a la mediación, se trata de la posibilidad de que el juez pueda proponer el uso de la mediación e incluso de que pueda hacer obligatoria la asistencia de las partes a una sesión informativa: *“El órgano jurisdiccional que conozca de un asunto, cuando proceda y teniendo en cuenta todas las circunstancias del caso, podrá proponer a las partes que recurran a la mediación para solucionar el litigio. Asimismo el órgano jurisdiccional podrá pedir a las partes que asistan a una sesión informativa sobre el uso de la mediación, si se celebran tales sesiones y si son fácilmente accesibles”*.

En este ámbito el legislador, Consejo y Parlamento, apoyaron la propuesta de la Comisión insistiendo, en cualquier caso, en el carácter voluntario de la mediación.

El segundo párrafo del artículo trata de preservar la libertad de recurrir al sistema judicial en particular en aquellos países en los que la mediación sea obligatoria. *“La presente Directiva no afectará a la legislación nacional que estipule la obligatoriedad de la mediación o que la someta a incentivos o sanciones, ya sea antes o después de la incoación del proceso judicial, siempre que tal legislación no impida a las partes el ejercicio de su derecho de acceso al sistema judicial”*.

6. La información al público

La obligación de facilitar el acceso de los ciudadanos a la información sobre la mediación, como medio de fomentar su uso, fue introducida en la Directiva gracias a la iniciativa del Parlamento europeo.

En efecto el artículo 9 estipula que *“Los Estados miembros fomentarán, por los medios que consideren oportunos, el acceso del público en general, en particular vía Internet, a la información sobre la forma de ponerse en contacto con mediadores y organismos que presten servicios de mediación”*. El Parlamento hubiese querido incluso que se añadiese la obligación de que tal información fuera ofrecida también por los profesionales de la abogacía a sus clientes. El considerando vigesimoquinto recoge parcialmente este desiderata al aconsejar a los Estados miembros que *“alienten a los profesionales del Derecho a informar a sus clientes de las posibilidades que ofrece la mediación”*.

Esa disposición se completa con la obligación específica, por parte de la Comisión, de hacer accesible al público, de conformidad con el artículo 10, por los medios que considere oportunos, la información sobre los órganos jurisdiccionales o autoridades competentes ante los cuales solicitar que se dé carácter ejecutivo a un acuerdo resultante de una mediación, como veremos a continuación.

B. Articulación entre la mediación y el proceso civil

Los demás artículos de la Directiva están consagrados a la articulación entre la mediación y el proceso civil y abordan las cuestiones relativas a la ejecución de los acuerdos alcanzados, la admisibilidad de las pruebas en un proceso ulterior y la suspensión de la caducidad y los plazos de prescripción. Se trata en todos los casos tanto de dar eficacia a los procedimientos de mediación como de garantizar que tales procedimientos no se conviertan en un obstáculo para acceder a los tribunales. Con el objetivo de ofrecer a los ciudadanos un marco jurídico predecible, constituyen indirectamente un poderoso incentivo para el uso de la mediación en particular en los casos con incidencia transfronteriza.

7. Ejecución de los acuerdos alcanzados

Uno de los aspectos más relevantes de la regulación de las relaciones entre la mediación y el proceso civil es la homologación del acuerdo alcanzado en la mediación para hacerlo directamente ejecutivo. El artículo 6 de la Directiva estipula que *“Los Estados miembros garantizarán que las partes, o una de ellas con el consentimiento explícito de las demás, puedan solicitar que se dé carácter ejecutivo al contenido de un acuerdo escrito resultante de una mediación. El contenido de tal acuerdo se hará ejecutivo a menos que, en el caso de que se trate, bien el contenido de ese acuerdo sea contrario al Derecho del Estado miembro donde se formule la solicitud, bien la legislación de ese Estado miembro no contemple su carácter ejecutivo”*.

Esta disposición es particularmente relevante en las situaciones con repercusión transfronteriza. La posibilidad de dar fuerza ejecutiva al acuerdo resulta determinante cuando se debe hacer valer, por ejemplo, ante un tribunal de otro Estado.

Es importante subrayar que la iniciativa para hacer ejecutivo el acuerdo se hace depender de la voluntad de las partes.

La posibilidad de dar fuerza ejecutiva al acuerdo resultante de la mediación existe ya en numerosas legislaciones europeas. Varía, eso sí, el medio utilizado, ya sea una resolución judicial o un acto auténtico realizado por un notario u otro agente público. La Directiva respeta la diversidad de situaciones nacionales. Dice el apartado segundo del artículo 6 que *“el contenido del acuerdo podrá adquirir carácter ejecutivo en virtud de sentencia, resolución o acto auténtico emanado de un órgano jurisdiccional u otra autoridad competente, de conformidad con la legislación del Estado miembro en el que se formule la solicitud.*

Lo dispuesto en el artículo 6 en relación a la ejecución de los acuerdos se completa con la obligación a cargo de los Estados miembros de comunicar a la Comisión los órganos jurisdiccionales u otras autoridades competentes para recibir una solicitud para dar carácter ejecutivo al contenido del acuerdo resultante de una mediación. Por su parte la Comisión hará accesible al público, de conformidad con el artículo 10, por los medios que considere oportunos, la información sobre los órganos jurisdiccionales o autoridades competentes que le hayan comunicado a su vez los Estados miembros.

Por último, el párrafo cuarto del artículo 6 especifica que la Directiva *“no afectará a las normas aplicables al reconocimiento y a la ejecución en otro Estado miembro de un acuerdo que haya adquirido carácter ejecutivo”*. En efecto, para que los acuerdos resultantes de la mediación que hayan adquirido carácter ejecutivo en un Estado miembro sean reconocidos y declarados ejecutivos en los demás Estados miembros se aplicará la legislación comunitaria o nacional pertinente, en particular el Reglamento (CE) 44/2001, de 22 de diciembre de 2000⁹, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, o el Reglamento (CE) 2201/2003, de 27 de noviembre de 2003, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental¹⁰.

⁹ (DO L 12 de 16.1.2001) Reglamento modificado en último lugar por el Reglamento (CE) 1791/2006 (DO L 363 de 20.12.2006).

¹⁰ (DO L 338 de 23.12.2003) Reglamento modificado por el Reglamento (CE) 2116/2004 (DO L 367 de 14.12.2004) Ese Reglamento dispone expresamente que los acuerdos entre las partes deben tener fuerza ejecutiva en el Estado miembro en el que se han celebrado para poder ser ejecutivos en otro Estado miembro. Por consiguiente, si el contenido de un acuerdo resultante de la mediación en el ámbito del Derecho de familia no tiene fuerza

8. Confidencialidad

El artículo 7 de la propuesta se refiere a la admisibilidad de las pruebas en los procesos judiciales civiles y tiene por objetivo proteger la confidencialidad de la mediación impidiendo que puedan utilizarse como pruebas en un proceso judicial relacionado o no directamente con el objeto de la mediación ciertos elementos de la misma e impidiendo igualmente que presten testimonio los mediadores o las personas implicadas en la administración de los servicios de la mediación. Se trata, sin duda, de un elemento esencial para potenciar el uso de la mediación mediante la afirmación de una relación de confianza entre las partes y el mediador.

Así, el artículo 7 estipula que: *“Dado que la mediación debe efectuarse de manera que se preserve la confidencialidad, los Estados miembros garantizarán, salvo acuerdo contrario de las partes, 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 o relacionada con dicho proceso”*.

Hay que subrayar que esta disposición permite a las partes pactar voluntariamente la renuncia a la obligación de reserva.

El Parlamento europeo y el Consejo prefirieron una formulación más flexible que la propuesta por la Comisión en cuanto a los elementos que no pueden utilizarse como prueba en el proceso y sustituyeron la enumeración exhaustiva que sugería la Comisión con la expresión *“la información derivada de un procedimiento de mediación o relacionada con dicho proceso”*.

A continuación se enumeran en el artículo las excepciones a la obligación de reserva:

- a) *“cuando sea necesario por razones imperiosas de orden público en el Estado miembro de que se trate, en particular cuando así lo requiera la protección del interés superior del menor o la prevención de daños a la integridad física o psicológica de una persona, o*
- b) *cuando el conocimiento del contenido del acuerdo resultante de la mediación sea necesaria para aplicar o ejecutar dicho acuerdo”*.

A iniciativa del Parlamento se introdujo una cláusula para permitir a los Estados miembros aplicar medidas más estrictas que las

ejecutiva en el Estado miembro en el que ha sido celebrado o en el que se solicita que se le dé carácter ejecutivo, la Directiva no servirá a las partes para eludir la legislación del Estado miembro en cuestión mediante gestiones encaminadas a dotarlo de fuerza ejecutiva en otro Estado miembro.

recogidas en esta disposición para proteger la confidencialidad de la mediación. Se trata por lo tanto de una norma de mínimos.

Por supuesto la obligación de reserva se limita a los procesos civiles, en ningún caso a los penales.

9. Efecto de la mediación sobre los plazos de caducidad y prescripción

Si se quiere alentar a los ciudadanos a hacer uso de la mediación, es necesario garantizar que las normas procesales nacionales sobre plazos de caducidad y prescripción no les impidan recurrir a los tribunales o al arbitraje en caso de que fracase el intento de mediación. Se trata de una cuestión también esencial para potenciar el uso la mediación, la suspensión de los plazos de caducidad y de prescripción durante el transcurso del procedimiento de mediación evita que se pierda la posibilidad de recurrir al sistema judicial.

También en esta disposición como en el artículo anterior, la intervención del legislador, Consejo y Parlamento, estuvo presidida por la voluntad de simplificar el texto presentado inicialmente por la Comisión que determinaba de manera exhaustiva el momento a partir de partir el cual los plazos de prescripción para acudir al proceso civil se suspenden y el término a partir del cual el plazo de prescripción vuelve a correr cuando la mediación termine sin lograrse un acuerdo. El texto resultante del procedimiento legislativo es mucho más general y se limita a dejar la cuestión en manos de los Estados miembros: *“Los Estados miembros garantizarán que el hecho de que las partes que opten por la mediación con ánimo de solucionar un litigio no les 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”*.

Como recuerda el considerando vigésimo cuarto, *“los Estados miembros deben asegurarse de que se obtenga este resultado, aun cuando la presente Directiva no armonice las normas nacionales sobre prescripción y caducidad”*.

Evidentemente ello *“se entenderá sin perjuicio de las disposiciones sobre plazos de caducidad o prescripción incluidas en los acuerdos internacionales en que sean partes los Estados miembros”*.

La Directiva sobre la mediación ha causado decepción sobre todo entre los profesionales y provocado críticas por su timidez a la hora de regular en particular los aspectos relativos al acceso a la profesión o a la articulación con el proceso civil.

Creo, sin embargo, que el producto que ha resultado del procedimiento legislativo comunitario difícilmente hubiera podido ir más lejos teniendo en cuenta cuáles son las limitaciones de las competencias

mismas de la Comunidad en materia de cooperación judicial en el ámbito civil y las lagunas y divergencias de las legislaciones nacionales.

Un responsable de la Comisión europea defendió en una ocasión la propuesta de su institución ante la Comisión de Asuntos Jurídicos del Parlamento Europeo, diciendo que había que aprovechar la “juventud” de la mediación para que, gracias a la actuación desde el ámbito comunitario, las legislaciones nacionales no siguieran caminos divergentes sino que, por el contrario, el Derecho nacional en su desarrollo obedeciera a pautas comunes. Esa argumentación es un síntoma de la voluntad política de fomentar el uso de la mediación de la que ya he hablado al inicio de este artículo y que ha constituido el principal motor del procedimiento legislativo. La mediación y las otras modalidades alternativas de solución de conflictos son consideradas por muchos como una de las innovaciones determinantes para mejorar el acceso de los ciudadanos a la Justicia en un futuro no tan lejano.

Por muy loable que sea ese pensamiento, no se puede ignorar la realidad presente de la integración europea. Tratar de cargar sobre las espaldas de la Unión la responsabilidad de la mejora de las administraciones de Justicia nacionales es simplemente contrario a la distribución de competencias entre la Comunidad y los Estados miembros. Se ha intentado utilizar los instrumentos comunitarios para forzar a los Estados a asumir una responsabilidad que es, de todas formas, la suya, con una orientación predeterminada y, en definitiva, el resultado final de este largo proceso de negociación que ha conducido a la Directiva, ha sido el restablecimiento de la competencia nacional. Serán a la postre los Estados miembros los que dictarán las normas de articulación de la mediación con el derecho procesal civil y serán ellos también los que juzguen de las medidas necesarias para fomentar su uso y garantizar su calidad.

De todas formas, no puede negarse tampoco que la Directiva constituye un progreso en la medida en que supone el reconocimiento de objetivos comunes en el ámbito de la mediación, lo que hará probablemente progresar este tipo de procedimiento de solución de conflictos de forma mejor armonizada que hasta la fecha. Como casi todo en la Unión, es una etapa más en el proceso dinámico de diálogo y negociación que es integración europea.