



Hacia un modelo europeo de mediación.

BIB 2013\1768

Aldo Berlinguer . Catedrático de Derecho comparado de la Universidad de Cagliari, ya experto nacional adscrito a la Comisión Europea, Servicio Jurídico.

Trabajo corregido por Guillermo Cerdeira Bravo de Mansilla (Profesor Titular de Derecho Civil, de la Universidad de Sevilla). Este informe se celebró en el Encuentro Internacional Hispano-Italiano, Sevilla, 11 de junio 2012. El autor desea expresar su agradecimiento, en particular, al Prof. Guillermo Cerdeira por la hospitalidad y la cooperación.

Publicación: Revista Aranzadi Doctrinal num. 5/2013 (Estudio).

Editorial Aranzadi, SA, Pamplona. 2013.

1. Uno no puede cumplir plenamente ningún discurso sobre la mediación civil y comercial, sin recordar sus orígenes, sus motivaciones culturales, los factores históricos que contribuyeron a su propagación. Y en este sentido no se puede omitir la referencia a la experiencia de los Estados Unidos. La comparación con este sistema, relativo a los métodos alternativos de resolución de conflictos es, podría decirse, por un lado, natural, obvia, ya que la mayoría de estos métodos provienen de la experiencia de los Estados Unidos, así como la sigla ADR, que en español deviene RAL. Por otro lado, es una comparación difícil, ya que estos sistemas son muy diferentes entre sí, por razones históricas, culturales y operativas. Pero también hay similitudes importantes y en este sentido vale la pena recordar la famosa Conferencia dedicada a la memoria de Roscoe Pound en 1976, titulado: «Sobre las causas de insatisfacción popular hacia la justicia». Fueron años difíciles, un gran número de litigios que llevó a una situación verdaderamente dramática y peligrosa. Esta situación, cabe recordarlo, no surgió por casualidad, sino que, al contrario, fue en gran parte impulsada por unas políticas dirigidas a crear conflictos entre los ciudadanos, con la pretensión de combatir la evasión fiscal y mejorar la detección de actos ilegales. Pretensión que no llevó a los resultados esperados sino, al contrario, a correr el riesgo de conducir al colapso de todo el sistema de la justicia.

¹ De la misma manera que Roscoe Pound ha adoptado por su artículo «The causes of popular dissatisfaction with the administration of justice», 1937 re-impreso en: *Journal of the American Judicature Society* 20 (1), 1937, pp. 178-187.

Pero no hay mal que por bien no venga. También fueron años de gran innovación, ya que fue en este contexto cuando se desarrolló un concepto más amplio de justicia que no coincidía con la jurisdicción pública, sino con un sistema de remedios más amplio, y, en la medida de lo posible, sencillo, rápido y eficaz. No eran sólo la cultura de los métodos alternativos a la vía judicial sino también otros temas relacionados: la expansión del acceso a la justicia para los pobres, el desarrollo de nuevas técnicas para la protección de intereses difusos, el desarrollo de acciones colectivas, etc.

² Véase, por ejemplo Cappelletti, M., Garth, B., *El acceso a la justicia*, traducción Amaral, S., Colegio de Abogados de La Plata, Buenos Aires, 1983; M. Cappelletti, *Accesso alla giustizia come programma di riforma e come metodo di pensiero*, in *Riv. Dir. Proc.*, fasc. 2, 1982, p. 233-245; M. Cappelletti, *Tutela dos interesses difusos*, in *Revista Ajuris*, n. 33, marzo 1995, Porto Alegre.

Fueron años en los cuales las acciones públicas y las reformas del proceso civil fueron acompañadas y fomentadas por un debate, por un verdadero movimiento cultural conducentes a nuevos conceptos de justicia, como «informal justice». Un movimiento cultural que condujo al nacimiento de una larguísima literatura, de muchísimas revistas, periódicos, convenios, cursos universitarios expresamente dedicados a los remedios de RAL. Un debate en el que participaron todos: académicos, profesionales, instituciones varias, e incluso los propios usuarios. Yo, que vengo de la escuela de Mauro Cappelletti, en Florencia, me acuerdo de los numerosos eventos organizados por él, y sus estudiantes, sobre el tema de expansión del acceso a la justicia.

³ Estas son las palabras utilizadas en *The Politics of Informal Justice*, Vol. 2: *Comparative Studies* (editado por Richard L. Abel). New York: Academic Press (1982).

⁴ Por ejemplo el seminario del Departamento de Derecho Comparado y Penal «L'opera di Mauro Cappelletti: punti di partenza e motivi ispiratori per la riflessione di oggi», 4 noviembre 2005, Florencia.

Pero también recuerdo la movilización social que se registró en esos años, con la creación de asociaciones como HALT-que aún hoy tiene muchísimos miembros- que protestó enérgicamente contra este sistema, pero que también sugirió algunas soluciones alternativas. Y lo mismo hicieron otros organismos sociales y las mismas clases profesionales, que participaron activamente en el debate.

⁵ Help Abolish Legal Tyranny, una organización de Americanos por reformas legales, fundada en 1978, por Pablo Hasse, Valencic Matt, Tigner Bob y Kathy Ekedahl.

Non fue, ni podía ser, solo la mano pública la que condujere a las reformas, sino también la sociedad civil misma. Y,

aún más ahora, si «viajamos» por Internet, nos encontramos con una impresionante variedad de literatura jurídica, sitios web, revistas, conferencias, y de cláusulas, técnicas contractuales, opiniones doctrinales, institutos norteamericanos, algunos con títulos curiosos como: rent a judge, confidential listener, partnering, early neutral evaluation, minitrial, o institutos híbridos, como MedArboArbMed., etc.

6 Denominamos Métodos Alternativos de Resolución de Conflictos a una gran gama de herramientas utilizadas para solucionar conflictos sin necesidad de acudir al litigio judicial. Para un análisis general: Bordone, Robert C. The Handbook of Dispute Resolution, Michael Moffitt ed., Jossey-Bass 2005.

Hoy en día, en muchos Estados miembros de la U.E., la confianza pública en la administración de justicia se encuentra en mínimos históricos, pero no veo desarrollarse un similar debate. No veo, a nivel de cada Estado miembro, el cambio cultural que llevó por lo general, en los EEUU, a un mejor acceso a la justicia. Al revés, veo una actitud generalizada, una forma mentis que lleva a muchos a esperar que sea el Estado quien por iniciativa propia introduzca reformas, inicie un cambio cultural. Así, por ejemplo, en Italia, todos esperábamos que el Tribunal Constitucional, en Octubre 2012, declarase constitucional la Ley 28. En efecto, como se señaló en una reciente Resolución del Parlamento Europeo, el Decreto legislativo 28/2010, en Italia, pretende reformar el sistema judicial y aligerar la carga del trabajo de los tribunales italianos, claramente congestionados, reduciendo el número de casos y el tiempo (de un promedio de nueve años) necesarios para resolver conflictos por la vía civil, pero, «como cabía esperar, este decreto no ha sido bien recibido por los profesionales, que lo han impugnado ante los Tribunales e incluso se declararon en huelga».

7 Resolución del Parlamento Europeo, de 13 de septiembre de 2011, sobre la aplicación de la Directiva sobre la mediación en los Estados miembros, su impacto en la mediación y su aceptación por los Tribunales (2011/2026 INI), p.8.

8 Id.

Y así seguimos: ¿cuál es el número de revistas jurídicas dedicadas al tema de los métodos de RAL? ¿Cuántas Facultades de Derecho en Italia o España ofrecen cursos especializados en la misma materia; cuántas investigaciones científicas, cuántas conferencias,...? Yo me acuerdo bien de cuando, muy joven, escribí mis primeras notas, artículos en la Revista de arbitraje. Recientemente, hemos celebrado ya el vigésimo año de su fundación (por el Maestro Elio Fazzalari).

9 Berlinguer, A., Inattività delle parti e poteri dell'arbitro, nota a House of Lords 16 diciembre 1993, in Riv. arb. 1995, II, 301ss; Berlinguer, A., Contraddittorio e consulenza tecnica, nota a lodo arbitrale 2 diciembre 1993, in Riv. arb. 1994, 4, 762 ss.

10 Fazzalari, E., L'etica dell'arbitrato, Rivista dell'arbitrato, Vol. 2, A. 1992, N. 1, 1-6 p.; Falazzari, E., Fondamenti dell'arbitrato, Rivista dell'arbitrato, Vol. 5, A. 1995, N. 1, 1995, 1-12 p., etc.

11 La Revista de arbitraje (Rivista dell'Arbitrato, que antes se llamaba Rassegna dell'arbitrato) se compone de una sección dedicada a la doctrina, una sección en la jurisprudencia, y el arbitraje ordinario, italianos y extranjeros, una sección dedicada a las reseñas de doctrina y la jurisprudencia y comentarios sobre temas de actualidad, y una parte dedicado a la documentación e información.

2. Un segundo aspecto igualmente significativo, que se une a lo anterior, se refiere a la misión asignada a la mediación. Ante todo, parece como si los legisladores de los distintos Estados europeos, en la transposición de la [Directiva 52/2008 \(LCEur 2008, 803\)](#), hayan mal interpretado a veces las instrucciones proporcionadas por las instituciones comunitarias. En España, si no me equivoco, cuando, en marzo de 2012 fue aprobado el Real Decreto-Ley de mediación, hubo la pretensión de cumplir dos mandatos legislativos pendientes: por un lado, transponer la Directiva, y, por otro, desarrollar una ley de mediación como ya previno, en 2005, (con un retraso de más de 8 años), la Ley de Enjuiciamiento civil. En ambos casos, el objetivo perseguido fue principalmente uno: aligerar la carga de trabajo de los juzgados. En Italia ocurrió exactamente lo mismo.

12 Helena Soletto Muñoz, La nueva normativa estatal sobre mediación civil y mercantil y el proceso civil, Diario La Ley, ISSN 1138-9907, Nº 7834, 2012.

Pero, a este respecto, las recomendaciones anteriores, las de la Directiva 52/2008 entonces y las actuales propuestas son muy claras y establecen algo diferente: las instituciones europeas han querido, mediante la adopción de estos actos, establecer un espacio de libertad, seguridad y justicia común y encontrar métodos de resolución de conflictos adaptados a las exigencias de las partes, que alcancen acuerdos que se cumplan voluntariamente y también que preserven relaciones amistosas y viables entre las partes. Cuando yo trabajaba en la Comisión Europea, a menudo tratábamos de entender cuál era el daño a la economía que se derivaba de la subida de los conflictos y su resolución por vía judicial. Tratábamos de imaginar un sistema judicial que funcionara bien, con decisiones precisas y puntuales. Cuando un caso terminaba con una decisión judicial, las relaciones comerciales entre las partes se interrumpían permanentemente y eso causaba, sin ninguna duda, un daño a la economía. Y nadie puede dudar de que las instituciones europeas no solo intentan preservar la paz social, sino, al mismo tiempo, las relaciones y los beneficios económicos entre las partes. Por esta y otras razones, la mediación resulta ser una mejor resolución, más sencilla, rápida y barata, de controversias. Hay que decirlo con claridad: la mediación no es la solución a la multiforme crisis de la Justicia. Es un sistema complementario, útil y necesario, pero ni puede competir, ni supeditar ni sustituir el derecho del ciudadano a acudir a la tutela judicial efectiva. Esto, obviamente, no quiere decir que la mediación no deba de estar reglada. Porque solo una mediación bien trabada en su gestación y resultado, flexible en sus formas pero llevada a cabo por profesionales cualificados, es garantía de certidumbre y

de buenos resultados.

13 Juan Martínez Moya, Mediación justicia y seguridad jurídica, Escritura Pública, sección de Debate Parlamentario, n. 70, Julio-Agosto 2011.

Pero una cosa es la mediación reglada, y otra una mediación obligatoria. La razón principal por la que en Italia solo una mediación obligatoria ha logrado resultados importantes es la falta de una cultura de mediación, en los términos en que se mencionó al principio: falta de educación universitaria, falta de lugares de confrontación y elaboración de ideas, falta de técnicas contractuales, falta de colaboración activa de los profesionales.

14 Como es sabido, una importante diferencia se observa entre la legislación italiana y española con arreglo a los casos de mediación obligatoria. De hecho, en España solo las disputas de menor valor están sujetas a la mediación obligatoria, mientras que en el Derecho italiano el artículo 5 del Decreto 28/2010 ofrece una larga lista de conflictos, inclusive con valor muy significativo. Cfr. Lidia Domínguez Ruiz, [La mediación civil y mercantil en Europa: estudio comparado de derecho italiano y español](#), *Revista Aranzadi Doctrinal* 11, Marzo 2012, pág. 155 (BIB 2012, 278)

Esperamos que este vacío se llene tan pronto y podamos, con la colaboración de los profesionales, retomar la mediación con carácter voluntario: lo que ha sido siempre afirmado a nivel comunitario desde las primeras recomendaciones de los años 1998 y 2001.

15 [Recomendación 98/257/CE de la Comisión, de 30 de marzo de 1998 \(LCEur 1998, 1100\)](#), relativa a los principios aplicables a los órganos responsables de la solución extrajudicial de los litigios en materia de consumo, Diario Oficial L 115 de 17/4/1998; Recomendación de la Comisión, de 4 de abril de 2001, relativa a los principios aplicables a los órganos extrajudiciales de resolución consensual de litigios en materia de consumo, Diario Oficial n° L 109 de 19/04/2001 p. 0056 - 0061 Vale la pena señalar que, en relación a la participación de abogados en el uso de la mediación, la legislación italiana y la española establecen reglas diferentes. En efecto, mientras que la italiana impone la obligación para el abogado de informar al cliente de la existencia del instituto de la mediación en cualquier caso, antes de acudir a la vía judicial (Art.4 D.Lgs. 28/2010), la española no prevé ninguna obligación de hacerlo. Cfr. Lidia Domínguez Ruiz, supra, p.154.

3. Un tercera cuestión es la de la competencia de la Unión Europea para legislar sobre el tema de los métodos de RAL; un tema este que a menudo se pasa por alto. En primer lugar, no podemos olvidar que los métodos de RAL, dentro del marco de acceso a la justicia, se deben confrontar con el artículo 6 del [Convenio Europeo de Derechos humanos \(RCL 1999, 1190\)](#)/CITA>, y ahora con el artículo 47 de la [Carta de Niza \(LCEur 2000, 3480\)](#) (al que luego volveremos). En segundo lugar, cabe recordar que la Unión Europea, hace algunos años, no tenía la competencia para legislar sobre los métodos de RAL. Y solo en los últimos veinte años, gracias a los Tratados de Ámsterdam y de Lisboa, la UE ha podido comenzar a construir el espacio de justicia, seguridad y libertad común, con una serie de medidas y pequeños pasos hacia la progresiva aproximación de los Derechos nacionales en la presente cuestión. Así se explica que, en su primera fase de desarrollo, los métodos de RAL se hayan reglamentado con medidas desoft law. Solo a raíz del Tratado de Lisboa la competencia de las Instituciones europeas ha sido ampliada y es a partir de este momento, con la adopción del artículo 81 [TFUE \(RCL 2009, 2300\)](#), que el concepto de espacio de justicia común comienza a tomar su propio carácter y asume un aspecto diferente e independiente del mercado interior. Esto es un paso fundamental, porque antes, el artículo 65 del [Tratado constitutivo de la Comunidad europea \(LCEur 1986, 8\)](#) permitía adoptar las medidas en el ámbito de la cooperación judicial en materia civil con repercusión transfronteriza «...solo en la medida necesaria para el correcto funcionamiento del mercado interior».

16 Artículo 65 [TCE \(RCL 1999, 1205 ter\)](#).

Hoy, el artículo 81 [TFUE \(RCL 2009, 2300\)](#) permite al Parlamento y al Consejo europeos adoptar medidas de aproximación de las disposiciones legales y reglamentarias de los Estados miembros para garantizar una tutela judicial efectiva y el desarrollo de métodos alternativos de RAL sin que esto quede absoluta y necesariamente vinculado con el mercado interior. Del mismo modo, cabe destacar cómo todos los actos recientes se han adoptado sobre la base del artículo 114 TFUE, que permite al Parlamento y al Consejo europeos adoptar medidas relativas a la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros que tengan por objeto el establecimiento y el funcionamiento del mercado interior. Pero también hay otro artículo, el 169 TFUE, que, con un enfoque más estricto y sectorial, en materia de protección de los consumidores, permite adoptar medidas que complementen y supervisen la política llevada a cabo por los Estados miembros, sin hacer referencia al mercado interior. Y esta podría constituir otra base jurídica para la futura legislación sobre este tema. Incluso hoy en día, casi toda la legislación relativa a la protección de los consumidores llama para sí a los métodos de resolución alternativa de conflictos. Lo vemos en todas las áreas: en la comercialización a distancia de servicios financieros, en el tiempo compartido, en el comercio electrónico, en los contratos de seguros, en los servicios de mercado interior, etc. Por consiguiente, el marco de los métodos de RAL en el sector de la protección del consumidor deviene cada día más complicado y es por eso que las instituciones europeas tratan de optimizarlo con las nuevas comunicaciones de la Comisión, la propuesta de Directiva sobre los métodos de RAL y la propuesta de Reglamento sobre la resolución de los conflictos en línea.

17 [Directiva 2002/65/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 23 de septiembre de 2002 \(LCEur 2002, 2613\)](#) relativa a la comercialización a distancia de servicios financieros destinados a los consumidores, y por la que se modifican la [Directiva 90/619/CEE \(LCEur 1990, 1309\)](#) del Consejo y las [Directivas 97/7/CE \(LCEur 1997, 1493\)](#) y [98/27/CE \(LCEur 1998, 1788\)](#).

18 [Directiva 2008/122/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 14 de enero de 2009 \(LCEur 2009, 147\)](#), relativa a la protección de los consumidores con respecto a determinados aspectos de los contratos de aprovechamiento por turno de bienes de uso turístico, de adquisición de productos vacacionales de larga duración, de reventa y de intercambio.

[19 Directiva 2000/31/CE Del Parlamento Europeo y del Consejo de 8 de junio de 2000 \(LCEur 2000, 1838\)](#) relativa a determinados aspectos jurídicos de los servicios de la sociedad de la información, en particular el comercio electrónico en el mercado interior (Directiva sobre el comercio electrónico).

[20 Directiva 2002/92/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 9 de diciembre de 2002 \(LCEur 2003, 55\)](#), sobre la mediación en los seguros.

[21 Directiva 2006/123/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 12 de diciembre de 2006 \(LCEur 2006, 3520\)](#) relativa a los servicios en el mercado interior.

[22 Libro Verde sobre las modalidades alternativas de solución de conflictos en el ámbito del derecho civil y mercantil \[COM \(2002\) 196 final - no publicado en el Diario Oficial\]](#).

[23 Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a la resolución alternativa de litigios en materia de consumo, por la que se modifica el Reglamento \(CE\) no 2006/2004 \(LCEur 2004, 3471\) y la Directiva 2009/22/CE \(LCEur 2009, 612\)](#) (Directiva sobre RAL en materia de consumo).

[24 Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo sobre resolución de litigios en línea en materia de consumo \(Reglamento sobre RLL en materia de consumo\)](#).

En efecto, a raíz de la transposición de la [Directiva 52/2008 \(LCEur 2008, 803\)](#) y de todos los estudios sobre impacto de la legislación europea en los diferentes estados miembros, la Comisión europea se ha dado cuenta de que el marco de los métodos de RAL es demasiado heterogéneo; por esto, en las nuevas propuestas invoca el artículo 114 [TFUE \(RCL 2009, 2300\)](#) y el principio de subsidiariedad para evitar que la divergencia de las políticas nacionales en materia de procedimientos de RAL lleve a una actuación unilateral de la legislación europea que no comporte una solución satisfactoria para consumidores y empresas. Esto explicaría la necesidad de aproximar la legislación de los distintos Estados miembros.⁴ Dos últimos aspectos: la duración de la mediación, y sus costes. Sobre la primera cuestión, según el Tribunal de Justicia como el Parlamento y el Consejo europeos, solo los procedimientos que prevén una tentativa de conciliación como condición de admisibilidad de la acción judicial durante un plazo razonable son compatibles con el derecho a una tutela judicial efectiva recogido por el artículo 47 de la [Carta de Niza \(LCEur 2000, 3480\)](#). Esto plantea algunos problemas de legitimidad del marco regulador italiano, que proporciona un plazo más amplio de cuatro meses.

[25 Sentencia del Tribunal de Justicia \(Sala Cuarta\) de 18 de marzo de 2010 \(TJCE 2010, 78\)](#), Rosalba Alassini contra Telecom Italia SpA (C-317/08), Filomena Califano contra Wind SpA (C-318/08), Lucia Anna Giorgia Iacono contra Telecom Italia SpA (C-319/08) y Multiservice Srl contra Telecom Italia SpA (C-320/08), (Asuntos acumulados), Recopilación de Jurisprudencia 2010 página I-02213; Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a la resolución alternativa de litigios en materia de consumo, supra, nota 25.

En cuanto a los costes, la nueva propuesta de Directiva establece en su artículo 8, conforme a la jurisprudencia del Tribunal de justicia, que: «el procedimiento de RAL será gratuito o poco gravoso para los consumidores».

[26](#) Supra, nota 26.

[27](#) Id., Art. 8

Son aspectos muy importantes, que marcan una diferencia entre la mediación, digamos, B2B y la mediación B2C, planteando una nueva pregunta: ¿los caminos y objetivos de la mediación mercantil y de la mediación de consumo son compatibles? En efecto, en Italia, a la hora de la trasposición de la [Directiva 52/2008 \(LCEur 2008, 803\)](#), unos de los argumentos que se utilizaron fue la necesidad de crear una estructura de intereses que pudiera empujar a los profesionales a invertir en la mediación. En otras palabras, se consideró que el uso de la mediación era económicamente atractivo o los profesionales no la usarían.

[28](#) O C2B como aparece el proporcionado por la propuesta de Directiva sobre los métodos de RAL, supra.

Por esta razón existe hoy en Italia una mediación relativamente cara para los consumidores, con gastos, para cada lado, que puede ascender a 10.000 euros -tal vez- por un solo día de mediación. ¿Cómo podemos entonces pensar que esta mediación pueda ser compatible con la política de protección de los consumidores perseguida a nivel europeo?

[29](#) Para conocer las tarifas de la mediación, puede consultarse la tabla de lo D.M.180/2010. De lo contrario, en el art. 15 del Real Decreto-Ley se establece que: ... la disp. adic. 2.ª, titulada «impulso a la mediación», se dispone que: «1. Las Administraciones Públicas competentes para la provisión de medios materiales al servicio de la Administración de Justicia proveerán la puesta a disposición de los órganos jurisdiccionales y del público de información sobre la mediación como alternativa al proceso judicial. 2. Las Administraciones Públicas competentes procurarán incluir la mediación dentro del asesoramiento y orientación gratuitos previos al proceso, previsto en el art. 6 de la [Ley 1/1996, de 10 de enero \(RCL 1996, 89\)](#), de Asistencia Jurídica Gratuita, en la medida que permita reducir tanto la litigiosidad como sus costes». Cfr. Helena Soletto Muñoz, La nueva normativa estatal sobre mediación civil y mercantil y el proceso civil, supra, p.3; Scarselli G., La nuova mediazione e conciliazione: le cose che non vanno, Foro it., 2010, V, 146; R. Caponi, La mediazione obbligatoria a pagamento: profili di costituzionalità, in www.judicium.it, 4-5.

Lo sabremos muy pronto, según evolucione la propuesta de Directiva sobre los métodos de RAL.