

Reflexiones Ley de Mediación (IX): Santiago Martínez Lage, socio drtor de Martínez Lage, Allendesalazar & Brokelmann Abogados

by Redaccion - Martes, abril 17, 2012

<http://www.diariojuridico.com/opinion/reflexiones-ley-de-mediacion-ix-santiago-martinez-lage-socio-drtor-de-martinez-lage-allendesalazar-brokelmann-abogados.html>



Mediación: el confesionario y lo inconfesable

Hace casi veinte años fui elegido presidente de la mesa negociadora para la fijación del canon de remuneración de la copia privada (que entonces todavía no era digital ni estaba tan envenenado). Durante los tres años que estuvo vigente este sistema de negociación se alcanzaron acuerdos (parciales) bastante satisfactorios, aunque hoy casi nadie los recuerde. El papel del presidente de una mesa negociadora se parece mucho al de un mediador. Lo que la mediación añade a la negociación no es más que la intervención de un tercero que detecte las coincidencias que existen entre las partes para hacer propuestas aceptables por ellas. Mi experiencia de haber participado, pocos años antes, en las negociaciones para la adhesión de España a la Comunidad Europea fue de mucha utilidad. Recordé que aunque las negociaciones se mantenían entre el país candidato y los Estados miembros, la Comisión Europea jugaba el papel de mediador utilizando la llamada “técnica del confesionario”: oía, por separado, lo que España pedía y lo que los Estados miembros estaban dispuestos a dar y, tras calibrar las posiciones, hacía propuestas aceptables para todos. Esto es lo que el RD Ley 5/2012 de mediación en asuntos civiles y mercantiles acertadamente recoge en el apartado 2 del artículo 21: “Las comunicaciones entre el mediador y las personas en conflicto podrán ser o no simultáneas”. Las comunicaciones no simultáneas (las confesiones) son, sin duda, las más útiles.

¿Por qué es tan importante ese papel del mediador como confesor? ¿No pueden las partes, directamente, poner sobre la mesa sus ofertas y contraofertas? Pueden pero casi nunca lo hacen porque, como en los naipes, “carta en la mesa, pesa”. Por mucho que una parte presente su oferta reservándose el derecho a retirarla, teme revelar a las demás hasta dónde está dispuesta a ceder. En cambio, las partes no suelen tener inconveniente en confesarse con el mediador, si se fían de él.

Aquí está la clave: el mediador debe inspirar la máxima e idéntica confianza a las partes. Debe ser y permanecer imparcial, como prevén los artículos 7, 13 y 14 del RD-Ley. La imparcialidad es tan esencial

en la mediación como en el arbitraje. De la confianza que inspiren las instituciones al proponer y designar a los mediadores, dependerá el éxito de esta nueva legislación. Es conveniente también que el mediador tenga una formación específica sobre las técnicas de la mediación (artículo 11) y, una cierta especialización (artículo 5.1, segundo párrafo). Personalmente, creo más importante lo primero que lo segundo.

¿Y qué materias son “confesables”? ¿Cuáles son susceptibles de ser sometidas a mediación?. El artículo 2.1, excluye los asuntos que “afecten a derechos y obligaciones que no estén a disposición de las partes en virtud de la legislación aplicable”, exclusión que comprende la mediación penal, la mediación con las Administraciones Públicas, la mediación laboral y la mediación en materia de consumo. La Directiva 2008/52/CE, que el RD-Ley viene a transponer, en su artículo 1.2 hace prácticamente la misma salvedad: “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... *acta iure imperii*”.

Uno tendría la tentación de pensar que existe coincidencia entre las materias no mediables y las no arbitrables, dado que el artículo 2 de la Ley de Arbitraje también se refiere a las “materias de libre disposición”. Creo que no es así. Un ejemplo lo encontramos en el Derecho de la competencia. Ya hace años que los tribunales establecieron que, pese a que las normas de defensa de la competencia no son de libre disposición, los aspectos puramente privados de los conflictos a los que les sean aplicables pueden someterse a arbitraje, estando los árbitros obligados a aplicar estas normas aunque no sean invocadas por las partes. En mi opinión, por el contrario, estos mismo asuntos no son susceptibles de mediación si la discrepancia versa sobre la aplicación de dichas normas, o si las partes, de común acuerdo, excluyen su aplicación. Porque la mediación, como la negociación pura, es una solución autocompositiva, frente al arbitraje que, al igual que la jurisdicción ordinaria, es heterocompositiva. Es decir, el mediador no puede imponer nada: el acuerdo, en la mediación, sólo depende de la voluntad de las partes y el mediador –en contraste con el árbitro- no puede garantizar la aplicación de ninguna norma. Si se vulnerara o inaplicara una norma de la competencia, el acuerdo no debería alcanzar la ejecutividad que garantiza el RD-Ley. El notario, antes de elevarlo a escritura pública debe verificar que “su contenido no es contrario a Derecho” (artículo 25.2). Otra cosa es que disponga de la información necesaria para la verificación. Lo mismo habrá de hacer el juez que deba homologar un acuerdo en un procedimiento que se haya suspendido para intentar una solución mediada (art. 25.4). Y, en todo caso -con ejecución o sin ella- un acuerdo contrario a las normas de defensa de la competencia, por mucho que haya sido obtenido en un procedimiento de mediación regulado, sería nulo de pleno derecho (artículo 1.2 dela LDCy 101. 2 del TFUE).

Pero no todas las materias relacionadas con el Derecho de la competencia están excluidas de la mediación: serán perfectamente mediables las reclamaciones de daños por infracciones concurrenciales y las de reembolso contra sus co-deudores solidarios por parte del deudor al que un perjudicado por una infracción de competencia hubiera reclamado

PDF generated by Kalin's PDF Creation Station