JUAN MARTÍNEZ MOYA

Mediación, justicia y seguridad jurídica

"Crecen con la concordia las cosas pequeñas, y sin ella caen las mayores". Saavedra Fajardo, "Empresas Políticas"

EL pasado 29 de abril de 2011 el *Boletín Oficial de las Cortes Generales* publicaba el proyecto de ley de Mediación en asuntos civiles y mercantiles. Aparece, por fin, en el horizonte la materialización de un compromiso legal y de Derecho comunitario: la Ley de Mediación estatal. Subrayo dos cosas. Primero, lo estatal pues leyes autonómicas ya se habían dictado pero éstas no estaban conectadas, por razones de competencia legislativa de las comunidades autónomas, con la jurisdicción. Ese es el principal propósito de la proyectada Ley de Mediación: vincular el acuerdo de mediación con la jurisdicción, con la potestad jurisdiccional que según la Constitución únicamente esta atribuida a jueces y magistrados, con la finalidad de que el acuerdo de mediación tenga eficacia real y no limitada. Y segundo, menciono la normativa comunitaria porque se incorpora al Derecho español la Directiva 2008/52/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de mayo de 2008, sobre ciertos aspectos de mediación en asuntos civiles y mercantiles.

Sobre la mediación se ha hablado tanto y por tantos (desde toda clase de oficio de juristas hasta profesionales de otras disciplinas sociales), en tan distintos foros y se ha extendido a veces a tan dispares ámbitos jurídicos del conflicto en la práctica, que, incluso, para el profesional del Derecho, cuesta trabajo saber a qué nos estamos refiriendo con este más que anuncio de proceso de elaboración legislativa.

En lenguaje no rigurosamente jurídico podríamos convenir que mediación es una de las varias estrategias que existen para la resolución de conflictos. Entre estas estrategias, el proceso de mediación cabe dentro de la categoría general de la negociación, y su inicio, desarrollo, resultado y efectos caen en la redes de lo jurídico, en el ámbito del Derecho.

Decía Carnelutti, desde su realismo jurídico, que una vez obtenida la imagen de los fenómenos jurídicos, lo que procede es su ordenación. La ordenación obliga a acudir a la comparación interna, es decir, a contrastar entre los diversos institutos jurídicos de un mismo ordenamiento. A partir de aquí hay que elaborar, formular y denominar conceptos. Conceptos que son los instrumentos, que unidos al trabajo, a la práctica, permiten obtener los frutos. ¿A dónde se pretende llegar con este trazado metodológico? Sencillamente a afirmar que la mediación, como sistema extrajudicial complementario de solución de conflictos, ha de estar reglada. Y estar reglado significa estar regulado. En el Derecho las nuevas figuras negociales no resisten comparaciones con otras ya consagradas legalmente. No le queda más remedio al legislador que rendirse a la evidencia cuando en el proyecto, en la disposición adicional primera, propone una nueva (o mejor, completa) redacción del artículo 1816 del Código Civil cuando parifica los efectos de la transacción judicial a la formalizada de acuerdo con lo dispuesto en la Ley de mediación en asuntos civiles y mercantiles. La comparación de los ingredientes que componen la mediación nos lleva a terreno ya mucho más experimentado: el propio de un negocio jurídico en general, y en especial, de un contrato.

> **"El celo del legislador por la simplificación y la reducción de costes, cede a la seguridad jurídica que comporta la incorporación del acuerdo al protocolo notarial"**

Sin embargo, hecha esta comparación o vida paralela de la transacción judicial con la mediación, hagamos también la reserva. La singularidad estriba en que la mediación tiene una concepción mucho más amplia: es siempre un procedimiento que puede o no cristalizar en un fin, que es el acuerdo o fase de cierre de la mediación. Conforme a la proyectada ley estatal de mediación civil y mercantil "sólo las mediaciones desarrolladas con arreglo a esta ley producirán

los efectos que en ella se establecen". Por tanto, las reglas de juego están delimitadas en la ley: su ámbito (asuntos civiles y mercantiles, quedando excluidos expresamente la mediación penal, laboral y en materia de consumo), los principios informadores (voluntariedad y libre disposición, imparcialidad, neutralidad, confidencialidad), el estatuto del mediador, el procedimiento, el acuerdo y su ejecución.

El régimen jurídico de una institución ante todo debe inspirar confianza y desplegar, sobre todo, seguridad jurídica en su utilización, a todos los efectos. El proyecto de ley, como no podía ser de otra forma, se detiene en la regulación de aspectos muy sensibles de su régimen jurídico íntimamente vinculados con la seguridad jurídica. Me refiero a los efectos de la mediación sobre los plazos de prescripción y caducidad de las acciones, a la duración del procedimiento y a la formalización del acuerdo mediación. La caducidad y la prescripción condicionan el ejercicio de las acciones que han de ejercitarse dentro del plazo ejercitado para ello. Más allá de la imprecisiones técnicas (el proyecto extiende el efecto suspensivo también a la prescripción, cuando sabido es que la prescripción se interrumpe, la caducidad se suspende), los riesgos de incertidumbre se ciernen cuando no se establecen mecanismos seguros y fehacientes para los momentos de inicio y duración de los efectos suspensivo e interruptivo de los plazos, que, a veces son reducidos y muy variados por la naturaleza de la materia. La norma (artículo 4 del proyecto) se limita a señalar que el comienzo de la mediación "suspenderá la prescripción o la caducidad de acciones", añadiendo que "a estos efectos se considerará iniciada la mediación con la presentación de la solicitud por una de las partes o desde su depósito, en su caso, ante la institución de mediación". Recordemos que esas instituciones podrán ser tanto entidades públicas o privadas y corporaciones de derecho público en los términos establecidos en la ley. Si la eficacia entre partes no se discute, se muestra a la intemperie la eficacia respecto de terceros si esa solicitud se dirige a entidad privada, lo que compadece mal con lo previsto en el artículo 1227 del Código Civil cuando articula mecanismos sencillos para que eso no suceda, como puede ser entregar la solicitud a un funcionario público por razón de su oficio, que naturalmente puede ser un notario. La agravación de estas incertidumbres proyectan también su sombra en la duración del procedimiento y prórroga de plazos.

El final fructífero de la mediación, su éxito, el acuerdo en suma, necesariamente debe plasmarse en un documento que a su vez es título que lleva aparejada ejecución. La protocolización notarial de ese acuerdo se contempla en el proyecto de ley como facultativa para cualquiera de las partes y a su costa. El celo del legislador por la simplificación y la reducción de costes, cede a la seguridad jurídica que comporta la incorporación del acuerdo al protocolo notarial. Un nuevo riesgo que se asume también en la confianza –menos costosa en principio– que se deposita en las instituciones de mediación (artículo 5.3) y en la calidad y autorregulación de la mediación (artículo 13).

Un último apunte. La mediación no es la solución a la multiforme crisis de la Justicia. Es un sistema complementario, útil y necesario, pero que ni puede competir, ni supeditar ni sustituir el derecho del ciudadano a acudir a la tutela judicial efectiva. En las sociedades litigiosas como la nuestra, propugnar la cultura de la mediación genera buenos hábitos de convivencia y descarga de asuntos a los órganos judiciales, hoy, entre otras causas –no todas (también se precisan otras reformas legales y organizativas)– generalizadamente saturados por la crisis económica, reduciendo costes económicos. En conclusión: mediación si, accesible también, reglada profesionalmente, flexible en sus formas, llevada cabo por profesionales cualificados, pero con seguridad jurídica. Sólo una mediación bien trabada en su gestación y resultado es garantía de certidumbre, y de evitación de futuros litigios. Sólo así la mediación cumplirá la actitud constructiva del Derecho, lo que en frase de Ronald Dworking (El imperio de la justicia) el Derecho es para nosotros: para las personas que queremos ser y la comunidad que queremos tener.

> **"Mediación sí, accesible también, regulada profesionalmente; flexible en sus formas, llevada a cabo por profesionales cualificados, pero con seguridad jurídica"**

Juan Martínez Moya es presidente del TSJ de Murcia.