



LA MEDIACIÓ COM A MECANISME ALTERNATIU DE RESOLUCIÓ DE CONFLICTES

**ESPECIAL REFERÈNCIA A LA MEDIACIÓ CIVIL I EXPERIÈNCIES DE
DRET COMPARAT**

Vanessa Picas Rico

Tutora: Dra. Silvia Pereira Puigvert

TFG curs 2014- 15

Grau en Dret

ÍNDIX

CAPÍTOL I: LA MEDIACIÓ. PUNT DE PARTIDA DE LA QÜESTIÓ.....	4
1. CONCEPTE SISTEMÀTIC-JURÍDIC	4
2. ORÍGENS DE LA MEDIACIÓ.....	8
3. EVOLUCIÓ DE LA MEDIACIÓ I DELS ALTRES MITJANS ALTERNATIUS DE RESOLUCIÓ DE CONFLICTES.....	12
4. CARACTERÍSTIQUES DE LA MEDIACIÓ	17
5. PRINCIPIS DE LA MEDIACIÓ	19
6. ESTRUCTURA DE LA MEDIACIÓ	24
7. LA FIGURA DEL MEDIADOR	27
CAPÍTOL II: LA MEDIACIÓ EN DIFERENTS ÀMBITS	30
1. LA MEDIACIÓ PENAL	30
1.1. EXPERIÈNCIES PILOT A ESPANYA.....	35
1.2. LA MEDIACIÓ PENAL DE MENORS	37
2. MEDIACIÓ EN L'ÀMBIT LABORAL	39
3. MEDIACIÓ CONCURSAL	41
4. MEDIACIÓ HIPOTECÀRIA.....	44
5. MEDIACIÓ EN L'ÀMBIT FAMILIAR.....	47
5.1 ESTUDI DE LA LLEI 1/2001, DE 15 DE MARÇ, DE MEDIACIÓ FAMILIAR DE CATALUNYA.....	49
5.2 ANÀLISI DE LA LLEI 15/2009, DE 22 DE JULIOL, DE MEDIACIÓ EN L'ÀMBIT DEL DRET PRIVAT	51
6. LA MEDIACIÓ EN L'ÀMBIT CIVIL: ESPECIAL REFERÈNCIA A LA LLEI 5/2012, DE 6 DE JULIOL, DE MEDIACIÓ EN ASSUMPTES CIVILS I MERCANTILS	55
6.1 REIAL DECRET 980/2013, DE 13 DE DESEMBRE, PEL QUE ES DESENVOLUPEN DETERMINATS ASPECTES DE LA LLEI 5/2012, DE 6 DE JULIOL, DE MEDIACIÓ EN ASSUMPTES CIVILS I MERCANTILS	70
CAPÍTOL III:ESTUDI COMPARAT DE LA MEDIACIÓ	76
1. BREU PANORÀMICA GENERAL.....	76
2.1. EUA.....	82
2.2. AUSTRÀLIA	84
2.3. LLATINOAMÈRICA.....	85
2.4 FRANÇA	87
2.5 BÈLGICA.....	89
CONCLUSIONS	92
BIBLIOGRAFIA	97
ANNEX JURISPRUDENCIAL	102

PRESENTACIÓ

El tema escollit per a la realització d'aquest treball final de grau, tal com es posa de manifest en el propi títol del mateix, és la mediació. Ja fa temps que es parla d'una situació de crisi no només econòmica sinó també provinent de l'augment de la complexitat jurídica. El que es pretén, des de fa temps, és una justícia més eficaç basada en l'acceleració dels processos. S'ha de buscar una legítima solució dels problemes de la justícia (sobrecàrrega i lentitud, principalment).

És per això, que trobo interessant analitzar els sistemes per resoldre controvèrsies, alternatius a la jurisdicció, en particular, la mediació. De fet, existeix una clara tendència a promoure i fomentar la mediació¹ i per això, és necessari fer un estudi de la mateixa i veure tots els avantatges, però també inconvenients que presenta la mediació.

Seguint una perspectiva metodològica, el treball està format per tres capítols.

S'arrenca l'estudi examinant els antecedents, expansió dels mitjans alternatius de resolució de conflictes i la conceptualització, característiques, estructura i principis de la mediació. A continuació, s'analitza la tècnica de la mediació en diferents àmbits (mediació penal on també faré referència a experiències pilot dutes a terme en aquesta matèria; mediació familiar amb l'estudi de dues lleis rellevants com són la Llei 1/2001, de 15 de març, de mediació familiar de Catalunya i la Llei 15/2009, de 22 de juliol, de mediació en l'àmbit del dret privat, que deroga la primera; mediació concursal; mediació hipotecària, etc.).

En aquest mateix apartat, dedico una àmplia atenció a la mediació civil per la promulgació de la Llei 5/2012, de 6 de juliol, de mediació en assumptes civils i mercantils i el Reial Decret 980/2013, de 13 de desembre, pel que es desenvolupen determinats aspectes de la Llei 5/2012, de 6 de juliol, de mediació en assumptes civils i mercantils. Espanya fins fa poc es situava en l'últim lloc de la llista de països que impulsaven mecanismes de mediació. Ara bé, amb la incorporació dels textos normatius mencionats s'ha produït un notable canvi que mereix un tractament especial en aquest TFG.

¹ CLARAMUNT BIELSA, M., *Mediación: resolución de litigios*, el Periódico, 21 de gener de 2015, p. 2 a 8.

En el tercer capítol examino experiències de dret comparat. Una de les finalitats d'aquest epígraf és poder veure si hi han països on la mediació és més utilitzada que en d'altres, i si és així, esbrinar-ne les causes. Sens dubte, una bona manera de fer un estudi de la mediació, és fer una petita comparativa amb altres països per veure què succeeix més enllà de les nostres fronteres i reflexionar sobre la conveniència de traslladar algun aspecte concret d'aquests països a Espanya.

El treball consta, també, d'unes conclusions finals on es recullen les qüestions més rellevants.

CAPÍTOL I: LA MEDIACIÓ. PUNT DE PARTIDA DE LA QÜESTIÓ.

1. CONCEPTE SISTEMÀTIC-JURÍDIC

En primer lloc i per tal de poder desenvolupar el concepte de mediació, crec convenient fer referència al significat lingüístic de la paraula. La definició que exposa el *Diccionario de la Lengua Española de la Real Academia* és que la mediació (del llatí, *mediatio*), és “la acción y efecto de mediar”, i, a més, també aporta una descripció en el context jurídic: “Actividad desarrollada por una persona de confianza de quienes sostienen intereses contrapuestos, con el fin de evitar o finalizar un litigio”.

A mesura que avancem en el desenvolupament del present treball, podrem comprovar com aquesta definició s'ajusta a aquella que s'exposa en la doctrina científica consultada, ja que en el camp jurídic quan parlem de la mediació estem fent referència a un sistema de resolució de conflictes, on intervé un tercer imparcial i neutral per tal que les parts involucrades en la controvèrsia puguin arribar a una solució que els hi sigui satisfactòria.

Tal i com exposa MARTÍN DIZ²: “de la noció jurídica de la mediació, podem extreure que en cap cas la mediació és un procés”³. Per justificar aquest fet, podem fer referència a què és un procés. Un procés és, tornant a fer referència al Diccionari de la Reial Acadèmia Espanyola, “un procediment que requereix formar-lo amb totes les diligències i solemnitats exigides pel dret”, és a dir, existeixen tot un conjunt de pautes i requisits que no poden ser obviats, ja que consisteix en unes pautes perfectament descrites que han de ser satisfetes per al seu desplegament. Per tant, veiem la clara diferència que hi ha amb la mediació, ja que aquesta és un “mètode informal i no preestablert en el seu desenvolupament”, és flexible en quan al seu desenvolupament. Aquesta última circumstància fa referència, com veurem més endavant, que no hi ha un únic procediment per a desenvolupar la mediació, sinó que el què trobem son

² MARTÍN DIZ, F., *Alternativas extrajudiciales para la resolución de conflictos civiles y mercantiles: perspectivas comunitarias*, Diario La Ley, núm. 6480, pàg.7.

³ En aquest mateix sentit es pronuncia ALBA ISASI, J., en “*Estudio de la mediación como sistema alternativo de resolución de controversias, análisis de la Ley 5/2012, de 6 de julio*”, Artículos Doctrinales, Noticias jurídicas, 2013: “*La mediación (al igual que el proceso jurisdiccional, el procedimiento arbitral, la conciliación) constituye un medio, un instrumento o un cauce y, por tanto, no constituye un fin en sí misma*”. Disponible a: http://noticias.juridicas.com/articulos/60-Derecho-Procesal-Civil/201305mediacion.html#_toc356927990 [última visita 23 de desembre de 2014].

procediments tipus, els quals són seguits per a la majoria de les mediacions, però no de forma única i exclusiva.

Més enllà de les paraules de MARTÍN DIZ, trobem la utilització de la paraula “procés” quan es refereixen a la mediació en diferents actes, com per exemple en la Proposta de Directiva del Parlament Europeu i del Consell sobre certs aspectes de la mediació civil i mercantil (embrió de la Directiva aprovada en 2008) on es definia, en el seu article 2.a), la mediació com: “tot procés, sigui quin sigui el seu nom o nominació(...)”. Així mateix, en el seu article 3 es fa ús d’aquest terme afirmant que “la mediació és un procés estructurat en el que dues o més parts en un litigi intenten voluntàriament arribar a un acord sobre la resolució al seu conflicte amb l’ajuda d’un mediador”.

Per tant, hem de concloure que partint de la idea que la mediació no és un procés, el legislador hauria de procurar canviar la utilització d’aquest terme per tal de no fer néixer equivocacions sobre el què és la mediació.

D’altra banda, és important fer referència a la Constitució Espanyola, la qual no conté cap precepte que la prohibeixi ni de forma directa ni indirecta. No prohibeix ni la mediació ni qualsevol altre sistema de resolució de conflictes. És més, el Tribunal Constitucional ha fet referència a la compatibilitat i adequació constitucional en l’Arbitratge, de manera que s’entén que això s’estén a la mediació com a sistema alternatiu de resolució de conflictes. El Tribunal Constitucional ha indicat que “la naturalesa de l’arbitratge, que és un equivalent jurisdiccional, mitjançant el qual les parts poden obtenir els mateixos objectius que amb la jurisdicció civil, això és, l’obtenció d’una decisió al conflicte amb tots els efectes de cosa jutjada”⁴.

Un cop comprovat que la mediació és compatible amb la Constitució Espanyola, és convenient fer un breu comentari sobre l’article 117.3 CE, que atribueix, en exclusiva, al Poder Judicial la funció de jutjar i fer executar el jutjat. Però ha sigut reconegut i acceptat que “jutjar” no és l’única forma de resoldre conflictes. En aquest sentit, el TC ha exposat que “l’ordenament jurídic espanyol concedeix als particulars la possibilitat per a la solució dels seus problemes socio-jurídics entre la via jurisdiccional i

⁴ STC 142/2014, 11 de setembre de 2014 (Recurs d’inconstitucionalitat 4806-2009) i STC 62/1991, de 22 de març. (Recurs d’inconstitucionalitat 376/1985 i conflicte positiu de competència 763/1985), entre d’altres.

l'extrajudicial", per tant, està legitimant l'ús d'altres vies alienes al procés jurisdiccional⁵.

MEJÍAS GÓMEZ seguint al jutge UTRERA GUTIÉRREZ , exposa que “les formes alternatives de resolució de conflictes no només no han de ser vistes amb mals ulls pels membres del Poder Judicial, sinó que aquests han d'ajudar ha potenciar-los per millorar la manera de poder oferir, des de la jurisdicció, una adequada resposta a les demandes que a diari ens realitzen els ciutadans que recorren als jutjats i tribunals”⁶.

En definitiva, per acabar aquest apartat, faré un repàs, des de diverses perspectives, del que és la mediació:

1) La mediació és un sistema complementari al jurisdiccional, de solució de conflictes, i amb això vull dir que no és substitutiu, ja que la mediació mai ha d'impedir o condicionar als ciutadans el seu dret a la tutela judicial efectiva. Per tant, és un sistema extrajudicial de solució de conflictes, i com a tal ha de estar regulat.

2) La mediació, pot ser definida com un sistema o mètode de solució de conflictes autocompositiu⁷, no adversari, és a dir, són les mateixes parts les que resolen el seu conflicte sense la decisió imperativa d'una tercera persona. És, també, un sistema complementari a la jurisdicció, extrajudicial i alternatiu, ja que la mediació forma part de les denominades Alternative Dispute Resolutions (ADR), és a dir, és considerada com una forma de resolució alternativa de conflictes⁸. Mitjançant els diferents mecanismes ADR, es trenca amb l'esquema tradicional, doncs es priva el fet que un tercer pugui decidir per sobre de les parts, i es busca, per contra, que siguin aquestes les que arribin a la solució més adient per als interessos de cadascuna. Algunes de les figures jurídiques admeses en el nostre sistema jurídic que formen part dels mecanismes ADR, serien, juntament amb la mediació, la negociació, la transacció i la conciliació.

⁵ STS 5213/1989, de 9 de octubre de 1989.

⁶ MEJÍAS GÓMEZ, J.F., *Sistemas alternativos de resolución de conflictos*, en Evitación del proceso, Cuadernos de Derecho Judicial XXIV, CGPJ, 1997. Disponible a: <http://dialnet.unirioja.es/revista/6101/A/1997> [última visita 3de gener de 2015].

⁷ ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, N., *Proceso, autocomposición y autodefensa*, Contribución al estudio de los fines del proceso, México, 2000, p. 71 i següents.

⁸ Varis autors discrepen sobre el caràcter alternatiu d'aquests mitjans, com ARMENTA DEU, T., *Sistemas procesales penales. La justicia penal en Europa y América*, Madrid, 2012, p. 152 a 164.

3) És un mètode de resolució de conflictes, però tenint sempre present que la utilització de la mediació és sempre voluntària, perquè l'inici del procés de mediació es troba en el fet que dues o més persones, entre les quals hi ha un conflicte, decideixen, voluntàriament, solucionar els seus problemes de forma satisfactòria i pacífica acceptant l'ajuda d'una tercera persona professional, experta i formada degudament, i aquesta tercera persona és el mediador.

A nivell jurisprudencial, 4) La Sentència de l'Audiència Provincial de Balears de 14 de gener de 2004 es refereix expressament “a un procedimiento de mediación en el cual los progenitores deberán acudir a un centro de mediación familiar para someterse a un tratamiento psicológico”. El jutge està imposant una mediació, quan aquesta es caracteritza per la seva voluntarietat i, a la vegada, li està donant a la mateixa un caràcter terapèutic, que com veurem a continuació, la mediació no pot ser considerada com una teràpia.

5) En ser considerat un mitjà de resolució pacífica de controvèrsies, ha de ser entès com un sistema de proporcionar justícia mitjançant l'aplicació del dret, la raó o l'equitat. És un mecanisme complementari a la jurisdicció, i per tant, no pot ser considerada com una teràpia. Sobre aquets aspecte, cal mencionar a FOLBERG⁹ i TAYLOR¹⁰ que ofereixen una definició en aquest sentit no terapèutic de la mediació: “proceso no terapéutico por medio del cual las partes, con la asistencia de una persona neutral, intentan aislar de forma sistemática los puntos de acuerdo y desacuerdo, explorando alternativas y considerando compromisos con el propósito de alcanzar un acuerdo consensuado”¹¹.

Els arguments que fan servir FOLBERG i TAYLOR per tal de no entendre la mediació com a un procés terapèutic es refereixen al fet que aquesta va dirigida a aconseguir una solució del conflicte sense indagar en les causes internes d'aquest.

⁹ FOLBERG, J., és un professor emèrit i ex degà de la Facultat de dret de la Universitat de San Francisco. És mediador i àrbitre de l'Institut JAMS (Fundació de mediadors i d'àrbitres d'èxit a través de la resolució alternativa de conflictes, Alternative Dispute Resolution).

¹⁰ TAYLOR, A., ha sigut professora de tècniques de mediació i resolució de conflictes a l'escola de Dret Lewis & Clark, de la Universitat d'Antioquia, en el Programa de Màster en Resolució de conflictes, Universitat Estatal de Portland i en la Universitat de Maryhurts. Actualment, ofereix serveis de mediació en el programa del Comtat de Multnomah en Justícia de la Comunitat.

¹¹ FOLBERG, J. i TAYLOR, A., *La mediación: la Resolución de Conflictos sin litigio*, Limusa, Mèxic, 1996, p. 42.

És cert, però, que juntament amb la finalitat de poder arribar, d'una forma pacífica, a la solució del conflicte, és possible que, a vegades, una teràpia ajudi a satisfer aquesta finalitat. En tots els conflictes entren en joc factors psicològics que, sovint, hauran de ser resolts per tal que les parts puguin negociar i arribar a una solució a la seva controvèrsia, però no podem confondre la teràpia per resoldre aquests conflictes emocionals amb la mediació.

També cal destacar que la mediació, com té per objectiu arribar a una solució pacífica, és a dir, no conflictiva, fa que els acords conclusos tinguin un alt grau de compliment, doncs el resultat d'aquesta solució no comporta la situació de diferenciar les parts en guanyadora o perdedora de la controvèrsia, i també evitem el qualificatiu de “culpable”. Aquest fet motiva a les parts i facilita la seva relació i conseqüentment, el compliment satisfactori de l'acord. En canvi, en les solucions judicials, en la majoria d'ocasions, continuem en la mateixa situació de conflictivitat, fins i tot a un nivell superior a l'inicial.

És per això, que la via jurisdiccional proporciona uns resultats menys satisfactoris que els aconseguits en la mediació. Aquesta última parteix de la base que les dues parts tenen la voluntat de negociar i arribar, així, a la millor solució del conflicte existent. Conseqüentment, els acords produïts en aquest marc, poden arribar a ser molt satisfactoris.

2. ORÍGENS DE LA MEDIACIÓ

Per buscar els orígens de la mediació, hem de recórrer als inicis de la humanitat, doncs els conflictes entre els individus han existit des de sempre¹². La intervenció d'una tercera persona en els conflictes entre diferents parts per tal que aquestes possessin fi a la seva controvèrsia, s'ha vingut practicant en moltes cultures des del principi en què l'home vivia en comunitat. Ressalta, que aquesta persona que feia de mediatore solia ser l'individu de més prestigi i respecte dins de la mateixa comunitat.

La pràctica de la mediació, no es limita a la cultura occidental, és a dir, no està present únicament en determinades cultures o continents, sinó que és un fenomen global. En la

¹² SAN MARTÍN LARRINOVA, M.B., *La mediación como respuesta a algunos problemas jurídico-criminológicos*, Departamento de Justicia, Economía, Trabajo y Seguridad Social del Gobierno Vasco, Bilbao, 1997, p. 112.

comunitat africana, en algunes zones convoquen una assemblea en la que una persona respectada per la comunitat actua com a mediador entre dos o més interessats en resoldre un problema o, per posar un altre exemple, els conflictes sorgits entre membres d'ètnia gitana, son dirimits pels patriarques da la comunitat.

De fet, possiblement ha esta més utilitzada a la Xina i al Japó, perquè la seva cultura i tradició atribueix molta importància al consens social i a “l’obtenció d’un equilibri que produeixi harmonia en les relacions humanes”¹³. Actualment, la mediació es practica àmpliament a la República Popular Xina a través de les Comissions Populars de Conciliació.

La mediació, també, té una gran història i tradició a Amèrica Llatina, on el jutge ajuda a les parts a adoptar decisions consensuades. Té una llarga història a les colònies nord-americanes i als Estats Units. Els antecedents i models de la mediació utilitzada als Estats Units provenen de la resolució de divergències laborals industrials, de fet, aquests problemes derivats de les relacions obrers -patronals va ser el primer escenari en què la mediació va ser institucionalitzada als Estats Units.

Al 1913 es va crear el Departament de Treball dels Estats Units per tal de resoldre aquests conflictes, que més tard, es va convertir en el Servei de Conciliació dels Estats Units, i al 1947 es va reorganitzar amb el nom de Servei Federal de Mediació i Conciliació.

Aquest impuls per a promoure la mediació va ser a causa de la necessitat d’establir mecanismes per a resoldre els problemes derivats de les relacions laborals entre obrers i patronals, els quals eren molt abundants, i així promoure la pau industrial, finalitat a la que feia referència la Llei de Relacions Obrers -patronals de 1947. Aquesta finalitat es traduïa en intentar evitar les vagues dels obrers, ja que provocaven parades a les fàbriques, cosa que suposava una gran pèrdua per a les patronals, però també pels mateixos obrers. Es pretenia, que evitant aquestes situacions, es milloraria el benestar i la riquesa dels nord americans.

Seguint amb els antecedents de la mediació, cal fer referència al moviment “Alternative Dispute Resolution” (ADR). Aquest moviment es va inspirar en la història comercial

¹³ BROWN, D., *Divorce and Family Mediation: History, review, future directions*, Conciliations Courts Review, 1982, p. 32.

americana, ja que determinats sectors industrials, com per exemple, el marítim o la seda, venien tractant els seus problemes a través de mitjans interns. El moviment ADR, sorgeix als EEUU als anys setanta com a conseqüència del col·lapse dels tribunals, la crisi de l'Estat social i de la percepció ciutadana de la falta de mecanismes privats per a resoldre les controvèrsies i la incapacitat del sistema judicial per a garantir una justícia per a tothom. Les "Alternative Dispute Resolution" poden definir-se com "mecanismes que intenten resoldre disputes, principalment al marge dels tribunals, mitjançant instruments no judicials"¹⁴.

Centrant-nos ara en Europa, la incorporació del moviment ADR s'ha fet esperar, amb l'excepció del Regne Unit, i s'ha vinculat a l'experiència nord americana.

Als anys 70 amb la crisi de l'Estat social, comença a posar-se de manifest el descontent social i la pèrdua de confiança en les institucions públiques, circumstància que afecta també a la Justícia. Es posa de manifest, entre altres qüestions, la lentitud i complexitat procedimental, la distància respecte dels ciutadans i la excessiva burocratització. Aquest cúmul de problemes porta a qualificar al sistema judicial com a completament inadequat per a resoldre els problemes que se li plantegen, sobretot en els casos de delinqüència menor i mitjana¹⁵. Aquesta inadequació del sistema judicial provoca un descontent per a les víctimes i com a conseqüència, augmenta la sensació ciutadana d'inseguretat jurídica.

Un altre dels fets importants és que la societat global es caracteritza per un fort creixement urbà desmesurat que provoca concentracions, en ciutats i barris, de diverses cultures i de persones amb molts pocs recursos. L'augment de la violència és preocupant, però no pot ser atribuïda a la població immigrant, sinó que les causes que més incidència tenen sobre l'augment de la violència cada cop més present en la societat, tal i com assenyalen DARNACULLETA i CEREIJO en el seu treball abans citat, són les causes institucionals, i, especialment, la incapacitat de la justícia per donar solució a tots els conflictes que li arriben.

¹⁴ BARONA VILAR, S., *Solución extrajudicial de conflictos, "Alternative dispute resolution" (ADR) y Derecho Procesal*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1999, p. 48.

¹⁵ DARNACULLETA, M. i CEREIJO, A., *Mediació, autoregulació i justícia de proximitat*, Centre d'Estudis Jurídics i Formació Especialitzada, Generalitat de Catalunya, 2007, p. 17 i següents.

Això comporta la necessitat d'establir accions públiques consistents en la proximitat, immediatesa i la reparació per tal d'evitar la reincidència, doncs la incapacitat de l'Estat per arribar a solucionar tots els problemes comporta que gran part dels mateixos no siguin solucionats, cosa que comporta la reincidència per part del infractor, doncs no veu castigat el seu fet punible. És aquí on entra el principi de responsabilitat compartida, que sosté que la garantia de la seguretat no és només una responsabilitat de l'Estat sinó de tot el conjunt de la societat, que pot ser exercida tant per organitzacions públiques com privades, encarregades de garantir d'una forma real, aquesta seguretat jurídica amenaçada.

El sorgiment d'aquest principi de responsabilitat compartida, no es produeix només en l'àmbit europeu, sinó que la proliferació d'agències i empreses de seguretat s'estén arreu del món. Apareix doncs, l'autoregulació reglada, instrument que no pot ser entès com una forma de privatització ni de desaparició de l'Estat, més aviat, l'autoregulació reglada, requereix un Estat fort que en faci la supervisió i es necessita un desemborsament pressupostari important.

L'autoregulació consisteix, en paraules d'ESTEVE PARDO, en "l'establiment de normes per part de subjectes privats; en la declaració privada del compliment de normes, públiques o privades; i en la resolució de conflictes per part de subjectes privats"¹⁶.

La mediació és un dels instruments que formen part de l'autoregulació reglada juntament amb la conciliació i l'arbitratge.

Si dirigim la mirada a Espanya trobem com a precedent el Tribunal de les Aigües de València, que va ser una de les més sòlides i antigues institucions populars per a regular conflictes. Des dels temps de Jaume I, l'ús de l'aigua va ser un dels conflictes més abundants de València, per això es va haver de regular l'ús individual del reg. Aquest Tribunal estava format per persones respectables i va estar en funcionament durant segles.

Un altre precedent important, el localitzem en les cooperatives, principalment a l'àrea rural. Els agricultors solien tenir una forta creença en la col·laboració entre ells i no tant

¹⁶ ESTEVE PARDO, J., *Técnica, riesgo y Derecho, Tratamiento del riesgo tecnológico en el Derecho ambiental*, Barcelona, Ariel Derecho, 1999, p. 65.

en la competitivitat, on l'interès particular cedeix a l'interès comú de tal manera que el punt de referència per regular el conflicte és el col·lectiu i no l'individual.¹⁷ El conflicte al camp apareixia quan agricultor i comprador discutien sobre el preu de venda d'un producte i l'única manera d'arribar a una solució satisfactòria per a les dues parts passava per tenir en compte els interessos en joc d'ambdues parts i prendre decisions que resultessin justes i eficaces per a tots els implicats.

La mediació familiar sorgeix als Estats Units i Canadà als anys seixanta, seguint un model de la Universitat de Harvard. En la dècada següent s'estén de forma molt ràpida a Anglaterra, França, Bèlgica, Itàlia i a Hispanoamèrica. A Espanya, els primers serveis de mediació familiar apareixen al 1990 a Madrid, com a servei privat finançat pel Ministeri d'Assumptes Socials, a Barcelona dins de l'àmbit judicial, i a la Comunitat Autònoma Basca com a serveis privats finançats pel Govern basc.

Podem concloure, doncs, que la mediació tal i com la coneixem avui dia és una adaptació actualitzada del que ja existia en altres èpoques.

3. EVOLUCIÓ DE LA MEDIACIÓ I DELS ALTRES MITJANS ALTERNATIUS DE RESOLUCIÓ DE CONFLICTES

Després de veure els orígens, cal preguntar-nos com ha estat l'avanç de la mediació i la resta d'ADR.

Dins d'Europa, si ens fixem en Espanya, es situava, fins fa poc, en l'últim lloc de la llista de països que impulsaven mecanismes de mediació. Ara bé, amb la promulgació, en primer lloc, del Reial Decret-Llei 5/2012, de 5 de març, de mediació en assumptes civils i mercantils, i, en segon lloc, de la Llei 5/2012, de 6 de juliol, de mediació en assumptes civils i mercantils es va produir un notable canvi.

¹⁷ DE DIEGO VALLEJO, R., I GUILLÉN GESTOSO, C., *Mediación: proceso, tácticas y técnicas*, 3ª edició, Madrid, Pirámide, 2010, p.30.

Trobo interessant fer referència a DÍEZ PICAZO i GULLÓN quan exposen que: “el derecho de familia ha experimentado en nuestro tiempo una evolución profunda originada por los cambios producidos en los hábitos y en las creencias sociales”¹⁸.

Però aquesta situació no és exclusiva de l'estat espanyol, sinó que s'ha experimentat en tota Europa, i és davant d'aquests canvis que ha experimentat el concepte de família, i per tant, la forma d'entendre a aquesta, que el Comitè de Ministres del Consell d'Europa, el 21 de gener de 1998, va publicar la recomanació N.R. (98) I, dirigida als Estats Membres, on es reconeixia els canvis familiars sobre separació i divorci. Mitjançant aquesta recomanació, Europa recomana als Estats Membres instituir i promoure la Mediació Familiar per a la resolució dels conflictes familiars en situacions de ruptura de la relació.

En el cas de Catalunya, cal fer referència a la Llei 1/2001 de 15 de març de mediació familiar, que va complir amb la citada Recomanació (98) I. Aquesta llei va suposar una gran innovació en l'àmbit de família, i cal recordar, que en aquell moment no estava generalitzada a la resta de l'Estat espanyol la utilització de la mediació, i va ser aquesta llei la que va inspirar a altres Comunitat Autònomes a legislar sobre aquesta matèria.

Aquesta regulació per part de les Comunitats Autònomes posa de manifesta la tendència a expandir la mediació a tots els àmbits, conseqüència que també es posa de manifest amb la influència de la Directiva 2008/52 de 21 de maig de la Unió Europea sobre certs aspectes de la mediació en assumptes civils i mercantils. És aquí, on hem de mencionar la Llei 15/2009 de 22 de juliol de Catalunya de mediació en l'àmbit del dret privat, llei que escapa de l'àmbit familiar per ampliar el seu àmbit d'aplicació a conflictes en l'àmbit del dret privat i fins i tot en l'àmbit del dret públic. Aquesta llei deroga la Llei 1/2001 de 15 de març de mediació familiar.

Arribats al 2015 no podem deixar de parlar de les sigles ODR, Online Dispute Resolution, que van ser utilitzades per primera vegada per KATSH i RIFKIN, i fan referència a l'aplicació de noves tecnologies de la informació i de la comunicació, les anomenades TIC, a la resolució de controvèrsies entre les parts. Hi ha qui considera que a més de les dues parts del procés i del mediador, a la tecnologia se la pot considerar

¹⁸ DÍEZ PICAZO, L. i GULLÓN, A., *Sistema de Derecho Civil*, Vol. IV, Madrid, Tecnos, 2012, p. 39.

com la quarta part del procés¹⁹. Els elements tecnològics es basen en mecanismes de comunicació electrònica, però combinats amb mecanismes de comunicació tradicional, doncs en certes fases del procediment és necessari lliurar documentació en paper, com per exemple, la demanda i l'escrit de contestació que s'han de presentar en còpia impresa i electrònica a través d'un formulari electrònic o per correu electrònic. Per altra banda, el procediment de mediació es configura com un procediment en què el tercer neutral, tot i actuar com a mediador, pot emetre recomanacions que no obliguen les parts del procés²⁰.

Pel que fa a les fases d'aquest procediment i d'acord amb el principi de celeritat, el sol·licitat disposa de 7 dies per a presentar l'escrit d'al·legacions. Si no el presenta o manifesta la seva voluntat de no sotmetre's al procediment, aquest es considera acabat. El mediador disposa de 7 dies per a preparar un informe amb les seves recomanacions. Hi ha la possibilitat que el mediador insti una reunió, que no pot excedir de 14 dies, amb les parts²¹.

Respecte a la mediació, en l'àmbit laboral, es va desenvolupar legislativament a Espanya a partir del 1990. A Catalunya va tenir lloc en l'Acord Interprofessional de 7 de novembre de 1990 (Tribunal Laboral de Catalunya). Actualment, com veurem en el corresponent capítol, la mediació laboral queda exclosa de l'àmbit d'aplicació de la Llei 5/2012, de 6 de juliol, sobre mediació en assumptes civils y mercantils. Per tant, s'ha d'anar a la seva regulació específica per tal de comprovar si preveu la mediació. Aquesta regulació específica és la Llei 36/2011, de 10 d'octubre, reguladora de la jurisdicció social, concretament en el seu Títol V i s'estableix l'obligatorietat d'un intent de mediació (o conciliació) davant el servei administratiu o l'òrgan que assumeixi aquestes funcions per a poder tramitar el procés judicial. Aquesta obligació està afectada a unes excepcions: processos sobre determinades matèries (art. 64.1) i procediments en els que les parts siguin l'Estat o un altre ens públic i persones privades i en els supòsits d'ampliació de la demanda (art.64.2).

¹⁹ KATSH, E., RIFKIN, J., *Online Dispute Resolution: Resolving Conflicts in Cyberspace*, Jossey-Bass, 2001, p. 20.

²⁰ SUQUET CAPDEVILA, J., *Proveïdors i serveis d'Online Dispute Resolution (ODR)*, Materials Jurídics del Llibre Blanc de la Mediació a Catalunya, Vol. 2, Col·lecció: Justícia i societat, 33, p. 100 a 130.

²¹ Normativa del Procediment de mediació del TLD.cat.

En el cas de la mediació en matèria de consum, succeeix el mateix que en el cas de la mediació laboral, doncs queda exclosa de la Llei 5/2012. A Espanya no existeix una normativa uniforme, pel que el marc jurídic en aquesta matèria el forma el Reial Decret 231/2008, de 15 de febrer, regulador del Sistema Arbitral de Consum. En aquest Reial Decret es posa de manifest el caràcter secundari de l'ordenació de la mediació enfront de l'arbitratge (art.6.k). A Catalunya, respecte la mediació en matèria de consum, trobem el Decret 98/2014, de 8 de juliol, sobre el procediment de mediació en les relacions de consum (DOGC de 10 de juliol de 2014).

Sobre la mediació penal a Espanya, malgrat la Decisió Marc de 15 de març de 2001 de la Unió Europea que estableix en el seu article 10 que els Estats Membres han d'introduir la mediació penal en els procediments que considerin adequats, només s'ha regulat la mediació en l'àmbit de la justícia de menors. La Llei del 2000 de responsabilitat penal del menor preveu la mediació abans i després de la sentència. S'han experimentat grans resultats en la utilització de la mediació en l'àmbit penal dels menors (índex de reincidència molt inferior respecte la reincidència dels menors que han rebut un "càstig" per part dels Tribunals). Aquesta circumstància posa de manifest la gran necessitat que hi ha d'una reforma legal.

En el cas de la mediació penal en adults, a Catalunya s'ha desenvolupat en un marc d'alegalitat, doncs tot i no està prevista en cap llei tampoc està prohibida, tret dels casos de violència de gènere. Aquestes experiències a Catalunya seran explicades en el corresponent apartat d'aquest treball.

No podem deixar de banda l'expansió de la mediació als Estats Units, doncs tal i com he fet, abans, referència, aquest país és el lloc d'origen del moviment ADR²². A causa del malestar de la ciutadania americana amb el funcionament de l'Administració de Justícia de Saint Paul, es va organitzar una reunió, la Pound Conference, amb l'objectiu de debatre sobre les causes d'aquesta preocupació. Aquest fet va ser el que va fer sorgir l'interès, de diverses entitats públiques, per les vies alternatives de resolució de conflictes. Aquest interès també va sorgir en l'àmbit educatiu, i moltes universitats van anar introduint, en els programes de Dret i d'Empresarials, l'estudi dels ADR. A dia d'avui, la gran part de les universitats nord-americanes, inclouen l'estudi d'aquestes

²² PUJADAS TORTOSA, V., *Los ADR en Estados Unidos. Aspectos destacables de su regulación jurídica*, Revista de la Corte Española de Arbitraje, 2003, p. 74 i 75.

matèries i ofereixen cursos d'especialització. Seguint a PUJADAS TORTOSA, en el mateix treball ja citat, l'espectacular avanç doctrinal en matèria d'ADR, pot ser conseqüència de que els ADR “no només interessin a juristes, sinó també a antropòlegs, sociòlegs, psicòlegs i educadors, pel fet que és una matèria que s'integra dins del camp de resolució de conflictes, i això no depèn únicament del dret, sinó que forma part de l'activitat humana (...)”.

A Nord-Amèrica, durant els últims 20 anys, hi ha hagut una implantació sistemàtica d'ADR a través de normes legals i de mandats judicials, és a dir, s'han instaurat els ADR perceptius. Aquest fet no ha agradat a tothom, i els principals arguments en contra dels ADR perceptius, és el que té a veure amb les garanties d'aquests, doncs sostenen que aquests sistemes alternatius de resolució de conflictes manquen d'una sèrie de garanties que, en canvi, sí que estan presents en el sistema judicial. Un altre dels arguments en contra és que es posa de manifest la intenció d'establir aquest mecanisme d'una forma molt entusiasta i que, per tant, s'està minimitzant la importància que té el procés en la defensa de l'interès públic.

Malgrat aquestes crítiques, la legislació estatal i federal ha promulgat moltes normes en aquesta matèria, com per exemple l'*Administrative Dispute Resolution Act (1990)* o la *Negotiated Rulemaking Act (1990)*, totes elles dirigides a promoure els ADR, tot establint regles ètiques per tal que els advocats informin als seus clients sobre les opcions alternatives al procés judicial de les que disposen, oferint assistència tècnica als tercers neutrals que intervenen, etc.

Un altre fet al que fa referència PUJADAS TORTOSA per argumentar l'expansió dels ADR és la globalització, la qual ha incidit, en tres sentits: els sistemes alternatius de resolució de conflictes han augmentat en l'àmbit del comerç internacional i sorgides a través de la utilització d'Internet; l'expansió de cultures orientals i africanes, que ha provocat la utilització de sistemes alternatius de resolució de conflictes propis de les seves cultures; i, finalment, la cultura jurídica de la globalització, que aposta per uns processos més flexibles enfront dels models judicials rígids i predeterminats.

Centrant-nos, ara, en la mediació als Estats Units, podem dir que aquest sistema és de gran rellevància, doncs és el mètode ADR més utilitzat, i igual que succeeix a Espanya, consisteix en què són les parts les que busquen la solució a la controvèrsia. És important

fer referència al *principi d'autodeterminació*²³, que consisteix en què són les parts les que trien les normes del procediment aplicables a la resolució del conflicte. Des dels inicis, la mediació ha estat vinculada a trobar una solució a la controvèrsia a través de l'aplicació dels valors de les parts. Això era a causa que la mediació s'aplicava entre membres d'una mateixa ètnia o grup religiós on es compartien uns mateixos valors, o estils de vida. Però amb l'aparició de les mediacions preceptives i prèvies als processos judicials, que anomenàvem en les línies anteriors, aquesta visió ha anat quedant desplaçada, doncs ara per tal d'arribar a la solució del conflicte no s'apliquen valors, sinó normes jurídiques. Amb la institucionalització de la mediació, que va tenir lloc a partir dels anys 70, aquesta va adquirir una gran rellevància en la resolució de conflictes privats.

4. CARACTERÍSTIQUES DE LA MEDIACIÓ

Tot i haver-ne fet referència ja, l'objecte d'aquest epígraf és veure de forma separada i coherent les característiques de la mediació. Les principals característiques que defineixen la mediació són les següents:

- 1) COMPLEMENTARIETAT:

Aquesta característica de la mediació fa referència a que aquesta és un mètode que no exclou la jurisdicció, ni és antagònic a la mateixa, sinó que és un sistema alternatiu de resolució de conflictes que té un caràcter complementari. No tots els autors estan d'acord amb la complementarietat com ha característica de la mediació. Aquest és el cas de CIURANA que defensa la idea de que la mediació “no es pot concebre ni com una alternativa ni com un complement al procés”²⁴. El que defensa aquest autor és que tan la mediació com els altres mitjans de resolució de conflictes, són mecanismes autònoms, mitjans independents d'accés a la Justícia.

²³ FEMENIA, N., *Un marco ético para la mediación*. Disponible a: http://www.mediate.com/articulos/Un_marco_etico.cfm [última visita 7 de gener de 2015].

²⁴ CIURANA, A., *La mediación civil y mercantil: una asignatura pendiente en España (A propósito de la Propuesta de directiva sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles)*, Actualidad jurídica Uría Menéndez, núm. 12, 2005, p. 61.

- 2) EXTRAJUDICIAL:

La mediació no està atribuïda al Poder Judicial, i el seu exercici no està atribuït ni als jutges ni als magistrats, sinó que el seu exercici està atribuït a subjectes i entitats privades. Per tant, el mediador ha de ser un professional aliè al Poder Judicial.

- 3) ALTERNATIVA²⁵:

Aquesta característica no s'ha de confondre amb la de complementarietat, ja que la primera fa referència al fet que mentre s'està subjecte a una mediació, no està permesa la resolució del conflicte per la via jurisdiccional de forma paral·lela. Per tant, la complementarietat opera en el primer moment, és a dir, en el moment en què les parts han de decidir, segons els seus propis interessos, si es sotmeten a mediació o volen anar a la via jurisdiccional. És a partir d'aquest moment que les parts han escollit quan entra en joc aquest caràcter alternatiu de la mediació, ja que no es poden utilitzar altres mètodes de resolució de conflictes mentre no s'hagi finalitzat el que s'ha iniciat. Però cal remarcar que la mediació no exclou la via jurisdiccional, les parts podran abandonar la mediació en qualsevol moment i podran solucionar el seu conflicte a través de la via jurisdiccional. És important destacar que la mediació és una alternativa a la jurisdicció, però no un equivalent a la mateixa²⁶.

Aquest caràcter alternatiu de la mediació, fa que aquesta pugui ser utilitzada de diferents formes²⁷:

²⁵ BARONA VILAR, S., en *Solución Extrajudicial de conflictos*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 1999, p. 103., y PÉREZ DAUDÍ, V., en «La relación entre la mediación en asuntos civiles y mercantiles y el proceso civil», revista de Derecho Mercantil núm. 283/2012. Disponible a: <http://www.dialnet.es> [última visita 29 de gener de 2015].

²⁶ Tal i com afirma, MARTÍN DÍZ, F., “la mediación es un complemento de la jurisdicción, no es un competidor; es una alternativa, es un mecanismo de exclusión del proceso judicial”, en *La mediación: sistema complementario de la administración de justicia*, Premio Rafael Martínez Emperador 2009, CGPJ, Madrid, 2010, p. 75 i següents.

²⁷ Classificació emprada de forma majoritària, veure ORTIZ PRADILLO, J. C., *La mediación en asuntos civiles y mercantiles: propuestas para la incorporación de la directiva 2008/52/ce al derecho español*, Revista General de Derecho Procesal 26, 2012. Disponible a: http://www.academia.edu/6609550/LA_MEDIACION%20EN_ASUNTOS_CIVILES_Y_MERCANTILES_PROPUUESTAS_PARA_LA_INCORPORACION_DE_LA_DIRECTIVA_2008_52_CE_AL_DERECHO_ESPA%20OL [última visita 20 de febrer de 2015].

- Extraprocessal: aquella que es fa sense haver-hi cap relació temporal amb un procés jurisdiccional.
- Preprocessal: és en aquells casos en què les parts, en un primer moment han decidit sotmetre's a una mediació, però el resultat d'aquesta no ha sigut possible, i per tant, les parts no tenen cap altra sortida per a poder resoldre el conflicte que anar al procés jurisdiccional²⁸.
- Intraprocessal: quan les parts estan enmig d'un procés jurisdiccional i aquest es suspèn per tal que les parts intentin arribar a un acord per la via de la mediació. Si la mediació no resulta ser eficaç, el procediment es torna a emprendre.
- Postprocessal: s'utilitza en els casos en què apareguin diferències entre les parts respecte al contingut o forma de compliment de la resolució judicial prèvia.

- 4) SISTEMA DE RESOLUCIÓ DE CONFLICTE AUTOCOMPOSITIU:

La solució del conflicte neix de les pròpies parts. Hi ha un tercer que intervé entre aquestes parts, però no té poder per decidir ni imposar una solució a les mateixes.

Aquesta característica pot ser considerada com a principal dins de la mediació, ja que és la que la diferencia d'altres mètodes de solució de conflictes, tals com l'arbitratge²⁹.

5. PRINCIPIS DE LA MEDIACIÓ

Un tema important que no es pot deixar de banda són els principis que regeixen la mediació. En aquest apartat faré referència als principis de l'estructura interna de la mediació com a sistema de solució de conflictes complementari a la jurisdicció.

Els principis que passaré a exposar a continuació no s'han de confondre amb els principis que regeixen l'actuació del mediador, els quals els explicaré en el punt corresponent.

²⁹ GONZÁLEZ CANO, M.I., «Los métodos alternativos de resolución de conflictos», en *Mediación y solución de conflictos*, Madrid, Tecnos, 2007, p.136 i següents.

El principi fonamental de la mediació, segons la majoria de la doctrina³⁰, és el principi d'**igualtat de les parts**. Per tant, és indispensable que les parts es trobin en condicions d'igualtat, ja que si existeix una superioritat d'una part respecte de l'altra, és quasi impossible arribar a la solució del conflicte a través d'un sistema autocompositiu com és la mediació.

Per altra part, l'acord ha de ser el triat de mutu acord entre les parts, però això no vol dir que hagi de ser equitatiu, ja que pot resultar més beneficiós per una de les parts, si les dues han consentit.

La mediació parteix de la premissa d'aconseguir una solució pacífica, amb total acord de les parts, i això fa que si hi ha una part que és superior a l'altra, es trenqui tot el joc de la mediació. És evident, doncs, que les mostres de violència, intimidació, amenaça o coerció ja siguin presents, passades o futures impedeixen la realització d'una mediació.

És d'especial interès, fer una referència als casos de violència de gènere on la mediació queda vetada³¹. En aquestes situacions de violència, les parts no estan en condicions d'igualtat, ni ho estaran en cap moment del procés, doncs l'agressor sempre està en superioritat, sigui pels danys físics o pels danys psicològics causats sobre la víctima. Si aquests es sotmetessin a una mediació, la solució seria creada únicament per l'agressor, i per tant, hi hauria una indefensió total per a la víctima, la qual acceptaria qualsevol acord per por a les conseqüències. En aquest sentit, PELAYO LAVÍN assenyala que "al prohibir l'ús de la mediació s'està protegint a la dona perquè a priori els acords que s'obtinguin podrien ser més imposicions de l'altre part, per aquesta situació de desigualtat"³².

La Llei Orgànica 1/2004 (art. 1) destaca que la violència de gènere es una "manifestació de la discriminació, la situació de desigualtat i les relacions de poder dels homes sobre les dones (...) i que comprèn tot acte de violència física i psicològica (...) la privació

³⁰ GONZÁLEZ CAPITEL, C., *Manual de mediación*, 2ª ed., Barcelona, Atelier, 2001, p. 274.

³¹ Llei 1/2004, de 28 de desembre, de Mesures de Protecció Integral Contra la Violència de Gènere (article 44.5).

³² PELAYO LAVÍN, M., *La mediación como vía complementaria de resolución de conflictos*, Departamento de Derecho Administrativo, Financiero y Procesal, Universidad de Salamanca, 2011. Disponible a: http://gredos.usal.es/jspui/bitstream/10366/110555/1/DDAFP_Pelayo_Lavin_M_LaMediacion.pdf, [última visita 2 de febrer de 2015].

arbitrària de llibertat”. Aquesta desigualtat fa impossible la resolució del conflicte a través de la mediació ja que atenta contra el seu principi fonamental: la igualtat de les parts.

En aquestes situacions és molt improbable tornar a establir una comunicació, una mínima relació entre l’agressor i la víctima, doncs la seva relació està molt deteriorada.

Un altre dels principis de la mediació, com ja sabem, és la **voluntarietat**³³ de la mateixa. La mediació no pot ser imposada per cap tercera persona, ni tampoc per una de les parts sobre l’altra. La finalitat de la mediació, arribar a una solució consensuada, resulta incompatible amb el fet que la mateixa pugui ser imposada, per tant, les parts han de ser lliures de decidir recórrer o no a la mediació, i també són lliures per decidir abandonar-la en qualsevol moment del seu desenvolupament³⁴.

Cal tornar a recordar, que en el cas que s’imposi la mediació mitjançant una clàusula contractual, aquesta obligació tan sols imposa a les parts intentar solucionar el conflicte per la via de la mediació abans d’anar als tribunals, però en cap cas conté una obligació de resultat, és a dir, no s’està imposant que el litigi s’hagi de solucionar per la via de la mediació, ja que si aquesta fos la intenció, la clàusula seria nul·la de ple dret, doncs s’estaria privant a la part receptora de la clàusula del dret fonamental a la tutela judicial efectiva.

Seguint amb l’enumeració dels principis, trobem en tercer lloc, l’**oralitat**. Tot i que trobem actes que s’han de realitzar per escrit, el bloc central de la mediació és oral. En aquest bloc central, les parts poden expressar sense cap tipus de formalisme, mantenint,

³³ En altres contextos, DOMÍNGUEZ RUIZ, L., *La mediación civil y mercantil en Europa: estudio comparado del Derecho italiano y español*, Revista Aranzadi Doctrinal, núm. 11/2012, ens indica que “la mediació pot ser voluntària (per iniciativa de les parts), convencional (si les parts en un contracte han disposat el recurs a la mateixa mitjançant una clàusula de submissió expressa), judicial (suggerida per un òrgan jurisdiccional), o normativa. La nova Llei 5/2012, de 6 de juliol no utilitza aquesta divisió”. Disponible a: <http://dialnet.unirioja.es> [última visita 2 de febrer de 2015].

³⁴ Sentència de l’Audiència Provincial de Girona de 20 de juny de 2003: “la mediació familiar ha de respectar el principi d’autonomia de la voluntat dels litigants (...) les parts no només són lliures d’acollir-se o no a la mediació, sinó també de desistir en qualsevol moment ”.

evidentment, el respecte mutu, les seves opinions i proposar i debatre els acords que en vagin resultant³⁵.

D'altra banda, el **caràcter personalíssim** de la mediació també opera com a principi. En virtut d'aquest principi, les parts no poden ser substituïdes ni representades per tercers, sinó que són les pròpies parts les que han de comparèixer en totes les fases de la mediació, i són elles les que han d'arribar o no a un acord³⁶.

Pel que fa a la presència de les parts, està admès que aquestes intervinguin a través d'algun mitjà tecnològic de comunicació, com pot ser la videoconferència, sempre que s'assegurin totes les garanties. En aquest sentit, la Llei 15/2009 de mediació en l'àmbit privat de Catalunya, en el seu article 8.1, estableix que "en situacions excepcionals que facin impossible la presència simultània de les parts, poden utilitzar-se medis tècnics que facilitin la comunicació a distància, garantint els principis de la mediació".

Malgrat aquesta exigència, la llei abans esmentada, introdueix una novetat en el seu article 8.2, que estableix la possibilitat de realitzar mediacions entre una pluralitat de persones, acceptant la possibilitat de designar un portaveu per representar els interessos del col·lectiu i que gaudirà de capacitat plena per negociar en la mediació. Per tant, això comporta que algunes persones implicades en la controvèrsia no estaran presents en el desenvolupament de la mediació.

Aquest caràcter personalíssim no entra en contradicció amb el fet que les parts puguin rebre assessorament per part d'un tercer, ni fins i tot que les parts intervinguin acompanyades per terceres persones quan s'estimi oportú.

La **confidencialitat**³⁷ també opera com a principi i el trobem regulat en la Directiva 2008/52/CE del Parlament europeu i del Consell sobre certs aspectes de la mediació civil i mercantil de 2008 en el seu article 7.

³⁵ LASHERAS HERRERO, P., *Mediación familiar: oralidad y principios del procedimiento, Oralidad y escritura en un proceso civil eficiente*, Vol. II, F. Carpi-M. Ortells edits., Valencia, 2008, p. 56.

³⁶ ALMAGRO DE TORRES, R. (amb altres), *La mediación, ITER mediadores, 2013. Disponible a: www.itermediadores.org/la-mediacion [última visita 2 de febrero de 2015]*.

³⁷ Per a PÉREZ DAUDÍ, V., en *La relación entre la mediación en asuntos civiles y mercantiles y el proceso civil*, Revista de Derecho Mercantil núm. 283/2012, "la confidencialidad no es propiamente una característica, sino una garantía del procedimiento de mediación para generar la confianza suficiente", p. 231 a 270.

El que implica aquest principi és el caràcter confidencial de tot el contingut de cadascuna de les actuacions que es donen durant el procediment. S'imposa a les parts i al tercer que hi intervé, és a dir, al mediador. No obstant, a través de la Llei 5/2012, de 6 de juliol, de mediació en assumptes civils i mercantils, s'admeten dues excepcions: quan les parts decideixen fer-ho públic i quan a través de resolució judicial motivada, el jutge de la jurisdicció penal, sol·liciti la informació.

En el cas de Catalunya, en la Llei 15/2009, de 22 de juliol, de mediació en l'àmbit del dret privat, aquestes excepcions apareixen més acurades, ja que l'article 7.4 manifesta que no estaran subjectes al deure de confidencialitat la informació obtinguda en el curs de la mediació que:

- No estigui personalitzada i s'utilitzi per a finalitats de formació i investigació
- Suposi una amenaça per a la vida o integritat física o psíquica d'una persona
- S'obtingui dins d'una mediació d'àmbit comunitari, si s'utilitza el procediment del diàleg públic com a forma d'intervenció mediatada oberta a la participació ciutadana

Tanmateix, l'article 5 de la mateixa llei, obliga al mediador a parar la mediació i a informar a les autoritats judicials, quan aquest tingui informació que reveli l'existència d'una amenaça per a la vida o integritat física o psíquica d'una persona o de fets delictius.

Per tant, podem treure la conclusió que aquest principi no presenta cap problema en l'àmbit de la mediació familiar, però i en la mediació penal? D'aquests preceptes se'n deriva que en el cas de la mediació penal, aquest principi pot quedar limitat.

Cal fer referència al Llibre Verd de la Unió Europea sobre les modalitats alternatives de solució de conflictes en l'àmbit del dret civil i mercantil de 2002, en el qual es regula àmpliament aquest principi (en els apartats número 79 a 82). En aquest llibre Verd, aquesta confidencialitat es presenta en dues perspectives. La primera va dirigida a les parts del procés, amb les excepcions abans anomenades. La segona perspectiva i d'una forma més detalla, va dirigida al tercer que intervé, és a dir, la confidencialitat imposada al mediador. En aquest cas, exposa que quan l'ADR utilitzada no sigui fructífera, el tercer (mediador) no hauria de ser citat com a testimoni ni intervenir posteriorment en el

mateix litigi, altra vegada com a mediador, llevat que les parts expressament ho convinguin.

Tot i així, el Tribunal Constitucional a través de la sentència N° 109/2011 de 10 de febrer de 2011 de la sala civil, ha valorat com a prova les actes intermèdies de mediació presentades per les parts. El TS argumenta que “la Ley de Enjuiciamiento Civil española obliga a los jueces a considerar como prueba documental, conforme a la sana crítica, los documentos aportados por las partes que tengan relación con el pleito. La materia procesal es competencia del Estado y no de las CC.AA. por lo que las Leyes autonómicas no afectan en este punto la tarea jurisdiccional. Así, aunque las referidas Leyes contemplen la confidencialidad y el secreto profesional, sólo una modificación de la Ley de Enjuiciamiento Civil que impidiese valorar como prueba esos documentos evitaría su consideración”.

La finalitat d'aquest principi és “generar la confiança necessària per a afavorir que les parts expressin els seus interessos i necessitats i, d'aquesta manera, que busquin, elles mateixes, la solució més raonada, més ben ajustada i convenient a les circumstàncies que es presentin, sense por que les seves paraules, documents o informacions siguin utilitzats en contra seva, en un altre medi de resolució de conflictes, en general, en un judici posterior”³⁸.

6. ESTRUCTURA DE LA MEDIACIÓ

La mediació es desenvolupa sobre tres eixos³⁹:

1) La deslegalització, doncs la llei ocupa un paper menys central; 2) la desjudicialització, tota vegada que la solució del conflicte no passa necessàriament per la decisió dels òrgans judicials, que pot proporcionar una solució més adaptada a les necessitats i interessos de les parts, i 3) la desjuridificació, perquè el dret no determina de forma necessària el contingut de l'acord reparatori.

³⁸ VIOLA DEMESTRE, I., *La confidencialitat en el procés de mediació*, Revista d'Internet, Dret i Política, 2010, p. 2. Disponible a: http://www.google.es/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&ved=0CB8QFjAA&url=http%3A%2F%2Fidp.uoc.edu%2Findex.php%2Fidp%2Farticle%2Fdownload%2Fn11-viola%2Fn11-viola-cat&ei=Jh5SVaK2EsnjU4zsgPgF&usg=AFQjCNEH6OyQ4ZhuUuc0_aXHh9ZMjIIVhQ&bvm=bv.92885102,d.ZGU [última visita 25 de febrer de 2015].

³⁹ Preàmbul de la Llei 5/1012, de 6 de juliol, de mediació en assumptes civils i mercantils.

Un cop dins la mediació, en general, observem tres etapes principals: pre-mediació, la mediació i la post-mediació⁴⁰.

a) pre-mediació: tal i com el seu nom indica, és l'etapa prèvia a la mediació, és a dir, és la fase on es determinarà el consentiment de les parts per sotmetre's a ella i la formalització d'aquest consentiment -ja sigui a través d'un acord o a través d'un contracte de mediació-. També tindrà lloc la tria del mediador. Un dels aspectes més importants d'aquesta fase, juntament amb la prestació del consentiment, és tota la informació que s'ha de donar a les parts per tal que aquestes estiguin assabentades de quins són els avantatges, els inconvenients, els efectes de la mediació, i, principalment, és molt important informar a les parts de les conseqüències i abast de la mediació, els principis que regeixen la mediació, el drets dels que disposen i el cost econòmic de la mateixa, així com les condicions i el procediment per accedir a la mediació gratuïta quan així estigui previst.

En aquesta fase, també, és molt important informar sobre la possibilitat de finalitzar, en qualsevol moment, la mediació. En aquest aspecte cal dir que la mediació pot finalitzar d'una forma considerada "normal", que seria la finalització de la mateixa a través d'un acord o també pot finalitzar per desistiment de les parts, pel transcurs del termini, etc., que seria la considerada finalització "anormal" de la mediació⁴¹.

Respecte a la informació que s'ha de donar a les parts sobre els drets que tenen dins del procés, cal recordar que la mediació mai ha d'impedir als ciutadans el seu dret a la tutela judicial efectiva, i per tant, en aquesta fase també s'ha d'informar a les parts, que aquest dret els hi queda intacte i que el poden exercir en tot moment del procés.

El consentiment de les parts per sotmetre's a mediació ha de constar expressament, tot i que no és necessari per escrit. Són les parts les que després de valorar si volen sotmetre's a aquest sistema extrajudicial – per arribar a aquesta conclusió molts experts aconsellen demanar assessorament a un advocat; d'altra banda, aquest assessorament, el poden tenir durant tot el procés de la mediació – han de manifestar, de forma expressa i

⁴⁰ CAMPO IZQUIERDO, A.L., *La mediación familiar como complemento del proceso judicial de familia: análisis comparativo de las distintas leyes de mediación familiar*, Revista de Derecho de Familia, 26/2005, p. 279 a 285.

⁴¹ TAMAYO HAYA, S. (amb altres), *Mediación en asuntos civiles y mercantiles: Comentarios a la Ley 5/2012*, Madrid, Reus S.A., 2012, p. 389 a 392.

inequívoca, la seva voluntat i compromís d'intentar solucionar el conflicte a través de la mediació.

Respecte a aquest assessorament de les parts a través d'un advocat, cal fer referència a la Llei 15/2009, de 22 de juliol, de mediació en l'àmbit del dret privat de Catalunya, en el seu article 15.3, on es disposa de manera expressa "que la persona mediadora ha d'informar a les parts de la conveniència de rebre assessorament jurídic durant la mediació i de la necessitat de la intervenció d'un advocat designat lliurament per a redactar el conveni o document jurídic adequat, sobre la base del resultat de la mediació".

Per tant, podem afirmar que el mediador té una obligació d'informar, entre altres coses, de la possibilitat de rebre assessorament jurídic.

Seguint amb la voluntarietat de la mediació, també cal recordar que en el cas que les parts decideixin sotmetre's a mediació i aquesta no sigui capaç de donar cap solució, perquè per exemple, les parts son incapaces de negociar, aquestes poden, en qualsevol moment, acudir al procediment judicial sense cap tipus d'obstacle, és més, és un dret que tenen les parts en tot moment del transcurs de la mediació.

Un cas a destacar, és quan en una relació jurídica hi ha inclosa una clàusula contractual⁴² en virtut de la qual, les controvèrsies que puguin sorgir entre les parts d'aquesta relació, s'han de sotmetre a mediació. Aquesta clàusula imposa una obligació de resultat en quant al desenvolupament de la mediació, és a dir, la clàusula obliga a les parts a sotmetre's a mediació per intentar solucionar el conflicte abans d'anar als òrgans jurisdiccionals. Per tant, si arribat el conflicte una de les parts es nega a intentar solucionar tal disputa mitjançant aquest sistema de resolució de conflictes, és un fet que pot generar responsabilitat contractual a la part no complidora i una eventual indemnització per danys i perjudicis.

b) una vegada explicada la primera fase (la pre-mediació), és convenient passar a la segona: la mediació en sentit estRICTE. És a dir, aquesta fase és on té lloc la fixació del conflicte, l'actuació dels mediadors, i per tant, tots els punts de la negociació, és a dir, tots els punts en els quals les parts estan d'acord i tots aquells punts sobre els que les

⁴² Clàusula recurrible respecte a la seva legalitat davant dels òrgans jurisdiccionals: sentència del Tribunal de Justícia de la Unió Europea, de 27 de Juny de 2000, corresponent als assumptes acumulats C-240/98 a 244/98 *Océano Grupo Editorial, S.A.*

parts divergeixen. Igualment, tindrà lloc la proposta de la solució, i si tot va bé, i la mediació ha resultat un èxit, es formalitzarà l'acord i es donarà per finalitzada la controvèrsia.

Com que és aquí on tenen lloc les actuacions del mediador, cal remarcar que aquest no pot imposar cap acord. El que sí pot fer és proposar acords i seran les parts les que decidiran quin acord realitzar. La seva tasca consisteix en facilitar el procediment de negociació⁴³, i tal i com assenyalava l'Exposició de Motius de La Llei 5/2012, de 6 de Juliol, de mediació en assumptes civils i mercantils, sempre sota la premissa que arribar a un acord no és una obligació.

c) per finalitzar amb el desenvolupament de tot el curs de la mediació, arribem a la post-mediació, que és l'última fase d'aquest sistema alternatiu de solució de conflictes. En aquesta fase, té lloc el seguiment per part del mediador dels acords conclusos en la mediació, així com l'execució i el compliment de les parts d'aquests acords.

La durada d'aquesta fase pot ser indefinida o concreta, i això dependrà dels acords establerts i dels drets i obligacions que se'n derivin del mateix. Però és evident, que el més adient és la fixació d'un termini, ja que el transcurs del temps sense que s'executi el que s'ha establert en els acords, pot generar problemes i tensions entre les parts, cosa que faria que el que resultava ser un acord satisfactori es converteixi en una altra disputa.

7. LA FIGURA DEL MEDIADOR

Un cop analitzades les característiques de la mediació, la seva naturalesa, els principis, els orígens..., crec necessària l'anàlisi del mediador, doncs és la peça clau de la mediació, ja que és la persona encarregada de solucionar el conflicte i la seva destresa influirà en l'obtenció d'un acord favorable per ambdues parts, i per tant, el bon resultat de la mediació. Sobre aquesta línia es pronuncia RODRÍGUEZ LLAMAS afirmant que

⁴³ GIL NIEVES, R., *La Directiva 2008/52/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de mayo de 2008 (LCEur 2008, 803) sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles*, Actualidad Jurídica Aranzadi, núm. 768/2008.

“l'èxit del procés de mediació depèn, entre altres factors, de la qualitat dels professionals que la porten a terme”⁴⁴.

De fet, l'apartat III del Preàmbul de la Llei 5/2012, de 6 de juliol, sobre assumptes civils i mercantils, posa de manifest aquesta importància del mediador establint que “la figura del mediador es la pieza esencial del modelo, puesto que es quien ayuda a encontrar una solución dialogada y voluntariamente querida por las partes”.

Com a tota professió, hi ha una sèrie de principis que regeixen l'actuació del mediador, aquests principis són: independència i neutralitat, imparcialitat, confidencialitat i bona fe⁴⁵.

a) Independència i neutralitat: el mediador ha d'actuar de forma equitativa i igual en vers les parts. El mediador no pot acceptar cap pressió per part de les parts ni pot realitzar cap imposició a aquestes, sinó que ha d'ajudar a les parts, tot guiant-les, perquè siguin elles mateixes les que arribin a la solució del seu conflicte. Aquest principi impedeix al mediador imposar solucions al conflicte, traslladar les seves preferències a les parts i respectar, en tot cas, el resultat final de la mediació⁴⁶.

b) Imparcialitat: El mediador no pot prendre part a favor ni en contra dels posicionaments de les parts i tampoc no ha de tenir cap interès directe o indirecte en la solució del conflicte.

c) Confidencialitat: Sobre aquest principi ja n'he fet referència de forma extensa en l'explicació realitzada sobre els principis que regeixen la mediació, per tant, només faré referència a què el contingut de tot el que les parts diguin o expressin dins del procés de mediació és secret i no es pot fer servir fora de la mediació en qüestió.

d) Bona fe: Aquest és un principi fonamental del dret, i com a tal, el mediador, però també les parts, han d'actuar d'acord amb les exigències d'aquest principi.

⁴⁴ RODRÍGUEZ LLAMAS, S., en «La directiva 2008/52/CE, sobre mediación en asuntos civiles y mercantiles», Revista de Derecho Patrimonial núm. 25/2010, p. 17.

⁴⁵ MOORE, C., *El proceso de Mediación: Métodos prácticos para la resolución de conflictos*, Barcelona, Ediciones Granica, 1995, p. 43 a 86.

⁴⁶ BLANCO CARRASCO, M., *Mediación y sistemas alternativos de resolución de conflictos. Una visión jurídica*, Madrid, 2008, p. 139 a 148.

La mediació pot ser exercida de forma professional per un mediador o per un equip de mediadors. En aquest últim cas, la mediació serà exercida per un col·lectiu del qual formaran part diferents professionals de la mediació, que portaran a terme la mediació de forma conjunta. Això no vol dir que les parts, al desenvolupar la mediació, ho facin davant de tots els subjectes que conformen l'equip mediador, sinó que només un hi intervindrà, és a dir, només intervindrà directament amb les parts un subjecte d'aquell equip de mediadors.

L'article 11 de la Llei 5/2012, estableix que poden ser mediadors “les persones naturals que es trobin en ple exercici dels seus drets civils (...)”, en el cas de les persones jurídiques que es dediquin a la mediació, la Llei estableix que “hauran de designar per al seu exercici a una persona natural (...)”.

Quant a la formació que s'ha de tenir per tal d'exercir com a mediador, aquest mateix article, en l'apartat dos, exigeix la possessió d'un títol oficial universitari o de formació professional superior i, a més, comptar amb una formació específica que s'adquirirà realitzant un o varis cursos específics impartits per institucions degudament acreditades. A aquesta qüestió, m'hi referiré amb profunditat al analitzar la Llei 5/2012 i el RD 980/2013, de 13 de desembre, pel qual es desenvolupen determinats aspectes de la Llei 5/2012.

Per acabar, podem afirmar que no existeix un estatut del mediador que reculli els drets i deures del mateix, la regulació de la formació bàsica que ha de tenir, el règim sancionador i disciplinari, el codi deontològic, les formes d'exercici de la professió, etc., però les diferents normatives autonòmiques i la recent Llei estatal de mediació, sí que disposen d'una sèrie d'articles que contemplen aquests aspectes.

CAPÍTOL II: LA MEDIACIÓ EN DIFERENTS ÀMBITS

1. LA MEDIACIÓ PENAL

En l'àmbit del sistema jurídic penal, sorgeixen dubtes relacionats amb l'encaix de la mediació amb els procediments judicials penals. Un aspecte controvertit és l'eventual col·lisió entre la mediació i la presumpció d'innocència, que sorgeix per la interpretació que participar en ella és indiciari de la realització del fet delictiu. Una altra situació delicada apareix quan es tracta d'una mediació en què tant la víctima com el victimari són menors, matèria, per altra part, que és l'única que incorpora la mediació regulada per la llei.

La llei Orgànica de Responsabilitat Penal del Menor, en el seu article 19, contempla la conciliació i reparació directa i indirecta sempre que ens trobem davant d'un delictes menys greu o falta. Trobem una altra expressió legal sobre mediació penal, però en aquest cas de forma negativa, ja que l'article 44.5 de la LO 1/2004 de mesures de protecció integral contra la violència de gènere prohibeix de forma expressa la mediació en aquestes causes: "en tots aquests casos està vetada la mediació".

Diferents Comunitats Autònomes han portat a terme, des de fa uns anys, experiències pilot de mediació en aquest àmbit. I des de la Unió Europea s'intenta regular la mediació en l'àmbit penal.

Així doncs, cal fer referència a la Recomanació R (99) 19 del Comitè de ministres del Consell d'Europa sobre mediació penal, en virtut de la qual, una altra vegada més, es fa constar la importància de fomentar la resolució d'un conflicte penal a través de la mediació.

També la Decisió Marc 2001/220/JAI de 15 de març de 2001 relativa a l'estatut de la víctima en el procés penal, que imposava a Espanya, com a membre de la Unió Europea, l'obligació d'impulsar la mediació en les causes penals que consideri escaients i al compliment de l'acord arribat entre la víctima i l'inculpat. No obstant, el termini imposat per aquesta Decisió, per a la transposició a l'ordenament, va finalitzar al març del 2006 sense que aquest fet es produís. Cal fer referència, a més, a la vigent Directiva 2012/29/UE, del Parlament Europeu i del Consell, per la qual s'estableixen normes mínimes sobre els drets, el recolzament i la protecció de les víctimes de delictes.

Aquesta Directiva substitueix a la citada Decisió Marc i el seu contingut oscil·la entre dos aspectes: el significat que s'atorga a termes com víctima, menor o justícia reparadora i, per altra banda, un conjunt de drets per a garantir la protecció de la víctima en els ordenaments jurídics⁴⁷. Aquests dos textos normatius presenten diferències, la més important per al tema que ens ocupa en el present treball, és que d'utilitzar el terme *mediació* es passa al terme *justícia reparadora*. La finalitat d'aquest canvi, tal i com posa de manifest la Dra. PEREIRA PUIGVERT en el treball ja citat, és que “el binomi víctima - agressor participin activament en el procés i en buscar una solució ja no només a través de la mediació sinó mitjançant altres tècniques reparadores pròpies del dret anglosaxó com el *circles* (cercles per fer les paus)”. L'actual Directiva vol incorporar tècniques utilitzades en altres cultures, com és el cas de la cultura anglosaxona, vol fomentar la mediació, tot i que sota el nom de justícia reparadora, mitjançant l'oferiment de tota la informació necessària a la víctima per tal que conegui en què consisteixen els serveis que ofereix la justícia reparadora. Mitjançant aquesta Directiva es posa de manifest la preocupació europea en relació a la formació que han de tenir les persones que estan en contacte amb les víctimes, i entre d'altres, trobem als mediadors, els quals hauran d'estar en possessió d'una formació més específica.

Si el legislador, finalment, implanta un model de mediació en l'àmbit penal, constituirà una tasca difícil, doncs no existeix ni una tradició ni experiències prèvies. Molts autors, per realitzar una anàlisi del que hauria de ser la mediació penal, ho fan a través d'aportacions doctrinals o de professionals, degut, precisament, a aquesta falta de normativa i de tradició. També hi ha qui decideix fer una comparativa amb Portugal, doncs per proximitat territorial, social i de tradició jurídica és la que més semblança presenta amb la justícia penal espanyola⁴⁸.

I tenim una altra problemàtica: l'acceptació social de la mediació penal. Davant dels delictes, la imposició d'una pena no es configura com un dret del ciutadà, sinó com un dret - deure (potestat) de l'Estat (*ius puniendi*) encaminat a protegir la col·lectivitat mitjançant les penes.

⁴⁷ PEREIRA PUIGVERT, S. *Normas mínimas para las víctimas de delitos: análisis de la directiva 2012/29/UE. Especial referencia al derecho de información y apoyo*, Revista General de Derecho Europeo 30, 2013, p. 6 a 10.

⁴⁸ CASADO ROMÁN, J., *La Mediación Civil y Mercantil en el ámbito del Derecho comunitario*, Diario La Ley, N° 7419, de 2010, p.2 i següents.

Aquesta circumstància, és la que suposa que hi hagi un llarg camí cap a la possibilitat que entenguem la mediació penal com a un sistema possible per a la resolució d'aquests delictes. D'una banda, perquè la mediació penal busca un acord consensuat per les dues parts; d'altra banda, l'objectiu no és el d'imposar una pena, sinó la reparació del dany causat i la rehabilitació de l'autor sense càstig. Amb això es pretén prevenir la reincidència. L'actual sistema penal en què l'acció pública està en mans dels subjectes públics habilitats per a dur-la a terme i que han d'actuar sempre que hi hagin indicis de la comissió d'un fet delictiu, dona seguretat jurídica als ciutadans i la implantació de la mediació pot no ser vista amb bons ulls.

L'exercici d'aquesta acció penal en els delictes privats és diferent, doncs aquesta queda totalment condicionada a la iniciativa de la víctima, en conseqüència, aquests delictes són perseguibles en la mesura que la víctima ho promogui. Per tant, en aquests delictes, la implantació de la mediació, seria, segurament, menys difícil, ja que si acceptem que la víctima decideixi si es persegueix o no el dany que ha sofert, també és fàcil acceptar, que pugui arribar a un acord amb l'infractor. D'altra banda, tenim els delictes semipúblics, en els quals, la seva persecució d'ofici queda condicionada a què la víctima efectui una denúncia, tret en certs delictes semipúblics en què es permet l'acció penal del Ministeri Fiscal, seria en els casos en què la víctima és menor d'edat o incapac.

La importància del principi de legalitat és primordial, doncs marca l'obligació que la imposició de qualsevol sanció penal, ha de ser imposada per l'òrgan competent a través del degut procediment i a través de resolució judicial (art.1 LECrim). Això és la "garantia jurisdiccional del dret penal", que impossibilita qualsevol aplicació de les normes penals de forma extrajudicial. Per tant, la implantació de la mediació, on víctima i agressor negociïn sobre la solució al delicte, col·lisiona amb aquesta garantia jurisdiccional, doncs el *ius puniendi* és una facultat exclusiva de l'Estat a través dels òrgans jurisdiccionals⁴⁹.

Així mateix, cal recordar que aquest principi de legalitat troba recolzament als articles 24, 25, 53.2 i 106.1 de la CE i a l'article 1 de la LECRIM.

⁴⁹ ARMENTA DEU, T., *Lecciones de derecho procesal penal*, setena edició, Madrid, Marcial Pons, 2013, p. 32 a 37.

Per tant, seria necessari atorgar a la jurisdicció un caràcter relatiu, no absolut, en l'aplicació del Dret Penal, doncs si no és així, la mediació només podria tenir lloc de forma preprocessal, però sense que això exclogui la jurisdicció ja que un cop iniciat el procés no queda opció diferent que siguin els òrgans jurisdiccionals els que hagin de dictar sentència, mitjançant un procés penal. És aquí on observem el fet que la legislació hauria de ser modificada per tal de poder integrar plenament la mediació penal com un sistema de resolució d'aquests conflictes⁵⁰.

Com ja he avançat, trobo interessant, i quasi obligatori, plantejar-nos què passaria amb la presumpció d'innocència. Des del meu punt de vista, aquesta no quedaria vulnerada, ja que un dels principis bàsics de la mediació és la voluntarietat. D'altra banda, la mediació penal només té sentit en els casos en què l'imputat reconegui els fets, ja que en aquesta es busca reparar els danys causats i aconseguir el perdó de la víctima. En aquest sentit, la presumpció d'innocència resultaria vulnerada, si s'obligués a tot imputat a sotmetre's a una mediació, doncs s'estaria forçant a l'imputat a assumir la realització d'un delicte.

Troblem un altre obstacle per a la implantació de la mediació en l'àmbit penal: el Ministeri Fiscal. Aquesta figura té, per mandat constitucional i estatutari, la defensa de la legalitat, els drets dels ciutadans i l'interès públic, de manera que li correspon perseguir els delictes, excepte els privats, amb independència de la víctima, de l'agressor i els tercers acusadors. Per tant, l'existència d'aquesta figura i les funcions que li són atorgades, impliquen una contradicció amb el fet que la víctima i l'agressor negociïn.

Cal fer referència a un principi que, malgrat gaudir de moltes opinions favorables a la seva incorporació al procés penal, entra en contradicció amb el principi de legalitat: el principi d'oportunitat. Aquest principi, tal i com exposa la Catedràtica ARMENTA DEU: “permet que es perseguixin o no conductes aparentment delictives, que es

⁵⁰ DEL RÍO FERNANDEZ, L., *El reto de la mediación penal: el principio de oportunidad*, Doctrina, nº 6520, 2006. Disponible a: www.nodo50.org/ala/comisiones/penal/laleymediacionpenal.doc [última visita 29 de febrer de 2015].

formuli i/o es sostingui l'acusació o que s'acordi amb les parts els diferents elements de l'acció penal o la imposició de la pena”⁵¹.

Per tant, des del punt de vista constitucional aquest principi entra en contradicció amb el principi d'igualtat, doncs la sanció prevista pel delicte no seria la prevista per la llei per a tots els imputats, sinó que dependria del criteri del Ministeri Fiscal, i això comporta que dos fets idèntics siguin castigats de diferents manera, fins i tot que un d'aquests no sigui perseguit.

Cal dir, que existeix “l'oportunitat reglada”, on la llei estableix les condicions en virtut de les quals el subjectes públics, que generalment serà el Ministeri Fiscal, tingui un marge de discrecionalitat a l'hora de satisfer el *ius puniendi* ⁵².

Per tant, segons el meu parer, potser seria dins d'aquest principi on es pogués adoptar la introducció de la mediació penal, perquè si hi han determinats delictes que per diferents qüestions no s'estimula una persecució d'ofici, per què no permetre la reparació del dany mitjançant la mediació?

Evidentment, contestar a aquesta pregunta no està a les meves mans, però és clar que seria necessari establir els termes concrets en què podria ser utilitzada i sota quines condicions. El fet d'introduir la mediació penal, suposa un canvi de titularitat de l'acció penal, és a dir, es passaria d'una esfera pública a una esfera privada.

Per tant, sembla que hi ha uns delictes que haurien de quedar fora de l'àmbit objectiu de la mediació, a més dels delictes ja esmentats de violència de gènere. Per raons del tipus de delicte i de la desigualtat entre les parts que es produeix (l'agressor està en situació de superioritat respecte a la víctima) també seria necessari que quedessin fora de la mediació penal aquells delictes que es realitzin utilitzant la violència, els delictes contra la llibertat sexual i violència domèstica. Per tant, la mediació podria aplicar-se a delictes menys greus com delictes de lesions, evidentment, excloent el de l'article 149 CP, delictes contra l'honor i pels delictes contra el patrimoni.

⁵¹ ARMENTA DEU, T., *Lecciones del derecho procesal penal*. Setena edició, Madrid, Marcial Pons, 2013, p. 35.

⁵² NOVILLO CORVALÁN, M., (amb altres), *Manual de derecho procesal penal*, Universidad Nacional de Córdoba, 2010, p. 66 a 90.

Per finalitzar aquest primer apartat, cal fer referència a l'evolució del nostre dret penal, on apareix la "justícia restaurativa", tot i que no la trobem regulada com a tal, són varis els autors que aposten per ella. Un exemple seria ROLDÁN BARBERO, que defineix la justícia restaurativa com "el perdó, la reparació del dany i la prestació d'un treball o servei a favor de la comunitat o de la pròpia víctima"⁵³. El sentit d'aquesta justícia no és el d'imposar una pena, sinó reparar el dany causat, aconseguir el perdó de la víctima i que l'infractor es penedeixi dels seus actes.

1.1. EXPERIÈNCIES PILOT A ESPANYA

1.1.1. CATALUNYA

Al 1998 s'inicia a Catalunya, pel Departament de Justícia de la Generalitat, des de la Secretaria de Serveis Penitenciaris, Rehabilitació i Justícia Juvenil, el Programa de mediació i reparació en la jurisdicció penal de Catalunya. Aquest programa va ser, a part de l'experiència valenciana de 1985, el primer exemple de la implantació de la mediació penal d'adults⁵⁴.

Aquesta mediació penal es regeix pels mateixos principis que qualsevol mediació, als quals ja n'he fet referència a l'inici del treball, com són la voluntarietat, la imparcialitat del mediador i la confidencialitat. A més, hem de tenir en compte que són les mateixes parts les que decideixen, en cada cas, quins delictes són susceptibles de mediació.

Les parts poden iniciar la mediació, tant durant la tramitació del procés penal o de les diligències, com després, és a dir, iniciat el període d'execució de sentència o el de compliment de penes.

Malgrat sotmetre's a mediació i que aquesta finalitzi amb èxit, no condiciona de manera automàtica la resolució judicial, sinó que es tindrà en compte en la mateixa, com pot ser l'aplicació de l'atenuant de l'article 21.5 CP o la substitució de penes, prevista en l'article 88 del mateix codi.

⁵³ ROLDÁN BARBERO, H., *La mediación penal: entre el orden legal y la voluntad de mejora*, Revista Penal, n°11, 2003, p. 118 a 137.

⁵⁴ SOLETO MUÑOZ, H., *La mediación: método de resolución alternativa de conflictos en el proceso civil español*, Revista electrónica de derecho procesal, Vol. III. Disponible a: <http://www.arcos.org.br/periodicos/revista-eletronica-de-direito-processual/volume-iii/la-mediacion-metodo-de-resolucion-alternativa-de-conflictos-en-el-proceso-civil-espanol> [última visita 27 de febrer de 2015].

Aquest programa opera iniciant un procediment de mediació per a cada imputat, amb independència del nombre de víctimes que hi hagi, cosa que no ha acceptat tothom, ja que n'hi ha que veuen més convenient que cada víctima tingués el seu procediment. El procediment el pot promoure tant el jutge, com el fiscal, com els advocats i fins i tot els serveis socials que haguessin intervingut prèviament, però guardant el respecte essencial al principi de voluntarietat. Són les parts, víctima i autor, les que decidiran sotmetre's o no.

A Catalunya també existeixen experiències en relació amb la mediació per a joves. La primera experiència va tenir lloc al 1990, gràcies a l'assumpció de competències de la Generalitat al 1981, conforme l'Estatut d'Autonomia de Catalunya. Per tant, aquesta primera experiència va tenir lloc abans que existís a Espanya una completa normativa legal sobre la mediació extrajudicial entre els presumptes joves delinqüents i les seves víctimes. Aquesta experiència va ser impulsada per diversos professionals que veien viable la mediació per a infraccions "lleus". Més endavant, al 1992, a través de la LO 4/1992, de 5 de juny, de Reforma del Text Refós de la Llei de Tribunals Tutelars de Menors, es va consolidar aquesta experiència.

1.1.2. LA RIOJA

A l'any 2000, a La Rioja, es va iniciar un projecte pilot de mediació des de l'Oficina d'Atenció a la Víctima⁵⁵, en virtut d'un acord entre aquesta comunitat i el Ministeri de Justícia.

Sobre els delictes que podien ser objecte d'aquest projecte de mediació, no es tenia en compte la gravetat del mateix, sinó el fet que la mediació sigui efectiva en el cas concret⁵⁶. Quedaven fora d'aquest projecte els malalts mentals, mentre no consti la seva recuperació, i les persones que requereixin un tractament per alcoholisme o drogoaddicció. També queden fora les causes de violència familiar crònica o continuada.

⁵⁵ La Llei 35/1995 d'11 de desembre, reguladora de les ajudes i assistències a la víctima de delictes violents i contra la llibertat sexual, permet crear Oficines d'Ajuda a les Víctimes, a les quals se'ls hi permet organitzar serveis de mediació.

⁵⁶ GORDILLO, L., *El proyecto piloto de mediación penal en la comunidad autónoma de La Rioja*, Universidad de la Rioja, 2005.

Fent referència als principis que han de regir el procediment, observem que aquests són, i han de ser, els de qualsevol mediació: voluntarietat, neutralitat del mediador, confidencialitat, rapidesa i gratuïtat.

És clar el model de justícia restaurativa que implica, doncs l'acord de mediació donarà lloc, segons el cas, al sobreseïment de la causa o a un pronunciament amb atenuant, o a la suspensió de l'execució de penes de presó i a la substitució de les mateixes per altres de diferent naturalesa.

1.1.3. MADRID

En el cas de la Comunitat Autònoma de Madrid, les experiències en aquest camp es deuen, fonamentalment, a les iniciatives Asociación Apoyo, que és una entitat cívica nascuda als anys 80 al barri de Moratalaz. Neix davant la preocupació de diferents professionals (psicòlegs, professors, advocats...) al voltant de joves amb problemes de drogoaddicció i oferir una solució als mateixos, ja que moltes vegades el dret penal no les pot oferir⁵⁷.

Tot i que en els seus inicis va ser creada per a joves, es va ampliar l'àmbit subjectiu, oferint així, serveis a adults.

Es respecten els mateixos principis ja esmentats: voluntarietat, neutralitat del mediador, confidencialitat i gratuïtat.

1.2. LA MEDIACIÓ PENAL DE MENORS

Tal i com ja he fet referència, la mediació penal de menors és l'única que gaudeix d'una regulació específica a la Llei Orgànica 5/2000, de 12 de gener, reguladora de la Responsabilitat Penal del Menor (LORPM).

Primerament, dir que la LORPM preveu la mediació abans de la sentència i després d'aquesta. La mediació realitzada en un primer moment, que condueixi a un acord reparador pot donar lloc al desistiment en la incoació de l'expedient (article 19).

⁵⁷ Informació extreta de "ASOCIACIÓN APOYO", memòria 2012. Disponible a: <http://asociacionapoyo.blogspot.com.es/p/memoria-2012.html> [última visita 8 de març de 2015].

És en el seu article 19.3 on s'estableix la possibilitat de recórrer a la mediació, però aquesta només serà possible, quan, a tenor de l'article 19.1 es donin dues circumstàncies:

- S'haurà d'atendre a la gravetat i circumstàncies dels fets i del menor, es requereix que no hi hagi hagut violència o intimidació greu en la comissió dels fets
- Es requereix que el menor s'hagi conciliat amb la víctima o hagi assumit el compromís de reparar el dany causat o hagi assumit el compromís de realitzar l'activitat educativa proposada per l'equip tècnic

En aquesta segona circumstància és on s'observa la idea de "justícia restaurativa", doncs es pretén que el menor reconegui el dany causat i demani perdó a la víctima, i que la víctima accepti les disculpes. Tanmateix, es busca que el menor reperi el dany que ha causat, ja sigui a través de treballs a favor de la comunitat o de la pròpia víctima.

És important remarcar, que la mediació només serà possible en el cas de delictes menys greus o de faltes.

Quan es donin aquestes circumstàncies esmentades, s'informarà al Ministeri Fiscal, i si ho estima procedent, desistirà a la continuació del procés (art.19.4 LORPM).

D'aquest últim apartat de l'article, podem extreure que és el Ministeri Fiscal el que decidirà si dicta sobreseïment o no, així mateix ho pot remetre al Jutge de Menors, per tal que sigui aquest el que decideixi l'arxivament o no de les actuacions en virtut de la mediació.

Cal fer referència, una vegada més, a l'article 19.3 LORPM, ja que s'habilita a un "equip tècnic" per a realitzar les funcions de mediació, i aquest aspecte crida l'atenció, doncs no es fa menció a un mediador professional. Observant el Reglament 1774/2004 que desenvolupa la LORPM, en el seu article 4, estableix que aquest equip tècnic estarà format per psicòlegs, educadors i treballadors socials. També permet que s'incorporin a aquest equip tècnic altres "professionals", però no estableix de manera expressa la figura del mediador professional.

La Llei 4/2015, de 27 d'abril, de l'Estatut de la víctima del delictes, que en virtut de l'article 1 també és aplicable als menors d'edat, fa referència a la incorporació de la justícia reparativa quan es compleixin les condicions previstes en l'article 15: 1) quan l'infractor hagi reconegut els fets dels quals es deriva la seva responsabilitat; 2) quan la víctima hagi prestat el seu consentiment, després de rebre tota la informació; 3) quan l'infractor hagi prestat el seu consentiment; 4) quan el procediment de mediació no comporti un risc per a la seguretat de la víctima, ni un perill que el seu desenvolupament pugui causar nous perjudicis materials o morals per a la víctima, i, 5) quan aquesta mediació no estigui prohibida per la llei.

2. MEDIACIÓ EN L'ÀMBIT LABORAL

L'àmbit laboral és un dels principals escenaris de conflictes, i generalment, els conflictes que sorgeixen són col·lectius.

A Espanya, el primer acord signat en aquesta matèria va ser l'Acord sobre la Solució Extrajudicial de Conflictes Laborals (ASEC), signat el 25 de gener de 1996 entre les organitzacions empresarials i sindicals més representatives. Aquest acord va ser renovat mitjançant el V Acord sobre Solució Autònoma de Conflictes Laborals (ASAC), que va ser signat el 7 de febrer de 2012⁵⁸. Els dos acords van ser publicats en el Butlletí Oficial de l'Estat.

Actualment, les disposicions sobre mediació laboral les trobem en la Llei 36/2011, de 10 d'octubre, reguladora de la jurisdicció social i, també, en el Text consolidat del Reial Decret Legislatiu 1/1995, de 24 de març, pel que s'aprova el text refós de la Llei de l'Estatut dels Treballadors (LET).

Començant per la Llei reguladora de la jurisdicció social, el Títol que per aquest treball ens interessa, és el V, que versa sobre evitar el procés. És important l'article 63 de la mateixa llei, ja que en ell s'estableix l'obligació d'intentar solucionar el conflicte a través de la conciliació o de la mediació abans d'acudir a la jurisdicció. Aquest article és important, doncs veiem una diferència clara amb el que hem estat explicant fins ara: la mediació aquí no actua com a alternativa, sinó com a requisit previ, i per tant, la

⁵⁸ FUSTÉ I MIQUELA, J.M., *L'acomiadament col·lectiu: règim jurídic i drets de participació*, premi Duran i Bas de dret 2003, Institut d'Estudis Catalans (IEC), Barcelona, 2005, p.422-423.

mediació es col·loca en una situació privilegiada, en el sentit que és exigida, sense que les parts puguin negar-s'hi.

L'obligatorietat de realitzar la mediació prèvia queda reflectida, també, en l'article 66: "l'assistència a l'acte de conciliació o de mediació és obligatori per als assistents". Tan és així, que s'estableixen conseqüències pel seu incompliment, ja que l'apartat dos del mateix article preveu que si és el sol·licitant el que no compareix, havent estat citat correctament, es tindrà per no presentada la sol·licitud de mediació i es procedirà a l'arxivament d'allò actuat.

D'altra banda, l'apartat tres de l'article 66, estableix que si el que no es presenta, havent estat citat correctament, és l'altre litigant, es farà constar aquest fet i, a diferència del que s'ha explicat anteriorment, es tindrà per intentada la mediació, tot i que constarà com si no s'hagués arribat a cap acord. I a partir d'aquest moment, es té per complert el requisit, fet que comportarà la possibilitat de recórrer a la jurisdicció per tal que es posi solució al conflicte existent.

Per la seva banda, la LET en els articles 40 (mobilitat geogràfica), 41 (modificacions substancials de condicions de treball), 47 (suspensió del contracte o reducció de jornada per causa econòmiques, tècniques, organitzatives o de producció o derivades de força major) i 51 (acomiadament col·lectiu) estableix uns períodes de consultes amb els representants legals dels treballadors efectuats en una comissió negociadora, amb la finalitat d'evitar o reduir els efectes de les decisions de la part empresarial que es tracten en els diferents articles esmentats. S'estableix que en aquest període de consultes, les parts hauran de negociar de bona fe amb la vista posada en la consecució d'un acord. Respecte a la mediació s'estableix que aquests períodes de consultes es podran substituir per una mediació quan existeixi acord de procedir en aquest sentit entre l'empresari i la representació dels treballadors.

Igualment, l'article 91 LET, estableix que per a la solució de controvèrsies col·lectives derivades de l'aplicació i interpretació dels convenis col·lectius, es podran establir procediments com la mediació i l'arbitratge. També s'estableix que l'efecte dels acords assolits a través de la mediació i el laude arbitral tindran l'eficàcia jurídica i la tramitació dels convenis col·lectius.

Amb aquesta anàlisi es posa de manifest, una vegada més, la forta presència de la mediació en els diferents àmbits de la vida quotidiana de les persones i, per tant, esdevé un mecanisme en alça, tant en la seva aplicació com en la seva eficàcia.

3. MEDIACIÓ CONCURSAL

Un altre dels àmbits susceptibles de ser sotmesos a mediació és el concursal. Doncs la Llei 22/2003, de 9 de juliol, Concursal, estableix tot un títol, el relatiu a l'acord extrajudicial de pagaments, en el qual es preveu la possibilitat d'iniciar un procediment per arribar a un acord extrajudicial de pagaments. Aquesta possibilitat es preveu per als "deutors persones naturals que es trobin en situació d'insolvència o que prevegin que no podran fer front regularment a les seves obligacions" (art.231.1). Tanmateix, aquest acord també podrà realitzar-lo qualsevol persona jurídica que compleixi un sèrie de condicions:

- Es trobi en estat d'insolvència
- Es trobi en concurs i aquest concurs no sigui especialment complicat
- Que disposi de suficient actiu per tal de fer front a les despeses que generi el propi acord

L'adopció de mesures legislatives que suposin alternatives viables per a la situació d'insolvència en aquells casos menys complexes amb menys creditors implicats és molt necessària, doncs el procediment concursal és altament complexa, i la crisi econòmica a la que estem sotmesos també repercuteix en els jutjats mercantils els qual estan col·lapsats i això produeix un retard important en la tramitació d'aquest procediment. És per això, que és necessari que els procediments menys complexes puguin ser tramitats extrajudicialment, amb un procediment menys rígid, més àgil i que, igualment, garanteixi la satisfacció dels crèdits⁵⁹.

La possibilitat d'establir un acord extrajudicial entre el deutor i el seu creditor només es preveu quan "l'estimació inicial del passiu no superi els cinc milions d'euros".

⁵⁹ MERINO ESPINAR, M.B., *Una primera aproximación a la realidad del acuerdo extrajudicial de pagos y la figura del mediador concursal y su relación con el Registro de la Propiedad*. Article publicat el 8 de gener de 2015. Disponible a:

<http://www.notariosyregistradores.com/doctrina/ARTICULOS/2015-acuerdo-extrajudicial-de-pagos-y-mediador-concursal.htm> [última visita 18 de maig de 2015].

La llei Concursal, en l'article 231.3, estableix la prohibició d'instar la sol·licitud per arribar a un acord extrajudicial a aquelles persones que: 1) hagin estat condemnades per sentència ferma, en els 10 anys anteriors a la declaració de concurs, per un delictes contra el patrimoni, l'ordre socioeconòmic, de falsedat documental, contra la Hisenda Pública, la Seguretat Social o contra els drets dels treballadors; 2) dins dels 5 últims anys, haguessin assolit un acord extrajudicial de pagaments amb els creditors, haguessin obtingut l'homologació judicial d'un acord de refinançament o haguessin estat declarades en concurs de creditors.

L'objectiu de l'acord extrajudicial de pagaments és el "d'elaborar per el mediador concursal un pla de pagaments viable que faci possible el manteniment de l'activitat empresarial o professional de l'empresari sol·licitant (...)"⁶⁰.

Finalment, i pel que fa a l'àmbit objectiu d'aquesta llei, es prohibeix, també, que les entitats d'assegurances i reassurances puguin sotmetre's a al procediment previst en aquest Títol.

Per tal de començar el procediment, aquell deutor que vulgui assolir un acord extrajudicial de pagaments amb els seus creditors haurà de sol·licitar el nomenament d'un mediador concursal.

En aquest sentit, amb allò previst als articles 27 i 233 de la Llei 22/2003 de 9 de juliol, concursal, i l'article 18 del RD 980/2013 els requisits legals per ser considerat mediador concursal són els següents:

- Ser advocat en exercici amb cinc anys d'experiència professional efectiva en l'exercici de l'advocacia, que hagués acreditat formació especialitzada en Dret Concursal.
- Comptar amb formació específica per exercir l'activitat de mediació, amb durada mínima de 100 hores de docència. Un 35% d'aquestes 100 hores haurà de ser de nivell pràctic.
- Igualment, les persones jurídiques que compleixin amb el paràgraf últim de l'article art. 27.1 de la Llei Concursal podran inscriure's a la secció segona del registre, concretant les persones naturals que per figurar inscrites a les seccions

⁶⁰ MERINO ESPINAR, M.B., *Una primera aproximación a la realidad...*

primera o segona del Registre, puguin desenvolupar l'activitat de mediació en representació de la persona jurídica.

Un cop el mediador concursal ha acceptat el seu càrrec, en els 10 dies següents, haurà de procedir a la comprovació de les dades i de la documentació que li hagi facilitat el deutor, sense perjudici que el mediador li pugui requerir documents o dades complementàries. Durant aquest termini, el mediador també haurà de comprovar la quantitat dels crèdits i convocarà al deutor i als seus creditors a una reunió, que s'haurà de celebrar dins dels dos mesos següents a l'acceptació d'iniciar un acord extrajudicial.

Una de les característiques de la iniciació d'aquest procediment per assolir un acord extrajudicial de pagaments és que els creditors, un cop s'hagi comunicat al jutjat competent la iniciació de les negociacions, no podran iniciar ni continuar una execució judicial o extrajudicial sobre el patrimoni del deutor fins a un termini màxim de tres mesos, excepte els creditors amb crèdits de garantia real.

Sobre aquestes línies, un cop anotada l'obertura del procediment en els registres públics de béns, no es podran embargar béns del deutor i no podrà declarar-se en concurs al mateix.

Amb una antelació mínima de 20 dies abans del dia en què s'hagi convocat la reunió, el mediador concursal haurà de remetre als creditors una proposta d'acord de pagaments sobre els crèdits pendents de pagament. Dins dels 10 dies posteriors a l'enviament de la proposta, els creditors podran formular modificacions o propostes alternatives. Si transcorregut el citat termini, els creditors que representin la majoria del passiu que es pugui veure afectat per l'acord i el deutor es troba en situació d'insolvència actual o imminent, el mediador concursal haurà de sol·licitar, immediatament, la declaració de concurs de creditors.

Un cop celebrada la reunió, en el cas que els creditors acceptin, s'han de complir amb unes majories previstes en l'article 238.1 de la llei Concursal. Un cop acceptat l'acord per part dels creditors, aquest s'eleva a escriptura pública i s'inscriu al Registre Mercantil i es farà arribar al jutjat que hagués de conèixer del concurs de creditors per tal que en tingui constància.

Quant als acords assolits, en virtut de l'article 238 bis, vincularan al deutor i als creditors. No obstant, aquell creditor que no hagués estat convocat, que no hagués votat

a favor de l'acord o que hagués manifestat la seva oposició al mateix, podrà impugnar-lo, en el termini de 10 dies, davant el jutjat competent per a conèixer del concurs de creditors.

El mediador, té l'obligació de supervisar el compliment de l'acord.

4. MEDIACIÓ HIPOTECÀRIA

Com és sabut, ens trobem immersos en una forta crisi econòmica que repercuteix, entre altres situacions, a l'incompliment del deute hipotecari. Cal posar de manifest, que aquest incompliment no és voluntari, sinó sobrevingut de forma inesperada per a moltes famílies que, per manca de recursos, no poden fer front a la seva hipoteca.

És clar, que aquest és un tema rellevant, i és per això que crec necessari fer referència a la mediació en aquest àmbit.

La Llei 22/2010, de 20 de juliol, del Codi de Consum de Catalunya, regula la mediació en el seu Capítol II. Dins d'aquest Capítol II, el que primer es posa de manifest, és la definició de la mediació⁶¹. Seguidament, anomena i defineix cadascun dels principis que han de regir la mediació, que com ja sabem, son els següents: la voluntarietat, la imparcialitat, la confidencialitat i la universalitat. També es disposa que “la competència de les administracions públiques catalanes per a dur a terme la mediació s'estén a qualsevol assumpte que afecti les persones consumidores, amb les excepcions establertes per les lleis” (art. 132-2.6).

Així mateix, l'últim article d'aquesta llei dedicat a la mediació, estableix la força vinculant dels acords assolits a través de la mateixa i de la possibilitat de procedir a la seva formalització a través d'un document firmat per les parts i per la persona mediadora.

Però d'acord amb la realitat esmentada a l'inici d'aquest apartat, l'augment accelerat de ciutadans que no poden fer front a la seva hipoteca, va propiciar que entrés en vigor la Llei 20/2014, del 29 de desembre, per a la millora de la protecció de les persones

⁶¹ Article 132-1: “La mediació de consum és un procediment que es caracteritza per la intervenció d'una tercera persona imparcial i experta, que té com a objecte ajudar les parts i facilitar l'obtenció per elles mateixes d'un acord satisfactori”.

consumidores en matèria de crèdits i préstecs hipotecaris, vulnerabilitat econòmica i relacions de consum, que modifica la Llei 22/2010, del 20 de juliol, del Codi de Consum de Catalunya.

La finalitat d'aquesta llei és, tal i com es llegeix en el Preàmbul de la mateixa, “impulsar mesures que millorin la situació de les persones consumidores en l'àmbit dels crèdits o préstecs hipotecaris, especialment quan es tracta de l'adquisició de l'habitatge habitual”.

Per establir aquestes mesures de millora, es segueixen orientacions marcades des de la Unió Europea, en la Directiva 2014/17/UE del Parlament Europeu i del Consell, del 4 de febrer, sobre els contractes de crèdit per als consumidors relatius als béns immobles d'ús residencial.

L'objectiu principal de l'esmentada llei és la protecció dels consumidors que són deutors hipotecaris, tot augmentant les garanties de la persona consumidora en la contractació de crèdits o préstecs hipotecaris, coneixent tota la informació que envolta al crèdit o préstec, com per exemple, que els consumidors coneguin els riscos reals de l'oferta. Entre altres mesures, s'estableix la prohibició de les clàusules abusives, i evitar que persones en situació de pobresa siguin privades dels subministraments bàsics, com és el cas dels subministraments d'aigua i llum.

Amb la finalitat de veure els efectes que aquesta llei té en relació a la mediació, cal esmentar que un dels objectius de l'actual llei, que modifica la llei 22/2010, és el de reforçar els mecanismes de resolució extrajudicial de conflictes en matèria de consum i així evitar la judicialització de processos. Una de les solucions per fer real aquest objectiu és establir mesures que facin d'aquests mecanismes extrajudicials, uns mecanismes eficaços.

És per aquest motiu que es produeix la modificació de l'article 132 de la llei 22/2010, afegint un apartat més, el 132-4. En aquest article s'estableix l'obligatorietat d'acudir a la mediació amb caràcter previ a la interposició d'una demanda d'execució hipotecària d'un habitatge habitual. S'estableix un termini de tres mesos des de la notificació de l'acord d'inici de la mediació per tal d'assolir un acord satisfactori, i a falta d'acord un cop finalitzat aquest termini, qualsevol de les parts podrà acudir a la jurisdicció competent per promoure una demanda judicial o reclamació administrativa.

La finalitat d'establir l'obligatorietat d'acudir prèviament a una mediació, d'acord amb la lectura del mateix article, té la funció de permetre a la persona consumidora "conservar la propietat de l'habitatge o, subsidiàriament, la possibilitat de mantenir-ne l'ús i gaudi".

En relació a l'efecte vinculant que es dona als acords assolits en la mediació, s'estableix, en l'article 331-6 de la llei 22/2010, que no complir aquests acords tindrà la consideració d'infracció.

Una conclusió que trobo molt encertada és la que realitza SÁNCHEZ, doncs posa de manifest que les mesures que utilitzen les entitats bancàries amb els seus clients per tal de buscar un acord no poden ser considerades com a un mediació, doncs "no hi ha la igualtat que es requereix en el propi procés de mediació". D'aquí la importància de comptar amb bons mediadors que els hi proporcionin tota la informació necessària per tal de desenvolupar una bona mediació hipotecària⁶².

Malgrat que ara, a través de la Llei 20/14, es requereix indispensable recórrer a la mediació abans d'interposar una demanda contra un habitatge habitual, Catalunya des del 2010 compta amb un servei de la Generalitat de mediació hipotecària entre particulars i entitats financeres anomenat *Ofideute*. Aquest servei va dirigit a famílies amb dificultats per fer front al pagament del seu crèdit hipotecari i que estan en risc de perdre el seu habitatge habitual. *Ofideute* actua assessorant a aquestes famílies i realitzant funcions d'intermediació hipotecària de forma gratuïta. És a dir, aquestes famílies endeutades busquen la forma d'evitar la pèrdua del seu habitatge habitual a través d'aquest òrgan d'intermediació⁶³. Aquest servei de mediació ha atès fins ara a 10.000 famílies que tenen problemes per afrontar els pagaments de la seva hipoteca. Segons l'Agència de l'Habitatge de Catalunya, dues tercers parts de les famílies que han participat en mediacions hipotecàries han aconseguit un acord beneficiós que ha evitat la pèrdua del seu habitatge⁶⁴.

⁶² Així ho exposa SANCHEZ, L., en l'article: *Catalunya introduce desde hoy la mediación en demandas hipotecarias*, 2015. Disponible a: http://lawyerpress.com/news/2015_04/0104_15_002.html [última visita 18 de maig de 2015].

⁶³ PEREIRA PUIGVERT, S., *Actualidad civil*, Revista jurídica de doctrina y jurisprudencia civil, mercantil y procesal, La Ley, nº11, p. 1163-1164.

⁶⁴ *El servicio de mediación hipotecaria catalán ya ha atendido a 10.000 familias*, La Vanguardia, dimarts 19 de maig de 2015. Disponible a:

5. MEDIACIÓ EN L'ÀMBIT FAMILIAR

Quan parlem de mediació familiar, sovint s'associa als casos de separació i divorci o a conflictes dins del matrimoni o dins la relació de parella. Aquesta assimilació pot ser a causa del contingut de la Llei 15/2005 que modifica el Codi Civil i la Llei d'Enjudiciament Civil en matèria, exclusiva, de separació i divorci⁶⁵. Però el que succeeix en la realitat és que dins del Dret de Família hi tenen cabuda moltes altres matèries com per exemple, qüestions relatives a l'educació dels fills, sanitat, liquidació del règim matrimonial, pensions compensatòries, entre d'altres, les quals, poden tractar-se perfectament per una mediació. També hi ha altres matèries dins el Dret de Família que, per no ser disponibles, han de quedar fora de la mediació, com seria el cas de la filiació. D'altres, que sí que poden ser tractades a través d'una mediació, requeriran la participació obligatòria del Ministeri Fiscal per estar involucrats menors o incapaçs.

Si fem una reflexió sobre l'impacte que causa sotmetre aquestes qüestions a la jurisdicció, podem veure clarament els beneficis que pot tenir la mediació, doncs són conflictes en els que estan involucrades persones que han conviscut, i que, per tant, tenen diversos lligams, sentimentals i materials, que es coneixen perfectament i, el més important, poden haver-hi fills, que són, generalment, els que més en pateixen les conseqüències. Vist això, una mediació sembla ser el més adient: el temps serà més breu i la solució serà més encertada, les dues parts sortiran beneficiades i els possibles problemes anteriors poden quedar solucionats, o si més no, no hauran empitjorat, aspecte que és positiu pels fills que es troben enmig dels conflictes dels seus progenitors.

És més, a part de ser la mediació l'opció més convenient, crec que s'hauria de potenciar especialment en aquest àmbit. Les tensions que provoquen aquestes situacions als implicats, fa difícil que es pugui arribar a un acord sense l'ajuda d'un tercer imparcial, i és, per això, que recórrer a una mediació és el més eficaç, perquè gaudiran de l'ajuda d'aquesta tercera persona imparcial i neutral que vetllarà pels interessos d'ambdues parts, i ajudarà a què les parts puguin negociar deixant enrere els diversos problemes

<http://www.lavanguardia.com/economia/20150306/54428792954/el-servicio-de-mediacion-hipotecaria-catalan-ya-ha-atendido-a-10-000-familias.html> [última visita 19 de maig de 2015].

⁶⁵ Llei 15/2005, de 8 de juliol, per la qual es modifiquen el Codi Civil i la Llei d'Enjudiciament Civil en matèria de separació i divorci.

que puguin aflorar entre les mateixes, doncs recordem que la mediació no és una teràpia, no incideix en l'origen del conflicte, ja que això pot ser tractat a través d'una teràpia de família que res té a veure amb la mediació familiar. D'altra banda, com en tots el àmbits, la mediació familiar donarà uns resultats més satisfactoris a les parts que no pas la simple aplicació de la llei, on ja sabem que una de les parts, per la seva situació i recursos, quedarà més perjudicada⁶⁶.

Quant a la regulació legal a nivell estatal de la mediació familiar, fins fa poc més de dos anys, només existia la Llei 15/2005 que va donar entrada a la mediació en l'àmbit de la separació i divorci. Després, es va transposar la Directiva 2008/52 de la Unió Europea sobre certs aspectes de la mediació en assumptes civils i mercantils i això va donar lloc a la Llei 5/2012 de 6 de juliol, que amplia l'àmbit d'aplicació de la mediació anant més enllà de la familiar.

Tot i que fins al 2012 no trobem una llei de mediació estrictament, són varies les Comunitats Autònomes que ja disposaven de lleis de mediació familiar, com és el cas de Catalunya, amb la llei 1/2001 de mediació familiar, que posteriorment va ser reformada donant lloc a la Llei 15/2009, que també va ampliar el seu àmbit d'aplicació al dret privat i va derogar la primera llei.

Podem veure com les comunitats autònomes, gràcies a les seves competències en la matèria, es van anticipar al legislador estatal, tot i així era necessària una llei estatal per donar cobertura a aquelles Comunitats Autònomes que no disposaven de llei al respecte i per unificar certs criteris de la mediació, ja que les diverses lleis existents en aquesta matèria donen lloc, tal i com defineix molt bé el professor MARTÍN DIZ a “una dispersió i heterogeneïtat normativa” i que necessita “d'una norma bàsica que garanteixi un tractament igualitari i idèntic en qualsevol lloc del territori nacional”⁶⁷.

⁶⁶ Article de FÁBREGA RUIZ, C., *La mediación intrajudicial. Una forma de participación del ciudadano en la justicia*, Revista del Colegio de Abogados de Jaén, p.3. Disponible a: http://www.poderjudicial.es/stfls/cgpj/Doc%2520Temporales/DocsPublicacion/FICHERO/LA%2520ME DIACI%25C3%2593N%2520INTRAJUDICIAL%2520HEREDIA%2520PUENTE-FABREGA%2520RUIZ_1.0.0.pdf&rct=j&frm=1&q=&esrc=s&sa=U&ei=jm5bVZWnFYSAUaTngcgH&ved=0CC8QFjAE&sig2=YgNa-apKg2VJRbuOEI7ARA&usg=AFQjCNGS-jhGp6mwW42fgZs6gxs3VCDw2Q [última visita 24 abril de 2015].

⁶⁷ MARTÍN DIZ, F., *La Mediación: sistema complementario...*

Aquests són els motius pels quals es feia tan necessària una llei que regulés la mediació, no només en l'àmbit familiar, sinó que s'ampliés a tot el dret privat, tant civil com mercantil.

5.1 ESTUDI DE LA LLEI 1/2001, DE 15 DE MARÇ, DE MEDIACIÓ FAMILIAR DE CATALUNYA

Des de els anys 80 a Catalunya van anar sorgint iniciatives relacionades amb impulsar la mediació, i aquest fet va propiciar la necessitat d'elaborar una regulació específica per tal de consolidar les diferents iniciatives sorgides.

La Llei 9/1998, de 15 de juliol, del Codi de família, en concret en el seu article 79.2 feia referència a la mediació i la disposició tercera de la mateixa llei establí que “el legislador català havia de presentar al Parlament un projecte de llei regulador de la mediació familiar, que es fonamentaria en les bases següents”:

- a) Confidencialitat absoluta del contingut de les sessions
- b) Llibertat de les parts d'apartar-se o desistir de la mediació en qualsevol moment
- c) Aprovació judicial dels acords assumits en la mediació
- d) Tres mesos de durada màxima de la mediació, prorrogables a tres mesos més a petició del mediador

El primer pas per establir aquesta regulació específica, va ser, la presentació per part del Govern català del Projecte de llei de mediació familiar, però aquest no va desembocar en llei, doncs es van convocar eleccions al 1999, fet que va aplaçar la iniciativa fins a la següent legislatura, on va tenir lloc l'aprovació de la Llei 1/2001 de 15 de març de mediació familiar de Catalunya (LMFC).

Cal recordar, que la possibilitat d'establir aquesta llei prové de la Recomanació R(98) 1 del Comitè de Ministres del Consell d'Europa als Estats Membres. Aquesta Recomanació posava de manifest l'eficàcia de la mediació, basant-se en les experiències efectuades en diversos països. Es feia referència als diversos beneficis de la mediació, com la possibilitat d'arribar a acords amistosos entre les parts, reduir els conflictes entre

les mateixes, etc., en conclusió, feia referència a la millora de la relació entre els membres de les famílies.

Es va crear el Centre de Mediació Familiar de Catalunya a través de la LMFC, centre adscrit al Departament de Justícia de la Generalitat. A aquest centre li correspon un seguit de funcions previstes en l'article 3 de la mateixa Llei, entre les que destaquen: fer el respectiu seguiment de la mediació, funcions d'organització, fomentar i difondre la mediació i gestionar el registre general de persones mediadores habilitades. El centre de Mediació Familiar de Catalunya, comptava amb la col·laboració dels col·legis professionals com els d'advocats, psicòlegs, pedagogs, treballadors i educadors socials.

Aquesta llei va servir d'inspiració per a legislar sobre la matèria a altres Comunitats Autònomes, on es van incorporar nous supòsits en que podia ser aplicada la mediació. L'àmbit objectiu que preveïen les posteriors lleis autonòmiques era més ampli que l'establert per la Llei catalana, i aquest fet, juntament amb les experiències positives europees, nord-americanes i canadenques i la modificació de la Llei d'enjudiciament civil espanyola operada per la Llei 15/2005, de 8 de juliol, per la que es modifiquen el Codi civil i la Llei d'enjudiciament civil en matèria de separació i divorci, el legislador català va estimar que la LMFC era massa restrictiva, i que per tant, calia renovar-la i adaptar-la. Es va considerar, que la mediació no es podia limitar a l'àmbit familiar, doncs calia apropar-la a les relacions entre privats.

És en aquest punt on es va començar a elaborar una nova llei de mediació. Per fer-ho es van tenir en compte⁶⁸:

- La Directiva 2008/52/CE, de 21 de maig de 2008, del Parlament Europeu i del Consell, sobre certs aspectes de la mediació en assumptes civils i mercantils
- El Llibre Verd sobre les modalitats alternatives de solució de conflictes en l'àmbit del dret civil i mercantil
- Novetats sorgides en el dret comparat, com la Llei 29/2003 de Àustria, la Llei 21 de febrer de 2005 de Bèlgica, sobre mediació.

⁶⁸ GARCÍA PRESAS, I., *Las directrices de la Unión Europea en materia de mediación*, Revista Derecho, Vol. 18, nº1: 239-263, 2009, Localització: ISSN 1132- 9947. Disponible a: <https://dspace.usc.es/bitstream/10347/7921/1/08> [última visita 5 d'abril de 2015].

Aquesta nova llei catalana, que va derogar l'anterior, va ser denominada Llei de mediació en l'àmbit del dret privat (LMADP) (Llei 15/2009, de 22 de juliol) que és la vigent actualment.

Resulta convenient examinar el contingut d'aquesta llei perquè el lector conegui els aspectes més importants.

5.2 ANÀLISI DE LA LLEI 15/2009, DE 22 DE JULIOL, DE MEDIACIÓ EN L'ÀMBIT DEL DRET PRIVAT

Per tal d'analitzar les novetats que aquesta nova llei incorpora en relació amb la derogada LMFC, cal fer una comparativa de les dues lleis. Per començar, cal dir que l'estructura de la nova llei consta d'un capítol més, doncs a diferència de la LMFC té VI capítols, ja que n'afegeix un dedicat a establir un règim de recursos contra les actuacions dictades en els procediments establerts per la mencionada llei, no obstant això, aquest capítol VI és una pràctica reproducció de l'article 32 de la derogada llei.

Un dels canvis més importants és l'ampliació dels supòsits en què la mediació pot ser aplicada, així, observem que l'article 2 LMADP ha ampliat considerablement el llistat: la nova llei incorpora de manera expressa molts més supòsits específics que la derogada llei, doncs aquesta establia els supòsits d'una forma molt més general. Per exemple, la LMADP menciona de forma clara la possibilitat de realitzar una mediació en temes de potestat parental i forma d'exercir la custòdia dels fills, en les qüestions de successió, en la liquidació del règim econòmic matrimonial, etc.

Aquest mateix article, en el seu apartat segon, disposa la incorporació de la mediació civil en qualsevol qüestió relativa en matèria de dret privat, concretament "qualsevol tipus de qüestió o pretensió en matèria de dret privat que es pugui conèixer en un procés judicial i que es caracteritzi perquè s'hagi trencat la comunicació personal entre les parts, si aquestes han de mantenir relacions en el futur". Dins d'aquest àmbit, hi ha qüestions com les derivades d'una desavinença dins d'una associació, en matèria de propietat horitzontal i, entre d'altres, també inclou els problemes sorgits en la convivència social o ciutadana i derivats de les diferents interpretacions de la realitat a causa de les diferents cultures que coexisteixen a Catalunya.

Aquesta última qüestió posa de manifest un dels objectius de la nova llei, adaptar-se a la societat, és a dir, respon a la necessitat d'adaptar la legislació als canvis que experimenta tota societat.

Pel que fa a les persones legitimades per a intervenir en una mediació, la primera llei tan sols feia referència als matrimonis, a les parelles que formaven una unió estable i a les que tinguessin fills en comú, tot i no formar una unió estable de parella. La nova llei, també amplia aquest àmbit com a conseqüència de l'ampliació de l'àmbit de la mediació, i fa referència de forma general, a que poden intervenir i instar la mateixa, les persones que tinguin capacitat i aquelles amb un interès legítim. D'altra banda, també inclou, a diferència de la primera llei que no en feia referència, la possibilitat que puguin fer-ho, si tenen el suficient coneixement, els menors d'edat i en tots els casos els majors de 12 anys en els procediments que els afecti.

La nova llei catalana, incorpora la possibilitat de realitzar una mediació entre més de dues parts, i això és conseqüència de l'ampliació de l'àmbit objectiu de la mateixa. D'altra banda, en l'article on s'estableix aquesta possibilitat, el 3.2 LMADP, també s'estableix, com a novetat, la comediació.

La comediació fa referència a un conjunt de mediadors que treballen en equip, de manera conjunta durant el procés de mediació. Malgrat que la llei només la menciona, sense entrar a destacar la importància d'aquesta nova modalitat, s'ha parlat molt dels avantatges que incorpora la comediació, doncs aquesta reforça la mediació, ja que augmenta els recursos humans que intervenen en totes les fases del procés de la mediació, i això comporta que la mediació en qüestió pot adaptar-se millor a les necessitats de les parts. Com hi ha dos o més mediadors, aquests es complementen professionalment, aportant diferents punts de vista i, en definitiva, un enriquiment de la mediació⁶⁹.

La LMADP relaciona i defineix la voluntarietat de la mediació, la imparcialitat i neutralitat de la persona medidora, la confidencialitat, el caràcter personalíssim i la bona fe. Tots aquests aspectes s'engloben sota el nom de "Principis de la mediació", mentre que en la derogada llei quedaven exposats sota el nom de "Característiques de la

⁶⁹ MARTÍN-CASALS, M., *La comediación como modelo*, Materials jurídics del Llibre Blanc de la Mediació a Catalunya, col·lecció: justícia i societat, núm. 32, Generalitat de Catalunya, 2011, p. 187 a 190.

mediació”. Però més enllà de la diferent denominació emprada per les dues lleis, com a novetat cal destacar, respecte al caràcter personalíssim de la mediació, que en la nova LMADP, s’estableix la possibilitat d’utilitzar mitjans tècnics que facilitin la comunicació a distància, tot i que s’estableix que serà en casos excepcionals, és a dir, quan sigui impossible la presència simultània de les parts.

Dins d’aquest principi que imposa el caràcter personalíssim de la mediació, també s’incorpora la possibilitat de designar portaveus quan es porti a terme una mediació civil entre una pluralitat de persones. I, aquests portaveus han de representar els interessos de cada col·lectiu.

Quant al inici de la mediació, ambdues lleis preveuen que aquest es pugui dur a terme a petició de les dues parts de mutu acord o a petició d’una d’elles, sempre que l’altre part hagi acceptat, amb la diferència que la nova llei allarga 10 dies el termini que aquesta té per acceptar, doncs estableix 20 dies per aquesta acceptació, mentre la primera llei establí un termini d’acceptació de 10 dies des de que en tingués coneixement.

La nova llei manté el requisit en l’àmbit de la mediació familiar que ja preveia la derogada llei: per tal de poder tornar a realitzar una altra mediació sobre un mateix aspecte ha d’haver transcorregut un any des que el primer intent es va donar per finalitzat o des que es va intentar una mediació on no es va arribar a cap acord. Ara bé, aquest termini es pot escurçar quan l’autoritat competent ho estimi oportú per conservar i no perjudicar els interessos dels fills menors, de persones incapacitades o d’aquelles persones que necessiten una protecció especial.

Un altre canvi important que incorpora la LMADP, és el relatiu a la durada de la mediació, doncs redueix el termini a seixanta dies hàbils -en vers als 3 mesos que s’establien en la derogada llei- a comptar des de la reunió inicial i la pròrroga de la mateixa, mitjançant petició motivada de la persona medidora i de les parts, es manté en trenta dies hàbils més. Aquesta circumstància de reduir el termini màxim que pot durar la mediació, passant de tres mesos a seixanta dies, és a causa que la mediació es caracteritza per la seva breu durada, i és una manera de fer-la més efectiva. Tanmateix s’estableix la obligació d’establir reglamentàriament el nombre màxim de sessions.

Un cop finalitzada la mediació, ja sigui amb acord o sense acord, la persona mediadora ha de comunicar a l'autoritat judicial aquest fet en un termini màxim de cinc dies hàbils a comptar des de la finalització d'aquesta. Aquest termini no es modifica per la nova llei.

Es produeix una modificació en l'òrgan encarregat de dur a terme el procediment de mediació, doncs observem com la derogada llei va crear el Centre de Mediació Familiar de Catalunya que era l'encarregat, entre d'altres coses, de promoure i administrar la mediació, i ara, amb la LMADP, aquestes funcions corresponen al Centre de Mediació de Dret Privat de Catalunya, i en l'article 21 apareixen enumerades totes les seves funcions⁷⁰.

La nova Llei crea el Registre de Serveis de Mediació Ciutadana per tal de facilitar l'accés dels usuaris als serveis de la mediació.

Respecte al règim sancionador, l'únic que incorpora la nova llei catalana són els òrgans sancionadors. A la primera llei només tenien la capacitat d'iniciar un procés sancionador respecte a la persona mediadora, els col·legis professionals els quals pertanyia aquesta, tant d'ofici com a partir d'una denúncia, mentre que en la nova llei, a part dels col·legis professionals també tenen aquesta capacitat sancionadora:

- Les Administracions Públiques de les que depengui la persona mediadora
- Per a aquelles persones mediadores que no estiguin col·legiades ni prestin serveis de mediadors per a una administració pública:
 - o En els casos d'infraccions molt greus: el conseller/a competent en matèria de dret civil
 - o En els casos d'infraccions greus: el secretari/a general del departament competent en matèria de dret civil
 - o En els casos d'infraccions lleus: El director o directora del centre directiu al qual està adscrit el Centre de Mediació de Dret Privat de Catalunya

⁷⁰ El Centre de Mediació de Dret Privat de Catalunya va ser creat per la Llei 15/2009, de 22 de juliol, de mediació en l'àmbit del dret privat. És una institució que té com a principals objectius fomentar i difondre la mediació i facilitar-hi l'accés a tots els ciutadans, estudiar les tècniques de mediació, gestionar el Registre general de persones mediadores en l'àmbit familiar i el Registre general de persones mediadores en els àmbits de dret privat, designar la persona mediadora, fer el seguiment del procediment, homologar els estudis, els cursos i la formació específica en matèria de mediació, i organitzar el servei públic. Informació extreta de: <http://justicia.gencat.cat/ca/ambits/mediacio> [última visita 2 de maig de 2015].

Aquests són els canvis i novetats que incorpora la nova Llei catalana, i per tant, podem observar com el legislador català ha complert l'objectiu d'actualitzar l'antiga llei i adaptar-la a les noves necessitats.

En el proper epígraf em centraré exhaustivament en la mediació en l'àmbit civil perquè Espanya, es situava, fins fa un parell d'anys, en l'últim lloc de la llista de països que impulsaven mecanismes de mediació. Ara bé, amb la promulgació, en primer lloc, del Reial Decret Llei 5/2012, de mediació en assumptes civils i mercantils, i, en segon lloc, de la Llei 5/2012 de mediació en assumptes civils i mercantils (que va derogar el citat Reial Decret Llei) es va produir un notable canvi que ja hem anat destacant en altres parts d'aquest treball.

6. LA MEDIACIÓ EN L'ÀMBIT CIVIL: ESPECIAL REFERÈNCIA A LA LLEI 5/2012, DE 6 DE JULIOL, DE MEDIACIÓ EN ASSUMPTE CIVILS I MERCANTILS

En aquest apartat, tal i com es posa de manifest en el títol, procediré a analitzar la Llei 5/2012, de mediació en assumptes civils i mercantils i, conseqüentment, els efectes que ha produït aquesta llei sobre la legislació processal vigent⁷¹. Les modificacions de la LEC persegueixen facilitar l'aplicació de la mediació dins del procés civil⁷².

La redacció del propi títol de la Llei, ja deixa entreveure quin és l'àmbit material de la mateixa, "mediació en assumptes civils i mercantils", per tant, aquestes són les matèries susceptibles de tractar a través de la mediació en virtut d'aquesta Llei. A més, s'ha de tenir present l'afirmació que conté el Preàmbul de la Llei, "les exclusions previstes en la present norma no ho són per limitar la mediació als àmbits als que es refereixen, sinó per preservar la seva regulació a les normes sectorials corresponents", per tant, d'aquesta redacció es pot afirmar que les exclusions previstes en l'article 2.2 de la Llei, no fan referència a que dites matèries no puguin ser susceptibles de mediació, sinó que

⁷¹ S'han modificat un seguit d'articles de la Llei d'Enjudiciament Civil a través de la **Disposició final tercera** de la Llei: *Se modifican los artículos 19, 39, 63, 65, 66, 206, 335, 347, 395, 414, 438, 440, 443, 517, 518, 539, 545, 548, 550, 556, 559, 576 y 580.*

⁷² SÁNCHEZ MARTÍN, P., *Incidencia de la mediación en el proceso civil*, Revista de Derecho Procesal civil y mercantil, nº 98-99, nov.-dic. 2012, p. 60 a 71.

haurem de recórrer a les lleis sectorials que les regulen, com la penal i la laboral, per veure si contemplen o no la mediació i en quins paràmetres, ja que les normes de la present llei no són aplicables a aquestes matèries (ni a la mediació penal, ni a la laboral, ni en matèria de consum ni a la mediació amb les Administracions Públiques).

També queden dins de l'àmbit material de la Llei, com no podria ser d'altra manera, els assumptes transfronterers, doncs recordem que a través d'aquesta Llei s'incorpora al dret espanyol la Directiva 2008/52/CE, de 21 de maig de 2008, del Parlament Europeu i del Consell sobre certs aspectes de la mediació en assumptes civils i mercantils. La Llei 5/2012 va més enllà d'aquesta Directiva europea, perquè aquesta només establia unes normes mínimes per tal de fomentar la mediació en els litigis transfronterers en aquestes matèries i la norma estatal, en virtut de la qual la mediació agafa rang normatiu, inclou qualsevol mediació que tingui lloc a Espanya, com ja he esmentat, relativa a assumptes civils i mercantils.

El text de la llei està concebut per a ser d'aplicació a temes comercials i mercantils. ORTUÑO MUÑOZ manté que la mediació té “una especial utilitat en conflictes de petites empreses i negocis familiars, en disputes en consells d'administració i diferències entre socis, o en àmbits com el de la propietat horitzontal i la responsabilitat civil, sense perjudici de la seva utilitat en altres possibles solucions”⁷³.

Per tant, l'àmbit d'aplicació de la Llei es pot considerar molt encertat, doncs les matèries civils i mercantils són molt abundants en l'actualitat, tant en l'àmbit econòmic com social, és a dir, són aspectes del dia a dia de la societat actual.

Un altre aspecte que ens pot cridar l'atenció és la utilització en primer terme d'un Reial Decret-Llei per a la seva aprovació, però la justificació es troba en el fet que el termini per incorporar a l'ordenament jurídic la citada Directiva europea va finalitzar el 21 de maig del 2011, i degut al retard, es corria el risc que l'Estat espanyol fos sancionat per aquest incompliment. Aquest Reial Decret-Llei va estar en vigor menys de 5 mesos, ja que va ser substituït per la Llei 5/2012, de 6 de juliol, que va mantenir el règim implantat per la norma anterior, i per tant, no va introduir modificacions importants.

⁷³ ORTUÑO MUÑOZ, P., *El proyecto de Directiva europea sobre mediación, Cuadernos de Derecho Judicial*, Nº 5, 2005, p. 249 a 272.

Una de les qüestions centrals per a l'aplicació del règim jurídic de la mediació és la regulació de les relacions entre el procediment de mediació i el procés jurisdiccional, i en particular, el tractament dels efectes jurídics que produeix el primer en l'àmbit del segon⁷⁴. En aquest sentit, destaquen les modificacions tendents a promoure la mediació, com seria la modificació de l'article 19.1 de la LEC, que ha introduït la possibilitat dels litigants de sotmetre's a una mediació en qualsevol moment del procés judicial. L'article 19.1 de la LEC, igual que atribueix a les parts la facultat de disposar de l'objecte del procés i poden, per exemple, renunciar o aplanar-se, les parts també disposen de l'objecte del procés per sotmetre's a mediació. Una altra de les modificacions realitzades amb l'objectiu de promoure la mediació és establir la possibilitat que sigui el jutge el que convidi a les parts a arribar a un acord⁷⁵, així com d'informar-les de la possibilitat d'aquesta alternativa (article 414.1 LEC).

Després d'aquestes línies generals començaré per l'efecte que, a través d'aquesta llei, s'atorga als acords assolits a través de la mediació, doncs és un requisit molt important, ja que dóna a la mediació un sentit d'eficàcia. Per tal d'instaurar la mediació d'una forma plena en la nostra societat, la qual no està molt conscienciada dels efectes positius que aporta la mediació, calia un estímul per reforçar la confiança, i això passa per establir força executiva als acords assolits, ja que sense aquesta força executiva, serien pocs els que decidirien dedicar temps i esforços en solucionar els seus conflictes, si després els acords poden quedar-se sense efecte, cosa que provocaria un litigi posterior.

Els acords es poden assolir a través d'una mediació realitzada en el marc d'un procés judicial ja iniciat en virtut del principi de disposició dels litigants, doncs la Llei 5/12 estableix en l'article 16.3 que “cuando de manera voluntaria se inicie una mediación estando en curso un proceso judicial, las partes de común acuerdo podrán solicitar su suspensión de conformidad con lo dispuesto en la legislación procesal”. L'efecte de títol executiu de l'acord adquirit en aquesta mediació intraprocessal s'obtindrà, d'acord amb l'article 19.2 de la LEC, a partir de la seva homologació per part de tribunal que

⁷⁴ ALBA ISASI, J., Artículo Doctrinal: *Estudio de la mediación como sistema alternativo...*

⁷⁵ **Article 443.3 LEC:** “el tribunal podrà convidar a les parts a que intentin un acord que posi fi al procés, en el seu cas, a través d'un **procediment de mediació**, (...). Les parts de comú acord podran també sol·licitar la suspensió del procés de conformitat amb allò previst en l'article 19.4, per tal de sotmetre's a mediació o arbitratge”.

estigués coneixent del litigi on va néixer la mediació que posa fi al procés. Amb això es posa de manifest que l'acord de mediació per sí mateix no és executiu, i per tant, s'ha d'establir un mecanisme d'homologació per tal que adquireixi aquesta força executiva⁷⁶. Aquest mecanisme d'homologació és el que ja estava previst en el dret espanyol i observem que és el mateix que el règim d'execució dels acords transfronterers el compliment dels quals s'hagi de produir en un altre Estat (article 27 Llei de Mediació).

En canvi, la força executiva dels acords assolits en una mediació autònoma a un procediment judicial s'obté amb l'elevació dels mateixos a escriptura pública, tal i com s'estableix en el segon paràgraf de l'article 23.3 de la llei, presentant davant un Notari el qual verificarà que es compleixen els requisits previstos en la llei i analitzarà que el seu contingut no sigui contrari al dret. Aquest acord s'haurà de presentar acompanyat d'una còpia de les actes de la sessió constitutiva i de l'acta final del procediment, i no caldrà la presència del mediador. Finalment, es presentaran davant el Jutjat de Primera Instància del lloc en què es va signar l'acord de mediació (article 26 Llei de mediació). La força executiva d'aquest títol troba el seu suport legal en la nova redacció de l'article 517.2.2º de la LEC.⁷⁷

Seguint amb l'article 23 de Llei de mediació, en el seu apartat primer, es preveu la possibilitat que els acords versin sobre la totalitat de les matèries sotmeses a mediació o només sobre un o alguns dels punts en conflicte, podent sotmetre a un procés posterior les matèries que no s'han pogut solucionar per falta d'acord durant el transcurs de la mediació. Aquesta circumstància de continuar el procés per aquells aspectes que no s'han resolt a través del procediment de mediació, produirà un efecte similar al que tenim a l'article 21.2 de la LEC: "Quan es tracti d'un aplanament parcial el tribunal, a instància del demandant, podrà dictar d'immediat interlocutòria acollint les pretensions que hagin estat objecte de l'esmentat aplanament. Per això serà necessari que, per la naturalesa de les pretensions, sigui possible un pronunciament separat que no prejudgi

⁷⁶ HUALDE MANSO, T., en «*Del Proyecto Caamaño al Proyecto Gallardón sobre mediación en asuntos civiles y mercantiles*», en Aranzadi Civil-Mercantil, Revista doctrinal, núm. 2/2012. Localització: ISSN 2174-1840 p. 33-36.

⁷⁷ **Article 517.2. 2º LEC:** Acció executiva. Títols executius: Només tindran aparellada execució els següents títols:

1.º La sentència de condemna ferma.

2.º Els laudes o resolucions arbitrals i els acords de mediació, havent estat aquest últims elevats a escriptura pública de conformitat amb la Llei de mediació en assumptes civils i mercantils.

les restants qüestions no aplanades, respecte de les quals continuarà el procés. Aquesta interlocutòria serà executable conforme als articles 517 i següents d'aquesta Llei”.

Un altre aspecte que cal tenir present és que s'obre la porta al reconeixement institucional a les entitats que assumeixin les funcions de mediació sempre i quan compleixin amb els requisits establerts per la llei⁷⁸. Aquest fet pot respondre a la convenient necessitat d'introduir en la societat el caràcter seriós i eficaç de la mediació així com l'objectiu de descongestionar els tribunals. Un altre exemple, tot i que potser no massa encertat, és la disposició addicional segona⁷⁹, d'impuls a la mediació, que incorpora un mandat a les Administracions Públiques, anem a veure-ho:

- El primer punt només fa referència a què les Administracions Públiques donaran informació de la mediació com un sistema alternatiu al procés judicial
- El segon punt utilitza la paraula “procuraran”, així doncs, les Administracions Públiques no estan obligades a introduir la mediació dins de l'assessorament i orientació gratuïta prèvia al procés

Fruit d'aquesta mateixa necessitat de descongestionar els tribunals, es procedeix a modificar, a través de la disposició final primera de la Llei de mediació, la Llei 2/1974, de 13 de febrer, de Col·legis Professionals, i s'inclou dins les seves funcions la de “impulsa i desenvolupa la mediació, així com dur a terme funcions d'arbitratge, nacional i internacional, de conformitat amb allò establert en la legislació vigent”. En aquest mateix sentit, també s'inclou aquesta idèntica funció a les Cambres de Comerç a través de la disposició final segona.

⁷⁸ **Disposició addicional primera:** Reconeixement d'institucions o serveis de mediació: “Les institucions o serveis de mediació establerts o reconeguts per les Administracions públiques d'acord amb allò establert en les lleis podran assumir les funcions de mediació previstes en aquesta Llei sempre que compleixin les condicions establertes en la mateixa per a actuar com a institucions de mediació”.

⁷⁹ **1.** “Les Administracions públiques competents per a la provisió de medis materials al servei de l'Administració de Justícia proveiran la posada a disposició dels òrgans jurisdiccionals i del públic informació sobre la mediació com a alternativa al procés judicial”.

2. “Les Administracions públiques competents procuraran incloure la mediació dins de l'assessorament i orientació gratuïtes previs al procés, previstos en l'article 6 de la Llei 1/1996, de 10 de gener, d'Assistència Jurídica Gratuïta, en la mesura que permeti reduir tant la litigiositat com el seu cost”.

Continuant en aquesta línia, és obvi que si el que es pretén es fomentar la mediació, és indiscutible que aquesta s'ha de presentar com un mecanisme el qual disposa d'institucions degudament formades i capacitades per exercir aquesta funció amb el major rigor possible⁸⁰. I una de les maneres per fomentar i reforçar la confiança dels ciutadans vers la mediació, és procurant una sèrie de principis els qual han de regir tota mediació. Al mateix temps, es necessiten d'uns principis que obliguin a la persona encarregada de realitzar la mediació a adoptar o no un seguit de conductes.

D'aquí que hi hagi tot un Títol, el II, dedicat als principis, que regulen tant les característiques que ha de tenir la mediació en el seu desenvolupament, com la conducta del mediador i de les parts. Aquest principis que envolten tota l'activitat de la mediació i que ja s'han anat analitzant durant el transcurs del present treball són: la voluntarietat i lliure disposició de la mateixa, igualtat de les parts i imparcialitat del mediador (molt important, doncs és bàsic per tal que els ciutadans vegin la mediació com una opció factible per a resoldre els seus conflictes. Ningú acceptaria accedir a una mediació on l'encarregat de dur-la a terme no fos imparcial, ja que aquest fet suposaria un perjudici), la neutralitat, la bona fe, el respecte mutu i la confidencialitat, recordant les dues excepcions (a la confidencialitat) previstes en la llei:

- Quan, expressament i per escrit, ho determinin les parts
- Quan ho exigeixin els jutges de la jurisdicció penal

De la mateixa manera, s'ha produït una modificació en l'article 335.3 de la LEC, on s'estableix que, excepte acord en contrari de les parts, no es pot sol·licitar un dictamen a un pèrit que hagi intervingut en una mediació o arbitratge relacionats amb el mateix assumpte. En aquest cas, serà el propi tribunal el qui denegarà la intervenció del pèrit per existir un deure de confidencialitat derivat de la intervenció d'aquest mateix pèrit en un procediment anterior de mediació entre les parts (article 247.1 LEC).

Mentre el compromís de la mediació sobre una controvèrsia està present, els tribunals no poden conèixer de la mateixa (article 10 Llei de mediació), i això s'ha volgut garantir mitjançant la modificació de l'article 63.1 LEC, doncs s'incorpora la possibilitat de denunciar, a través de la declinatòria, la falta de jurisdicció per pertànyer l'assumpte als

⁸⁰ MARCOS FRANCISCO, D., *Principales novedades del Real Decreto-Ley 5/2012, de 5 de marzo, de mediación en asuntos civiles y mercantiles*, Actualidad Civil, nº 15-16, Madrid, La Ley, 2012, p. 159.

òrgans mediadors. Com a conseqüència d'aquesta modificació, també s'ha procedit a modificar els articles procedimentals 65.2 i 66 LEC.

Per impedir que la mediació sigui utilitzada per exercir maniobres o conductes per dilatar el procediment en el que les parts es troben immersos, el legislador, en l'article 4 de la llei, ha establert la suspensió de la prescripció o de la caducitat de les accions des de la data en què el mediador rebí la sol·licitud de l'inici de la mediació o des de que aquesta sol·licitud s'hagi dipositat en una institució de mediació. Així mateix, s'estableix que aquesta suspensió durarà fins al final de la mediació, ja sigui a través de la firma de l'acord, de l'acta final o quan es produeixi un acabament anormal de la mediació d'acord amb la llei.

El legislador també ha volgut establir mesures per tal que aquesta suspensió tampoc pugui sigui manipulada ni utilitzada per dilatar procediments, per això, en el mateix article quatre, en el seu segon paràgraf, estableix que s'alçarà la suspensió si "en el termini de 15 dies naturals des de la recepció de la sol·licitud d'inici de la mediació no es firma l'acta de la sessió constitutiva".

Quant a la durada de la mediació, cal dir que la Llei estatal és molt flexible, doncs a diferència de la LMADP, no estableix un termini ni un nombre màxim de sessions, tot i que estableix que el procediment haurà de ser el més breu possible; recordem que una de les característiques principals de la mediació és la seva brevetat en el temps.

Com sabem, el mediador constitueix una pilar fonamental de la mediació, però no ens podem oblidar de les parts. Sense parts que vulguin dur a terme una mediació, aquesta manca de sentit. És important mencionar que, quan la llei regula el principi d'igualtat de les parts –article 7- està disposant que el mediador ha de garantir que les parts intervinguin en plena igualtat d'oportunitats. L'article 10.2 estableix que les parts actuaran de conformitat amb els principis de bona fe, lleialtat i respecte mutu. Però el fet interessant, és que res diu sobre un altre principi present en altres lleis autonòmiques sobre mediació, com la catalana. El principi al qual estic fent referència és el d'immediació i caràcter personalíssim, ja que la Llei no fa referència concretament al fet de si les parts poden o han d'estar assessorades pels seus advocats.

Respecte a aquesta qüestió, i des del meu punt de vista, l'article 10.1 es podria interpretar de manera que sí que està permès que les parts puguin fer-se valer mitjançant advocats, doncs aquest article exposa que “sense perjudici del respecte als principis establerts en aquesta Llei, la mediació s’organitzarà de la manera que les parts creguin convenient”.

Un altre article que fa imaginar que això és així, és l'article 9.2: “La confidencialitat de la mediació i del seu contingut impedeix que els mediadors o les persones que participin en el procediment de mediació (...)”. D’aquesta redacció es pot entendre que les persones que participen poden ser unes altres diferents a les pròpies parts en sentit estricte, ja que sinó l'article estaria redactat especificant: “ (...) els mediadors i les parts (...). Per tant, la meva conclusió en base als arguments exposats, és que no es requereix el caràcter personalíssim.

D'altra banda, el principi d'immediació tampoc està present, s'estableix que les parts podran acordar que totes o alguna de les actuacions de la mediació es realitzin a través de mitjans electrònics, videoconferència o altres mitjans anàlegs. L'única limitació que s'imposa és el respecte als principis de la mediació previstos en la mateixa Llei, i que quedi garantida la identitat dels intervinents. Aquest aspecte és diferent, també, a allò establert per altres lleis autonòmiques de mediació, a títol indicatiu la Llei catalana només permet utilitzar mitjans tècnics en situacions excepcionals, doncs s'estableix l'obligació d'assistir personalment a les reunions. A més, la Llei estatal estableix la preferència de desenvolupar la mediació per mitjans electrònics quan aquesta consisteixi en una reclamació de quantitat no superior a 600 euros.

Pel que fa al procediment de mediació, com ja he esmentat anteriorment, és un procediment flexible, però això no significa que no s'hagin d'establir uns elements estructurals. Això és així, perquè la mediació es dirigeix cap a una finalitat clara, i com a tal, ha de tenir una sèrie d'etapes que a la vegada que evitem que el conflicte quedi estancat en el passat, facilitin que es produeixi l'avanç cap a una possible solució ⁸¹.

⁸¹ ALBA ISASI, J., Artículo Doctrinal: *Estudio de la mediación...*

Abans d'entrar en el contingut del procediment en sí mateix, cal fer referència als principis que han de regir el procediment en qüestió, ja que sense aquests principis, la mediació no podria tenir lloc⁸².

Començaré pel principi de transparència. Aquest principi, tal i com es dedueix del mateix nom, implica que les parts han de conèixer en tot moment l'estat del procés, aquí s'inclouen els drets que tenen les parts, com per exemple, poder recórrer, en qualsevol moment, als òrgans jurisdiccionals, conèixer les conseqüències de les actuacions, saber si el procediment es realitzarà de forma escrita o oral, la llengua del mateix així com de les opcions d'impugnació de les quals disposen les parts.

Aquest principi també implica que les parts han d'estar informades de les obligacions que tenen respecte a l'altra part i les obligacions que tenen cap al procediment.

En definitiva i per concloure amb el principi de transparència, aquest implica que les parts poden sol·licitar qualsevol informació relativa al procés i hauran de ser informades de tots els aspectes relatius al procediment: cost del procediment, tipus de normes en les quals s'han de basar les decisions, etc.

Un altre dels principis dels quals no pot prescindir el procediment de la mediació és el respecte al principi de contradicció. Les parts han de poder al·legar el que creguin convenient amb la finalitat de preservar els seus interessos davant del mediador que estigui al capdavant d'aquell procediment. Aquest principi també comporta, implícitament, el principi de transparència: cadascuna de les parts, ha de conèixer les al·legacions de l'altra part amb l'objectiu de contradir-les o aportar noves al·legacions. Si això no fos així, no es veuria satisfet el principi de contradicció i, per tant, no es podria arribar a cap acord satisfactori per ambdues parts, doncs una d'elles no podria haver expressat tot el que creu necessari, i es situaria, doncs, en posició de desavantatge.

Un dels avantatges de la mediació és la seva durada en el temps, menys llarga que els procediments davant la jurisdicció i el seu cost, també menor respecte a aquests procediments, fet que la fa més assequible per a les parts. Així doncs, la mediació ha de disposar d'una tramitació ràpida. Aquí entra en joc el tercer principi: el d'eficàcia, és a

⁸² DE DIEGO VALLEJO, R. I GUILLÉN GESTOSO, C., *Mediación: Proceso, tácticas...* p. 61-62.

dir, la mediació ha de ser emprada per tal d'aconseguir un acord amb un temps relativament breu.

El principi de legalitat també ha de ser present en el procediment de la mediació. La mediació no es pot utilitzar com a mecanisme per infringir la llei ni per privar als ciutadans de la protecció que les lleis imperatives li brinden, i si aquest procediment es realitza sota una norma legal, aquesta s'ha de respectar en la seva totalitat, així com els seus reglaments de desenvolupament.

Evidentment, s'han de respectar tots els drets fonamentals dels ciutadans, així com també, les garanties constitucionals.

No hem de deixar de banda, en aquest apartat, el principi de llibertat, el qual és la base de la mediació. Aquest principi implica que la mediació no pot ser imposada a les parts, sinó que són les parts les que lliure i voluntàriament decideixen sotmetre's a la mediació. Recordem que la decisió de sotmetre's a mediació no exclou, en cap moment, que les parts, de forma unilateral o conjuntament amb l'altra part, abandonin la mediació per acudir a la jurisdicció.

Per acabar amb els principis, i entrar en el procediment pròpiament dit, recordar el principi de confidencialitat, a través del qual s'exigeix la no difusió de tota la informació que s'hagi obtingut a través del procediment de la mediació⁸³.

Arribats aquí, en la Llei 5/2012, el procediment de mediació consta de **6 fases**, que són:

1) Sol·licitud d'inici (article 16):

La iniciació del procediment pot donar-se per comú acord entre les parts, o per una de les parts, que en aquest cas haurà de ser en virtut del compliment d'un pacte de submissió a mediació existent entre les parts. En els dos casos, la sol·licitud es presentarà davant la institució de mediació o davant el mediador escollit. Cal recordar, que en l'inici voluntari del procediment de mediació durant el transcurs d'un procés judicial, les parts de comú acord podran sol·licitar la suspensió del mateix conforme a la legislació processal, entenent que desisteixen del procediment. El procés de mediació suspèn els terminis si són de caducitat i els interromp si són de prescripció, i això

⁸³ BARONA VILAR, S., *Mediación en asuntos civiles y mercantiles en España. Tras la aprobación de la Ley 5/2012, de 6 de julio*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2013, p.192.

comporta que si no s'arriba a una acord, es pot continuar el procés en via judicial, en el mateix punt on es va deixar en el moment en què les parts van sotmetre's a la mediació o es pot començar de nou.

2) Informació i sessions informatives (article 17)

En aquesta fase, la institució de mediació o el mediador cita a les parts per a realitzar les sessions informatives.

Si s'han presentat les dues parts, el mediador els informarà de les causes que poden afectar a la seva imparcialitat, de la seva formació, professió i experiència; així com altres qüestions rellevants: cost de la mediació, les conseqüències jurídiques de l'acord, les característiques de la mediació, etc.

3) Sessió constitutiva (article 19)

És en aquesta fase on comença el procediment. En aquesta sessió constitutiva les parts manifesten el seu desig de desenvolupar la mediació, i, per tant, deixaran constància de la seva identificació, la designació del mediador o de la institució de mediació, l'objecte del conflicte, el programa d'actuacions i la durada màxima que està prevista pel desenvolupament del procediment, tot i que és possible la seva modificació, el cost de la mediació més els honoraris del mediador i altres possibles despeses, el lloc de celebració i la llengua del procediment. Finalment, les parts també deixaran constància de l'acceptació voluntària i de l'assumpció de totes les obligacions que es deriven d'aquesta acceptació, com, per exemple, el respecte als principis de la mediació.

Amb tota aquesta informació es redactarà una acta que serà firmada per les dues parts i pel mediador. O per contra, l'acta declararà que la mediació s'ha intentat sense efecte.

4) Desenvolupament de les sessions (articles 20, 21 i 24)

Està previst que les actuacions es realitzin en el mínim nombre de sessions possibles, les quals seran convocades pel mediador amb una antelació adequada. Aquest, serà l'encarregat de dirigir les sessions i facilitarà l'exposició de les posicions de les parts i la seva comunicació de manera igual i equilibrada. Es contempla que aquestes reunions

entre el mediador i les parts puguin ser simultànies o ser celebrades per separat, que en aquest últim cas, s'haurà d'informar de la celebració de la mateixa.

S'estableix que les parts puguin acordar que totes o algunes de les actuacions es realitzin a través de mitjans electrònics, sempre respectant els principis de la mediació i garantint la identitat dels intervinents. Tal i com he exposat anteriorment, si la mediació consisteix en una reclamació de quantitat que no excedeixi de 600 euros, aquesta es desenvoluparà, preferentment, a través d'aquests mitjans electrònics, llevat que no sigui possible per alguna de les parts.

Aquesta fase del procediment és la que GALEOTE MUÑOZ defineix com la fase de debat i, seguint les seves línies, aquesta fase consisteix en les següents actuacions⁸⁴:

- Primerament hi ha d'haver una trobada inicial, convocada pel mediador, on aquest explicarà a les parts els objectius de la mediació i tota aquella informació necessària per a les parts, com l'explicació dels seus drets i obligacions.
- Un cop realitzat el punt anterior, les parts exposaran els seus arguments, postures, possibles solucions i els seus interessos per tal de veure aquells punts de divergència entre les parts, també els punts comuns, i poder donar eines a les parts, per tal de conduir la situació cap a una direcció satisfactòria.
Aquest debat es pot produir de forma conjunta amb les dues parts, o de forma individual, però tenint sempre en compte el principi de contradicció, el qual no pot ser vulnerat.
- Realitzar un esquema on es puguin observar de forma descriptiva els problemes de les parts i els seus interessos. D'aquesta manera les dues parts saben tots els punts en els que han de treballar.
- Finalment, serà el mediador el que hagi d'enquadrar el problema des d'una perspectiva que permeti a les parts arribar a un acord satisfactori segons els interessos que cada part ha manifestat.

Un cop finalitzada aquesta etapa, es passa a la tercera i última fase del procediment de la mediació, és a dir, a la fase final o de tancament que seria la fase que trobem en l'article 22 de la Llei.

⁸⁴ GALEOTE MUÑOZ, M.P. (amb altres), *La mediación: Sistemas de solución extrajudicial de conflictos*, coord., R. Hinojosa Segovia, Madrid, 2006, p. 100 i següents.

5) Finalització (article 22)

El procediment pot finalitzar per haver arribat a un acord, o per haver estat impossible arribar a l'esmentat acord, ja sigui perquè una o totes les parts exerceixin el seu dret de donar per acabades les actuacions, perquè hagi transcorregut el termini màxim fixat per les parts, perquè el mediador, de manera justificada, observi que les posicions de les parts son irreconciliables, o per qualsevol altra causa que doni per finalitzada la mediació.

La falta d'acord comporta que es retornin a cada part els documents que haguessin aportat. Amb els altres documents, que no s'haguessin de retornar i que han de ser custodiats pel mediador durant un termini de quatre mesos, es formarà un expedient.

Finalment, es redactarà l'acta final on es posarà de manifest el final del procediment, exposant els acords conclusos o exposant les causes de finalització. Aquesta acta haurà de ser firmada pel mediador i per les parts.

6) Acord de mediació (article 23)

En aquest acord sempre hi haurà de constar la identitat de les parts, així com el domicili de les mateixes, el lloc i data en què s'assumeixen les obligacions de cada part, que s'ha seguit un procediment de mediació ajustat a les previsions de la Llei analitzada. També haurà de constar-hi la identitat del mediador o dels mediadors que hi han intervingut i, en els seu cas, de la institució de mediació en la que s'ha desenvolupat el procediment.

Aquest acord haurà de ser firmat per les parts o pels seus representants i posteriorment, s'entregarà un exemplar a cadascuna d'elles. El mediador també se'n quedarà una còpia per a conservar-la.

Recordar que, tal i com ja he exposat, l'acord pot versar sobre la totalitat de les matèries sotmeses a mediació, o sobre una part de les mateixes, podent sotmetre aquestes a resolució a través de la via judicial.

El mediador haurà d'informar a les parts sobre el caràcter vinculant de l'acord, i sobre la possibilitat que puguin sol·licitar l'elevació del mateix a escriptura pública per tal de configurar-lo com un títol executiu.

D'altra banda, contra el contingut de l'acord, només podrà exercitar-se l'acció de nul·litat per les causes que invaliden els contractes.

Les garanties que ofereix el procediment de mediació, de conformitat amb la disposició addicional quarta, són: a) la igualtat d'oportunitats entre les parts i, degut a això, b) s'ha de garantir l'accessibilitat dels entorns, el braile, la comunicació tàctil o qualsevol altre mitjà que permeti a les persones amb discapacitats participar en el procediment sense que pateixin cap tipus de desavantatge o exclusió.

Un cop finalitzat l'anàlisi de la Llei, podem comprovar que aquesta és bastant completa i regula els aspectes més importants de la mediació, com són les matèries que poden ser objecte de mediació, les que queden excloses, els principis, el procediment..., però aquesta Llei presenta una sèrie de qüestions que no acaben de ser resoltes del tot.

La Llei 5/2012 incorpora un Capítol dedicat a l'estatut del mediador. En aquest Capítol s'estableixen aspectes com l'actuació i responsabilitat del mediador i el cost de la mateixa. D'aquest punt cal remarcar que la persona que exerceixi com a mediador, en tot cas, haurà de ser una persona natural, i haurà de complir uns requisits de titulació i formació específica.

Pel que respecte a la formació del mediador, l'article 11.2 de la Llei, únicament es limita a exigir, a més de formació universitària o formació professional superior, "formació específica per exercir la mediació adquirida a través de la realització d'un o més cursos específics proporcionats per institucions degudament acreditades. Davant d'aquest enunciat tan genèric, sorgeix els interrogants: en què consisteix aquesta formació específica? Quina ha de ser la seva durada? Quines són aquestes institucions degudament acreditades?

La disposició final vuitena de la Llei pretén donar resposta a aquests interrogants remetent a un posterior desenvolupament reglamentari sobre "la duració i contingut mínim del curs o cursos que amb caràcter previ hauran de realitzar els mediadors per adquirir la formació necessària per exercir la mediació, així com la formació continua que han de rebre".

En la Llei s'estableix l'obligació que el mediador subscrigui una assegurança que "cobreixi la responsabilitat civil derivada de la seva actuació en els conflictes que

intervingui” i la disposició final vuitena també preveu la possibilitat que es desenvolupi, reglamentàriament, l’abast de l’obligació d’assegurament de la responsabilitat civil dels mediadors.

La disposició final setena de la Llei ens deixa una altra qüestió controvertida. Deixa al govern la possibilitat de promoure la resolució de conflictes relatius a reclamacions de quantitat a través d’un procediment de mediació simplificat que es desenvoluparà exclusivament per mitjans electrònics. Estableix la duració màxima d’aquest procediment: un mes a comptar des del dia següent de la recepció de la sol·licitud i serà prorrogable per acord de les parts. Aquesta qüestió serà tractada en el proper apartat.

Aquesta Llei de Mediació té la finalitat de facilitar l’aplicació de la mediació en l’àmbit del procés civil i està dirigida a descongestionar els tribunals. Ara bé, perquè això sigui possible, varis autors creuen que s’han de solucionar alguns buits presents en aquesta Llei. En aquest sentit, la Dra. PEREIRA PUIGVERT⁸⁵ apunta al desconeixement social de la mediació, la formació del mediador i a les facultats del jutge. No podem deixar de banda la crisi quasi permanent del nostre sistema de Justícia, la solució de la qual passa, a criteri de diferents autors, per un projecte de reforma general per establir un model global de Justícia que li permeti recuperar la confiança per part de la ciutadania⁸⁶.

Respecte a una primera qüestió, la relativa al desconeixement social de la mediació, la Dra. PEREIRA PUIGVERT posa de manifest la poca o quasi nul·la cultura que hi ha a Espanya dels mètodes alternatius de resolució de conflictes, i que és per aquest motiu que la Llei preveu una sessió informativa per a les parts per tal que puguin arribar a un acord a través del procediment de la mediació⁸⁷.

⁸⁵ PEREIRA PUIGVERT, S., *La audiencia previa al juicio: análisis de sus funciones. Especial referencia a la Ley 5/2012 de mediación en asuntos civiles y mercantiles y al Décret nº2012-66 de resolución amiable des différends*, Revista Vasca de Derecho Procesal y Arbitraje, Tomo XXV, 2013, p. 189 a 191.

⁸⁶ TOHARIA CORTÉS, J.J., *La imagen de la justicia en la sociedad española*, Opinión pública y justicia, CGPJ, Madrid, 2001, p. 139.

⁸⁷ PEREIRA PUIGVERT, S., *La audiencia previa al juicio: análisis de sus funciones. Especial referencia a la Ley 5/2012 de mediación...*

Quant a la formació que ha de tenir el mediador, MOSCARDO-VARA DE REY i VEGAS TORRES assenyalen que “el que resultaria convenient és que el mediador tingués un perfil de llicenciat en Dret”⁸⁸.

Per finalitzar amb aquests buits que presenta la Llei, la Dra. PEREIRA, en relació a les facultats del jutge, afirma que atribuir a aquest la facultat de convidar a les parts a sotmetre's a una mediació en qualsevol moment del procés, en virtut de l'article 414 LEC, “pot resultar arriscat”, doncs el seu parer és que aquesta invitació hauria de ser en funció del cas concret, i no com a regla general.

A més a més, la Dra. PEREIRA PUIGVERT, planteja quatre possibles solucions: “1) buscar altres solucions als problemes que planteja l'actual sistema judicial; 2) donar a conèixer a la societat els avantatges i inconvenients de la mediació, amb la finalitat que disposin d'uns coneixements mínims de la mateixa, formant així una voluntat d'apropament lliure i informada; 3) relacionar els supòsits en els que estaria permesa la mediació i els supòsits en què no ho estaria; i, 4) establir un punt d'equilibri entre la lògica dels nostres processos civils i els mitjans alternatius de resolució de conflictes”⁸⁹.

No cal oblidar el principal objectiu de la Directiva 2008/52/CE en el seu considerant cinc: que la mediació es configurés com un procediment per a facilitar o millorar l'accés a la justícia. Aquest objectiu, però, no ha sigut acceptat per part de la doctrina, que nega la identificació de la mediació com un mètode pròpiament dit de l'Administració de Justícia⁹⁰.

6.1 REIAL DECRET 980/2013, DE 13 DE DESEMBRE, PEL QUE ES DESENVOLUPEN DETERMINATS ASPECTES DE LA LLEI 5/2012, DE 6 DE JULIOL, DE MEDIACIÓ EN ASSUMPTES CIVILS I MERCANTILS

L'objecte d'aquest RD és desenvolupar les disposicions de la Llei 5/2012, de 6 de juliol, de mediació en assumptes civils i mercantils, sobretot en relació a la formació i l'abast

⁸⁸MOSCARDO-VARA DE REY, M. (amb VEGAS TORRES, J.), *La mediación en asuntos civiles y mercantiles: un reto para los profesionales del derecho. breve comentario acerca del Real Decreto-Ley 5/2012*. Disponible a: diariojuridico.com [última visita 23 de març de 2015].

⁸⁹ PEREIRA PUIGVERT, S., *La audiencia previa al juicio: análisis de sus funciones. Especial referencia a la Ley 5/2012 de mediación...*

⁹⁰ GARCÍA-ROSTÁN CALVIN, G., «Mediación on -line», en *Presente y futuro de la e-justicia en España y la Unión Europea*, Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2010, p. 400 i següents.

de l'obligació d'assegurament de la responsabilitat civil del mediador, així com la publicitat dels mediadors i de les institucions de mediació. També té per finalitat desenvolupar el procediment simplificat de mediació per mitjans electrònics. Qüestions totes que ja s'han plantejat com a problemàtiques en l'apartat anterior i que sembla que trobem solució en aquest nou text normatiu.

Les regles que s'estableixen sobre la formació, no s'estableixen com a requisits estrictes sinó que es refereixen a continguts generals de la mateixa, al seu desenvolupament i a la seva durada mínima⁹¹.

En la Llei 5/2012, s'exigia, a més de titulació oficial universitària o formació professional superior, una formació específica per exercir la mediació. S'establí que aquesta formació específica s'adquiriria a través de la realització d'un o més cursos específics impartits per institucions degudament acreditades, però no s'establí en què consistia aquesta formació. Doncs bé, aquesta qüestió queda solucionada a través de l'article 4.2. del RD, on es disposa que aquesta formació es desenvoluparà tant a nivell teòric com pràctic, en aquest últim cas li correspon, com a mínim, el 35 per cent del de la durada mínima prevista per a la formació del mediador, que és de 100 hores de docència efectiva (article 5.2.). La formació pràctica haurà d'incloure exercicis i simulació de casos i d'una manera preferent, haurà d'incloure la participació assistida en mediacions reals.

La Llei 5/2012 també imposava la formació continuada dels mediadors (article 12) i el RD defineix aquesta formació continuada establint que els mediadors hauran de realitzar una o diverses activitats de formació continuada en matèria de mediació, bàsicament de caràcter pràctic, almenys cada cinc anys, les quals tindran una durada total mínima de 20 hores. Aquest requisit quedarà satisfet si el mediador realitza cursos d'especialització en algun àmbit de la mediació (article 6).

⁹¹ ROBAINA ESPINOSA, E., *Comentario al Real Decreto 980/2013, de 13 de diciembre, por el que se desarrollan determinados aspectos de la Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles*, Article de Dret Civil, La Ley. Disponible a: <http://lawcenter.es/w/blog/view/4376/comentario-al-real-decreto-9802013-de-13-de-diciembre-por-el-que-se-desarrollan-determinados-aspectos-de-la-ley-52012-de-6-de-julio-de-mediacion-en-asuntos-civiles-y-mercantiles> [última visita 29 de març de 2015].

La impartició d'aquesta formació específica i continuada, la Llei de mediació estableix que serà a càrrec d'Institucions degudament acreditades i el RD detalla en l'article 7 que aquestes Institucions poden ser públiques i privades, i hauran de disposar d'un professorat amb la necessària especialització en la matèria i hauran de reunir el requisit de titulació universitària o de formació professional de grau superior.

Aquest mateix article estableix que els centres remetran al Ministeri de Justícia els seus programes de formació en mediació, on hauran d'indicar el contingut, la metodologia i l'avaluació de la formació que es pretengui realitzar.

Un dels problemes que plantejava la Dra. PEREIRA PUIGVERT, era el relatiu al desconeixement social de la mediació⁹². Doncs sembla ser que el RD també ha volgut donar solució a aquesta qüestió. El capítol III està dedicat al Registre dels mediadors i de les Institucions de mediació, i l'article 8 es pronuncia sobre la creació d'aquest registre amb la finalitat de facilitar als ciutadans l'accés a la mediació, mitjançant la publicitat dels mediadors professionals i de les Institucions de mediadors.

Aquesta inscripció tindrà caràcter voluntari en virtut de l'article 11 del RD, però quan el professional sigui un mediador concursal, la inscripció serà requisit previ al seu nomenament.

Per tal de poder accedir al Registre, els mediadors hauran d'acreditar els requisits exposats d'estar en possessió de títol oficial universitari o de formació professional de grau superior, tenir la formació específica per a exercir com a mediador, i haver subscrit un contracte de responsabilitat civil. Si no s'acrediten aquests requisits l'encarregat del Registre denegarà la inscripció, tot i que es concedirà un termini de 10 dies per a la seva esmena (article 15).

El Registre de mediadors i el d'Institucions de mediació de les Comunitats Autònomes es regiran pel principi de coordinació (article 24) amb la finalitat d'assegurar la unitat de dades, l'economia de les actuacions i l'eficàcia administrativa.

⁹² PEREIRA PUIGVERT, S., *La audiencia previa al juicio: análisis de sus funciones. Especial referencia a la Ley 5/2012 de mediación...* p. 189.

Referent a l'assegurança de responsabilitat civil, o una garantia equivalent, la Llei 5/2012 ja estableix l'obligació de subscriure-la per tal de poder exercir com a mediador i el RD estableix la possibilitat que sigui contractat a títol individual pel mediador o dins d'una pòlissa col·lectiva que inclogui la cobertura de la responsabilitat corresponent a l'activitat de mediació (article 26.2).

Aquesta assegurança de responsabilitat o garantia equivalent del mediador haurà de comprendre, de conformitat amb l'article 27 del RD, la cobertura de tots els danys i perjudicis que causin pels seus actes o omissions, com els derivats de l'incompliment dels principis d'imparcialitat i confidencialitat, error professional o la pèrdua d'expedients i documents de les parts. La quantia assegurada haurà de ser proporcional a la naturalesa dels casos en els que intervingui cada mediador.

Aquesta obligació de subscriure una assegurança de responsabilitat civil també recau sobre les Institucions de mediació, que amb independència de la possibilitat d'assumir la contractació de l'assegurança de responsabilitat civil pels seus mediadors, hauran de contractar una assegurança o garantia equivalent que cobreixi la responsabilitat que els hi correspongui d'acord amb la Llei de mediació en assumptes civils i mercantils.

Com he posat de manifest en l'inici d'aquest apartat, una de les finalitats d'aquest RD és la d'establir un procediment simplificat de mediació per mitjans electrònics. De fet, la Llei 5/2012 ja posava de manifest la preferència d'aquest procediment per a reclamacions de quantitats no superiors a 600 euros.

El RD estableix el contingut, requisits i durada d'aquest procediment simplificat en els articles 30 a 38, que tindrà caràcter preferent, excepte quan la utilització d'aquests mitjans electrònics no sigui possible per una de les parts o quan les parts acordin la realització d'un procediment diferent.

La identificació de les parts i del mediador es realitzarà a través d'un sistema de firma electrònica que garanteixi la identificació dels firmants, l'autenticitat i integritat dels documents electrònics. S'estableix l'obligació que la identitat de les parts haurà d'acreditar-se en la presentació de la sol·licitud d'inici i en la contestació, en la firma de les actes i en l'acord de mediació (article 32).

La durada d'aquest procediment és la mateixa que s'establia en la Llei 5/2012: un mes a comptar des del dia següent a la recepció de la sol·licitud, amb opció de ser prorrogat per acord de les parts.

Un cop presentat el formulari de sol·licitud de mediació pel sol·licitant, el mediador es posarà en contacte, a la major brevetat possible, amb la part sol·licitada per saber si presta el seu consentiment per tal d'iniciar la mediació. Un cop el mediador s'ha posat en contacte amb la persona sol·licitada, li concedirà un termini raonable per a contestar la sol·licitud i en cas de no contestar dins d'aquest termini, es considera no acceptada. El mediador haurà d'informar al sol·licitant de la resposta que el sol·licitat li doni, ja sigui en sentit positiu o negatiu.

Un cop rebuda la contestació, es remetrà a les parts un certificat que tindrà la consideració d'acta de la sessió constitutiva. La part sol·licitant fixarà la quantitat reclamada en el formulari de sol·licitud d'inici i en el formulari de contestació es podrà acceptar o no aquesta quantitat reclamada o formular una contraproposta.

Tot i les qüestions que desenvolupa aquest Reial Decret que, com hem vist, no quedaven especificades en la llei 5/2012, el citat Reial Decret també presenta alguns problemes.

Respecte a la definició tan genèrica de la formació del mediador, ESTEPA exposa en un comentari sobre el RD 980/2013, que ha provocat una "proliferació dels cursos formatius en la matèria, tant presencials com online, impartits per universitats, col·legis professionals, associacions, etc"⁹³. I la seva preocupació gira al voltant de la validesa d'aquestes accions formatives realitzades abans de la promulgació del RD 980/2013, de 13 de desembre.

Aquesta preocupació queda sense fonament quan en la Disposició addicional primera del present RD s'estableix que aquesta formació específica rebuda amb anterioritat a l'entrada en vigor d'aquest, serà vàlida, i en el seu cas, es tindrà en compte per a completar els nous requisits de formació exigibles. En aquest sentit, la Disposició

⁹³ ESTEPA, F., *RD 980/2013, 13 diciembre: formación exigida y aseguramiento de responsabilidad de los mediadores concursales*, bloc jurídico de Francisco Estepa, desembre de 2013. Disponible a: <http://circulomercantil.blogspot.com.es> [última visita 4 d'abril de 2015].

transitòria primera, estableix l'acreditació temporal de la formació del mediador, que consisteix en què fins al dia 1 de juny de 2014 es podia acreditar la formació del mediador a través de la certificació de la seva inscripció en el registre de mediadors d'una Comunitat Autònoma.

CAPÍTOL III:ESTUDI COMPARAT DE LA MEDIACIÓ

1. BREU PANORÀMICA GENERAL

L'objecte d'aquest darrer capítol és intentar mostrar les diferències d'aplicació i regulació de la mediació en diversos països per tal d'entendre perquè aquest fenomen és molt més utilitzat en determinats països i, en canvi, en d'altres, com a Espanya, queda encara molta feina per fer.

Un dels factors que determinen que la utilització dels mitjans alternatius de resolució de conflictes, com ara la mediació, sigui més present en certs països que en d'altres, és l'entorn cultural⁹⁴. Per tant, una anàlisi comparada de la mediació, ha de tenir en compte l'entorn cultural juntament amb l'examen d'altres factors importants com són el context jurídic i el context socioeconòmic, tots ells seran explicats a continuació.

Per entorn cultural fem referència a les cultures i tradicions presents en els diferents països que fan que la mediació estigui més o menys estesa.

Durant el desenvolupament del treball, ja s'ha de posat de manifest que en països com el nostre, la cultura de mediació és pràcticament nul·la en comparació amb altres països, particularment si la comparació la realitzem amb els països anglosaxons, doncs als Estats Units i a Anglaterra, durant els últims anys, hi ha hagut un fort desenvolupament de la mediació. En canvi, en altres zones d'Europa, el desenvolupament s'ha produït d'una manera més lenta i desigual.

Més enllà de l'efecte ampli de la mediació als EUA i a Anglaterra, la mediació també està molt estesa en altres països, com és el cas de Japó. Japó, és un altre exemple on les solucions alternatives de resolució de conflictes estan molt arrelades, fins al punt que està mal vist per a la societat portar una controvèrsia davant els tribunals sense haver intentat, abans, resoldre'l a través d'alguna altre via pacífica de solució de conflictes. Aquesta circumstància de no intentar resoldre, abans, el conflicte per una altra via diferent a la judicial esdevé una forta condemna social, i això és com a conseqüència de

⁹⁴ ESTHER VILALTA, A., *Un excursus previ: l'estudi comparat de la mediació*, en Materials Jurídics del Llibre Blanc de la Mediació a Catalunya, Departament de Justícia, Generalitat de Catalunya, 2011, p. 33 a 42.

la història i mentalitat japonesa i asiàtica en general, que produeix, fins i tot, la renúncia per part dels ciutadans als seus drets subjectius per “amor a la pau”.⁹⁵

Si analitzem les diferents tradicions jurídiques, observem que la mediació s’ha anat regulant de forma similar. D’aquesta manera, tant els països de tradició jurídica anglosaxona com els països de tradició continental, han procedit a regular la mediació en termes molts semblants, amb l’objectiu de provocar una important aproximació de pràctiques.

Tot seguit faré una breu explicació de la mediació en aquestes tradicions jurídiques⁹⁶:

1. En la **tradició jurídica continental**, s’observa una acceptació creixent de la mediació que està provocant l’obertura del sistema judicial cap a altres mitjans de resolució de conflictes que es mostren adients per tal de proporcionar justícia entre els particulars. Un dels fets més característics d’aquesta tradició, de la qual en formen part països com França, Alemanya, Itàlia, Espanya, etc., és que els tribunals ostenten quasi de forma absoluta la funció de fer respectar l’ordre públic i fer complir les normes imperatives del dret, fins i tot, els tribunals poden operar d’ofici en defensa de l’interès públic o general. Aquesta realitat, fa que els propis tribunals es mostrin reticents a l’hora de promoure altres sistemes alternatius a la jurisdicció. Tot i així, cada vegada més s’observa un notable interès per a aquests mitjans alternatius. Aquest interès per promoure la mediació, també es posa de manifest amb la possibilitat d’atribuir efectes jurídics als acords assolits.
2. En la **tradició jurídica anglosaxona**, on en contraposició amb la tradició continental, els tribunals han vingut adoptant una posició més passiva i s’han mostrat més propensos a permetre a les parts la iniciativa del procés⁹⁷. Països que formen part d’aquesta tradició, serien Austràlia, EUA, Regne Unit i Nova Zelanda.

⁹⁵ SANDROCK, O., *Comparazione pratica*, Rassegna di Diritto Comparato, 2009, p. 235.

⁹⁶ En aquesta línia, entre altres autors, URY, W., *Alcanzar la paz: Resolución de conflictos y mediación en la familia, el trabajo y el mundo*, Barcelona, Paidós Ibérica, 2005, p. 110 a 125.

⁹⁷ Al Regne Unit, amb la reforma del procediment civil (*Woolf reform*) els tribunals han de facilitar a les parts l’ús d’ADR allà on resulti adequat. En el mateix sentit, a Nova Zelanda, a través de la *Judicature Act 1908*, s’autoritza als tribunals a desviar un assumpte a una ADR si compta amb el consentiment de les parts (*rule 442*).

Com a una expressió més del poder d'autonomia de la voluntat, els tribunals impulsen la mediació, i, també, s'ha produït una gran activitat legislativa per dotar a la mediació d'un marc legal adequat.

Als EUA, l'any 1990, es va aprovar la *Civil Justice Reform Act (CJRA)*, una norma l'objecte de la qual va ser afrontar els greus problemes derivats de l'elevat cost i retard dels processos judicials davant els tribunals federals. Amb aquesta norma, es va obligar als tribunals a desenvolupar un pla de despeses i reducció del retard en un període de tres anys, pla que autoritzaria l'ús dels ADR. Al 1998, també als EUA, es va aprovar l'*Alternative Dispute Resolution Act* que disposa l'obligació dels tribunals d'autoritzar l'ús d'ADR a totes les accions civils.

D'altra banda, el Regne Unit no ha regulat encara de forma de específica la mediació, tot i que ha estat utilitzada tradicionalment, juntament amb altres tècniques ADR, per tal de resoldre conflictes relatius a qüestions de família, negligència mèdica i relacions comercials, entre d'altres.

A Nova Zelanda, s'ha regulat amb intensitat la mediació en molts sectors, com per exemple, en matèria de família, d'arrendaments, de menors, educació, drets humans, salut, treball, construcció, protecció de boscos, etc.

3. El cas esmentat de Japó, i també, per exemple, Tailàndia, en ocasions es classifiquen en una tradició jurídica anomenada **mixta**, doncs els seus sistemes s'han nodrit d'ambdues tradicions, encara que formalment no s'adscriuen a una d'elles, sense que es pugui assenyalar cap particularitat pel que fa a la mediació.

Tal i com he posat de manifest en començar aquest capítol, un altre dels factors que no pot ser ignorat a l'hora de realitzar un estudi comparat de la mediació, és el context jurídic (context del dret processal).

El que és indiscutible és que els drets previstos en els ordenaments jurídics han de ser satisfets, per tant, no és suficient un reconeixement de drets i un ampli desenvolupament normatiu si el sistema en el seu conjunt (les normes processals, els sistemes de l'Administració de Justícia o el marc legal en general) no pot garantir el dret a la tutela efectiva, doncs el reconeixement de drets quedaria sense efecte. En aquest sentit l'article 6 de la Carta Europea de Drets Humans recull, també, el dret a la justícia efectiva en un temps raonable.

Des d'aquesta perspectiva, determinats sistemes jurídics occidentals, mostren importants problemes de caràcter processal per a posar en pràctica l'efectivitat dels drets reconeguts en els seus ordenaments⁹⁸. Un exemple és el de la tutela judicial en un temps raonable, que queda moltes vegades insatisfet degut al col·lapse de la justícia, que té el seu origen en la dificultat dels poders públics i del sistema en general per assumir l'augment dels conflictes.

Com a resposta a aquesta problemàtica, la mediació ha irromput amb força a molts països, cosa que ha provocat la necessitat d'establir una regulació per tal de dotar-la de disciplina pròpia. Es pot dir que la mediació ha sorgit per satisfer un conjunt de drets i així salvar els obstacles que suposa l'augment del temps utilitzat per a resoldre un conflicte i el cost dels processos judicials, sense deixar de banda el compromís de garantir en tot moment els principis claus de la mediació i dels altres mecanismes ADR. Paral·lelament i com hem pogut observar al llarg del treball, la força de la mediació passa, al mateix temps, per donar reconeixement legal als seus resultats.

En aquesta línia, els Estats han anat introduint diferents mecanismes d'institucionalització de la mediació en els seus sistemes jurídics⁹⁹:

1) En ocasions, establint que el mateix Ministeri de Justícia desenvolupi centres de mediació, com per exemple, a Singapur; o gestioni un registre de persones mediadores, tot certificant la idoneïtat de les mateixes; 2) Altres vegades, aquesta institucionalització o integració de la mediació s'ha dut a terme fomentant l'ús de la mateixa com un mitjà de resolució de conflictes de caràcter voluntari a través de campanyes institucionals d'informació i mesures de suport als centres; 3) En altres ocasions, disposant que determinats conflictes s'hagin de canalitzar necessàriament a través d'un mecanisme extrajudicial abans de sotmetre'ls als tribunals, com és el cas del que succeeix a Nova Zelanda; 4) De forma general, la institucionalització de la mediació s'ha portat a terme atorgant valor legal als acords assolits i atribuint-los força executiva una vegada han estat homologats per un jutge o tribunal¹⁰⁰.

⁹⁸ ESTHER VILALTA, A., *Un excursus previ: l'estudi comparat...*, p. 37-38.

⁹⁹ MILENA RIZO, S., *La institucionalización de la mediación como método alternativo de resolución de conflictos*, Universidad Industrial de Santander, 2013, p. 160 a 172.

¹⁰⁰ BLANCO, T., *¿Hacia la mediación obligatoria? Europa apuesta por descargar los juzgados*, elEconomista.es, 11 de març de 2014, Disponible a:

Tanmateix, aquestes quatre estratègies esmentades no són excloents entre elles, sinó que són complementàries, i per això, resulta molt freqüent que s'adopti simultàniament més d'una.

Finalment, cal analitzar el context social i econòmic on es desenvolupa la mediació per tal de poder entendre els diferents graus d'utilització en els diferents països. Sobre aquest aspecte, cal remarcar que, la mediació, emergeix amb força davant un context de crisi generalitzada del sistema judicial, que fa que aquest sigui incapaç d'absorbir la gran quantitat de litigis, i això s'ha de sumar, la prolongació en el temps dels processos judicials i el cost elevat dels mateixos. Els mitjans alternatius de resolució de conflictes han sorgit amb la finalitat d'acabar amb aquesta problemàtica. Dins el context social, també s'ha de tenir en compte la capacitat de la societat per vèncer tradicions en què s'ha vingut inculcant que la forma més eficaç de resoldre qualsevol conflicte és a través de la jurisdicció. En aquest sentit, podem incloure a Espanya, així com a la gran part d'Europa, tret, com sabem, del Regne Unit. Tot i que la forta crisi econòmica pot ser un condicionant que apropi la mediació a la ciutadania, doncs el seu cost és molt inferior al que té anar als Tribunals.

El fet que en altres països la mediació estigui molt més inculcada en la societat i el seu grau d'utilització sigui molt més elevat que a Espanya, pot ser a causa que en altres països, que veurem seguidament, s'han establerts diferents incentius amb l'objectiu de fomentar la mediació *versus* el procés judicial¹⁰¹:

- La negació a acceptar l'acord de mediació té incidència en les costes d'un procés posterior:

Aquest fet és present a Itàlia, on la llei italiana que regula aspectes de la mediació, a diferència de l'espanyola, regula la incidència que pot tenir, en matèria de costes en un procés judicial posterior, haver rebutjat la proposta formulada pel mediador, la qual aquest ha redactat tot seguint les instruccions de les dues parts. Tot i que perquè aquesta incidència es pugui donar, la proposta formulada pel mediador ha de coincidir amb la

<http://www.economista.es/legislacion/noticias/5609847/03/14> [última visita 28 de març de 2015]

¹⁰¹ TRIGO SIERRA, E., i MOYA FERNÁNDEZ, J.A., *La mediación civil y mercantil en España y en el derecho comparado: a propósito del Real Decreto-ley 5/2012*, Actualidad Jurídica Uría Menéndez / 32-2012, p. 110 i següents. Disponible a: <http://www.uria.com> [última visita 3 de maig de 2015].

resolució judicial. En aquests casos pot trencar-se la regla del venciment objectiu i no imposar-se les costes a la part vençuda si va ser la vencedora la que va rebutjar la proposta del mediador.

- Exempció o reducció de la taxa judicial i de les costes:

Un exemple d'on és d'aplicació aquest incentiu és a Bulgària, on les parts poden rebre un reemborsament del 50% de la taxa estatal ja abonada per tal de resoldre el conflicte davant els tribunals si el resolen finalment mitjançant la mediació. D'altra banda, si les parts resolen un conflicte jurídic pendent a través de la mediació, les legislacions romanesa i hongaresa preveuen el reemborsament total de les costes judicials.

Així mateix, tornant a la llei italiana de mediació, es preveu l'exempció de taxes i costes en tots els actes i acords assolits a través de mediació.

- Rebutjar injustificadament la proposta del mediador pot ser utilitzat com a prova en un procés posterior:

Aquest és un incentiu que trobem implantat a Itàlia per tal de promoure la mediació, que consisteix en què el jutge podrà deduir arguments de prova en un procés posterior contra aquelles parts que hagin rebutjat la proposta del mediador de forma injustificada.

- La mediació obligatòria:

Aquesta és una mesura implantada en alguns Estats membres on els seus sistemes judicials estan col·lapsats, i per solucionar aquesta problemàtica, han establert l'obligatorietat d'acudir a la mediació amb caràcter previ a un procés judicial. En aquests casos, els conflictes no poden sotmetre's davant els tribunals fins que les parts no hagin intentat resoldre la controvèrsia mitjançant la mediació.

Un clar exemple d'aquesta mesura és, altra vegada, Itàlia on sembla que amb la mediació obligatòria s'ha aconseguit l'objectiu de descongestionar els tribunals.

Es pot afirmar, que els països on la legislació va més enllà de la Directiva 2008/52/CE, de 21 de maig de 2008, com és el cas d'Itàlia, Bulgària i Romania, que han establert mesures com la implantació de la mediació obligatòria, s'han aconseguit resultats importants en la promoció de la mediació civil i mercantil.

➤ Incentius financers:

Per finalitzar amb els incentius, cal destacar els financers, doncs s'han aconseguit objectius importants amb l'establiment d'aquests incentius de caràcter econòmic.

És el cas de Bulgària, que ha mostrat un gran interès per a la mediació, doncs aquesta està present en el seu ordenament jurídic des de 1990 i el Centre de Solució de Conflictes porta des de 2010 oferint, diàriament, serveis gratuïts de mediació i informació a les parts que estan immerses en un procés judicial.

També gaudeix d'aquest incentiu Romania, on s'ha creat el Consell de Mediació, que és l'autoritat nacional per a la pràctica de la mediació amb un estatut d'òrgan autònom. Aquest Consell té assignades diferents funcions: la promoció de la mediació, expedir documents que acrediten la qualificació dels mediadors professionals, el desenvolupament de normes de formació, l'adopció d'un codi ètic i la formulació de propostes legals per tal de millorar la regulació.

2. Estudi d'alguns països en matèria de mediació

Ara, faré un recorregut per diferents països que, d'acord amb la seva tradició jurídica, contempnen el fenomen de la mediació¹⁰². Com ja és sabut, una dels països més avançats en la mediació és EUA, i per tant, serà el primer país al qual faré referència.

2.1. EUA

Doncs bé, en aquest país a partir del 1960 van prendre força les formes alternatives de resolució de conflictes a causa dels moviments de drets civils i dels canvis de la societat. L'augment de reclamacions judicials va provocar una sobrecàrrega dels tribunals i el Congrés va aprovar programes pilot per al desenvolupament dels ADR.

L'aparició i expansió d'aquests mitjans alternatius han suscitat diferents opinions. En sentit negatiu trobem un sector de la doctrina que posa de manifest els grans desavantatges de la mediació, argumentant la desigualtat present en l'accés a la informació i serveis de qualitat, la pèrdua de protecció de les classes més vulnerables, l'elecció de les regles que confereix avantatge a la part millor posicionada o a la que està més acostumada a recórrer a aquests sistemes de resolució de conflictes. Aquesta

¹⁰² ESTHER VILALTA, A., *El marco jurídico: derecho comparado*, Libro Blanco de la mediación en Cataluña, Departamento de Justicia, Generalitat de Catalunya, 2011, p.136 a 146.

crítica va més enllà, i posa èmfasi en el fet que molts dels problemes no poden ser resolts de forma amistosa per les parts pel desequilibri estructural¹⁰³. La conclusió d'aquesta posició és que aquests mètodes afavoreixen les desigualtats i provoquen, en alguns casos, el que s'anomena conformitats i no pas la diversitat d'opinions.

Trobem, també, una posició intermèdia, que és aquella que considera la mediació com un sistema complementari i no pas com un mètode alternatiu. Aquesta visió parteix des del punt de vista que la mediació és un sistema complementari, útil i una eficaç eina col·laboradora de la jurisdicció¹⁰⁴.

Una de les característiques que envolten la mediació als Estats Units, igual que succeeix a Espanya, és la confidencialitat. Característica a la qual han donat molta importància, tan és així, que es va aprovar una Llei, la *Uniform Mediation Act*. Aquesta llei va ser aprovada, exclusivament, per assegurar la confidencialitat, que té relació amb el fet de no utilitzar la informació obtinguda al llarg del desenvolupament de la mediació com a prova en els diferents processos legals que puguin venir posteriorment. S'estableix que la revelació de la informació tractada en el curs de la mediació, per part del mediador, dóna lloc a responsabilitat per violació del seu deure de silenci. Aquesta Llei va tenir un gran suport i va ser adoptada per varis Estats americans com, per exemple, el Districte de Columbia, Nebraska, nova Jersey, Ohio o Washington.

La naturalesa voluntària és una altra de les característiques centrals de la mediació als Estats Units. Malgrat que els jutges poden dirigir a les parts cap a una mediació, aquestes, un cop dins, decidiran participar-hi o no. Una dada important és la que s'extreu d'un estudi del *National Center for State Court/ State Justice Institute* que revela que els programes de mediació voluntària obtenen un índex més alt d'acords i satisfacció que aquells on la mediació resulta obligatòria¹⁰⁵. Però en matèria mèdica,

¹⁰³ MATTEI, U., i NADER, L., *When the Rule of Law is Illegal*, Blackwell Publishing, UK, 2008, p. 120 i següents.

¹⁰⁴ FRENCH, L. (amb altres), *Mediation: working papers on Media and Practice*, Creative Commons, EUA, 2010, p. 56 i següents.

¹⁰⁵ VARGAS PÁVEZ, M., *Mediación obligatoria. Algunas razones para justificar su incorporación*, *Revista de derecho (Valdivia)*, XXI, n°2, desembre del 2008, localització: ISSN 0718-0950 [última consulta 11 de maig de 2015].

alguns Estats com Wisconsin o Michigan, preveuen l'obligatorietat d'acudir a sistemes ADR.

Als Estats Units, la mediació gaudeix de gran flexibilitat, doncs les parts poden disposar del procés de mediació de manera àmplia: iniciar, suspendre, demanar informació, introduir a terceres persones perquè participin i anar a un jutjat per tal que resolgui sobre una qüestió substantiva. Igual que succeeix a Espanya, les parts poden posar fi al procediment de mediació en qualsevol moment.

Un dels altres punts essencials de la mediació als Estats Units, és, també, la transparència i la imparcialitat de les persones mediadores i dels organismes mediadors. Tan és així, que han proliferat varis estàndards, recomanacions i directrius per part d'associacions i centres de mediació amb la finalitat de garantir aquestes dues característiques bàsiques de la mediació presents també en l'ordenament jurídic espanyol.

Principalment, la mediació, en aquest país, és desenvolupada per associacions i entitats privades, com, per exemple *l'American Arbitration Association*, (AAA), *l'Internet Bar Association*, *l'American Bar Association (ABA)*, *JAMS services*, etc. Cada organització ha desenvolupat els seus propis reglaments, i algunes d'elles també han desenvolupat estàndards de pràctica, directrius, guies o principis. Els programes de mediació s'estenen a àmbits molt heterogenis com: matèries de caràcter militar, en matèria de separació i divorci, temes laborals, mediació escolar, mediació entre víctima i agressor, mediació en contractes de construcció, etc.

2.2. AUSTRÀLIA

Seguiré analitzant el cas d' Austràlia, que, igual que Estats Units, és un país avançat en temes de mediació. La flexibilitat és, també, una de les característiques bàsiques de la mediació en aquest país, doncs la llei és molt poc intervencionista i deixa molta llibertat a les parts per tal que siguin elles les que dissenyin el procés.

Les diferents reformes processals han permès que, a Austràlia, iniciat el procés, els jutges puguin convidar o obligar a les parts a iniciar un procés de mediació, que es materialitzarà fora del procés judicial¹⁰⁶. En aquests casos, el mediador serà nomenat

¹⁰⁶ PÉREZ MARTELL, R., *Mediación civil y mercantil en la administración de justicia*, 1ª edición, Valencia, Tirant lo Blanch, 2008, p. 58.

per les parts, i si falta acord, serà el jutge el que realitzarà el seu nomenament. Finalitzada la mediació, el mediador transmet el resultat al jutge tot preservant la confidencialitat de tot el procediment mediador.

A Austràlia, la mediació pot ser realitzada per professionals del dret que presten serveis de mediació en els seus despatxos o bé per organitzacions, ja siguin o no governamentals.

Pel que fa als àmbits als quals pot aplicar-se la mediació, son també, molt heterogenis, doncs s'utilitza, entre altres matèries, per a relacions veïnals, comunitàries, de caràcter familiar, consumidors, en temes arrendataris, responsabilitat mèdica, i fins i tot, en temes tan delicats com és en matèria dels abusos a menors, principalment quan es produeixen en el sí de la família. Per a dur a terme la mediació en aquest àmbit, compten amb un Departament dotat d'un programa dedicat a la mediació entre víctimes i agressors.

Una altra dada significativa és que en matèria d'arrendaments i en l'àmbit agrícola, Austràlia compta amb una normativa que imposa la participació obligatòria en programes de mediació.

2.3. LLATINOAMÈRICA

A Llatinoamèrica, els mètodes alternatius de resolució de conflictes també han tingut una càlida acollida. Els sistemes legals llatinoamericans, per haver heretat els esquemes jurídics espanyols i portugueses, compten amb una tradició jurídica continental o de *Civil Law*.

Per tal de facilitar l'ús de la mediació, en alguns països llatinoamericans, els tribunals i les Corts Supremes han adoptat mesures per unificar criteris d'actuació. Algunes lleis han previst, també, que el jutge pugui enviar a les parts, que estan immerses en un procés judicial, a una mediació que serà desenvolupada fora del procés, tot i que si no s'arriba a un acord serà el mateix jutge el que decidirà.

Una de les característiques de la mediació que es desenvolupa en aquesta zona geogràfica, igual que el que succeeix a Espanya, és la seva naturalesa consensual, que implica que ningú pot ser forçat a intervenir-hi. Una altra característica important és la

força executiva que es dóna als acords obtinguts a través de la mediació. En aquest sentit, a Argentina, els acords de mediació es comuniquen al Ministeri de Justícia, i si no es compleixen podran ser executats via procediment d'execució de sentència. Al Perú, per citar un altre exemple, el Centre de Conciliació verifica si els acords s'ajusten o no a la legalitat, i l'acta en què es recullen constitueix directament un títol executiu, circumstància que també es dóna a Colòmbia, Nicaragua, Costa Rica, Bolívia i Panamà¹⁰⁷.

Una de les coses a tenir en compte és que en els països llatinoamericans, els termes mediació i conciliació s'utilitzen de forma indistinta, i tot i que la nota característica per diferenciar les dues és la neutralitat del tercer, en el sentit de la no ingerència d'aquest en la imposició d'una solució, les diferents legislacions no la preveuen, sinó que apareixen en una posició juxtaposada. Serà doncs, depenent de la matèria sobre la que versí la mediació, que se li donarà aquesta terminologia o pel contrari, s'utilitzarà el terme "conciliació".

Es disposa que es podrà recórrer a la mediació per a resoldre totes aquelles matèries de caràcter dispositiu, tot i que, a la pràctica, la mediació resulta molt utilitzada en qüestions relatives a controvèrsies de caràcter comercial, en matèria de construcció, assegurances i serveis, i, bàsicament, en disputes de caràcter familiar.

Un altre dels països que cal destacar és Xile, on l'article 241 i següents del nou Codi Processal Penal preveuen que "la víctima i l'imputat podran convenir acords reparatoris". En aquest sentit, s'ha entès que aquests acords reparatoris poden assolir-se, a part de la mediació, per la negociació directe entre l'imputat i la víctima, per la negociació entre el fiscal i l'advocat en un marc de consultes informals amb les parts i també, partint d'un projecte d'acord elaborat per un tercer.

S'observa com el Fiscal hi té un paper molt important, doncs l'article 6 del Codi Processal Penal xilè, preveu que el Fiscal "té el deure de promoure acords patrimonials, mesures cautelars o altres mecanismes que facilitin la reparació del dany causat a la víctima".

¹⁰⁷ STELLA ALVAREZ, G., *La mediación en el panorama latinoamericano*. Disponible a: <http://sistemasjudiciales.org/content/jud/archivos/notaarchivo/667> [última visita 9 de maig de 2015].

Respecte als delictes objecte de mediació, es pot utilitzar aquest mitjà per a furt, lesions lleus i menys greus i per als delictes culposos, mentre que per als delictes de robatoris amb força en les coses i els delictes que afecten al patrimoni públic hi ha un mandat al Fiscal pel que haurà d'estudiar aquests casos detingudament, mentre que altres delictes com ara robatori amb violència o intimidació són exclosos de ser resolts a través de la mediació o qualsevol altre sistema alternatiu.

Per a l'inici de la resolució del conflicte a través d'algun sistema alternatiu com és la mediació, s'ofereixen tres possibilitats¹⁰⁸:

- La derivació del cas a la Unitat d'Assistència de Víctimes i Testimonis de la pròpia Fiscalia, ja sigui perquè aquesta informi sobre la conveniència de la mediació, o bé per a que iniciï el procés extrajudicial
- Recórrer a un servei de mediació aliè per complet a la Fiscalia
- Que sigui el mateix Fiscal el que ajudi en la negociació entre la víctima i l'imputat, sense deixar de banda que el Fiscal no és un tercer, ja que representa legalment l'interès públic en la persecució del delictes, cosa que l'incapacita per a actuar com a autèntic mediador

Per finalitzar amb l'explicació d'aquest país, vull posar de manifest una de les característiques que també forma part de la mediació penal a Xile i que és la confidencialitat, tot i que només es troba recollida indirectament en l'article 335 del Codi ja citat. Aquest article estableix, literalment, que “no es podrà invocar, donar lectura ni incorporar com a mitjà de prova al judici oral cap antecedent que tingués relació amb la proposició, discussió, acceptació, procedència, rebuig o revocació d'una suspensió condicional del procediment, d'un acord reparatori o de la tramitació d'un procediment abreujat”.

2.4 FRANÇA

Si dirigim la mirada cap a França, observem com la mediació va sorgir, com en altres països, amb la finalitat de solucionar extrajudicialment els conflictes on les parts gaudeixen d'una àmplia discrecionalitat. A França, els “mediateurs” i els “cociliateurs” ocupen un espai natural dins del dret civil, són figures conegudes socialment i gaudeixen de reconeixement. Des de la dècada dels 80 cal parlar ja de la presència de la

¹⁰⁸ STELLA ALVAREZ, G., *La mediación en el panorama...*

mediació penal, tot i que de forma experimental i amb un escàs suport legal. Posteriorment, des del 1993, es pot parlar d'un suport legal que va suposar la reforma de l'article 41 del Codi de Procediment Penal. Es van estendre les conciliacions al Dret Penal sempre i quan es tractés d'infraccions lleus i hi hagués hagut una petició prèvia del fiscal. Tot i que el suport més important a la mediació va tenir lloc, poc després, quan es va incorporar a l'article 41 del citat Codi, a través de la Llei 93.2, de 4 de gener de 1993, el següent paràgraf:

“El Fiscal pot, amb caràcter previ a la seva decisió sobre l'acció pública i amb l'acord de les parts, recórrer a la mediació si considera que aquesta mediació és susceptible d'assegurar la reparació del dany causat per la víctima, de posar fi al problema resultant de la infracció i de contribuir a la rehabilitació de l'autor de la infracció”.

Al cap d'uns anys, al 1996, es va promulgar el Reial Decret 96/305, de 10 d'abril de 1996, que es va ocupar de les persones físiques i jurídiques habilitades per a la mediació i tot el relatiu als requisits formals que havien de complir-se.

Observem com els requisits o característiques de la mediació penal a França són els mateixos que regeixen qualsevol mediació en qualsevol altre país¹⁰⁹:

- Voluntarietat de les parts per acceptar el procés
- Llibertat per apartar-se del mateix en qualsevol moment
- Neutralitat del mediador
- Confidencialitat en tot el que no sigui el resultat del procediment
- Gratuïtat per a les parts, tot i que aquest requisit no sempre és present en tots els països
- Respecte als drets de les parts

Fins a aquest moment es tracta d'una mediació extraprocessal o, si es prefereix, extrajudicial, doncs la mediació seria una “desviació” acordada pel fiscal i que es porta a terme a través d'un mediador professional.

Actualment i a través de la Llei 2006/399, de 4 d'abril de 2006, s'ha consolidat la mediació exercida pel Fiscal, és a dir, on els mediadors són fiscals o jutges.

¹⁰⁹ MANZANARES SAMANIEGO, J.L., *Mediación, reparación y conciliación...* p. 171.

A França, la mediació ha estat ben acceptada, tant socialment com per part dels penalistes francesos. Aquesta acceptació social pot ser per la tasca realitzada pel Ministeri de Justícia, que l'ha impulsat decididament fins que es va estendre per tot el territori nacional.

Seguidament, faré una breu anàlisi de les etapes del procediment de mediació. Consta de cinc etapes, en la primera d'elles hi té lloc la presa de contacte, telefònic o a través de la citació de les parts implicades; la segona etapa és on el mediador s'entrevistarà separatament amb cadascuna de les parts, els hi explicarà en què consisteix la mediació i coneixerà les diferents visions dels fets; en la tercera, es fa una reunió conjunta per tal que cada part exposi el seu punt de vista sobre els fets perquè quedi ben delimitat quin és el punt de desacord; en la quarta etapa és on el mediador té més importància, doncs ha de procurar que les diferents reunions siguin pacífiques i fructíferes. Ha de guiar a les parts perquè siguin capaces d'encaminar els seus punts de vista cap a la consecució d'un acord; i, finalment, la cinquena etapa correspon a l'acord de mediació, on s'inclourà la indemnització i l'oferiment de les disculpes.

Els delictes on més s'utilitza la mediació són els furts, petits robatoris i danys, etc., tot depenent de la zona de França en la que ens trobem, tot i que sempre estan exclosos aquells delictes més greus. També es molt freqüent recórrer a la mediació per a resoldre conflictes familiar, com és el cas de l'impagament de pensions alimentàries o la desobediència en el règim de visites dels fills.

2.5 BÈLGICA

Un altre dels països als quals m'agradaria fer referència és Bèlgica, on la mediació penal va ser reconeguda, després d'un període experimental, amb la Llei de 10 de febrer de 1994, que introdueix en el Codi d'Enjudiciament Criminal un nou article: el 216 ter. En virtut d'aquest nou article el Fiscal pot realitzar determinades propostes en el cas que la pena prevista no superi els dos anys de presó. Les propostes previstes en aquest article 216 ter són les següents:

- La reparació dels danys causats a la víctima
- L'orientació cap a un tractament mèdic o teràpia si el delinqüent fa referència a una malaltia o dependència a l'alcohol o a les drogues com a responsables de la seva conducta

- L'orientació cap a un programa de formació amb una durada de fins a 120 hores
- La prestació de serveis en benefici de la comunitat fins a un màxim de 120 hores

Tot i que només la primera de les opcions és la que fa referència a la mediació, doncs en les altres tres no existeix una relació entre persones concretes, tot i que són beneficioses per al conjunt de la societat.

El desenvolupament de la mediació penal a Bèlgica, correspon als treballadors socials els qual actuen com a “assistents de la mediació”. Així mateix, per a coordinar la tasca d'aquests assistents, es compta, als tribunals superiors, amb criminòlegs anomenats “consellers de la mediació”.

A Bèlgica trobem quatre models de mediació¹¹⁰:

1) Mediació penal en la fase d'instrucció. Aquest model neix amb la Llei 19 de 1994 i, conforme al principi d'oportunitat, faculta al fiscal per a seleccionar els casos susceptibles de ser mediats amb independència del tipus de delicte, però sempre i quan la pena prevista per als mateixos no sigui superior a dos anys de presó. Si la mediació finalitza amb un acord, i aquest acord es compleix, el fiscal arxivarà l'acció pública, tot i que la víctima, si així ho desitja, podrà reclamar una indemnització davant la jurisdicció civil. Aquest tipus de mediació no podrà tenir lloc quan l'agressor ja hagi estat detingut o estigui privat de llibertat.

2) Mediació de reparació. Aquest programa va sorgir com a conseqüència del desenvolupament d'un projecte pilot realitzat per la Universitat de Lovaina al 1993, és un programa per adults aplicable a tot tipus de delictes. Aquest model s'aplica en l'àmbit de la determinació de la pena realitzada pel tribunal. Una vegada seleccionat el cas, el fiscal convida a la víctima i a l'agressor a reunir-se amb el mediador i a col·laborar voluntàriament per arribar a una solució satisfactòria. La mediació s'estableix el més ràpid possible i el procediment s'haurà de realitzar en un període breu, que oscil·larà entre els dos i tres mesos. Durant la realització d'aquesta mediació de reparació el jutge no perd la seva jurisdicció i, un cop signat l'acord, aquest procedirà a jutjar a les persones involucrades tenint en consideració l'acord.

¹¹⁰ DE DIEGO VALLEJO, R. i GUILLÉN GESTOSO, C., *Mediación: Proceso, tácticas y técnicas*, 3ª edició, Madrid, Pirámide, 2010, p. 214 a 217.

3) Mediació en detenció. Aquest programa, nascut també al 1993 com a projecte d'investigació per la Universitat de Lovaina, s'aplica en presons amb l'objectiu de reparar el dany durant el compliment de la pena. L'objectiu principal d'aquest programa és, a part de reparar el dany causat a la víctima, preparar al condemnat per a la seva reintegració en la societat. Després de tres anys funcionant com a experiència pilot es va adoptar de forma definitiva al 1996.

4) Mediació en la fase policial. Aquest programa es va iniciar als anys vuitanta en l'àmbit flamenc i dins de la regió de Brussel·les. En aquest cas, el mediador es fa càrrec de les demandes de caràcter lleu per intentar solucionar la controvèrsia entre les parts. Com a conseqüència de l'èxit d'aquesta mediació, l'experiència s'ha estès a diverses regions com, per exemple, a Etterbeek, Jette i Lovaina.

CONCLUSIONS

- 1) La mediació és un mètode informal i no preestablert en el seu desenvolupament, és a dir, a diferència de qualsevol procés, la mediació és flexible pel que fa al seu desenvolupament. La mediació és un sistema de solució de conflictes complementari al jurisdiccional. És un sistema extrajudicial, autocompositiu, voluntari i on hi intervé un tercer neutral, el mediador. L'objectiu de la mediació és arribar a una solució pacífica dels conflictes. El fet de ser un mecanisme voluntari i que arribar a un acord depèn del consens entre les parts, produeix que aquests acords assolits a través de la mediació tinguin un alt grau de compliment.
- 2) Malgrat que l'article 117.3 CE atribueix, en exclusiva, al Poder Judicial la funció de jutjar i fer executar allò jutjat, s'ha reconegut que "jutjar" no és l'única forma de resoldre conflictes.
- 3) La mediació no pot ser considerada com una teràpia, ja que aquesta va dirigida a aconseguir una solució del conflicte sense indagar en les causes internes d'aquest.
- 4) Les característiques que defineixen la mediació són: la complementarietat, el seu caràcter extrajudicial, alternatiu i autocompositiu.
- 5) La mediació ha de seguir uns principis, que són: igualtat de les parts, la voluntarietat, el caràcter personalíssim i la confidencialitat.
- 6) La mediació es desenvolupa sobre tres eixos: la deslegalització, la desjudicialització i la desjuridificació.
- 7) Un cop dins de la mediació trobem tres etapes principals: la pre-mediació, on tindrà lloc la prestació del consentiment de les parts, la tria del mediador i la posada en coneixement a les parts, de tota la informació relativa al desenvolupament de la mediació; la mediació, on es produirà tot el desenvolupament de la mateixa, amb la fixació del conflicte, la negociació i finalment, si s'escau, la formalització de l'acord que posarà fi a la controvèrsia; i la post-mediació, on es produeix el seguiment per part del mediador dels acords conclusos en la mediació, l'execució i el compliment per les parts d'aquests acords.
- 8) El mediador és una peça clau de la mediació, la seva professionalitat influirà de manera important en la consecució d'un acord satisfactori. El mediador, com a

professional s'ha de regir per una sèrie de principis: independència i neutralitat, imparcialitat, confidencialitat i bona fe i ha de comptar amb una formació específica que l'habiliti per a l'exercici de la funció mediadora.

- 9) Els orígens de la mediació es situen en els inicis de la humanitat, quan l'home començava a viure en comunitat: la intervenció d'una tercera persona per resoldre els conflictes entre diferents parts s'ha donat en moltes cultures des del principi de la humanitat. Aquest tercer que realitzava la funció de mediador, solia ser l'individu de més prestigi i respecte dins de la mateixa comunitat.
- 10) La mediació forma part del moviment "Alternative Dispute Resolution" (ADR) que va sorgir als EEUU als anys setanta com a conseqüència del col·lapse dels tribunals, de la crisi de l'Estat social i de la percepció ciutadana de la falta de mecanismes privats per a resoldre les controvèrsies i de la incapacitat del sistema judicial per a garantir una justícia per a tothom. A Europa, la incorporació del moviment ADR s'ha fet esperar, amb l'excepció del Regne Unit, i s'ha vinculat a l'experiència nord-americana.
- 11) La mediació familiar sorgeix als Estats Units i Canadà als anys seixanta, i en la dècada següent s'estén de forma molt ràpida a Anglaterra, França, Bèlgica, Itàlia i a Hispanoamèrica. A Espanya, els primers serveis de mediació familiar apareixen al 1990 a Madrid, Barcelona i a la Comunitat Autònoma Basca. A Catalunya, la Llei 1/2001 de 15 de març de mediació familiar, va suposar una gran innovació en l'àmbit de família. Aquesta llei va inspirar a altres Comunitats Autònomes per legislar sobre aquesta matèria.
- 12) La Directiva 2008/52 de 21 de maig de la Unió Europea sobre certs aspectes de la mediació en assumptes civils i mercantils, va impulsar la Llei 15/2009 de 22 de juliol de Catalunya de mediació en l'àmbit del dret privat, llei que amplia el seu àmbit d'aplicació a conflictes en l'àmbit del dret privat i fins i tot en l'àmbit del dret públic. Aquesta llei deroga la Llei 1/2001 de 15 de març de mediació familiar. La novetat més important que incorpora La Llei 15/2009, de 22 de juliol, de mediació en l'àmbit del dret privat de Catalunya, en relació amb la derogada llei 1/2001 de mediació familiar, és l'ampliació dels supòsits en què la mediació pot ser aplicada i, també, la reducció de la durada de la mediació.
- 13) Respecte a la mediació penal a Espanya, només s'ha regulat la mediació en l'àmbit de la justícia de menors. A nivell de la Unió Europea hi han hagut polítiques per regular la mediació en l'àmbit penal: Recomanació R (99) 19 del

Comitè de Ministres del Consell d'Europa sobre mediació penal; la Decisió Marc 2001/220/JAI, de 15 de març de 2001, relativa a l'estatut de la víctima en el procés penal, que imposa a Espanya, com a membre de la Unió Europea, l'obligació d'impulsar la mediació en les causes penals; i l'actual Directiva 2012/29/UE, de 25 d'octubre de 2012, del Parlament Europeu i del Consell per la que s'estableixen normes mínimes sobre els drets, recolzament i la protecció de les víctimes de delictes, i per la que es substitueix la citada Decisió marc 2001/220/JAI. L'actual Directiva posa de manifest la preocupació europea en relació a la formació que han de tenir els mediadors i, també, vol incorporar tècniques utilitzades en altres cultures i establir mecanismes per fomentar la mediació.

- 14) La regulació de la mediació en l'àmbit penal troba diferents obstacles: la falta de tradició, la poca acceptació social i la figura del Ministeri Fiscal, que té la funció pública de perseguir els delictes i dificulta que aquests puguin ser tramitats a través de la mediació. Un altre dels problemes que sorgeixen al voltant de la mediació penal és el relatiu a la presumpció d'innocència, però hem vist que malgrat la submissió del subjecte a la mediació aquesta no quedaria vulnerada, doncs la mediació és voluntària.
- 15) Malgrat totes les situacions controvertides que envolten la mediació en l'àmbit penal, s'han portat a terme, a Espanya, diferents experiències pilot, com és el cas de Catalunya, Madrid i la Rioja, que han donat resultats satisfactoris.
- 16) Quant a la mediació concursal, es preveu la possibilitat d'iniciar un procediment per arribar a un acord extrajudicial de pagaments, l'objectiu del qual és el d'elaborar un pla de pagaments viable que faci possible el manteniment de l'activitat empresarial o professional de l'empresari sol·licitant.
- 17) Amb l'augment de la tendència que molts ciutadans no poden fer front a la seva hipoteca com a rerefons va entrar en vigor, entre d'altres, la Llei 20/2014, del 29 de desembre, per a la millora de la protecció de les persones consumidores en matèria de crèdits i préstecs hipotecaris, vulnerabilitat econòmica i relacions de consum, que modifica la Llei 22/2010, del 20 de juliol, del Codi de Consum de Catalunya. L'objectiu d'aquesta recent llei és reforçar els mecanismes de resolució extrajudicial de conflictes en matèria de consum i així evitar la judicialització de processos, tot augmentant les característiques de les persones consumidores en la contractació de crèdits hipotecaris. S'ha establert

l'obligatorietat d'acudir a la mediació amb caràcter previ a la interposició d'una demanda d'execució hipotecària d'un habitatge habitual. Catalunya des del 2010 compta amb un servei de mediació hipotecària entre particulars i entitats financeres anomenat *Ofideute*. Aquest servei actua de forma gratuïta assessorant i realitzant funcions d'intermediació hipotecària a les famílies que no poden fer front al seu deute hipotecari i que estan en risc de perdre el seu habitatge habitual.

- 18) Espanya, es situava, fins fa poc, en l'últim lloc de la llista de països que impulsaven mecanismes de mediació, però amb la promulgació al 2012, en primer lloc, del Reial Decret-llei 5/2012, de 5 de març, de mediació en assumptes civils i mercantils, i, en segon lloc, de la Llei 5/2012, de 6 de juliol, de mediació en assumptes civils i mercantils es va produir un notable canvi.
- 19) Amb la Llei 5/2012, de 6 de juliol, de mediació en assumptes civils i mercantils, un dels aspectes més importants que es regula és el d'establir mecanismes d'homologació per donar força executiva als acords assolits en la mediació, fet que, juntament amb altres aspectes, ha provocat la modificació de diversos articles de la LEC.
- 20) L'esmentada llei 5/2012 presentava alguns buits, com el relatiu a la formació que ha de tenir la persona mediadora i el desconeixement social, aspectes que han estat resolts a través del Reial Decret 980/2013, de 13 de desembre, pel que es desenvolupen determinats aspectes de la Llei 5/2012, de 6 de juliol, de mediació en assumptes civils i mercantils, en el qual s'estableix de forma precisa la formació que han de tenir els mediadors així com la formació continuada que aquests hauran de rebre, crea un Registre de Mediadors i d'Institucions de Mediació, imposa l'obligació de subscriure una assegurança de responsabilitat civil per tal de poder exercir com a mediador i estableix un procediment simplificat de mediació per mitjans electrònics
- 21) Espanya és un dels països on la mediació hi troba més obstacles, i això és a causa de tres factors: l'entorn cultural, el context jurídic i el context socioeconòmic.
- 22) Els països de tradició jurídica continental, com és el cas d'Espanya, són els països on la mediació ha arribat amb posterioritat, tot i que s'està experimentant un creixement important. Mentre que la mediació en els països de tradició anglosaxona gaudeix, per la seva cultura, context jurídic i socioeconòmic, d'una

llarga tradició. Per tant, els factors que determinen la utilització de la mediació sigui més present en certs països que en d'altres són: l'entorn cultural, el context jurídic i el context socioeconòmic.

- 23) Als Estats Units i a Anglaterra, durant els últims anys, hi ha hagut un fort desenvolupament de la mediació. En canvi, en altres zones d'Europa, el desenvolupament s'ha produït d'una manera més lenta i desigual.
- 24) Al Japó, les solucions alternatives de resolució de conflictes estan, també, molt arrelades, fins al punt que no intentar resoldre, prèviament, el conflicte per una altra via diferent a la judicial esdevé una forta condemna social.
- 25) En altres països s'han establerts diferents incentius amb l'objectiu de fomentar la mediació *versus* el procés judicial: incentius financers, exempció o reducció de la taxa judicial i de les costes, imposar la mediació com a obligatòria i establir que la negació a acceptar l'acord de mediació té incidència en les costes d'un procés posterior.
- 26) A Austràlia, la mediació s'utilitza, fins i tot, en temes tan delicats com els casos d'abusos a menors, principalment quan es produeixen en el sí de la família.
- 27) A Espanya queda molta feina per fer, doncs ens trobem davant d'unes institucions que fins fa ben poc no havien mostrat molt interès per a promoure la mediació, ja que fins al 2012 que sorgeix la Llei 5/2012, de 6 de juliol, de mediació en assumptes civils i mercantils, no hi havia massa mecanismes per impulsar la mediació.
- 28) D'altra banda, cal conscienciar a la ciutadania que hi ha molts problemes presents en la vida diària de les persones que, de sotmetre'ls a mediació, es guanyaria en temps, esforços i diners. Cal establir més mecanismes que siguin efectius per combatre el desconeixement social que envolta la mediació. Conscienciar a la ciutadania que la mediació és una forma ràpida, directa i més econòmica de solucionar un ampli ventall de conflictes.

BIBLIOGRAFIA

ALBA ISASI, J., Artículo Doctrinal: *Estudio de la mediación como sistema alternativo de resolución de controversias, análisis de la Ley 5/2012, de 6 de julio*, Noticias jurídicas, maig 2013.

ALCALÀ-ZAMORA Y CASTILLO, N., *Proceso, autocomposición y autodefensa*, 2ª edició, Mèxic, 1970.

ÁLVAREZ SACRISTÁN, I., *El futuro de la mediación preprocesal*, Diario La Ley, núm. 667, 2007.

ARMENTA DEU, T., *Lecciones del derecho procesal penal*, Setena edició, Barcelona, Ed: Marcial Pons, 2013.

ARMENTA DEU, T., *Sistemas procesales penales. La justicia penal en Europa i América*, Madrid, 2012.

BARONA VILAR, S., en *Solución Extrajudicial de conflictos*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 1999.

BARONA VILAR, S., *Mediación en asuntos civiles y mercantiles en España. Tras la aprobación de la Ley 5/2012, de 6 de julio*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2013.

BLANCO CARRASCO, M., *Mediación y sistemas alternativos de resolución de conflictos. Una visión jurídica*, Madrid, 2008.

CAMPO IZQUIERDO, A.L., *La mediación familiar como complemento del proceso judicial de familia: análisis comparativo de las distintas leyes de mediación familiar*, Revista de Derecho de Familia, 26/2005.

CIURANA, A., *La mediación civil y mercantil: una asignatura pendiente en España (A propósito de la Propuesta de directiva sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles)*, Actualidad jurídica Uría Menéndez, núm. 12, 2005.

DARNACULLETA, M. i CEREIJO, A., *Mediació, autoregulació i justícia de proximitat*, Centre d'Estudis Jurídics i Formació Especialitzada, Generalitat de Catalunya, 2007.

DE DIEGO VALLEJO, R. I GUILLÉN GESTOSO, C., *Mediación: Proceso, tácticas y técnicas* (3ª edición), Madrid, Ed: pirámide, 2010.

DOMÍNGUEZ RUIZ, L., *La mediación civil y mercantil en Europa: estudio comparado del Derecho italiano y español*, Revista Aranzadi Doctrinal, núm. 11/2012.

ESTEPA, F., *RD 980/2013, 13 diciembre: formación exigida y aseguramiento de responsabilidad de los mediadores concursales*, bloc jurídico de Francisco Estepa (Advocat), desembre de 2013.

ESTEVE PARDO, J., *Técnica, riesgo y Derecho, Tratamiento del riesgo tecnológico en el Derecho ambiental*, Barcelona, Ariel Derecho, 1999.

ESTHER VILALTA, A., *Un excursus previ: l'estudi comparat de la mediació*, en *Materials Jurídics del Llibre Blanc de la Mediació a Catalunya*, Departament de Justícia, Generalitat de Catalunya, 2011.

FÁBREGA RUIZ, C., *La mediación intrajudicial. Una forma de participación del ciudadano en la justicia*, Revista del Colegio de Abogados de Jaén.

GALEOTE MUÑOZ, M.P., *La mediación: Sistemas de solución extrajudicial de conflictos*, coord., R. Hinojosa Segovia, Madrid, 2006.

GARCIA PRESAS, I., *El procedimiento de la mediación familiar*, Actualidad Civil, núm. 8, 2009.

GARCÍA-ROSTÁN CALVIN, G., *Mediación on -line*, en *Presente y futuro de la e-justicia en España y la Unión Europea*, Navarra, Thomson Reuters, 2010.

GIL NIEVES, R., *La Directiva 2008/52/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de mayo de 2008 (LCEur 2008, 803) sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles*, Actualidad Jurídica Aranzadi, núm. 768/2008.

GONZÁLEZ CANO, M^ªI., *Los métodos alternativos de resolución de conflictos*, Mediación y solución de conflictos, Madrid, Tecnos, 2007.

HERNÁNDEZ GARCÍA, J., *Sistemas alternativos a la resolución de conflictos (ADR): la mediación en las jurisdicciones civil y penal*, Documento de trabajo 110/2007, Fundación alternativas.

HINOJOSA SEGOVIA, R., *Sistemas de solución extrajudicial de conflictos*, Madrid, Ed: Ramón Areces, 2006.

HUALDE MANSO, T., en «*Del Proyecto Caamaño al Proyecto Gallardón sobre mediación en asuntos civiles y mercantiles*», en *Aranzadi Civil-Mercantil*, núm. 2/2012.

LASHERAS HERRERO, P., *Mediación familiar: oralidad y principios del procedimiento*, *Oralidad y escritura en un proceso civil eficiente*, Vol. II, Valencia, F. Carpi-M. Ortells edits., 2008.

MANZANARES SAMANIEGO, J.L., *Mediación, reparación y conciliación en el Derecho Penal*, Granada, Ed: comares, 2007.

MARCOS FRANCISCO, D., *Principales novedades del Real Decreto-Ley 5/2012, de 5 de marzo, de mediación en asuntos civiles y mercantiles*, Actualidad Civil, nº 15-16, Ed: LA LEY, 2012.

MARTÍN DIZ, F., *Alternativas extrajudiciales para la resolución de conflictos civiles y mercantiles: perspectivas comunitarias*, Diario La Ley, núm. 6480.

MARTÍN DIZ, F., *La Mediación: sistema complementario de Administración de Justicia*, Premio Rafael Martínez Emperador 2009, CGPJ, 2010.

MARTÍN-CASALS, M., *La comediación como modelo*, Materials jurídics del Llibre Blanc de la Mediació a Catalunya, col·lecció: justícia i societat, núm. 32, Generalitat de Catalunya, 2011.

Materials jurídics del Llibre Blanc de la Mediació a Catalunya, Generalitat de Catalunya, Departament de Justícia. Centre d'Estudis Jurídics i Formació Especialitzada, Col·lecció Justícia i Societat, núm. 32, 2011.

MATTEI, U., NADER, L., *When the Rule of Law is Illegal*, Blackwell Publishing, 2008.

MOORE, C., *El proceso de Mediación: Métodos prácticos para la resolución de conflictos*, Barcelona, Ediciones Granica, 1995.

MOSCARDO-VARA DE REY, M y VEGAS TORRES, J., *La mediación en asuntos civiles y mercantiles: un reto para los profesionales del derecho, breve comentario acerca del Real Decreto-Ley 5/2012*, diariojurídico.com, 2012.

NOVILLO CORVALÁN, M., (amb altres), *Manual de derecho procesal penal*, Universidad Nacional de Córdoba, 2010.

ORMAZABAL SÁNCHEZ, G., *Introducción al Derecho Procesal*, quarta edició, Ed: Marcial Pons, 2012.

ORTUÑO MUÑOZ, P., *El proyecto de Directiva europea sobre mediación*, Cuadernos de Derecho Judicial, Nº 5, 2005.

PELAYO LAVÍN, M., *La mediación como vía complementaria de resolución de conflictos*, Departamento de Derecho Administrativo, Financiero y Procesal, Universidad de Salamanca, 2011.

PEREIRA PUIGVERT, S., *La audiencia previa al juicio: análisis de sus funciones. Especial referencia a la Ley 5/2012 de mediación en asuntos civiles y mercantiles y al Décret nº2012-66 de résolution amiable des différends. The pretrial hearing: análisis of their functions. Special reference to mediation*, Revista Vasca de Derecho Procesal y Arbitraje, Tomo XXV, 2013.

PEREIRA PUIGVERT, S. *Normas mínimas para las víctimas de delitos: análisis de la directiva 2012/29/UE. Especial referencia al derecho de información y apoyo*, Revista General de Derecho Europeo 30, 2013.

PEREIRA PUIGVERT, S., *Actualidad civil*, Revista jurídica de doctrina y jurisprudencia civil, mercantil y procesal, La Ley, nº11.

PÉREZ DAUDÍ, V., *La relación entre la mediación en asuntos civiles y mercantiles y el proceso civil*, Revista de Derecho Mercantil núm. 283/2012.

PÉREZ MARTELL, R., *Mediación civil y mercantil en la administración de justicia*, 1ª edición, Valencia, Tirant lo Blanch, 2008.

PUJADAS TORTOSA, V., *Los ADR en Estados Unidos. Aspectos destacables de su regulación jurídica*, Revista de la Corte Española de Arbitraje, 2003.

REES, C., *Mediation in Business-Related Human Rights Disputes: Objections, Opportunities and Challenges*. Corporate Social Responsibility Initiative Working Paper No. 56, Cambridge, 2010.

ROBAINA ESPINOSA, E., *Comentario al Real Decreto 980/2013, de 13 de diciembre, por el que se desarrollan determinados aspectos de la Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles*, Article de Dret Civil, La Ley.

RODRÍGUEZ LLAMAS, S., en «La directiva 2008/52/CE, sobre mediación en asuntos civiles y mercantiles», Revista de Derecho Patrimonial núm. 25, 2010.

ROLDÁN BARBERO, H., *La mediación penal: entre el orden legal y la voluntad de mejora*, Revista Penal, nº11, 2003.

SÁNCHEZ MARTÍN, P., *Incidencia de la mediación en el proceso civil*, Revista de Derecho Procesal civil y mercantil, nº 98-99, nov.-dic. 2012.

SANDROCK, O., *Comparazione pratica*, Rassegna di Diritto Comparato, 2009.

SASTRE PELÁEZ, A.J., *Principios generales y definición de la mediación familiar: Su reflejo en la legislación autonómica*, Diario de La Ley, núm. 5478, 2002.

SUQUET CAPDEVILA, J., *Proveïdors i serveis d'Online Dispute Resolution (ODR)*, Materials Jurídics del Llibre Blanc de la Mediació a Catalunya, Vol. 2, Col·lecció: Justícia i societat, 33.

TALAVERO CABRERA, V., *Nuevo procedimiento de resolución de conflictos. Manual práctico de mediación*, Madrid, Ed: Cultiva libros, 2013.

TAMAYO HAYA, S., *Mediación en asuntos civiles y mercantiles: Comentarios a la Ley 5/2012*, Madrid, Ed: Reus, S.A., 2012.

TOHARIA CORTES, J.J., *La imagen de la justicia en la sociedad española*, Opinión pública y justicia, CGPJ, Madrid, 2001.

URY, W., *Alcanzar la paz: Resolución de conflictos y mediación en la familia, el trabajo y el mundo*, Barcelona, ED: Paidós Ibérica, 2005.

VERGER GRAU, J., *Una modalidad alternativa al ejercicio de la acción penal*, Revista del poder judicial, número especial XIX.

VINYAMATA, E., *Mediación y resolución de conflictos*, Barcelona, Ed: Ediuoc, 1999.

VIOLA DEMESTRE, I., *La confidencialitat en el procés de mediació*, Revista d'Internet, Dret i Política, 2010.

KATSH, E., RIFKIN, J., *Online Dispute Resolution: Resolving Conflicts in Cyberspace*, Jossey-Bass, 2001.

ANNEX JURISPRUDENCIAL

Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado

Documento BOE-A-2014-10212

Pleno. Sentencia 142/2014, de 11 de septiembre de 2014. Recurso de inconstitucionalidad 4806-2009. Interpuesto por el Gobierno de la Comunidad de Madrid respecto de los artículos 4 y 5 del Real Decreto-ley 1/2009, de 23 de febrero, de medidas urgentes en materia de telecomunicaciones. Competencias en materia de consumo y régimen energético; límites a los decretos-leyes: constitucionalidad de la regulación de la oficina de defensa del consumidor en la Comisión Nacional de Energía.

- **Publicado en:**
«BOE» núm. 243, de 7 de octubre de 2014, páginas 165 a 177 (13 págs.)
- **Sección:**
Suplemento del Tribunal Constitucional
- **Departamento:**
Tribunal Constitucional
- **Referencia:**
BOE-A-2014-10212

TEXTO

El Pleno del Tribunal Constitucional, compuesto por doña Adela Asua Batarrita, Presidenta; don Luis Ignacio Ortega Álvarez, doña Encarnación Roca Trías, don Andrés Ollero Tassara, don Fernando Valdés Dal-Ré, don Juan José González Rivas, don Santiago Martínez-Vares García, don Juan Antonio Xiol Ríos, don Pedro José González-Trevijano Sánchez, don Ricardo Enríquez Sancho y don Antonio Narváez Rodríguez, Magistrados, ha pronunciado

EN NOMBRE DEL REY

la siguiente

SENTENCIA

En el recurso de inconstitucionalidad núm. 4806-2009, interpuesto por el Letrado de la Comunidad de Madrid, en la representación que ostenta, contra los artículos 4 y 5 (capítulo III) del Real Decreto-ley 1/2009, de 23 de febrero, de medidas urgentes en materia de telecomunicaciones. Ha comparecido y formulado alegaciones el Abogado del Estado, en la representación que le es propia. Ha sido Ponente el Magistrado don Santiago Martínez-Vares García, quien expresa el parecer del Tribunal.

I. Antecedentes

1. Mediante escrito registrado en el Tribunal Constitucional el 22 de mayo de 2009, el Letrado de la Comunidad de Madrid, en la representación que ostenta, interpone recurso de inconstitucionalidad contra los arts. 4 y 5 del Real Decreto-ley 1/2009, de 23 de febrero, de medidas urgentes en materia de telecomunicaciones.

El primer motivo de inconstitucionalidad es, a su juicio, la inexistencia de extraordinaria y urgente necesidad en la aprobación del Real Decreto-ley 1/2009 en lo que hace a su art. 4 [ordena a la Comisión Nacional de Energía (CNE) la «creación y puesta en marcha de una Oficina de Defensa del Consumidor de productos energéticos»] y a su art. 5 (modifica el apartado 3.1 de la disposición adicional undécima de la Ley 34/1998, de 7 de octubre, atribuyendo una nueva función a la CNE, que se ejercerá a través de la Oficina de Defensa del Consumidor creada por el art. 4, y que comprende «informar y atender al consumidor de productos energéticos», «resolver controversias entre operadores del sector energético y consumidores de productos energéticos» y, finalmente, «informar a la Secretaría General de Energía» de las reclamaciones «y proponer, en su caso, las correspondientes mejoras regulatorias»).

Inicia el desarrollo de este motivo sintetizando la doctrina constitucional que considera relevante. De un lado, recuerda que «la Comunidad Autónoma que recurre contra una Ley del Estado está legitimada para actuar no sólo en defensa de su propia competencia en la materia, sino también para la depuración objetiva del orden jurídico que regula, en la medida en que el ejercicio o despliegue de las funciones que le correspondan pueda verse afectado –como textualmente dispone el art. 32.2 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (LOTIC)– por la norma recurrida» (STC 199/1987, de 16 de diciembre, FJ 1). En aplicación de esta doctrina, y así lo ha reconocido la STC 68/2007, las Comunidades Autónomas tienen capacidad para instar ante este Tribunal el enjuiciamiento del presupuesto habilitante de un real decreto-ley siempre que exista una estrecha conexión entre los ámbitos materiales cubiertos por el mismo y las competencias autonómicas. De otro lado, expone que «si bien es cierto que la apreciación de una necesidad urgente y extraordinaria para dictar un decreto-ley es un criterio político, el Tribunal no descarta, en supuestos de uso abusivo y arbitrario, rechazar la definición que hagan los órganos políticos (SSTC 29/82, 6/83, 41/83, 51/83 y 111/83)». Y precisa que, según la doctrina constitucional (por todas, STC 332/2005), «dos son los aspectos que tradicionalmente hemos analizado desde la perspectiva constitucional: la presencia de una concreta situación de urgencia que el Gobierno pretende afrontar a través de esta fuente del Derecho, y la existencia de una "conexión de sentido" entre las concretas medidas adoptadas y tal situación de urgencia».

Sobre la situación de urgencia, afirma que, según el preámbulo de la norma recurrida, se origina en la liberalización del sector eléctrico que, para cumplir con el Derecho comunitario (Directiva 2003/54/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de junio de 2003, sobre normas comunes para el mercado interior de la electricidad) opera la Ley 17/2007, de 4 de julio, por la que se modifica la Ley 54/1997, de 27 de noviembre, del sector eléctrico. Esta liberalización supone que se transita de un contexto en el que todo usuario podía optar por la tarifa regulada a otro en que sólo aquéllos con una potencia reducida podrán acogerse a las tarifas de último recurso, lo que exigirá suministrar una mayor protección a los consumidores, por lo que se crea dicha oficina en la CNE. Frente a la situación de urgencia así expuesta, el Letrado autonómico objeta que «esa liberalización venía impuesta por el Derecho comunitario con amplios plazos de transposición que permitían al Gobierno la adopción de un calendario adecuado de transposición por normas legales sin necesidad de acudir al mecanismo extraordinario del Decreto Ley». Además, sigue alegando la parte recurrente, la realidad que eventualmente hará necesario aumentar la protección del usuario del mercado eléctrico se materializaría, en su caso, en un tiempo futuro, pues la liberalización no se implantaría hasta que se apruebe el reglamento que así lo permita en desarrollo de la reforma de la Ley del sector eléctrico de 1997, lo cual no se produjo hasta la publicación del Real Decreto 485/2009, de 3 de abril, y hasta que la implantación del sistema tarifario no fuese efectiva, lo que estaba previsto para el 1 de julio de 2009.

En cuanto a la conexión de sentido entre las concretas medidas adoptadas y la situación de urgencia, esta parte sostiene que «si es más que dudoso que pueda estar justificada la urgencia por la entrada en vigor de las tarifas de suministro de último recurso en julio carece totalmente de sentido la necesidad de crear un órgano específico en la Comisión Nacional de la Energía ya que la protección de los consumidores ante los posibles abusos que se pudieran ocasionar como

consecuencia correspondería a los órganos competentes de las Comunidades Autónomas que tienen competencias en materia de consumo».

El segundo motivo de inconstitucionalidad alegado en la demanda consiste en que, en opinión del recurrente, los arts. 4 y 5 impugnados habrían invadido la competencia de la Comunidad de Madrid en materia de consumo *ex* art. 27.10 de la Ley Orgánica 3/1983, de 25 de febrero, del Estatuto de Autonomía de la Comunidad de Madrid, en la redacción vigente en aquel momento que fue aprobada por Ley Orgánica 5/1998, de 7 de julio (EAM).

En materia de consumo, recuerda el Letrado autonómico, el Tribunal Constitucional (SSTC 71/1982, de 30 de noviembre, y 15/1989, de 26 de enero) afirma que «la defensa del consumidor es un concepto de tal amplitud y de contornos tan imprecisos que, con ser en ocasiones complicada la operación calificadora de una norma, estatal o autonómica, cuyo designio pudiera entenderse que es la protección del consumidor, la operación no acabaría de resolver el problema desde el momento en que la norma puede estar comprendida en más de una de las reglas definidoras de la competencia». Esto supone, arguye esta parte, que la norma cuya finalidad es la defensa del consumidor está integrada al mismo tiempo en una disciplina jurídica concreta (legislación civil, mercantil, procesal, etc.), cuya competencia puede estar atribuida expresamente por el art. 149 CE al Estado, de modo que no es suficiente que la Comunidad Autónoma, incluso aunque haya asumido de forma exclusiva la competencia, emita una norma de defensa de los consumidores dentro de su ámbito territorial, sino que hay que examinar si la disciplina concreta en que se articula aquella finalidad defensiva es también competencia suya o, por el contrario, es materia estatal.

En este caso el contenido de las normas recurridas, a su juicio, además de perseguir la defensa del consumidor, lo hacen en ámbitos conectados «con varios títulos competenciales como son los de consumo (art. 27.10 EAM) y los de instalación, distribución y transporte de energía eléctrica (art. 26.1.11 EAM)», con lo que «tanto el título genérico como el específico, permiten atribuir a la Comunidad de Madrid la defensa de los intereses de los consumidores de productos energéticos en su ámbito territorial tal y como viene realizando de hecho», citando al efecto el art. 16 de la Ley 11/1998, de 9 de julio, de consumidores de la Comunidad de Madrid, que regula las oficinas de información a los consumidores y le atribuye funciones semejantes a las que los preceptos impugnados encargan a la CNE a través de la Oficina de Defensa del Consumidor de productos energéticos.

De acuerdo con ello, y dado que en relación con el sector energético el Estado no ostenta competencias exclusivas, sino solo para establecer sus bases, serían las Comunidades Autónomas a las que, respetando las mismas, compete el desarrollo normativo y, sobre todo en lo que aquí interesa, la ejecución de la política de defensa de los consumidores del sector energético ante una situación especial como sería la derivada de la implantación de las tarifas de último recurso. En suma, al atribuir las normas impugnadas las funciones ejecutivas en esta materia a un órgano estatal, como es la Oficina de Defensa del Consumidor de productos energéticos a crear en la CNE, está asumiendo atribuciones que no tiene e invade las de la Comunidad de Madrid.

El tercer y último motivo de inconstitucionalidad alegado en la demanda consiste en que, en opinión de la parte recurrente, los arts. 4 y 5 del Real Decreto-ley 1/2009 habrían invadido la competencia de la Comunidad de Madrid en de instalación, distribución y transporte de cualesquiera energías si el ámbito no sale de su territorio conforme el art. 26.1.11 EAM. Argumenta en este sentido que «la distribución de la energía (en este caso eléctrica) viene configurada en el art. 149.1.22 CE por criterio eminentemente territorial en cuanto al reparto de competencias. En los casos en los que la energía no sale del ámbito territorial de la Comunidad la competencia de desarrollo legislativo y ejecución corresponde a la Comunidad Autónoma». Para el Letrado autonómico, «un aspecto en el que es clara la competencia autonómica es el de las relaciones entre consumidores de energía y las empresas suministradores que, salvo casos excepcionales, son relaciones que no exceden del ámbito de la Comunidad Autónoma». Sin

embargo, en este caso, sigue afirmando esta parte, «los arts. 4 y 5 del Real Decreto-ley 1/2009 adoptan la decisión de atribuir competencias ejecutivas en materia de protección al consumidor de electricidad a un órgano estatal como es la CNE». Con estos datos de contexto, recuerda que «la atribución de funciones ejecutivas al Estado al amparo de su competencia para fijar las bases de una materia, si bien ha sido admitido en ocasiones como las SSTC 48/1988 y 147/1991, siempre lo ha sido bajo la premisa de ser algo absolutamente excepcional, únicamente justificado en que la ejecución afecte a varias Comunidades Autónomas o pueda ocasionar amplios márgenes de discrecionalidad, partiendo por tanto de que el acto ejecutivo deba ser atribuido al Estado por cuanto su contenido es indispensable para alcanzar el fin de la norma básica». Y, aplicando tal doctrina a este supuesto, afirma que «ninguna de estas circunstancias concurre en este caso. La protección del consumidor de energía eléctrica está siendo ejercida por las Comunidades Autónomas aplicando tanto el derecho básico estatal como sus propias normas, tanto de consumo como de energía eléctrica, sin que esa actuación haya impedido la aplicación plena de la normativa básica (antes al contrario ha coadyuvado a ello) y sin que haya existido el más mínimo problema de discrecionalidad pese a los frecuentes cambios de una normativa básica a menudo de difícil comprensión».

2. Mediante providencia de 12 de junio de 2009 el Pleno, a propuesta de la Sección Cuarta, acordó admitir a trámite el recurso de inconstitucionalidad promovido por el Gobierno de la Comunidad de Madrid y, en su representación, por el Letrado del mismo, contra los arts. 4 y 5 del Real Decreto-ley 1/2009, de 23 de febrero, de medidas urgentes en materia de telecomunicaciones; dar traslado de la demanda y documentos presentados, conforme ordena el art. 34 LOTC, al Congreso de los Diputados y al Senado, por conducto de sus Presidentes, así como al Gobierno, por conducto del Ministro de Justicia, al objeto de que, en el plazo de quince días, puedan personarse en el proceso y formular las alegaciones que estimaren convenientes; y publicar la incoación del recurso en el «Boletín Oficial del Estado».

3. Mediante escrito registrado el día 17 de junio de 2009, el Vicepresidente del Senado comunicó a este Tribunal el acuerdo de la Mesa de la Cámara en el sentido de darse por personada en el proceso, ofreciendo su colaboración a los efectos del art. 88.1 LOTC. Idéntica comunicación efectuó el Presidente del Congreso de los Diputados el día 18 de junio de 2009.

4. El Abogado del Estado se personó y presentó sus alegaciones mediante escrito registrado en este Tribunal Constitucional el día 29 de junio de 2009. Sostiene, en primer término, la desaparición sobrevenida de parte del objeto de este recurso. Argumenta que «el RD-L 1/2009 fue convalidado por el Congreso el 12 de marzo de 2009 (BOE 19 de marzo de 2009), pero se aprobó también su tramitación como proyecto de ley (art. 86.3 CE) [«Diario de Sesiones Congreso», Pleno, núm. 67, sesión plenaria núm. 62, de 12 de marzo de 2009, p. 28]. En el texto aprobado por el Congreso y por el Senado han desaparecido los arts. 4 y 5 aquí recurridos (BOCG Congreso, serie A, núm. 21.6, 3 de junio de 2009, y BOCG Senado, serie II, número 12 e, 26 de junio de 2009). Aunque el texto aprobado por los Cuerpos colegisladores no incluya una cláusula derogatoria expresa, no cabe duda de que –analizando el sentido de la supresión de los que fueron arts. 4 y 5 del RD-L 1/2009 (Diario de Sesiones del Congreso, Comisiones, núm. 280, sesión de la Comisión de Industria, Turismo y Comercio del 21 de mayo de 2009)– es manifiesta la voluntad de privarlos de vigencia». Razona también «que la derogación de los preceptos legales recurridos entraña, por lo general, la pérdida sobrevenida del objeto en los recursos de inconstitucionalidad, salvo que (i) los preceptos derogados conserven un "vestigio de vigencia" o alguna ultraactividad, o bien (ii) se trate de recursos fundados en la infracción del orden constitucional de competencia. En este último caso hay que comprobar si, con la derogación, subsiste o ha desaparecido la controversia competencial (por todas, SSTC 67/2005, de 17 de marzo, FJ 3, y 173/2005, de 23 de junio, FJ 1 c). Por el contrario, la derogación del Decreto-ley durante la pendencia del recurso de inconstitucionalidad no impide que este Tribunal pueda controlar si al dictarlo se respetaron los límites constitucionales impuestos por el art. 86.1 CE y, en particular, la existencia del presupuesto habilitante de la norma de urgencia

(así, por todas, las SSTC 155/2005, de 9 de junio, FJ 2, 329/2005, de 15 de diciembre, FJ 4, y 68/2007, de 28 de marzo, FJ 4)». Y, a la vista de esta doctrina y del texto resultante de la tramitación del Real Decreto-ley 1/2009 como proyecto de ley, concluye que «podrá tenerse por desaparecido el objeto de este recurso en relación, al menos, con los motivos segundo y tercero del recurso, puesto que los arts. 4 y 5 recurridos no es que hayan conservado algún vestigio de vigencia o ultra actividad, sino que se han quedado en el papel y no han tenido ni un principio de traducción real en los hechos. Así las cosas, no sería fácil afirmar que subsistiera aquella real y efectiva controversia competencial que hiciera necesario un pronunciamiento de este Tribunal Constitucional».

Subsidiariamente, a su juicio, cabe descartar la invasión de los arts. 26.1.11 y 27.10 EAM alegada en los motivos segundo y tercero del recurso. Funda su criterio en varias razones: a) los arts. 4 y 5 recurridos no violan la atribución *ex art.* 26.1.11 EAM porque ésta se refiere a instalaciones de producción, distribución y transporte, y cuando se trata de instalaciones eléctricas entra en juego la competencia exclusiva del Estado *ex art.* 149.1.22 CE (SSTC 74/1992, de 14 de mayo, FJ 1, y 108/1996, de 13 de junio, FJ 3), mientras que las funciones de la nueva oficina se ciñen a las relaciones entre comercializadores, suministradores y consumidores finales, que nada tienen que ver con el régimen de instalaciones energéticas (STC 223/2000, de 21 de septiembre, FJ 5); b) tampoco se ha violado la competencia de desarrollo legislativo y ejecución relativa a la defensa de los consumidores (art. 27.10 EAM), pues supervisar las relaciones entre consumidores y comercializadores del sector energético se encuadra en la atribución estatal sobre bases del régimen energético (art. 149.1.25 CE) o, de reputarse base de ordenación del subsector de comercialización de productos energéticos, en el art. 149.1.13 CE. Es obvio, concluye, que sin una supervisión adecuada del actuar de los sujetos de los subsectores energéticos la CNE no podría cumplir su papel de autoridad reguladora y rectora; c) respecto a la función arbitral de tal oficina este Tribunal ha declarado, precisamente en materia de defensa de consumidores, que prever un sistema de arbitraje «es materia que incuestionablemente ha sido atribuida a la competencia exclusiva del Estado (art. 149.1.6 y 8 CE)» [STC 15/1989, FJ 9 b)], «pues, siendo el arbitraje un "equivalente jurisdiccional", mediante el cual las partes pueden obtener los mismos objetivos que con la jurisdicción civil (esto es, la obtención de una decisión que ponga fin al conflicto con todos los efectos de la cosa juzgada), es evidente que la creación de órganos de naturaleza arbitral y el establecimiento de dicho procedimiento heterocompositivo es materia propia de la legislación procesal civil» (STC 62/1991, de 22 de marzo, FJ 5, que invalida un precepto de la Ley gallega de consumidores); d) en cuanto a los cometidos atribuidos a dicha oficina por las letras a) y c) de la función 19 de la CNE, alega que se trata en esencia de lograr información, mediante las reclamaciones de los consumidores, acerca de la marcha de la liberalización del mercado eléctrico, para así poder proponer «mejoras regulatorias». La oficina es, por tanto, a su juicio, poco más que un observatorio de la liberalización, por lo que es inocua en términos competenciales.

En fin, sobre el presupuesto habilitante de la legislación de urgencia, cuestión a la que no afecta la derogación de las normas impugnadas, el Abogado del Estado considera que la doctrina constitucional está aceptablemente reflejada en el escrito de recurso, y puede leerse resumida, por todas, en las SSTC 329/2005, de 15 de diciembre, FJ 5, 332/2005, de 15 de diciembre, FFJJ 5 y ss., y 68/2007, de 28 de marzo, FJ 6. De ella resalta que la apreciación de la extraordinaria y urgente necesidad es un juicio político que corresponde al Gobierno y al Congreso, pero que es controlable por el Tribunal Constitucional en cuanto a que la definición de la situación de urgencia no desborde los límites de lo manifiestamente razonable y en cuanto a que exista una conexión de sentido entre las medidas adoptadas y la concreta urgencia invocada, control que debe verificarse a partir de la exposición de motivos del Decreto-ley, del debate de convalidación y del expediente de elaboración.

Conforme a ello, destaca que el preámbulo afirma que «es necesario abordar también los efectos del proceso de liberalización del sector energético y la inminente entrada en vigor del suministro de último recurso que profundizará en la liberalización del sector eléctrico, de manera que sólo los consumidores con una potencia reducida podrán acogerse a las tarifas de

último recurso en los términos exigidos por la normativa comunitaria en la materia», y también que dicha liberalización «requiere la creación y funcionamiento, con carácter previo a la aplicación efectiva de dicho marco, de una oficina de información, atención y arbitraje para el consumidor de productos energéticos», pues «[s]ólo con su creación urgente podrá actuar con plena eficacia desde e primer momento, sobre todo teniendo en consideración que es precisamente en el tránsito de una norma a otra cuando se van a producir los principales riesgos para los consumidores». Y que en el debate de convalidación, el Ministro del ramo expuso que «su implantación [de la Oficina de Defensa del Consumidor de productos energéticos] resulta de extraordinaria y urgente necesidad, dado que, según los plazos previstos, esta oficina debe comenzar a funcionar antes del próximo mes de julio de 2009, fecha en la que está previsto que entre en vigor el suministro de último recurso, que va a sustituir a las actuales tarifas integrales y que va a suponer un importante avance en el proceso de liberalización energético».

A continuación el Abogado del Estado contextualiza estas afirmaciones. Explica que desde 1997 en el mercado minorista de electricidad han convivido precios libremente pactados y consumidores a tarifa, pero que la Ley 17/2007 extingue el sistema tarifario integral restando como residuo la tarifa de último recurso, orientada a garantizar a los clientes domésticos y a las pequeñas empresas el derecho a un servicio universal (3.3 Directiva 2003/54/CE) y que debe fijarse de manera que no ocasione «distorsiones de competencia en el mercado» [art. 18.1 de la Ley del sector eléctrico (LSE 2007)]. Añade el Abogado del Estado que «la disposición adicional 24 de la Ley 17/2007 preveía que el sistema tarifario integral quedara suprimido el 1 de enero de 2009, con simultáneo establecimiento de la [tarifa de último recurso ... pero] que los numerosos y complejos problemas que entraña semejante operación de reforma del mercado eléctrico han llevado a que la extinción de las "tarifas integrales" y la iniciación del sistema [de tarifa de último recurso] se haya aplazado al 1 de julio de 2009 (*cf.* arts. 1.2 y 4.1 del Real Decreto 485/2009, de 3 de abril, cuyo art. 6.1, como medida de promoción de la competencia, regula una actuación informativa de la CNE; arts. 3 y 4 de la Orden ITC/1659/2009, de 22 de junio)». Hay, pues, concluye el Abogado del Estado, «una coyuntura económica problemática nacida de la transformación del mercado eléctrico fijada en la Ley 17/2007 para el 1 de enero de 2009 y aplazada luego a 1 de julio de 2009. Antes del 1 de julio de 2009 se requiere una importante actuación de carácter masivo para informar al consumidor del gran cambio que se avecina, especialmente de la liberalización del mercado, de su facultad de elegir suministrador y de que, si no lo elige, quedará adscrito al comercializador de último recurso y al régimen [de tarifa de último recurso]. La circunstancia de posibles cambios —igualmente masivos— de suministrador eléctrico en el citado periodo justifican la creación de un mecanismo de arbitraje voluntario. Y, en fin, la demanda de información y atención de los consumidores y las controversias resueltas arbitrariamente por la Oficina de Defensa del Consumidor de la CNE permitirán a ésta sugerir "mejoras regulatorias". ... Ha de notarse que, sobre todo, durante los primeros tiempos de aplicación de la [tarifa de último recurso] es precisa una cuidadosa observación del funcionamiento real del mercado para evitar que el nuevo régimen de los comercializadores de último recurso —que se benefician de la inercia del consumidor— pueda crear distorsiones de la competencia de no fácil corrección posterior».

Es paralela, según esta parte, la situación en el sector gasista. La Ley 12/2007, de 2 de julio, modificó la Ley 34/1988, de 7 de octubre, del sector de hidrocarburos, para adaptarla a la Directiva 2003/55/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de junio de 2003, sobre normas comunes para el mercado interior del gas natural. El nuevo art. 93 de la Ley del sector de hidrocarburos reguló la tarifa de último recurso, como imponía la mencionada Directiva. También para el suministro de gas con tarifa de último recurso había un calendario, que no pudo cumplirse (disposición transitoria quinta de la Ley 12/2007). La Orden ITC 1660/2009, de 22 de junio, aludía a un nuevo calendario, que fijaba el 1 de julio de 2009 como fecha en que tendrían tal derecho los consumidores conectados a presiones inferiores a 4 *bar* y consumos no superiores a 50.000 Kwh/año, y establecía la metodología de cálculo de la tarifa de último recurso de gas natural. Vale, a su juicio, para el mercado del gas natural y su reforma, *mutatis mutandis*, cuanto acababa de exponer para el eléctrico.

El Abogado del Estado defiende igualmente que, justificada así la peculiar urgencia, no hay duda de la conexión de sentido entre la situación y la medida. En su opinión, «la situación queda definida por la efectividad de la transición de un mercado regulado a un mercado liberalizado, en el que los demandantes de energía para consumo deberán elegir suministrador antes del 1 de julio de 2009 o, en su defecto, recibir el suministro de un comercializador de último recurso. La medida consiste en atribuir una nueva función a la CNE –autoridad reguladora que debe velar por la transparencia y la competencia–, creando dentro de ella una oficina especial a fin de difundir información entre los consumidores y resolver arbitrariamente controversias, de manera voluntaria, como medios para supervisar el paso de un tipo de mercado eléctrico y gasista a otro tipo, y especialmente, observar el periodo inicial –y clave– en esta gran operación de reforma del mercado energéticos minoristas de la electricidad y el gas natural».

En todo caso, argumenta también el Abogado del Estado, a la hora de juzgar sobre el presupuesto habilitante no deben interferir los problemas relativos al orden de competencia. El recurso, a su juicio, mezcla las dos cosas cuando en la página 7 afirma que «carece de sentido la necesidad de crear un órgano específico en la Comisión Nacional de la Energía, ya que la protección de los consumidores ante los posibles abusos... correspondería a los órganos competentes de las Comunidades Autónomas».

5. Por providencia de 9 de septiembre de 2014, se señaló para deliberación y votación de la presente Sentencia el día 11 del mismo mes y año.

II. Fundamentos jurídicos

1. El Gobierno de la Comunidad de Madrid ha interpuesto recurso de inconstitucionalidad contra los arts. 4 y 5 del Real Decreto-ley 1/2009, de 23 de febrero, de medidas urgentes en materia de telecomunicaciones, cuyo tenor literal es el siguiente:

«Artículo 4. Creación y puesta en funcionamiento de la Oficina de Defensa del Consumidor.

La Comisión Nacional de Energía procederá de inmediato a la creación y puesta en funcionamiento de una Oficina de Defensa del Consumidor de productos energéticos.»

«Artículo 5. Modificación del apartado tercero.1 de la disposición adicional undécima de la Ley 34/1998, de 7 de octubre, del sector hidrocarburos.

Se modifica el apartado 3.1 de la disposición adicional undécima de la Ley 34/1998, de 7 de octubre, del sector de hidrocarburos, añadiéndose una función nueva decimonovena, cuyos términos son los siguientes:

Decimonovena. Ejercerá por medio de la Oficina de Defensa del Consumidor, las siguientes funciones:

- a) Informar y atender al consumidor de productos energéticos.
- b) Resolver controversias entre operadores del sector energético y consumidores de productos energéticos. Esta función de arbitraje tendrá carácter voluntario para las partes.
- c) Informar a la Secretaría General de Energía del Ministerio de Industria, Turismo y Comercio de las reclamaciones y proponer, en su caso, las correspondientes mejoras regulatorias.»

En el escrito de interposición se sostiene, con los argumentos expuestos con detalle en los antecedentes, la inexistencia de extraordinaria y urgente necesidad en la aprobación de las normas recurridas. De otro lado, se imputa a dichos preceptos legales la invasión de las competencias autonómicas en materia de «defensa del consumidor y del usuario» (art. 27.10 EAM) y de «instalación de producción, distribución y transporte de cualesquiera energías, cuando el transporte no salga de su territorio y su aprovechamiento no afecte a otra Comunidad» (art. 26.1.11).

Por su parte, el Abogado del Estado insta la inadmisión –por desaparición sobrevenida del objeto derivada de la derogación de los preceptos recurridos– en cuanto la invasión de los arts. 26.1.11 y 27.10 EAM alegada en los motivos segundo y tercero del recurso. Respecto de estos motivos de inconstitucionalidad de signo competencial solicita, subsidiariamente, su desestimación. En fin, sobre el presupuesto habilitante de la legislación de urgencia *ex* art. 86.1 CE, cuestión a la que no afecta la derogación de las normas impugnadas, razona, con el pormenor reseñado en los antecedentes, que, en su opinión, en la exposición de motivos y en el debate de convalidación se define de un modo razonable la situación de extraordinaria y urgente necesidad a que responden las medidas adoptadas en virtud de estos preceptos, las cuales están claramente relacionadas con dicha situación.

2. Delimitado en estos términos el debate que se somete a la consideración del Tribunal, resulta necesario, en primer término, verificar si concurre la causa de inadmisión parcial que suscita una de las partes.

Es cierto que, como el Abogado del Estado destaca, el Real Decreto-ley 1/2009, después de ser convalidado por el Congreso el 12 de marzo de 2009 («BOE» 19 de marzo de 2009), se tramitó como proyecto de ley según permite el art. 86.3 CE («Diario de Sesiones Congreso», Pleno, núm. 67, sesión plenaria núm. 62, de 12 de marzo de 2009, p. 28). Constatamos igualmente que el «BOE» de 4 de julio de 2009 publicó la Ley 7/2009, de 3 julio, de medidas urgentes en materia de telecomunicaciones (procedente del Real Decreto-ley 1/2009, de 23 de febrero). En esta Ley lo que era el capítulo I (art.1) y II (arts. 2 y 3) del Real Decreto-ley 1/2009 pasa, sustancialmente con idéntica redacción, a ser el título I (art.1) y II (arts. 2 y 3), pero el capítulo III, que contenía los arts. 4 y 5 impugnados en este recurso, ha desaparecido por completo. Sobre el significado de esta supresión es muy ilustrativo que en la sesión en la que la Comisión competente del Congreso, ejerciendo competencia legislativa plena, aprobó el texto de dicho proyecto de ley, que luego se publicó en el «BOE» como Ley 7/2009, pueden leerse las siguientes palabras pronunciadas por el Sr. López Águeda, del Grupo Parlamentario Socialista («Diario de Sesiones Congreso», Comisiones, núm. 280, sesión de la Comisión de Industria, Turismo y Comercio del 21 de mayo de 2009, páginas 2 y 3): «Hay una segunda cuestión que, evidentemente, también ha suscitado mucho interés en el decreto porque se proponía la creación de esa oficina del defensor del consumidor de la energía, en la que es verdad que muchos grupos plantean una cuestión competencial. Por tanto, en aras a buscar acuerdos con el Ministerio de Industria en otros foros y buscar una solución a esta cuestión y teniendo en cuenta que también hay enmiendas del PNV, desde luego, la 12 y 13 de supresión; de Esquerra Republicana, 37 y 38, y de CiU, especialmente de CiU, 41, propondría agrupar todas esas enmiendas y suprimir también los arts. 4 y 5 de la ley.»

Es doctrina constitucional reiterada que en los recursos de inconstitucionalidad, debido a la nota de abstracción que los rige y a que su finalidad es la depuración del ordenamiento jurídico, la derogación de los preceptos legales impugnados hacen que su objeto decaiga, salvo que el motivo alegado para fundar la inconstitucionalidad sea de carácter competencial, en cuyo caso, para decidir si el objeto se mantiene o ha desaparecido sobrevenidamente, habrá que examinar si la derogación de tales normas conlleva la eliminación de la controversia o, por el contrario, al substituirse por otros preceptos de contenido equivalente, aquella sigue intacta [por todas, STC 149/2012, de 5 de julio, FJ 2 b)].

En este caso, como acabamos de indicar, los preceptos legales impugnados han sido derogados tácitamente por Ley 7/2009, de 3 julio, y no se han adoptado otros en su lugar. Además, la no inclusión de estas disposiciones, ni de ninguna similar, en la Ley 7/2009 obedece precisamente, según los términos transcritos del debate parlamentario, al fin de atender a la cuestión competencial que varios grupos parlamentarios habían planteado en el Congreso de los Diputados. Hemos de concluir, por tanto, que no solo es que los preceptos legales impugnados hayan perdido vigencia, sino que además ha desaparecido sobrevenidamente la controversia competencial que el Gobierno de la Comunidad de Madrid ha suscitado a través de este proceso constitucional, por lo que procede declarar que ha desaparecido sobrevenidamente su objeto al menos en parte, en relación a la invasión de los arts. 26.1.11 y 27.10 EAM alegada en los motivos segundo y tercero del recurso.

Por otro lado, después de varios años en que la legislación estatal se mantuvo en los términos previstos Ley 7/2009, el art. 2.32 del Real Decreto-ley 13/2012, de 30 de marzo, por el que se transponen directivas en materia de mercados interiores de electricidad y gas y en materia de comunicaciones electrónicas, atribuyó a la CNE nuevas funciones (de la decimonovena a la trigésimo segunda de la disposición adicional undécima de la Ley del sector de hidrocarburos), de modo que su función trigésimo segunda es «informar, atender y tramitar, en coordinación con las Administraciones competentes, a través de protocolos de actuación, las reclamaciones planteadas por los consumidores de energía eléctrica y del sector de hidrocarburos y tener a disposición de los consumidores toda la información necesaria relativa a sus derechos, a la legislación en vigor y a las vías de solución de conflictos de que disponen en caso de litigios». La Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, derogó expresamente la Ley del sector de hidrocarburos, pero en su disposición adicional octava, apartados 1 c) y 2 d), conserva la función indicada, solo que atribuida al Ministerio de Industria, Energía y Turismo en lugar de a la CNE, tránsito que a estos efectos es intrascendente porque sigue siendo un órgano estatal. Ahora bien, que una normativa estatal en parte semejante haya surgido años después puede dar lugar, en su caso, a una nueva controversia competencial, que deberá ser deducida en relación a los nuevos preceptos, pero no es obstáculo para declarar que la controversia suscitada en este proceso, que es la asociada a los arts. 4 y 5 del Real Decreto-ley 1/2009, desapareció completamente con la Ley 7/2009, lo que lleva aparejadas las consecuencias indicadas sobre el objeto de este proceso y reflejamente su inadmisión parcial.

3. No podemos llegar a la misma conclusión respecto del primer motivo de inconstitucionalidad, pues la derogación de normas aprobadas en virtud de facultades legislativas de urgencia que tiene lugar durante la pendencia del recurso de inconstitucionalidad no excluye el control de este Tribunal sobre si al dictarlas se desbordaron o no los límites constitucionales *ex art. 86.1 CE* y, en lo que aquí interesa, sobre si concurría el presupuesto habilitante de la norma de urgencia (por todas, las SSTC 155/2005, de 9 de junio, FJ 2, 329/2005, de 15 de diciembre, FJ 4, y 68/2007, de 28 de marzo, FJ 4).

Este Tribunal tiene una doctrina consolidada sobre el presupuesto que según el art. 86.1 CE habilita al Gobierno a dictar decretos-leyes (*inter alia*, SSTC 68/2007, de 28 de marzo, FJ 6; 31/2011, de 17 de marzo, FJ 3; y 96/2014, de 12 de junio, FJ 5). Esta doctrina, tras reconocer el peso que en la apreciación de la extraordinaria y urgente necesidad ha de concederse «al juicio puramente político de los órganos a los que incumbe la dirección del Estado», resalta que el concepto de extraordinaria y urgente necesidad que se contiene en la Constitución es un límite jurídico a la actuación mediante decretos-leyes, cuyo respeto debe controlar el Tribunal (STC 68/2007, FJ 6).

En cuanto a la configuración de este cometido, hemos afirmado en dicha STC 68/2007, de un lado, «que el control que corresponde al Tribunal Constitucional en este punto es un control externo, en el sentido de que debe verificar, pero no sustituir, el juicio político o de oportunidad que corresponde al Gobierno» (STC 182/1997, de 28 de octubre, FJ 3) y, de otro, «que el

ejercicio de la potestad de control que compete a este Tribunal implica que la definición por los órganos políticos de una situación de «extraordinaria y urgente necesidad» sea explícita y razonada, y que exista una conexión de sentido o relación de adecuación entre la situación definida que constituye el presupuesto habilitante y las medidas que en el Decreto-ley se adoptan (STC 29/1982, de 31 de mayo, FJ 3), de manera que estas últimas guarden una relación directa o de congruencia con la situación que se trata de afrontar» (STC 182/1997, FJ 3).

Sobre el primer aspecto de los dos –definición de la situación de urgencia– nuestra doctrina ha precisado que no es necesario «que tal definición expresa de la extraordinaria y urgente necesidad haya de contenerse siempre en el propio Real Decreto-ley, sino que tal presupuesto cabe deducirlo igualmente de una pluralidad de elementos. A este respecto, conviene recordar que el examen de la concurrencia del citado presupuesto habilitante de la "extraordinaria y urgente necesidad" siempre se ha de llevar a cabo mediante la valoración conjunta de todos aquellos factores que determinaron al Gobierno a dictar la disposición legal excepcional y que son, básicamente, "los que quedan reflejados en la exposición de motivos de la norma, a lo largo del debate parlamentario de convalidación, y en el propio expediente de elaboración de la misma"» (SSTC 29/1982, de 31 de mayo, FJ 4; 182/1997, de 28 de octubre, FJ 4; 11/2002, de 17 de enero, FJ 4; y 137/2003, de 3 de julio, FJ 3).

De acuerdo con la doctrina expuesta, este Tribunal entendió, con relación a una reforma del sistema de protección por desempleo articulada mediante un real decreto-ley, que «hablar de la "cambiante situación de la economía internacional" o de "nuevas oportunidades más variadas que... en etapas anteriores" supone la utilización de fórmulas rituales de una marcada abstracción y, por ello, de prácticamente imposible control constitucional», por lo que apreció la falta de una definición explícita y razonada de situación de «extraordinaria y urgente necesidad» que habilitase el uso de la legislación de urgencia. Por el contrario, también en consonancia con esa doctrina, la utilización de este instrumento normativo se ha estimado legítima «en todos aquellos casos en que hay que alcanzar los objetivos marcados para la gobernación del país, que, por circunstancias difíciles o imposibles de prever, requieren una acción normativa inmediata o en que las coyunturas económicas exigen una rápida respuesta» (STC 6/1983, de 4 de febrero, FJ 5).

En cuanto a la segunda dimensión del presupuesto habilitante de la legislación de urgencia – conexión de sentido entre la situación de necesidad definida y las medidas que en el Real Decreto-ley se adoptan– nuestra doctrina «ha afirmado un doble criterio o perspectiva para valorar la existencia de la conexión de sentido: el contenido, por un lado, y la estructura, por otro, de las disposiciones incluidas en el Real Decreto-ley controvertido. Así, ya en la STC 29/1982, de 31 de mayo, FJ 3, excluimos a este respecto aquellas disposiciones "que, por su contenido y de manera evidente, no guarden relación alguna, directa ni indirecta, con la situación que se trata de afrontar ni, muy especialmente, aquéllas que, por su estructura misma, independientemente de su contenido, no modifican de manera instantánea la situación jurídica existente".» (STC 39/2013, de 14 de febrero, FJ 9).

4. De acuerdo a la doctrina constitucional sintetizada, para resolver si la definición de la situación de urgencia es acorde o no con el art. 86.1 CE hemos de partir del examen del preámbulo del Real Decreto-ley 1/2009 y del subsiguiente debate de convalidación.

En aquel se lee que «es necesario abordar también los efectos del proceso de liberalización del sector energético y la inminente entrada en vigor del Suministro de Último Recurso que profundizará en la liberalización del sector eléctrico, de manera que sólo los consumidores con una potencia reducida podrán acogerse a las Tarifas de Último Recurso», lo que «requiere la creación y funcionamiento, con carácter previo a la aplicación efectiva de dicho marco, de una oficina de información, atención y arbitraje para el consumidor de productos energéticos», pues «[s]ólo con su creación urgente podrá actuar con plena eficacia desde el primer momento, sobre todo teniendo en consideración que es precisamente en el tránsito de una norma a otra cuando se van a producir los principales riesgos para los consumidores». Por su parte, el Ministro

Industria, Turismo y Comercio en el debate de convalidación («Diario de Sesiones Congreso», Pleno, núm. 67, 12 de marzo de 2009, p. 5), con referencia a los mercados energéticos, expuso que «[I]a transición desde un modelo regulado a otro liberalizado, impuesta por las normativas comunitaria y española, hace necesaria la creación y puesta en marcha de un órgano público de información, atención y arbitraje, que actúe con eficacia y eficiencia»; y añadió que «su implantación resulta de extraordinaria y urgente necesidad, dado que, según los plazos previstos, esta oficina debe comenzar a funcionar antes del próximo mes de julio de 2009, fecha en la que está previsto que entre en vigor el suministro de último recurso, que va a sustituir a las actuales tarifas integrales y que va a suponer un importante avance en el proceso de liberalización energético».

5. No hay duda, a la vista de los pasajes transcritos, que la definición de la situación de extraordinaria y urgente necesidad que justifica este Real Decreto-ley es explícita y razonada y, conforme al análisis externo que nos corresponde, cabe afirmar que no se trata de una descripción mediante fórmulas rituales o genéricas aplicables a todo tipo de realidades de un modo intercambiable, sino a través de una precisa referencia a una concreta coyuntura económica que exige una rápida respuesta, como es la liberalización de los mercados energéticos (electricidad y gas) operada por Ley 17/2007, de 4 de julio, que modificó la Ley del sector eléctrico, y por Ley 12/2007, de 2 de julio, que modificó la Ley del sector de hidrocarburos, liberalización que como dijo el Ministro del ramo en el debate de convalidación «debe comenzar a funcionar antes del próximo mes de julio de 2009» y que consiste en eliminar la tarifa general y en su lugar consagrar como regla la libertad de contratar, salvo la opción residual por lo que se denomina tarifa de último recurso, orientada a garantizar a ciertos consumidores el derecho a un servicio universal.

Los concretos reproches que el Letrado autonómico formula respecto a la definición de la situación extraordinaria y urgente necesidad no pueden ser acogidos. De un lado, opone que «esa liberalización venía impuesta por el Derecho comunitario con amplios plazos de transposición que permitían al Gobierno la adopción de un calendario adecuado de transposición por normas legales sin necesidad de acudir al mecanismo extraordinario del Decreto Ley». Frente a esta alegación debe prevalecer nuestra doctrina (SSTC 11/2002, de 17 de enero, FJ 6; 137/2011, de 14 de septiembre, FJ 7; 1/2012, de 13 de enero, y 39/2013, de 14 de febrero, FJ 5) según la cual «la valoración de la extraordinaria y urgente necesidad de una medida puede ser independiente de su imprevisibilidad e, incluso, de que tenga su origen en la previa inactividad del propio Gobierno siempre que concurra efectivamente la excepcionalidad de la situación, pues "lo que aquí debe importar no es tanto la causa de las circunstancias que justifican la legislación de urgencia cuanto el hecho de que tales circunstancias efectivamente concurren"», doctrina reiterada en la STC 39/2013, de 14 de febrero.

En este caso, de nuevo sin ir más allá del enjuiciamiento externo que al Tribunal le toca en esta sede, constatamos que la excepcionalidad de la situación se justificaba en relación a la necesidad de asegurar que el complejo tránsito entre un régimen regulado de los mercados energéticos y otro en gran medida liberalizado se producía de un modo efectivo, lo que debemos considerar suficiente a estos efectos porque este Tribunal ha reconocido reiteradamente «la relevancia, desde la perspectiva del art. 86.1 CE, de la ordenación de los procesos que se desarrollan en el sector energético» (SSTC 170/2012, de 4 de octubre, FJ 6; 233/2012, de 13 de diciembre, FJ 2; y 39/2013, de 14 de febrero, FJ 8). Así, en la última resolución afirmamos, con relación a la concurrencia de la situación de extraordinaria y urgente necesidad en la adopción de un Real Decreto-ley, que «la importancia del sector energético para el desarrollo de la actividad económica en general determina que su ordenación, introduciendo reformas en el mismo a fin de mejorar el funcionamiento de los distintos subsectores que lo integran, sea susceptible de constituir una necesidad cuya valoración entra dentro del ámbito de atribuciones que corresponde al Gobierno, al que corresponde apreciar cual es el momento o la coyuntura económica más apropiada para adoptar sus decisiones en este caso dirigidas a introducir un mayor grado de liberalización de las actividades en el sector petrolero, circunstancia que puede

hacer necesaria la aprobación de disposiciones legislativas provisionales y de eficacia inmediata como las contenidas en un decreto-ley excluyendo que se trate de un uso abusivo o arbitrario de dicha facultad».

Sostiene la recurrente, en segundo lugar, que la realidad que eventualmente haría necesario aumentar la protección del usuario de los mercados energéticos se materializaría, en su caso, en un tiempo futuro, una vez de que el nuevo régimen se implantase a partir del 1 de julio de 2009. Ahora bien, según el análisis que nos es propio, es bastante para desechar esta alegación con constatar que la situación de necesidad que pretende atender la legislación de urgencia cuestionada, al consistir en el aseguramiento de que el cambio de régimen en los mercados energéticos sea efectivo, se refiere de un modo principal al tránsito de un régimen a otro, como expresamente declara el preámbulo del Real Decreto-ley 1/2009 al afirmar que «la liberalización del sector energético y la inminente entrada en vigor del Suministro de Último Recurso ... requiere la creación y funcionamiento, con carácter previo a la aplicación efectiva de dicho marco, de una oficina de información, atención y arbitraje para el consumidor de productos energéticos», pues «[s]ólo con su creación urgente podrá actuar con plena eficacia desde el primer momento, sobre todo teniendo en consideración que es precisamente en el tránsito de una norma a otra cuando se van a producir los principales riesgos para los consumidores».

Por todo ello, conforme a nuestra doctrina, recapitulada en el fundamento jurídico 3 de esta Sentencia, debemos declarar que los órganos políticos, al explicitar que la situación de extraordinaria y urgente necesidad a la que responde el Real Decreto-ley 1/2009 es la efectividad de la liberalización de los mercados energéticos que debe estar funcionando a partir del 1 de julio de 2009, no hacen un uso abusivo o arbitrario de la potestad normativa excepcional conferida al Gobierno, por lo que concurre esta primera dimensión del presupuesto habilitante requerido por el art. 86.1 CE.

6. En cuanto al segundo aspecto del control que debe acometer el Tribunal Constitucional respecto de la legislación de urgencia –la conexión de sentido entre la situación de necesidad definida y las medidas adoptadas– la parte recurrente solo opone que «carece totalmente de sentido la necesidad de crear un órgano específico en la Comisión Nacional de la Energía ya que la protección de los consumidores ante los posibles abusos que se pudieran ocasionar como consecuencia correspondería a los órganos competentes de las Comunidades Autónomas que tienen competencias en materia de consumo», aludiendo al efecto al art. 16 de la Ley 11/1998, de 9 de julio, de consumidores de la Comunidad de Madrid.

Esta alegación no puede prosperar porque mezcla las cuestiones competenciales con la concurrencia del presupuesto habilitante de la legislación provisional de urgencia. En efecto, procede rechazarla porque cuando concurre, como en este caso, una situación de extraordinaria y urgente necesidad, todos los poderes públicos que tengan atribuidas facultades de legislación provisional y competencias sustantivas en el ámbito material en que incide tal situación de necesidad pueden reaccionar normativamente para atender dicha situación, siempre claro está que lo hagan dentro de su espectro de competencias. El hecho que el legislador estatal haya aprobado, invocando al efecto sus competencias, medidas legislativas para satisfacer tal necesidad no impide que otros legisladores hagan lo propio dentro de las suyas, por lo que no puede invadir éstas. Por ello, esta objeción relativa al presupuesto habilitante se reconduce a si el Estado tiene competencia en la materia sobre la que recaen las medidas aprobadas en el Real Decreto-ley 1/2009, cuestión que no debemos abordar porque, como ya dijimos, ha decaído sobrevenidamente.

En todo caso, más allá de las objeciones formuladas expresamente por el recurrente, procede declarar, atendiendo a su contenido, que «la relación directa o de congruencia con la situación de necesidad que se trata de afrontar» (STC 182/1997, de 28 de octubre, FJ 3)» concurre en las medidas contenidas en los arts. 4 y 5 del Real Decreto-ley 1/2009, pues la situación de necesidad consistía precisamente en asegurar que el complejo tránsito entre un

régimen regulado y otro en gran medida liberalizado se producía de un modo efectivo, para lo cual, conforme a criterios de lógica formal, podría ser útil, de un lado, evitar que la falta de información a los consumidores diera lugar a que la inercia del sistema anterior lastrase la implantación del nuevo y, de otro, facilitar, en aras del mismo objetivo, que los numerosos conflictos que eran de esperar se solventaran mediante mecanismos rápidos como el arbitraje, sin olvidar que la atención a las reclamaciones de los consumidores y la resolución de sus conflictos con los comercializadores podría coadyuvar a identificar las mejoras regulatorias que requiere el funcionamiento del nuevo mercado liberalizado.

Por otro lado, también la estructura de las disposiciones impugnadas, las cuales estaban dotadas de eficacia inmediata por cuanto que entraban en vigor el mismo día de su publicación en el «Boletín Oficial del Estado» (disposición final segunda del Real Decreto-ley 1/2009), contribuye a afirmar que hay entre ellas y la situación de necesidad descrita la relación de adecuación exigida para que se entienda concurrente el presupuesto habilitante de la facultad del Gobierno de dictar legislación de urgencia *ex art. 86.1 CE*.

7. Hemos de concluir, por todo lo señalado, que, en el caso del Real Decreto-ley 1/2009 objeto de este proceso constitucional, el Gobierno ha aportado justificación suficiente que permita apreciar la existencia de la situación habilitante exigida por el art. 86.1 CE, y que las medidas adoptadas en los arts. 4 y 5 de dicha norma no carecen de conexión de sentido en relación a la situación de extraordinaria y urgente necesidad descrita por aquél.

FALLO

En atención a todo lo expuesto, el Tribunal Constitucional, POR LA AUTORIDAD QUE LE CONFIERE LA CONSTITUCIÓN DE LA NACIÓN ESPAÑOLA,

Ha decidido

Desestimar el presente recurso de inconstitucionalidad.

Publíquese esta Sentencia en el «Boletín Oficial del Estado».

Dada en Madrid, a once de septiembre de dos mil catorce.—Adela Asua Batarrita.—Luis Ignacio Ortega Álvarez.—Encarnación Roca Trías.—Andrés Ollero Tassara.—Fernando Valdés Dal-Ré.—Juan José González Rivas.—Santiago Martínez-Vares García.—Juan Antonio Xiol Ríos.—Pedro José González-Trevijano Sánchez.—Ricardo Enríquez Sancho.—Antonio Narvárez Rodríguez.—Firmado y rubricado.

Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado

Documento BOE-T-1991-10080

Pleno. Sentencia 62/1991, de 22 de marzo. Recurso de inconstitucionalidad 376/1985 y conflicto positivo de competencia 763/1985 (acumulados). Promovidos ambos por el Gobierno de la Nación contra diversos preceptos de la Ley del Parlamento de Galicia 12/1984, de 28 de diciembre, del Estatuto Gallego del Consumidor y Usuario, y del Decreto de la Consejería de Sanidad y Consumo de la Junta de Galicia 37/1985, de 7 de marzo, de creación de la Comisión Consultiva de Consumo. Voto particular.

«BOE» núm. 98, de 24 de abril de 1991, páginas 2 a 7 (6 págs.)

Suplemento del Tribunal Constitucional

Tribunal Constitucional

BOE-T-1991-10080

• **Publicado en:**

• **Sección:**

• **Departamento:**

• **Referencia:**

TEXTO

El pleno del tribunal constitucional, compuesto por don Francisco Tomas y Valiente, presidente, y don Francisco Rubio Llorente, don Fernando Garcia-Mon y Gonzalez-Regueral, don Carlos de la Vega Benayas, don Jesús Leguina Villa, don Luis López Guerra, don José Luis de los Mozos, don Álvaro Rodríguez Bereijo, don Vicente Gimeno Sendra y don Jose Gabaldon López, magistrados, ha pronunciado

en nombre del rey

la siguiente

sentencia

en el recurso de inconstitucionalidad num. 376/85 y en el conflicto positivo de competencia num.

763/85, acumulados, promovidos ambos por el gobierno de la nación, representado por el abogado del estado, dirigido el primero contra los arts. 1, 17, 18, 19, 20 a), 21, 22 y 31 de la ley del parlamento de Galicia 12/1984, de 28 de diciembre, del estatuto gallego del consumidor y usuario; y el segundo contra el art. 6, el inciso <además de las funciones de arbitraje que tienen encomendadas> del art. 7 y el inciso <en atención a las funciones de arbitraje que normalmente desempeña> del párrafo 2 del art. 8 del decreto de la consejería de sanidad y consumo de la junta de Galicia 37/1985, de 7 de marzo, de creación de la comisión consultiva de consumo. ha comparecido la junta de Galicia, representada por el letrado don Heriberto García Seijo, y ha sido ponente el magistrado don Vicente Gimeno Sendra, quien expresa el parecer del tribunal.

i. Antecedentes

1. por escrito que tuvo su entrada en el registro general de este tribunal el 30 de abril de 1985, el abogado del estado, en representación del gobierno de la nación, interpuso recurso de inconstitucionalidad contra diversos artículos de la ley del parlamento de Galicia 12/1984, de 28 de diciembre, del estatuto gallego del consumidor, haciendo expresa invocación del art. 161.2 c.e. el recurso se fundamenta en la falta de competencia de la junta de Galicia en materia de defensa de los consumidores y usuarios y se contrae a la impugnación de los concretos artículos que se citan, sin perjuicio de extender la declaración de inconstitucionalidad a otros preceptos por conexión o consecuencia, solicitando su declaración de nulidad. las alegaciones que se formulan son las siguientes:

Art. 1. se impugna en cuanto declara que la ley tiene por objeto establecer <los principios y normas básicas> a los que deben atenerse los consumidores y usuarios en el ámbito de la comunidad autónoma, pretendiendo negar la aplicabilidad directa de la legislación del estado en ese ámbito (art. 149.1.1. c.e.); y siendo contrario al carácter multidisciplinar de la defensa del consumidor, en la que inciden competencias estatales exclusivas en relación a la sanidad alimentaria, la legislación mercantil y la legislación civil.

Art. 17. al disponer la reglamentación específica de los métodos de venta que limiten, dificulten o restrinjan la libertad de elección, contempla una regulación autonómica que incluirá un novum respecto de la legislación civil o mercantil, incidiendo en la competencia estatal y en la necesaria uniformidad que requiere la unidad de mercado.

Art. 18. se impugna, a excepción de su primer inciso, por venir en último término a definir la noción de cláusulas abusivas y a establecer requisitos imperativos para los contratos tipo o de adhesión, incidiendo en el derecho de obligaciones. la sustancial reproducción del art. 10.1 c) de la ley estatal 26/1984 no desdice la ubicación de la materia en la competencia de los nums. 6 y 8 del art. 149.1 c.e., disociándose, además, de la regulación estatal en el apartado c).

Art. 19. se contrae la impugnación al segundo inciso del párrafo segundo de dicho artículo, por generar nuevas acciones de rescisión o de responsabilidad y por imponer una <exigencia> para los particulares que invade la competencia estatal exclusiva respecto de la legislación civil y mercantil.

Art. 20 a) reproduce el contenido del art. 11.2 de la ley estatal 26/1984, careciendo de título competencial el legislador gallego.

Art. 21. reproduce el art. 11.1 de la ley estatal 26/1984, añadiendo <en conformidad con la legislación general>, lo que significa que el legislador autonómico está <petrificando> una regla que, al corresponder a la titularidad estatal del derecho de contratación, ha de quedar sujeta en sus términos y posibles variaciones a la decisión del legislador estatal.

Art. 22. coincide en su significado con el art. 18 de la ley vasca 10/1981, declarado inconstitucional por la stc 71/1982, por modificar el derecho contractual e invadir la competencia estatal del art. 149.1.8. c.e.

Art. 31. la impugnación se contrae al párrafo segundo, y se apoya en que la atribución a la comisión consultiva de funciones de arbitraje carece de fundamento, tanto si se trata de una remisión a la potestad normativa del gobierno autonómico, pues es una regulación de naturaleza jurídico-procesal; como si se pretende prefigurar para el ámbito autonómico el sistema previsto por el art. 31.1 de la ley estatal 26/1984.

2. por providencia de 16 de mayo de 1985, la sección tercera acordó: 1. admitir a trámite el recurso; 2. dar traslado de la demanda al congreso de los diputados, al senado y a la junta y al parlamento de Galicia, para que en el plazo de quince días puedan personarse en el procedimiento y formular alegaciones; 3. tener por invocado el art. 161.2 c.e., con suspensión de la vigencia y aplicación de los artículos impugnados, y 4. publicar la incoación del recurso en el <boletín oficial del estado> y en el <diario oficial de Galicia>. Mediante escritos de 21 y 31 de

mayo de 1985, respectivamente, el presidente del congreso de los diputados comunico que la cámara no haría uso de sus facultades de personación ni de formulación de alegaciones, y el presidente del senado se persono en nombre de la cámara y ofreció su colaboración.

3. la junta de Galicia, a través de su letrado, compareció por escrito que tuvo su entrada el 8 de junio de 1985 y formulo sus alegaciones, solicitando la desestimación del recurso y la declaración de conformidad de los preceptos impugnados con la norma fundamental. no puede negarse el carácter interdisciplinar de la materia, protección y defensa de usuarios y consumidores, sobre la que inciden diversos títulos competenciales, por lo que la competencia exclusiva que corresponde a la comunidad autónoma en virtud del art. 30.1.4 del estatuto (en adelante, e.a.g.) debe de ejercitarse dentro de las bases de la ordenación de la actividad económica general y de la política de precios (art. 149.1.13. c.e.). sobre los preceptos impugnados se alega lo siguiente:

Art. 1. la expresión <principios y normas básicas> utilizada en dicho precepto no interfiere, como se desprende de la exposición de motivos de la ley, en los aspectos civil, mercantil, procesal o penal en cuanto exceden de la competencia comunitaria, siendo equivalente a la expresión <ley básica> utilizada en el art. 1 de la ley vasca 10/1981, que no fue tachada de inconstitucional por la stc 71/1982.

Art. 17. se rechaza que se trate de una regulación ex novo en materias de legislación civil o mercantil, sino que se refiere a aspectos externos que se inscriben en el campo del comercio interior y defensa del consumidor y del usuario, en el ejercicio de una actividad administrativa de policía, de lo que se infiere la existencia de una potestad de la comunidad autónoma para dictar la reglamentación necesaria para complementar el precepto impugnado.

Art. 18. la regulación contenida en el apartado c) respecto de lo que pueden constituir cláusulas abusivas entra dentro de lo que pueden entenderse ciertamente como temas propios del derecho de contratación, que requiere regulaciones uniformes, por lo que corresponde al legislador estatal.

Art. 19. el inciso impugnado se limita a proclamar un objetivo a cuyo fin la junta de Galicia puede instrumentar los medios de policía administrativa sobre disciplina de mercado, sin que se invada la legislación civil.

Art. 20. puede considerarse que el apartado a) introduce especificaciones que constituyen una regulación directa que pudiera afectar a la <estructura de la obligación>, y, en tal medida, como derecho contractual ha de entenderse de competencia estatal.

Art. 21. la reproducción de la normativa estatal no será una técnica legislativa correcta, pero cuando no desborda el ámbito competencial estatutario no puede considerarse inconstitucional.

Art. 22. el derecho a la información propugnado por dicho artículo no incide en las relaciones obligacionales, ni comporta modificación del derecho contractual. Únicamente proyecta el art. 51.2 c.e. y la legislación estatal en el ámbito de las competencias autonómicas.

Art. 31. el arbitraje al que se refiere el precepto no constituye en puridad lo que se entiende como funciones arbitrales de naturaleza jurídico-procesal. se trata de una función arbitral de la administración equidistante de su potestad ordenadora y de la esfera estrictamente privada, que se integra en la competencia reconocida por el art. 27.5 e.a.g.

4. por escrito que tuvo su entrada en el registro general de este tribunal el 11 de junio de 1985, don Antonio Rosón Pérez, presidente del parlamento de Galicia, en nombre y representación del mismo, compareció y formalizo su oposición al recurso, solicitando la desestimación en su integridad. la ley gallega 12/1984 ha puesto especial cuidado en respetar el marco general dentro del que debe operar la competencia legislativa de la comunidad autónoma, lo que se refleja en el espíritu que informa su exposición de motivos, las referencias expresas a la normativa del estado y el respeto del contenido normativo de la competencia exclusiva del

estado articulado en la ley 26/1984, reconduciendo su carácter de principio informador del ordenamiento jurídico a sus justos límites para la defensa de los concretos preceptos impugnados articula las siguientes alegaciones:

Art. 1. respecto de la aplicabilidad directa de la legislación estatal, la comunidad autónoma en materia de defensa del consumidor aplicara directamente la legislación del estado que fije los principios contenidos en el marco económico constitucional, que desarrolle los límites consignados en la STC 71/1982, y aquellas normas de la ley estatal 26/1984, en cuanto afecten a sectores del ordenamiento jurídico o a materias de la exclusiva competencia del estado, respetando en todo caso el principio general informador contenido en el art. 51 c.e., con la función normativa subsidiaria que le reconoce el art. 1.4 del código civil. Por otra parte, la constitucionalidad del carácter básico de las normas y principios que contiene la ley impugnada se fundamenta en una opción de política legislativa en que respetando el bloque de constitucionalidad, el legislador gallego ha optado por una legislación, no de detalle, sino de principios y normas básicas que han de conformar la posterior legislación autonómica sectorial en aquellos aspectos que afecten expresamente a la defensa del consumidor y usuario. frente a esta opción, no es de recibo que esta técnica persiga un propósito unificador de las titularidades competenciales fundamentado en la exposición de motivos, cuyo entendimiento requiere una interpretación sistemática de su apartado quinto; y en cuanto a la disposición final cuarta, debe admitirse que estamos frente a un concepto jurídico equivoco con una interpretación polisémica, reconducible a su estricto significado en los términos previstos por la ley 1/1983, reguladora de la junta y de su presidente. Por último, avala la constitucionalidad del precepto su similitud con el art. 1. de la ley vasca 10/1981, al que no se ha opuesto el gobierno, ni el tribunal constitucional lo ha declarado inconstitucional.

Art. 17. el legislador gallego también previene contra métodos o modalidades de venta limitativos de la libertad de elección o de la voluntad de contratar, pero no entra a regular las condiciones básicas de la contratación civil o mercantil. Tampoco prohíbe ni disciplina ni sanciona, sino que tan solo impone al poder público autonómico la obligación de contribuir a su reglamentación específica como instrumento normativo idóneo que garantice la defensa del consumidor.

Art. 18. el objetivo del precepto impugnado se centra en poner de manifiesto la voluntad del poder autonómico gallego de proteger al consumidor y usuario dentro del ámbito territorial de la comunidad autónoma frente a las <eventuales cláusulas abusivas>, utilizando para ello los instrumentos jurídicos que le ofrece la <normativa general vigente en la materia>. no define nuevas cláusulas abusivas, simplemente destaca por reproducción aquellas que tienen una especial incidencia en la comunidad autónoma por las características del comercio interior gallego. Podrá alegarse que esta técnica de reproducción de preceptos de la legislación estatal es superflua, insegura, hasta errónea; pero no puede ser calificada, por principio, de inconstitucional, máxime cuando en el supuesto controvertido la reproducción va precedida de un expreso reconocimiento de la normativa general vigente.

Art. 19. lo que constituye la base y fundamento del artículo es la calidad de los bienes y servicios ofrecidos en el mercado. Partiendo de esta base inicial, la exigencia se predica de los bienes, como un mandato para que, en aras de la defensa de su calidad, se adopten las medidas no solo precisas, sino también oportunas. se entiende exclusivamente como un principio dirigido a la acción de los poderes políticos dentro de las normas vigentes. Que los bienes, dentro de sus normas de calidad, se ajusten a la finalidad que motiva su adquisición, es un requisito imprescindible de la defensa constitucionalmente reservada en favor de los consumidores. que los bienes se ajusten a las expectativas razonables es otro aspecto de la defensa mínima en favor de los consumidores. la expresión <que se derive> (de su descripción, peso y otras circunstancias) completa el cuadro de fidelidad absoluta a la normativa vigente. además, la competencia en materia de defensa de los consumidores y usuarios se completa con la competencia exclusiva que también corresponde a la comunidad autónoma en materia de comercio interior. en definitiva, la exigencia que se considera como atributiva de derechos

subjetivos en el segundo inciso del artículo carece de todo valor en forma aislada, y solo adquiere sentido si se comprende dentro del régimen competencial adecuado y, además, si se tomasen las medidas oportunas.

Art. 20. a) poniendo en relación el párrafo impugnado con el encabezamiento del artículo resulta manifiesto su alcance. la referencia a la <normativa vigente> permite aclarar que los elementos de la garantía no están regulados por el legislador gallego, y al hablar de las medidas que conduzcan a lograr la entrega de una garantía, no se trata de establecer un derecho sustantivo ni de regular aspectos de derecho contractual, sino de establecer el objetivo de defensa directa para que la garantía sea realmente eficaz. la exigencia de la garantía, como documento, como forma, es un aspecto básico de la defensa del consumidor, sin entrar en su contenido. la exigencia de la entrega de la garantía como aspecto básica de la defensa del consumidor se justifica claramente al modular la entrega del documento recordando las normas legales que lo hacen posible.

Art. 21. la finalidad del artículo es simplemente defender al consumidor o usuario sobre la naturaleza, características, etc., de los productos y servicios que puedan afectarle y hacer efectivas las garantías establecidas, pero sin incidir en ningún caso en facultades y competencias que no corresponden a la comunidad por estar atribuidas específicamente a la legislación general.

Art. 22. aunque en el escrito rector se dice que el artículo impugnado coincide en su significado con el art. 18 de la ley vasca 10/1981, declarado inconstitucional, su atenta lectura permite establecer claras diferencias, puesto que el precepto de la ley vasca habla de reivindicar la reparación de los eventuales daños causados por el producto o servicio recibido, aspecto en el que no incide el precepto gallego, y consciente de esta exigencia, el legislador gallego excluyó el rasgo que pudiera aproximarlos a la creación de un derecho subjetivo de consumidor frente al empresario.

Art. 31. lo que se establece en el apartado segundo de dicho artículo es solamente la posibilidad de que las partes, mediante compromiso expreso, puedan acordar someter sus diferencias en materia de consumo a la comisión. se trata de un acuerdo válido y obligatorio a la luz del art. 1.255 del código civil. por tanto, no es aplicable a este tipo de arbitrajes la legislación estatal que, por ser materia jurídico-procesal, corresponde al estado.

5. por providencia de 25 de septiembre de 1985, la sección cuarta acordó oír a las partes para que, en el plazo común de cinco días, expongan lo que estimen procedente acerca del mantenimiento o levantamiento de la suspensión de la vigencia de los preceptos de la ley impugnada. el pleno, por auto de 17 de octubre de 1985, acordó ratificar la suspensión de la vigencia.

6. por escrito que tuvo su entrada en el registro general de este tribunal el 5 de agosto de 1985, el gobierno de la nación, representado por el abogado del estado, planteo conflicto positivo de competencia frente a la junta de Galicia contra diversos artículos del decreto de la consejería de sanidad y consumo de la junta de Galicia 37/1985, de 7 de marzo, de creación de la comisión consultiva de consumo, haciendo invocación expresa del art. 161.2 c.e. por ser los preceptos impugnados desarrollo del párrafo segundo del art. 31 de la ley del parlamento de Galicia 12/1984, de 28 de diciembre, el abogado del estado se remite a las alegaciones formuladas en el recurso de inconstitucionalidad num.

376/85, solicitando la declaración de la titularidad estatal de la competencia para establecer el sistema de arbitraje previsto por el art. 31.1 de la ley 26/1984.

7. por providencia de 7 de agosto de 1985, la sección de vacaciones acordó: 1. admitir a trámite el conflicto positivo de competencia; 2. dar traslado de la demanda y documentos presentados a la junta de Galicia; 3. dirigir comunicación al presidente de la audiencia territorial de la Coruña para conocimiento de la sala de lo contencioso-administrativo de la misma, a los

efectos del art. 61.2 lotc; 4. tener por invocado el art. 161.2 c.e., produciendo desde la fecha de formalización del conflicto la suspensión de la vigencia y aplicación de los preceptos impugnados; y 5. publicar la formalización del conflicto en el <boletín oficial del estado> y en el <diario oficial de Galicia>.

8. en representación de la junta de Galicia compareció el jefe del gabinete de asuntos constitucionales y defensa jurídica, quien por escrito que tuvo su entrada en el registro el 14 de septiembre de 1985 solicitó la desestimación de la demanda y la declaración de que los preceptos impugnados son conformes con la constitución y el estatuto de autonomía. en defensa de su competencia se reiteran los argumentos esgrimidos en las alegaciones contra la impugnación del párrafo segundo del art. 31 de la ley gallega 12/1984, considerando que la función arbitral regulado es una <actividad servicial> cuyo ejercicio se amparó en el art. 27.5 e.a.g.

9. próximo a finalizar el plazo de cinco meses que señala el art. 65.2 lotc, la sección cuarta acordó oír a las partes para que, en el plazo común de cinco días, aleguen lo que estimen procedente acerca del mantenimiento o levantamiento de la suspensión de los preceptos impugnados. por auto de 23 de enero de 1986, el pleno del tribunal acordó levantar la suspensión de la vigencia de los preceptos impugnados del decreto 37/1985.

10. la sección primera de este tribunal, por providencia de 29 de octubre de 1990, acordó, de conformidad con lo dispuesto en el art. 84 lotc, conceder a las partes personadas en el conflicto positivo de competencia num. 763/85 un plazo de diez días para que aleguen acerca de los efectos que pueda tener, sobre el mantenimiento y resolución del conflicto, la doctrina constitucional contenida en la stc 15/1989, de 26 de enero el abogado del estado, por escrito que tuvo su entrada en el registro el 16 de noviembre, formuló sus alegaciones y terminó solicitando que se dicte sentencia acogiendo íntegramente las pretensiones deducidas en el escrito de interposición del conflicto, y que, previos los trámites legales, se acumule el conflicto al recurso num. 376/85. por su parte, la letrada de la junta de Galicia, por escrito que tuvo su entrada el 26 de noviembre, solicitó que se dictase sentencia desestimando el conflicto.

La sección primera, por providencia de 14 de enero de 1990, acordó incorporar a los autos los escritos presentados y oír a la junta y al parlamento de Galicia sobre la solicitud de acumulación solicitada. evacuado traslado, por escrito de 16 de enero, el letrado de la junta mostro su conformidad a la acumulación.

Por auto de 12 de febrero de 1991, el pleno acordó la acumulación del conflicto positivo de competencia num. 763/85 al recurso de inconstitucionalidad num. 376/85.

11. por providencia de 21 de marzo de 1991 se fijó para deliberación y votación el día 22 del mismo mes y año.

ii. FUNDAMENTOS JURÍDICOS

1. los presentes procesos acumulados han sido promovidos por el gobierno de la nación en recurso de inconstitucionalidad contra diversos artículos de la ley del parlamento de Galicia 12/1984, de 28 de diciembre, del estatuto gallego del consumidor y usuario, y en conflicto positivo de competencia frente a los artículo que desarrollan el párrafo segundo del art. 31 de la anterior ley en el decreto de la consejería de sanidad y consumo 37/1985, de 7 de marzo, de creación de la comisión consultiva de consumo. la impugnación de diversos preceptos se centra en ambos procesos única y exclusivamente en una disputa sobre la distribución constitucional y estatutaria de la titularidad de competencias entre el estado y la comunidad autónoma de Galicia. las impugnaciones giran en torno a tres aspectos a partir de cuyo desglose procederemos a examinarlas.

en primer lugar se plantea con carácter general la especificidad del título competencial <defensa del consumidor y del usuario> recogido en el art. 30.1.4 del estatuto de autonomía

para Galicia (en adelante, e.a.g.) en relación a los títulos competenciales atribuidos al estado y, a través de lo dispuesto por el art. 1. de la ley gallega 12/1984, el problema de la articulación de la normativa estatal con la autonómica en la materia. en segundo lugar, en la impugnación por invasión competencial de distintos preceptos de la ley gallega, deberemos dilucidar la constitucionalidad de los mismos al hilo de los títulos competenciales contradictoriamente invocados por las partes: la defensa del consumidor y del usuario, alegada por la representación de la junta de Galicia, y el derecho contractual, civil o mercantil, invocado por la representación del estado. Por último, la impugnación del art. 31, párrafo segundo, de la ley gallega y su desarrollo por diversos artículos del decreto gallego 37/1985 suscita la controversia sobre la titularidad de la competencia respecto del arbitraje en relación a la materia de consumo.

El abogado del estado recurre contra el art. 1. de la ley gallega 12/1984, en el que se declara que conforme a lo dispuesto por el art. 30.1.4 e.a.g., <la presente ley tiene por objeto establecer los principios y normas básicas a que debe atenerse la defensa de los derechos e intereses de los consumidores y usuarios en el ámbito de la comunidad autónoma>.

La impugnación se fundamenta en que la expresión <principios y normas básicas> supone negar la aplicabilidad directa de la legislación estatal en su ámbito material a pesar de la reserva competencial del art. 149.1.1. c.e., reduciéndola a mera legislación supletoria (art. 149.3 c.e.). por otro lado, el carácter multidisciplinar de la defensa del consumidor y del usuario implica la concurrencia sobre la misma de competencias exclusivas del estado que impiden para cualquier comunidad autónoma pretender el carácter básico para sus normas de defensa del consumidor.

Para examinar esta cuestión debemos abordar la distribución constitucional y estatutaria de competencias en la materia de defensa de los consumidores y usuarios entre el estado y la comunidad autónoma de Galicia. el art. 51 c.e. que, dentro de los principios rectores de la política social y económica, impone a los poderes públicos en general la obligación de garantizar la defensa de los consumidores y usuarios, la promoción de la información y educación de los mismos, el fomento de sus organizaciones, y la regulación por ley dentro de este marco del comercio interior y el régimen de autorización de productos comerciales. no cabe duda que, como hemos afirmado en ocasiones anteriores (stc 88/1986, fundamento jurídico 4.; y stc 15/1989, fundamento jurídico 1.), dicha norma no es conceptuable como distribuidora de competencias, si bien introduce un concepto de gran amplitud, no contemplado expresamente en el art. 149.1 c.e. entre las competencias reservadas al estado frente a las comunidades autónomas que, como en el caso de la gallega, accedieron a las autonomía por la vía del art. 151.2 c.e., permitiendo que aquellas las asumieran en virtud de sus estatutos (art. 149.3 c.e.).

Así, Galicia asumió competencia exclusiva en defensa del consumidor y del usuario según lo dispuesto por el art. 30.1.4 e.a.g. dicha competencia queda acotada, conforme dispone la propia norma estatutaria, por el principio de libertad de empresa en el marco de la economía de mercado (art. 38 c.e.; stc 88/1986, fundamento jurídico 4.), las competencias estatales en política monetaria (art. 149.1.11. c.e.) y las bases y coordinación de la planificación general de la actividad económica (arts. 131 y 149.1.13. c.e.); y de acuerdo con la fórmula <sin perjuicio> que se utiliza en el propio punto 4 del art. 30.1, limitado también por la política general de precios y la legislación estatal sobre defensa de la competencia.

pero, asimismo, en razón del carácter pluridisciplinar del conjunto normativo que tiene por objeto la protección del consumidor (stc 71/1982, fundamento jurídico 2.), resultante de normas sectoriales reconducibles a otras materias sobre las que el estado tiene atribuidas competencias, la competencia exclusiva de Galicia en la defensa del consumidor y usuario queda limitada por la competencia exclusiva estatal en la regulación de las condiciones básicas que garanticen la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de derechos y cumplimiento de deberes constitucionales (art.

149.1.1. c.e.), y las competencias reservadas sobre distintas materias (legislación civil y mercantil, protección de la salud, etc.) en diferentes números del art. 149.1 c.e., o por decirlo en los términos de la stc 15/1989, <ante materias que la constitución toma como punto de

referencia para fijar las competencias mínimas que, por corresponder al estado, quedan al margen del ámbito de disponibilidad de los estatutos de autonomía> (fundamento jurídico 1.).

de toda esta pluralidad de títulos competenciales que asisten al estado en esta heterogénea materia, que es el consumo, cobran singular relieve los referentes a la legislación mercantil y civil (art.

149.1.6. y 8.) que, como se ha dicho, actúan como límite a la competencia exclusiva de la comunidad gallega en la defensa del consumidor. en la medida, pues, que las normas del estatuto gallego del consumidor y usuario no vengán a consagrar (o a reproducir de la legislación estatal) nuevos derechos u obligaciones de carácter civil o mercantil, incidan sobre materias de la competencia de la comunidad gallega o vengán a arbitrar medidas de carácter administrativo tendentes a proteger al consumidor ninguna tacha de inconstitucionalidad hemos de apreciar en el examen de cada uno de los preceptos impugnados.

3. en orden a propugnar la declaración de inconstitucionalidad del art. 1. de la ley impugnada, aduce el abogado del estado que la expresión <normas y principios básicos> contenida en el precepto conlleva, de un lado, la negación de la aplicación directa de la legislación estatal sobre la materia, reduciéndole a un nivel de estricta supletoriedad y, de otro, erigir en básicas a tales normas autonómicas de defensa del consumidor con desconocimiento del carácter multidisciplinar de dicha materia y de la multiplicidad de los títulos estatales competenciales.

La anterior argumentación, sin embargo, no puede ser acogida. tal y como correctamente aduce el representante de la junta de Galicia y tuvimos ocasión de declarar en la stc 15/1989 (fundamentos jurídicos 1. y 2.), tratándose de una materia como es el caso de la defensa del consumidor, en la que tiene competencia exclusiva la comunidad autónoma, la legislación estatal carece de aplicación directa, todo ello sin perjuicio de que determinadas normas de la ley estatal que disciplinen materias propias de otros títulos competenciales estatales hayan de aplicarse en la comunidad autónoma. por otra parte, de la lectura del mencionado precepto, no cabe extraer la conclusión de que el concepto <principio y norma básica> viene entendido en su dimensión competencial (ni mucho menos en el de norma habilitante para la delegación legislativa, como apunta el abogado del estado), ya que, dada su naturaleza de norma autonómica y tratándose, además, de una competencia exclusiva, ninguna pretensión puede tener de erigirse en norma <básica> en el sentido de las reservadas por el art. 149.1 en favor del estado; antes al contrario, descartada esta interpretación gramatical y atendiendo al sentido lógico de la norma, cabe entender que el objeto de la ley es establecer las normas y principios esenciales e informadores del estatuto del consumidor gallego desde la especial consideración de su defensa, por lo que ningún reproche de inconstitucionalidad cabe efectuar al referido precepto.

4. la impugnación de la ley gallega se dirige en segundo lugar contra una serie de artículos a los que el abogado del estado achaca la regulación de condiciones generales de la contratación civil o mercantil, invadiendo las competencias atribuidas con carácter exclusivo al estado por el art. 149.1.6. y 8. de la constitución. pues bien, para deslindar cual es la distribución de competencias entre el estado y la comunidad autónoma en materia de defensa del consumidor y usuario frente a los títulos competenciales alegados por el estado, debemos acudir, una vez más, a los criterios sentados en nuestra stc 71/1982, fundamento jurídico 2., en el sentido de que en la concurrencia de diversas reglas competenciales, en este caso, legislación civil y mercantil en favor del estado, frente a la defensa del consumidor en favor de Galicia, deberá determinarse cuál es el título aplicable en cada caso, cuando no puedan aplicarse conjuntamente, teniendo en cuenta la razón o finalidad de la regla, la competencia exclusiva de la comunidad sobre la <defensa del consumidor> y los límites externos a dicha competencia estatutaria. Procede aplicar estos criterios a cada uno de los preceptos impugnados:

a) el art. 17 se impugna por considerar que en la medida en que no se reduzca a un mero enunciado de objetivos, las reglamentaciones a las que remite introducirán una novum en

materia contractual, contrario a la competencia estatal y rompiendo la necesaria uniformidad que exige la unidad de mercado.

dicho artículo dispone que aquellos métodos de venta que limiten, dificulten o restrinjan la libertad de elección, la comprobación de la calidad o la voluntad de contratar de los consumidores y usuarios <serán debidamente reglamentados> y, en particular, los distintos métodos de venta que se enumeran (ventas ambulantes, a domicilio, por correspondencia, mediante saldos y liquidaciones o de las que incluyan la concesión de un premio, la participación en un sorteo o concurso o cualquier clase de prima) serán objeto de <las correspondientes reglamentaciones específicas>. de la lectura de precepto no se deduce más que la voluntad del legislador gallego de atender al mandato constitucional de proteger a los consumidores y usuarios (art. 51.1 c.e.) mediante la reglamentación de diversas modalidades de venta en las que pueden derivarse especiales perjuicios para el consumidor. en principio, y a reserva de cual sea el concreto contenido de dichas reglamentaciones, su previsión genérica no incide en el derecho contractual. en efecto, como ha tenido ocasión de pronunciarse este tribunal con motivo de la impugnación de la regulación por comunidades autónomas con análogas atribuciones competenciales en la materia de distintas modalidades de ventas (stc 71/1982, fundamento jurídico 13, en relación al art. 13 de la ley vasca 10/1981, de 18 de noviembre, del estatuto de consumidores; y stc 88/1986, fundamento jurídico 8, en relación a distintos artículos de la ley catalana 1/1983, de 18 de febrero, de regulación administrativa de determinadas estructuras comerciales y ventas especiales), la emanación de regulaciones administrativas que disciplinen determinadas modalidades de venta no supone introducir una innovación en el seno de los derechos y obligaciones en el marco de las relaciones contractuales privadas.

Tampoco afecta a la unidad de mercado en el sentido de que esta implique uniformidad de regímenes jurídicos, puesto que la diversidad derivada de la estructura autonómica del estado puede comportar diversidad de regímenes jurídicos que serán legítimos en tanto resulten del ejercicio de una competencia atribuida a la comunidad, en la medida en que las diferencias y peculiaridades introducidas resulten adecuadas a su finalidad, y que se respete, en todo caso, la igualdad básica de los españoles.

Cumpliendo tales premisas resulta legítimo, pues, que el legislador gallego prevea la reglamentación de tales métodos de venta, sin que en abstracto, y al margen del contenido concreto de las mismas, el art. 17 invada ninguna competencia estatal.

b) el art. 18 se impugna, excepto en su primer párrafo, por cuanto en relación a la protección contra las cláusulas abusivas en los contratos tipo o de adhesión establece una serie de requisitos, que en parte reproducen literalmente los dispuestos por el art. 10.1 de la ley estatal 26/1984, y en parte, en relación a la buena fe y justo equilibrio de las contrataciones, excluye <además de las previstas en la legislación general>, diversas condiciones no coincidentes en todo caso con las previstas por el artículo citado de la ley estatal.

no cabe duda, como incluso reconoce la representación de la junta de Galicia, que el establecer los requisitos que debe cumplir un determinado tipo de contrato incide de lleno dentro del derecho contractual, pues, se está definiendo al fijarse unas obligaciones y un sistema de listado de exclusiones lo que se entiende por cláusulas abusivas en un determinado tipo de contrato. Tratándose de un tema capital del derecho de contratación como dijimos en la stc 71/1982, fundamento jurídico 14 queda comprendido dentro del título competencial del art. 149.1.8. c.e., que requiere regulaciones uniformes en todo el territorio, por lo que ha de prevalecer sobre el título competencial más genérico de defensa del consumidor y del usuario.

no se salva tampoco, como pretende el representante de la junta de Galicia, la inconstitucionalidad del precepto impugnado, en todo lo referente a las prescripciones que constituyen una mera reproducción del art. 10.1 de la ley estatal 24/1986, y que, por tanto, no incurre en contradicción con la regulación estatal. La determinación del contenido de los contratos corresponden incuestionablemente al estado y su simple reproducción por la legislación autonómica, además de ser una peligrosa técnica legislativa, incurre en

inconstitucionalidad por invasión de competencias en materias cuya regulación no corresponde a la comunidad autónoma (stc 10/1982, fundamento jurídico 8.).

c) respecto al art. 18, relativo a la defensa de la calidad de los bienes y servicios ofrecidos en el mercado y a la transparencia de los precios, la impugnación se limita al inciso de su segundo párrafo en el que se establece: <y en general se exigirá de los mismos (bienes y servicios puestos a la venta) que sean ajustados a la finalidad que puede motivar su adquisición, conforme a las expectativas razonables que se deriven de su descripción, precio y otras circunstancias>. se cuestiona la constitucionalidad de la introducción por la norma autonómica de una exigencia a los vendedores del bien o servicio.

El establecimiento de esa exigencia no se inmiscuye en la legislación contractual que corresponde al estado, en la medida que la exigencia de correspondencia de los bienes y servicios con su calidad y su adecuación a la finalidad que puede motivar su adquisición con arreglo a las expectativas razonables que se deriven de su descripción, precio y otras circunstancias, se inserta dentro de lo más propio de la actividad administrativa para la protección del consumidor, que, sin alterar la relación contractual ni afectar a la validez de los contratos privados, responde al específico deber de los poderes públicos que impone el art. 51.1 c.e. la prescripción de la exigencia y la actuación encaminada a su cumplimiento efectivo se insertan en la actividad de política administrativa derivada del título competencial autonómico (stc 71/1982, fundamento jurídico 16).

d) el apartado a) del art. 20 impugnado, reproduce el apartado 2 del art. 11 de la ley estatal 26/1984 con un contenido casi idéntico pero con distinta ordenación, en cuanto a la regulación del contenido de la garantía que deberá entregar el fabricante o vendedor de bienes de naturaleza duradera. Únicamente difieren en cuanto la norma estatal lo impone como deber y la norma autonómica, en su primer párrafo, lo establece como <objetivos> para los que <se adoptaran dentro de la normativa vigente las medidas> para lograrlos; y por otra parte, en su punto 5 la ley gallega añade que la garantía debe contener información que distinga los servicios posventa debidos al vendedor o fabricante en concepto de garantía contractual de los que deban ser costeados a cargo del comprador.

aunque el letrado de la junta admite de plano que el precepto impugnado cae dentro de la esfera de la competencia estatal sobre el derecho contractual, sin que ello, no obstante, se allane a la pretensión en el suplico de su escrito de contestación a la demanda, la cuestión no puede zanjarse sin más en favor de la pretensión del gobierno. pues, si bien resulta incontrovertible que la receptación de la formalización de una garantía para los bienes duraderos y la determinación de su contenido mínimo es materia incluida dentro de los derechos y obligaciones contractuales, y por tanto de titularidad estatal, lo cierto es que el primer párrafo del art. 20, no impugnado, de la ley gallega no impone una obligación a los fabricantes o vendedores con un correlativo derecho de los compradores, los que si hace, por supuesto, la norma estatal al prescribir que <el productor o suministrador deberá entregar una garantía...>, sino que se limita a señalar que <se adoptaran dentro de la normativa vigente las medidas que conduzcan a lograr los siguientes objetivos>. Entendida la remisión a la legislación vigente como referencia a la legislación estatal en materia contractual, imponiendo a los poderes públicos gallegos la obligación de hacerla efectiva a través de su actuación y adoptando medidas adecuadas para ello, el precepto se inserta dentro de la competencia autonómica para hacer efectiva, conforme al mandato constitucional, la protección del consumidor. Por consiguiente, el precepto impugnado, en la medida en que viene a enunciar como <objetivos> los mandatos contenidos en la norma estatal no invade la competencia del estado a idéntica conclusión hay que llegar con respecto a la declaración contenida en el número cinco del art. 20, siempre que se efectúe una interpretación adecuada de la norma, de conformidad con los títulos competenciales en conflicto. en efecto, aun cuando dicha prescripción no constituya una transcripción de la normativa estatal, la previsión de medidas administrativas, tendentes a asegurar el cumplimiento por el vendedor de su deber de información con respecto al comprador del servicio posventa cubierto por la garantía, es una materia que se enmarca dentro de la <defensa del consumidor>

cuya competencia pertenece en exclusiva a la comunidad gallega. en la medida, pues, de que no se trata aquí de consagrar una nueva obligación civil o mercantil, sino tan solo de facultar a la c.a. a que pueda arbitrar la actividad de policía que estime conveniente para obtener el cumplimiento de tal deber de información, ningún reproche de inconstitucionalidad cabe efectuar a la citada norma.

e) el art. 21 de la ley gallega se limita a reproducir el art. 11.1 de la ley estatal 26/1984, en el que se establecen las exigencias que en favor de los consumidores y usuarios deberá satisfacer el régimen de comprobación, reclamación, garantía y posibilidad de renuncia o devolución que se establezca en los contratos, añadiendo el precepto impugnado <de conformidad con la legislación general>.

no requiere de mayores disquisiciones afirmar que la determinación del contenido de los contratos y de las acciones por incumplimiento, saneamiento o resolución se insertan dentro de la competencia estatal exclusiva atribuida al estado por los arts.

149.1.6. y 8. c.e. ahora bien, lo que se cuestiona no es, evidentemente, el contenido del precepto, sino la posibilidad de que el legislador autonómico reproduzca un precepto estatal que, aun cuando tenga por finalidad la defensa del consumidor, incide claramente en el derecho de obligaciones, con respecto al cual ningún título competencial ostenta la comunidad autónoma. la determinación del contenido de los contratos, aunque su finalidad sea como en el presente caso la protección del consumidor y del usuario, no puede ser entendida, como pretende el representante de la junta, como una <declaración de objetivos generales>. se trata, por el contrario, de un reforzamiento de las obligaciones del vendedor sobre cuya determinación tiene competencia exclusiva el estado (art. 149.1.6. c.e.), en tanto que la comunidad autónoma no disponga de competencia en virtud de su derecho foral. como este no es el caso, el precepto de la ley gallega incurre en inconstitucionalidad.

f) por último, se cuestiona la constitucionalidad del art. 22 por cuanto establece con carácter general el derecho de los consumidores y usuarios a recibir una información veraz, completa, objetiva y eficaz sobre las características esenciales de los bienes y servicios puestos a su disposición.

Este derecho a la información del consumidor y usuario, que tiene como correlato el deber de informar del empresario, ya fue configurado, en términos no coincidentes, por el art. 13.1 de la ley estatal 26/1984. se trata de la concreción a nivel legislativo del principio proclamado en el art. 51.2 c.e., sobre lo que tuvo ocasión de pronunciarse este tribunal en la stc 71/1982, fundamento jurídico 18. Allí se dijo, como fundamento para declarar la inconstitucionalidad del art. 18 de la ley vasca 10/1981, de contenido análogo, que el precepto entendido en el sentido de que habilita para exigir al empresario una específica obligación de proporcionar al consumidor una información veraz, excede del ámbito competencial de la comunidad autónoma si se le da un carácter de generalidad aplicándolo a toda la contratación. la configuración del derecho a la información con un alcance superior al sectorial implica una modificación del derecho contractual, cuya competencia corresponde al legislador estatal (art. 149.1.8. c.e.).

Ahora bien, con ser cierto lo anterior, tampoco lo es menos que entre la citada norma de la ley vasca y el precepto impugnado de la ley gallega existan notables diferencias que se plasman, no solo en el contenido de la información (así, la relativa a la reparación de los daños causados art. 18 d) que contiene una acción civil de saneamiento, inexistente en la norma gallega impugnada), sino también, y sobre todo, en las medidas arbitradas para garantizar dicho deber de información, que, en el caso de la norma gallega se reconducen única y exclusivamente al ámbito administrativo. en efecto, de la puesta en relación del art. 22 con el art. 23, claramente se deduce que el derecho del consumidor a recibir una información veraz sobre las características del objeto y correlativa obligación del vendedor de suministrarla no constituyen derechos u obligaciones de carácter civil o mercantil, sino que, antes bien, dichos derechos y obligaciones han de ser afianzados exclusivamente por la administración de la comunidad autónoma mediante medidas administrativas, tales como los <reglamentos de etiquetado>. desde dicha

interpretación sistemática claramente se infiere, pues, que las medidas previstas por la comunidad autónoma gallega no implican la instauración de nuevas obligaciones civiles o mercantiles, sino la previsión de los oportunos servicios de vigilancia, inspección o el establecimiento del oportuno régimen disciplinario tendente a salvaguardar dicho deber de información, por lo que es indudable que el precepto impugnado, al pertenecer al título competencial de defensa del consumidor de la comunidad autónoma, no es inconstitucional.

5. finalmente, el representante del gobierno impugna en el recurso de inconstitucionalidad el párrafo segundo del art. 31 de la ley gallega 12/1984 por el que se atribuye a la comisión consultiva de consumo la realización de funciones de arbitraje, <teniendo sus decisiones un carácter vinculante para las partes cuando así lo aceptasen por compromiso expreso>, por tratarse de una regulación de naturaleza jurídico-procesal que fue regulada por el legislador estatal en el art. 31.1 de la ley 26/1984; y en el conflicto positivo de competencia impugna el art. 6 del decreto 37/1985, que desarrolla el anterior precepto legislativo, así como, por conexión, los incisos <además de las funciones de arbitraje que tienen encomendadas> del art. 7 y <en atención a las funciones de arbitraje que realmente desempeñan> del párrafo segundo del art. 8.1., para el representante de la junta de Galicia, por contra, dicha función de arbitraje se integra en la actividad administrativa y, por consiguiente, corresponde su regulación a Galicia en base al título competencial del art. 27.5 E.A.G.

sin embargo, no cabe duda que el establecimiento de un sistema de arbitraje, como dijimos en la STC 15/1989, F.J. 9 b, es materia atribuida a la competencia del estado por los títulos competenciales del art. 149.1, 5 y 6, pues, siendo el arbitraje un <equivalente jurisdiccional>, mediante el cual las partes pueden obtener los mismos objetivos que con la jurisdicción civil (esto es, la obtención de una decisión que ponga fin al conflicto con todos los efectos de la cosa juzgada), es evidente que la creación de órganos de naturaleza arbitral y el establecimiento de dicho procedimiento heterocompositivo es materia propia de la legislación procesal civil, relacionada, en cuanto a los efectos del laudo arbitral y al sistema de recursos, con la administración de justicia, tal y como lo confirma la supletoriedad que respecto del art. 31 de la ley 26/1984 establece la disposición adicional primera de la ley estatal 36/1988, de 5 de diciembre, de arbitraje, por lo que, tanto el segundo párrafo del art. 31 de la ley gallega como el art. 6 del decreto 37/1985 invaden la competencia estatal. por conexión con los anteriores, devienen igualmente inconstitucionales el inciso impugnado del art. 7 y la totalidad del párrafo segundo del art. 8.1 del mismo decreto.

FALLO

en atención a todo lo expuesto, el tribunal constitucional, por la autoridad que le confiere la constitución de la nación española,

ha decidido

Estimar parcialmente el recurso de inconstitucionalidad interpuesto contra la ley del parlamento de Galicia 12/1984, del estatuto gallego del consumidor; y el conflicto positivo de competencia contra el decreto de la junta de Galicia 37/1985, de 7 de marzo, de creación de la comisión consultiva de consumo, y, en consecuencia:

1. declarar que son inconstitucionales y, por tanto, nulos los arts. 18, excepto el párrafo primero; 21 y 31, en su párrafo segundo, de la ley gallega 12/1984; y los arts. 6 y 7, inciso "además de las funciones de arbitraje que tienen encomendadas" y 8.1, párrafo segundo, del decreto gallego 37/1985.

2. declarar que no es inconstitucional el art. 20.a.5 de la ley gallega 12/1984, interpretado en el sentido indicado en el fundamento 4. d.

3. desestimar el conflicto en todo lo demás.

voto particular que formula el magistrado don Jesús Leguina villa a la sentencia dictada en el recurso de inconstitucionalidad num. 376/85, y en el conflicto positivo de competencia num. 763/85, acumulados

mi discrepancia con esta sentencia se ciñe exclusivamente a la declaración de inconstitucionalidad de los arts. 18 y 21 y al razonamiento que conduce al fallo invalidante de tales preceptos. en la sentencia se afirma que estas dos normas del estatuto gallego del consumidor y usuario son simple reproducción de preceptos de la legislación estatal, y se admite expresamente que no hay contradicción alguna de fondo entre las normas autonómicas y los preceptos estatales; no obstante lo cual, se entiende que las normas legales gallegas han entrado a regular una materia de legislación contractual cuya competencia corresponde en exclusiva al estado y, por lo tanto, han incurrido en inconstitucionalidad. a mi juicio, no hay tal inconstitucionalidad, porque no hay invasión alguna de la competencia del estado en materia de legislación contractual, civil o mercantil. con independencia de que sea dudoso que los arts. 18 y 21 de la ley gallega incidan en el ámbito reservado a la legislación contractual, es lo cierto que, aunque así fuera, su regulación coincide plenamente con la que se contiene en preceptos equivalentes de la ley 26/1984, de 19 de julio, general para la defensa de los consumidores y usuarios, de los que las normas gallegas son pura y simple reproducción, y por lo mismo en nada se vulnera la legislación estatal ni se usurpan o invaden competencias estatales. se podrá censurar esta opción del legislador gallego desde el ángulo de la técnica legislativa empleada, y aun ello seria discutible, pues en la configuración de un estatuto completo de los consumidores y usuarios, que es competencia exclusiva de Galicia dentro de su territorio, puede estar justificada la incorporación de preceptos estatales, sin alteración alguna, sobre materias colindantes o compartidas, en lugar de utilizar con reiteración la técnica del reenvió al ordenamiento estatal. Pero en cualquier caso no merece, en mi opinión, reproche alguno de inconstitucionalidad. Declarar, como se hace en la sentencia, que las normas gallegas no son materialmente inconstitucionales por su contenido, pero que si lo son desde una perspectiva estrictamente formal es, por lo demás, adoptar una posición formalista que se aleja abiertamente de la que es habitual en este tribunal. en consecuencia, nuestro fallo debería haber desestimado también la impugnación de estos dos preceptos -arts. 18 y 21- de la citada ley gallega.

Madrid, a veintidós de marzo de mil novecientos noventa y uno.-firmado:

Jesus Leguina villa.-rubricado.



Roj: STS 5213/1989 - ECLI:ES:TS:1989:5213
Id Cendoj: 28079110011989100956
Órgano: Tribunal Supremo. Sala de lo Civil
Sede: Madrid
Sección: 1
Nº de Recurso:
Nº de Resolución:
Procedimiento: RECURSO CASACIÓN
Ponente: MARIANO MARTIN-GRANIZO FERNANDEZ

Tipo de Resolución: Sentencia

Núm. 693.- Sentencia de 9 de octubre de 1989

PONENTE: Magistrado Excmo. Sr. don Mariano Martín Granizo.

PROCEDIMIENTO: Juicio declarativo ordinario de menor cuantía.

MATERIA: Arbitraje: retroactividad y carácter. Tutela judicial efectiva: alcance.

NORMAS APLICADAS: Artículos 3.1 del Código Civil; 9 y 11 de la Ley de Arbitraje de 22 de diciembre de 1953 y 24.1 de la Constitución Española, y 46.1 de la Ley de Arbitraje de 5 de diciembre de 1988 .

JURISPRUDENCIA CITADA: Sentencia de 15 de septiembre de 1986.

DOCTRINA: Las normas de la Ley de Arbitraje de 22 de diciembre de 1953 no pueden interpretarse de modo restrictivo ni sucesivamente literal, sino con flexibilidad aun cuando sea a título meramente indicativo y en orden a la configuración y delimitación del ámbito y mecanismo de la exégesis. El artículo 24.1 de la Constitución Española se limita a señalar el derecho que todo ciudadano tiene a obtener la tutela efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, mas no impide la igualmente constitucional facultad de optar para dicha tutela de cauce extrajudicial arbitraje.

En la villa de Madrid, a nueve de octubre de mil novecientos ochenta y nueve.

Visto por la Sala Primera del Tribunal Supremo, integrada por los Magistrados del margen, el recurso de casación contra la sentencia dictada en grado de apelación por la Sala de lo Civil de la Audiencia Territorial de Valencia, como consecuencia de autos de juicio declarativo ordinario de menor cuantía, seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 4 de Castellón, sobre acción resolutoria de contrato; cuyo recurso fue interpuesto por don Federico , don Pedro Antonio , don Luis Carlos , don Matías , don David , don Juan Manuel , don Rubén , don Germán , don Alvaro , don Carlos Antonio , don Narciso , don Felipe , don Alejandro , don Luis Manuel , don Rogelio , doña Pilar , don Javier , don Eloy , don Alberto , don Luis Pablo , don Víctor , don Mauricio , don Gustavo , don Domingo , don Aurelio , don Juan Enrique , don Luis María , don Jose María , don Roberto , doña María , don Paulino , don Leonardo , don Iván, doña María Teresa , doña Carmela , doña Frida , don Lucas , don Jesús , don Isidro,

representados por la Procuradora de los Tribunales doña María Luz Albácar Medina, y asistidos del Letrado don José Luis Boroils Ramón; siendo parte recurrida doña María Cristina , doña Inmaculada , doña Paula , doña María Virtudes , doña Daniela y don José Miguel , representados por el Procurador de los Tribunales don Santos Gandarillas Carmona. y asistidos del Letrado don Manuel Delgado Rodríguez.

Antecedentes de hecho

Primero: La Procuradora doña Inmaculada Tomás Fortanet, en representación de don Federico, don Pedro Antonio , don Luis Carlos , don Matías , don David , don Juan Manuel , don Luis Enrique , don Rubén , don Rogelio , don Carlos Antonio , doña Pilar , don Alejandro , don Felipe , don Alvaro , don Narciso , don Luis Manuel , don Germán , don Jose María , don Juan Javier , don Eloy , doña María , en nombre e interés de la comunidad hereditaria de don Inocencio . don Alberto , don Luis Pablo , don Víctor, don Roberto , don Mauricio , don Gustavo , don Paulino , don Leonardo , don Juan Iván , doña María Teresa , don Domingo , don Aurelio , don Juan Enrique , doña Carmela , doña Frida , don Luis María , don Lucas , don Jesús , don Isidro , don Luis y don Casimiro , formuló ante el Juzgado de Primera Instancia de Castellón de la Plana demanda de juicio declarativo ordinario de menor cuantía contra don José Guinot Benet, sobre acción resolutoria de contrato; estableciendo los hechos y fundamentos de Derecho que tuvo por conveniente para terminar suplicando sentencia, en virtud de la cual dando lugar íntegramente a la demanda declare: La validez y eficacia de la resolución unilateral, por parte de los actores, del contrato suscrito entre las partes litigantes el día 1 de enero de 1980, comunicada al demandado mediante requerimiento notarial el 17 de diciembre de 1982 y con efecto a partir de 1 de enero de 1983. La extinción de las obligaciones dimanantes del expresado contrato, por razón de su rescisión, a partir del día 1 de enero de 1983. La improcedencia de indemnizar daños y perjuicios al demandado, por razón de la referida resolución del contrato. Y condene al demandado a estar y pasar por las anteriores declaraciones, y al pago de las costas del juicio.

Segundo: Admitida la demanda y emplazados los demandados, compareció en los autos en su representación el Procurador don Joaquín Bagan García, que contestó a la demanda, oponiendo a la misma los hechos y fundamentos de derecho que estimó oportunos para terminar suplicando sentencia por la cual, bien estimando la excepción planteada, o bien por las cuestiones de fondo igualmente alegadas, se desestime la demanda deducida de contrario en todos sus puntos con expresa condena a la parte actora de la totalidad de las costas de este procedimiento.

Tercero: Convocadas las partes a la comparecencia establecida en el art. 691 de la Ley de Enjuiciamiento Civil , ésta se celebró el día señalado, con asistencia de las partes sin avenencia.

Cuarto: Recibido el pleito a prueba se practicó la que propuesta por las partes fue declarada pertinente.

Quinto: Unidas a los autos las pruebas practicadas se convocó a las partes a comparecencia poniéndolas, mientras tanto, las pruebas de manifiesto en secretaría para que hicieran un resumen de las mismas, lo que verificaron en tiempo y forma, quedando los autos en poder del señor Juez para dictar sentencia.

Sexto: El señor Juez de Primera Instancia de Castellón de la Plana dictó sentencia con fecha 28 de noviembre de 1985 , cuyo fallo es como sigue: «Que estimando la demanda interpuesta por la Procuradora doña Inmaculada Tomás Fontanet en nombre y representación de don Federico,

don Pedro Antonio , donLuis Carlos , don Matías , don David , don Juan Manuel , don Luis Enrique , don Rubén , don Rogelio, don Carlos Antonio , doña Pilar , don Alejandro , don Felipe , don Alvaro , don Narciso , don Luis Manuel , don Germán , don Jose María , don Juan Javier , don Eloy , doña María , en nombre e interés de la comunidad hereditaria de don Inocencio , don Alberto , don Luis Pablo , don Víctor , don Roberto, don Mauricio , don Gustavo , don Paulino , don Leonardo , don Juan Iván , doña María Teresa , don Domingo , don Aurelio , don Juan Enrique , doña Carmela , doña Frida , don Luis María , don Lucas , don Jesús , don Isidro , don Luis y don Casimiro , contra don José Guinot Benet, representado por el Procurador don Joaquín Bagan García, en juicio de menor cuantía sobre resolución de contrato y otros extremos debo declarar y declaro: 1.º La validez y eficacia de la resolución unilateral, por parte de los actores, del contrato suscrito entre las partes litigantes el día 1 de enero de 1980, comunicada fehacientemente al demandado a través de Notario en 17 de diciembre de 1982 y con efecto a partir de 1 de enero de 1983. 2ºLa extinción de las obligaciones dimanantes del expresado contrato, por razón de su rescisión, a partir del día 1 de enero de 1983. 3.º La improcedencia de indemnizar daños y perjuicios al demandado, por razón de la referida resolución del contrato, condenando al demandado a estar y pasar por las anteriores declaraciones y al pago de las costas».

Séptimo: Interpuesto recurso de apelación contra la sentencia de Primera Instancia por la representación de la parte demandada y tramitado el recurso con arreglo a derecho, la Sala de lo Civil de la Audiencia Territorial de Valencia dictó sentencia con fecha 20 de enero de 1988 con la siguiente parte dispositiva: «Estimamos el recurso de apelación interpuesto por la representación de don Eugenio (hoy su herencia yacente) contra la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia núm. 4 de Castellón de la Plana, a que se contrae el presente rollo, la que revocamos y dejamos sin efecto, y, en su lugar, acogiendo la excepción de incompetencia de jurisdicción por compromiso previo de sumisión a arbitraje de equidad, desestimamos la demanda, sin entrar en el estudio del fondo del asunto. Se impone el pago de las costas de primera instancia a la parte actora. Y sin especial condena en las correspondientes a esta alzada».

Octavo: La Procuradora doña María Luz Albácar Medina, en representación de don Federico , don Pedro Antonio , don Luis Carlos , don Matías , don David , don Juan Manuel , don Rubén , don Germán, don Álvaro , don Carlos Antonio , don Narciso , don Felipe , don Alejandro , don Luis Manuel , don Rogelio , doña Pilar , don Javier , don Eloy , don Alberto , don Luis Pablo , don Víctor , don Mauricio, don Gustavo , don Domingo , don Aurelio , don Juan Enrique , don Luis María , don Jose María, don Roberto , doña María , don Paulino , don Leonardo , don Ivána María Teresa, doña Carmvána María Teresa , doña Carmela , doña Frida , don Lucas , don Jesús, don Isidro , ha interpuesto recurso de casación contra la sentencia pronunciada por la Sala Primera de lo Civil de la Audiencia Territorial de Valencia, con apoyo en los siguientes motivos:

Motivo primero: Al amparo, en lo procesal, del art. 1.692.4.º de la Ley de Enjuiciamiento Civil . La sentencia impugnada comete error al apreciar la prueba, basado en documentos obrantes en autos y no contradichos por otros elementos de convicción. En desarrollo del motivo hay que decir que, si bien la narración histórica suministrada es sustancialmente cierta, se omiten sin embargo en el relato determinados aspectos de hecho de singular trascendencia.

Motivo segundo: Al amparo, en lo procesal, del núm. 5.º del art. 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil . La sentencia recurrida infringe normas del ordenamiento y de la jurisprudencia aplicables al caso.

Motivo tercero: Al amparo, en lo procesal, del núm. 1 ,c del art. 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil . La sentencia recurrida incide en defecto en el ejercicio de la jurisdicción.

Motivo cuarto: Al amparo, en lo procesal, del núm. 5.º del art. 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil .

Noveno: Admitido el recurso e instruidas las partes, los autos se mandaron traer a la vista con las debidas citaciones.

Ha sido Ponente el Magistrado Excmo. Sr. don Mariano Martín Granizo Fernández.

Fundamentos de derecho

Primero: La adecuada comprensión de la solución que en estos autos ha de darse hace conveniente iniciar su estudio con la determinación de los supuestos de hecho, que en este caso si bien aparecen admitidos por ambas partes contendientes son objeto de distinta interpretación, especialmente por los recurrentes, que incluso discrepan de la dada por el Tribunal a quo al punto de constituir tal divergencia la principal razón de ser de este recurso. Tales hechos son los siguientes: 1.º) En la cláusula sexta del contrato de 9 de enero de 1979 y en la octava del modificatorio parcial del mismo, de 1 de enero de 1980, los dos suscritos por ambas partes litigantes, se estableció que todas las cuestiones y diferencias que pudieran surgir entre las mismas por razón de aquéllos serían resueltas conforme a lo dispuesto para los arbitrajes de equidad en la Ley de 22 de diciembre de 1953 y disposiciones concordantes. 2.º) Tras haber notificado los actores al demandado en 17 de diciembre de 1982, mediante acta notarial, tener por rescindido dicho contrato, el demandado requirió a la totalidad de los demandantes mediante acta notarial de fecha 24 de febrero de 1984 para la formalización del arbitraje, contestando aquéllos que residían en el partido judicial de Valencia, mediante otro practicado notarialmente en 30 de marzo de 1984, que aceptaban lisa y llanamente el arbitraje de equidad previsto, sin perjuicio de la determinación, de común acuerdo entre los interesados, de lo que debía ser objeto del mismo, número y calidad de los árbitros, y lugar y plazo para la tramitación y formulación del laudo. 3.º) Al no llegar a un acuerdo, el demandado- recurrido acude «al Juzgado de Primera instancia núm. 4 de los de Valencia en demanda de formalización judicial de dicho arbitraje, que fue resuelto por Auto de fecha 14 de marzo de 1985 , no dando lugar a tal petición por estimarse incompetente para ello por razón del lugar». 4.º) El 22 de junio de 1985, el demandado- recurrente reitera la pretensión de formalización judicial del compromiso ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 1 de Castellón. 5.º) La demanda iniciadora de la litis que ahora concluye se presentó en el Juzgado de Primera Instancia núm. 4 de los de Castellón el 17 de mayo de 1985.

Segundo: De los cuatro motivos que componen este recurso, todos ellos apoyados en el art. 1.692 de la Ley de Ritos , el primero se funda en el ordinal cuarto de dicho precepto; el segundo y el cuarto, en el quinto, y el tercero en el número primero del mismo. El estudio de dichas motivaciones se va a iniciar con el examen del motivo tercero en conexión con el segundo, dada la indudable relación de sus razonamientos y el ordinal en que aquél se apoya.

Tercero: De dichas dos casacionalmente coonestadas motivaciones tercera y segunda resulta que en ellas se alegan las siguientes infracciones: en la segunda, la «del art. 11 de la Ley de 22 de diciembre de 1953 , no obstante su expresa invocación, a cuyo tenor la falta de formalización del compromiso arbitral o la circunstancia de no hallarse pendiente de su formalización judicial deja sin efecto el contrato preparatorio y, de consiguiente, no puede impedir la controversia judicial ordinaria. La vulneración es clara en cuanto, del relato histórico, fluye el hecho de que en el momento de la presentación de la demanda por mis representados ante el Juzgado de Castellón, el 17 de mayo de 1985, ni está formalizado el compromiso ni está pendiente tampoco su formalización judicial». A su vez, en el motivo tercero se dice que el Tribunal sentenciador incide en su sentencia en defecto en el ejercicio de la jurisdicción, «al haber aceptado erróneamente la incompetencia jurisdiccional de los tribunales ordinarios en base a las infracciones anteriormente denunciadas y que ahora se reiteran nuevamente - art. 11 de la Ley de 22 de diciembre de 1953 -».

Cuarto: Ninguna de dichas motivaciones puede prosperar por las siguientes consideraciones: a) De los hechos que se han dejado fijados en el primero de estos fundamentos aparece con la debida claridad que el demandado- recurrido no ha incidido en conducta dilatoria o negligente en cuanto a interesar la formalización del compromiso, como así pone de relieve el Juzgador de apelación en el segundo fundamento de su sentencia de modo reiterado y concreto con referencia a la nueva pretensión que realiza ante el Juzgado de Castellón, al decir: «...y si esto último tuvo lugar después de presentada la presente demanda, dado el escaso lapso de tiempo transcurrido entre el 14 de marzo de 1985 en que se dictó el auto citado por el Juzgado de Primera Instancia núm. 4 de Valencia ; declarándose incompetente por razón del lugar, y el de 22 de junio del mismo año, fecha en que se reiteró la pretensión ante el Juzgado de Primera Instancia de Castellón citado , debe estimarse que se interesó de nuevo dentro de un plazo prudencial, dado el número de participantes en el contrato y la posibilidad de llegar a un acuerdo con los mismos sobre tal particular puesto que, en gran parte, se mostraban favorables a la formalización del compromiso...». b) Se dan, por tanto, aquí las condiciones que la Sentencia de esta Sala de 15 de septiembre de 1986 establece para casos como el presente, en la que se sienta una adecuada a la vez que flexible exégesis, acomodada a los actuales momentos históricos, de los arts. 9 a 11 de la citada Ley de Arbitraje de 22 de diciembre de 1953 , los cuales, como dicha sentencia indica, no pueden ser interpretados de modo restrictivo ni excesivamente literal ya que de hacerse así quebraría el espíritu que guió al legislador al confeccionar dicha Ley. c) A su vez, y respecto a esa flexibilidad en el análisis de la hoy derogada Ley de Arbitraje de 1953 , no puede por menos que hacerse aún cuando sea a título meramente indicativo y en orden a la configuración y delimitación del ámbito y mecanismo de la exégesis, con la mirada puesta en el art. 3.1 del Código Civil , una referencia a la hoy vigente Ley 36/1988, de 5 de diciembre, de Arbitraje, cuyo art. 6.1 establece que «el convenio arbitral deberá formalizarse por escrito y podrá concertarse como cláusula incorporada a un contrato principal...», que es precisamente lo aquí sucedido, con lo cual lo que ha hecho el legislador de 1988 no ha sido otra cosa que incorporar al articulado de la nueva normativa, el flexible criterio (no contrario a la normativa en vigor cuando se inició este proceso), apuntado por esta Sala en su citada Sentencia de 15 de septiembre de 1986 . d) Por último, y siguiendo con el análisis de la cuestión, poner de relieve que si como los recurrentes pretenden la no formalización judicial del compromiso (arts. 9 y 10 de la Ley de 1953) y el incumplimiento del requisito de la estricta interpretación que ellos propugnan provoca que el arbitraje no pueda surgir, habiendo quedado reducido a un simple convenio el contenido en las cláusulas contractuales reflejadas en el primero de estos fundamentos, ello daría lugar a que por aplicación de la única disposición

transitoria de la Ley 36/1988, de 5 de diciembre , en la que se consagra un principio de retroactividad de grado máximo, fuese de aplicación a este caso dicha normativa, lo cual, como acaba de señalarse en el apartado anterior, conduciría a la misma solución que la dada por el Juzgador de apelación.

Quinto: Procede ahora el estudio del primer motivo, instaurado cual quedó indicado en el ordinal 4º del art. 1.692 de la Ley procesal , en el cual se imputa al tribunal de apelación el incidir en «error, al apreciar la prueba, basado en documentos obrantes en autos y no contradichos por otros elementos de convicción». A tales efectos, y con objeto de justificar el motivo, se dice, que «...si bien la narración histórica suministrada es sustancialmente cierta, se omiten sin embargo en el relato determinados aspectos de hecho de singular trascendencia», los cuales indica. Tampoco este motivo puede prosperar: a) Por carecer de trascendencia a los efectos de la solución de este recurso lo que los recurrentes señalan con base en los documentos indicados, b) Porque dichos documentos fueron examinados por la Sala a quo juntamente con los demás aportados y el resto de las probanzas practicadas, de cuyo conjunto estudio extrajo la conclusión plasmada en el fallo de su sentencia, la cual para este Tribunal no adolece de error. Consiguientemente lo que se está pretendiendo es extraer unas consecuencias distintas de las que con acierto declara la Sala de apelación.

Sexto: En la motivación cuarta, y bajo el núm. 5 del mismo precepto procesal que las anteriores, se alega que «la sentencia recurrida, al haberse desentendido de la función jurisdiccional respecto del tema litigioso, ha infringido el artículo 24.1 de la Constitución en cuanto consagra el derecho de los ciudadanos a obtener la tutela efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos», sin ninguna alegación que justifique dicha argumentación; motivo que lógicamente ha de sucumbir, por cuanto:

1) El ordenamiento jurídico español concede a los particulares la posibilidad de optar, para la solución de sus problemas socio- jurídicos, entre el cauce o vía jurisdiccional y el extrajudicial (arts. 1.809 y siguientes y especialmente a estos efectos el 1.814 del Código Civil).

2) Haciendo uso de esta facultad, y de lo dispuesto en el art. 1.255 del citado cuerpo legal , los aquí contendientes concertaron acudir al cauce extrajudicial - arbitraje- para solventar las cuestiones que del cumplimiento del contrato entre ellos celebrado pudieren surgir.

3) El art. 24.1 de la Constitución Española , que se estima infringido por los recurrentes, se limita a señalar el derecho que todo ciudadano tiene a obtener la tutela efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, mas no impide la igualmente constitucional facultad de optar para dicha tutela al cauce extrajudicial -arbitraje en este caso- como aquí han hecho.

Séptimo: Se opera así la desestimación total del recurso con las consecuencias previstas para tales casos en el último párrafo del art. 1.715 de la Ley de Enjuiciamiento Civil .

Por lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad conferida por el pueblo español,

FALLAMOS:

Que debemos declarar y declaramos no haber lugar al recurso de casación interpuesto por don Federico, don Pedro Antonio , don Luis Carlos , don Matías , don David , don Juan Manuel , don Rubén , don Germán , don Álvaro , don Carlos Antonio , don Narciso , don Felipe , don Alejandro , don Luis Manuel, don Rogelio , doña Pilar , don Javier , don Eloy , don Alberto ,

don Luis Pablo , don Víctor , don Mauricio , don Gustavo , don Domingo , don Aurelio , don Juan Enrique , don Luis María , don José María , don Roberto , doña María , don Paulino , don Leonardo , don Iván , doña María Teresa, doña Carmela , doña Frida , don Lucas , don Jesús , don Isidro , contra la Sentencia que, en fecha 20 de enero de 1988, dictó la Sala de lo Civil de la Audiencia Territorial de Valencia ; se condena a dichos recurrentes al pago de las costas causadas en este recurso; y a su tiempo, comuníquese esta resolución a la expresada Audiencia, con devolución a la misma de las actuaciones que remitió.

ASI, por esta nuestra Sentencia, que se insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA, pasándose al efecto las copias necesarias, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.- Juan Latour Brotóns.- Mariano Martín Granizo.- José Luis Albácar López.- Matías Malpica González Elípe.- Jaime Santos Briz.- Rubricados.

Publicación: Leída y publicada fue la anterior Sentencia por el Excmo. Sr. Magistrado don Mariano Martín Granizo, Ponente que ha sido en el trámite de los presentes autos, estando celebrando audiencia pública la Sala Primera del Tribunal Supremo en el día de hoy, de lo que, como Secretario de la misma, certifico.

Audiencia Provincial

de Islas Baleares (Sección 5ª) Sentencia num. 6/2004 de 14 enero

[JUR\2004\79841](#)



Matrimonio.Nulidad, separación y divorcio.

Jurisdicción: Civil

Recurso 579/2003

Ponente: Ilmo. Sr. D. Mateo L. Ramón Homar

AUD.PROVINCIAL SECCION N. 5

PALMA DE MALLORCA

SENTENCIA: 00006/2004

Rollo: RECURSO DE APELACION 0000579 /2003

SENTENCIA Nº 6

Ilmos. Sr. Presidente:

D. MIGUEL CABRER BARBOSA

Ilmos. Sres. Magistrados:

D. MATEO RAMÓN HOMAR

D. SANTIAGO OLIVER BARCELÓ

En PALMA DE MALLORCA, a catorce de Enero de dos mil cuatro.

VISTOS por la Sección Quinta de esta Audiencia Provincial, en grado de apelación, los presentes autos, Juicio de Separación, seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia Número 4 de Manacor, bajo el Número 85/02, Rollo de Sala Número 579/03, entre partes, de una como demandante apelante D^a Rosa , representada por la Procuradora Sra. Montserrat Montané Ponce y defendida por la Letrada Sra. María Durán Bibiloni; y de otra como demandado apelado D. Inocencio , representado por la Procuradora Sra. Matilde Teresa Segura Seguí y defendido por el Letrado Sr. Mateo Sedano Vidal.

ES PONENTE el Ilmo. Sr. D. MATEO RAMÓN HOMAR.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO

.- Por el Ilmo./a Sr./Sra. Magistrado Juez, del Juzgado de Primera Instancia Número 4 de Manacor en fecha 17 de diciembre de 2002, se dicto sentencia cuyo Fallo es del tenor literal siguiente: "Que estimando parcialmente la demanda formulada por la Procuradora Sra. Robot,

en nombre y representación de D^a Rosa , contra su cónyuge D. Inocencio , representado por la Procuradora de los Tribunales Sra. Perelló, debo DECLARAR Y DECLARO la Separación del matrimonio contraído entre las partes en fecha 6 de julio de 1996, con todos los efectos legales que esta declaración conlleva y fijando, asimismo, las siguientes medidas personales y patrimoniales: 1.- La separación de ambos cónyuges, quienes podrán señalar libremente su domicilio, cesando la presunción de convivencia. 2.- La revocación de todos los poderes y consentimientos que se hubieran otorgado los cónyuges entre sí. 3.- El cese de la posibilidad de vincular los bienes privativos del otro cónyuge en el ejercicio de la potestad doméstica, salvo pacto en contrario de los mismos. 4.- La hija menor de edad habida del matrimonio quedará sujeto a la patria potestad compartida de ambos progenitores, atribuyéndose la guarda y custodia de la misma a su madre y fijándose, como régimen de visitas a favor de su padre al que se está en reconocer el derecho del padre de relacionarse con su hija pero no concretando los días, recabando de la psicóloga que trata a la menor informes mensuales de su relación para que en el plazo de tres meses desde la notificación de la presente sentencia elabore un informe definitivo con el régimen de visitas más favorable para la menor y sus progenitores, que deberá ser resuelto por este órgano con intervención del Ministerio Fiscal en ejecución de sentencia. 6.- Se fija como pensión alimenticia a favor de la hija menor de edad y a cargo del padre la cantidad total de 270 euros mensuales, a pagar anticipadamente dentro de los cinco primeros días de cada mes en la cuenta corriente que señale la actora, debiendo revisarse anualmente dicha suma a tenor de las variaciones que experimente el I.P.C que para el conjunto nacional total señale el I.N.E y organismo que legalmente le sustituya. 7.- No procede hacer especial pronunciamiento sobre costas".

SEGUNDO

Que contra la anterior sentencia y por la representación de la parte demandante, se interpuso recurso de apelación, que fue admitida en ambos efectos y mejorado en tiempo y forma y seguido el recurso por sus tramites se celebro vista en fecha 12 de enero del corriente año, con asistencia de los letrados de las partes, informando en voz en dicho acto en apoyo de sus respectivas pretensiones, quedando el recurso concluso para Sentencia.

TERCERO

Que en la tramitación del recurso se han observado las prescripciones legales.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Se aceptan los fundamentos jurídicos de la sentencia apelada en lo que no se opongan a los que siguen

PRIMERO

.- En esta alzada sólo son objeto de controversia tres medidas acordadas en la sentencia de instancia, respecto del régimen de visitas, la cuantía de la pensión alimenticia del padre con respecto de la menor, y la denegación en la instancia de la procedencia de una pensión compensatoria en favor de la esposa. Por tanto, quedan firmes los restantes pronunciamientos de la sentencia recurrida. Dicha resolución es impugnada por la representación de la demandante

en solicitud de un retraso en la ampliación del régimen de visitas, en el incremento de la pensión alimenticia, y en la fijación de una pensión compensatoria de 900 euros mensuales actualizables.

SEGUNDO

En cuanto al régimen de visitas, cabe recordar que el mismo fue objeto de una solicitud de medidas cautelares, en cuyo auto resolutorio se resaltaron un conjunto de circunstancias concurrentes, que se reproducirán nuevamente en esta resolución, y así, de lo actuado resulta evidente que la única hija del matrimonio, Nadine, en la actualidad de 5 años de edad, en cuanto nacida el día 13 de mayo de 1.998, padece una anorexia relacionada con la separación.

Del conjunto de pruebas practicadas, y singularmente del interrogatorio de ambas partes, y de los dictámenes periciales aportados a la litis, se infiere que con anterioridad a la separación, esto es, durante la convivencia matrimonial, la relación del padre con su hija era escasa, y así en los días laborables, el trabajo del padre como maestro de obras provocaba que volviese a su domicilio por regla general cuando la niña ya dormía, y en los fines de semana la afición del padre a la caza y a la pesca también comportaba un contacto escaso, pasando la familia los fines de semana en su mayoría en una casa de Porreres propiedad de los abuelos maternos de la menor. Del mismo modo la relación de la menor con la familia paterna era sumamente escasa. Con ello la psicóloga D^a Paloma concluye que la menor en la fecha de la separación no tenía estructurada la figura paterna, ni tampoco de sus abuelos paternos. Con anterioridad al día de la separación, la menor únicamente presentó enfermedad delicada en su primer año de vida, con riesgo de "muerte súbita", lo que motivó algún ingreso hospitalario, y muy reiteradas infecciones en el oído. La situación se complica con la separación efectiva de los padres el día 5 de mayo de 2.002, fecha en la cual la madre y la niña se trasladan a vivir a casa de los abuelos maternos en Porreres, y se agudiza aún más el escaso contacto del padre con su hija. En relación a lo acaecido en dicho día las versiones de las partes son divergentes, y así la madre dice que se produjo una fuerte discusión en el que era domicilio conyugal en Manacor en el curso de la cual el demandado rompió varios muebles y algún juguete de la hija, tras lo cual, al marcharse la actora con vehículo hacia Porreres, les siguió el demandado con su coche durante varios kilómetros. El padre niega la aludida versión, con rotura de objetos y seguimiento. Ante los psicólogos que han examinado a la menor, ésta ha reproducido la versión de los hechos mantenida por la madre, y desde entonces se niega voluntariamente a todo contacto con su padre. La psicología no puede conocer con rotundidad si tales hechos son fabulados, exagerados o verídicos, si bien dichos profesionales consideran una mayor probabilidad de que sean ciertos, vista la emotividad con que los expresa. El padre sostiene que se trata de una manipulación de la menor por la madre y/o personas de la familia materna. Sea cierta una u otra versión, de lo que no cabe duda es que la menor padece de anorexia por circunstancias relacionadas con la separación matrimonial de sus padres, y de modo persistente no quiere ver a su padre, y llega hasta el extremo de no querer comer y provocarse vómitos, porque cree que si está enferma no tendrá que visitar a su padre. Tal reacción en relación con una menor que no ha sufrido malos tratos físicos ni abusos "prima facie" parece desproporcionada o notablemente exagerada, y desgraciadamente con los notables cuidados que precisa la menor, agrava la ya sumamente deteriorada relación de los padres entre sí, y en el interrogatorio se hace patente la existencia de reproches mutuos, y así la madre culpabiliza al padre por los hechos acaecidos, por la escasez de contactos anteriores, y de que "no se sabe ganar a la niña"; y el padre culpa a la madre de haber

provocado con su conducta el aludido rechazo, siendo evidente que la menor necesita tratamiento psicológico, tendente, como señala la psicóloga Sra Paloma , a que el padre sea visto por la menor como una figura positiva.

La separación efectiva del matrimonio se produjo el día 5 de mayo de 2.002, y en la demanda interpuesta cuatro días más tarde la madre solicita un régimen de visitas en fines de semana alternos en sábado y domingo, y el padre en la contestación solicita además la mitad de periodos vacacionales. Con la aludida separación comienza la problemática de la menor antes descrita, y ya en la vista de las medidas provisionales, la psicóloga D^a Paloma , en su dictamen de 23 de julio de 2.002, ratificado en la vista de las medidas provisionales el 29 de julio siguiente, destaca que la menor no quiere ir con su padre, y propone una restricción inicial con un sistema gradual y progresivo del régimen de visitas cuando la menor mejore, con seguimiento de un tratamiento psicológico para la misma. En el auto resolutorio de las medidas provisionales, y siguiendo las directrices del dictamen de dicha psicóloga, se acuerda un régimen de visitas más restringido que el "standard", de dos horas un día entre semana y fines de semana alternos los sábados de 16 a 19 horas. Tal sistema parece ser no ha podido llegar a cumplirse dada la oposición de la menor y el agravamiento de los síntomas relacionados con la anorexia. En el acto del juicio del procedimiento principal en noviembre de 2.002, presenta un nuevo informe la Sra Paloma , y tras largas aclaraciones, explica, entre otros aspectos, que desde julio de 2.002 ha empeorado con el régimen de visitas seguido, se muestra más ansiosa, y afirma que las pautas de acercamiento al padre han fracasado, que la menor no ha sido inducida por nadie, presenta enuresis, depresión infantil y no quiere comer, proponiendo nuevamente visitas flexibles, resaltando que se niega ya a ir al parque donde se encontraba el padre con la menor evitando el acudir al domicilio de los abuelos maternos, esperando que con el tiempo se suavice la agresividad hacia el padre. En la sentencia de instancia y con la conformidad de las partes en el acto del juicio se acuerda la emisión de dictámenes bimensuales por la aludida psicóloga, con el fin de que progresivamente se amplie tal régimen de visitas una vez desaparezca la agresividad y ansiedad. Entre tanto los encuentros entre padre e hija se realizan o en el parque o en el despacho de la psicóloga siempre en presencia de la misma, y parece ser que la agresividad hacia el padre no decrece, y la terapia instaurada no ofrece resultado positivo. A principios de 2.003 la niña es ingresada en la Clínica Juaneda, y cesan las visitas, por motivos que no constan en las actuaciones, pero parece ser en espera de un dictamen sobre el particular. En el último informe de la Sra Paloma que obra en las actuaciones, de 24 de abril de 2.003, se dice que "Es difícil conseguir una buena adaptación mientras Pilar siga percibiendo las tensas y difíciles relaciones entre sus padres.... El bienestar psicológico de la niña se conseguirá cuando los padres hagan un sincero esfuerzo de acercamiento entre sí y creen un clima de tranquilidad y respeto que permita a la niña adaptarse progresivamente a la situación familiar.

Las visitas se interrumpen desde abril a principios de julio de 2.003, y en tal período de tiempo, tal como pone de relieve el informe de la pediatra que atiende a la menor, la misma aumenta de peso (de 18 a 22,5 kilos), y los síntomas de su enfermedad mejoran notablemente. Cuando se reanudan las visitas en julio se inicia una reagudización de la anorexia, y desde julio a diciembre del presente año, el peso se ha reducido hasta 18,700 kilos. Por ello, dicha pediatra señala el dato objetivo de que cuando la niña no ve a su padre durante un largo periodo de tiempo los síntomas decrecen y la niña incrementa peso, y viceversa cuando se reanuda el régimen de visitas, resaltando dicha Doctora que en su experiencia profesional se trata de un caso excepcional y único.

En auto del Juzgado de Instancia de 9 de julio de 2.003, siguiendo la solicitud del Ministerio Fiscal, se acuerda que el derecho de visitas se producirá los domingos en el Punto de Encuentro dependiente del Govern Balear de 11 a 13 horas, y que los progenitores deberán acudir a un centro de mediación familiar para someterse a tratamiento psicológico.

No consta que los padres hayan cumplido este último pronunciamiento, y desde entonces, con regularidad y sin incidencias notables, se han efectuado las visitas en el Punto de Encuentro citado, salvo posibles incidencias habidas en los últimos fines de semana alegadas por el Letrado del padre, y que no constan acreditadas documentalmente.

Por razones que no constan la psicóloga Sra Paloma , cesó en su atención a la menor, quizás debido a que la terapia no ha dado resultado. El día 11 de junio de 2.003 se inicia terapia en la psicóloga D^a Gabriela , por voluntad de la madre, y dicha profesional se ratificó en dictamen presentado en la vista de estas medidas cautelares, resaltando que cuando se comunica a Pilar que debe acudir al Punto de Encuentro se produce una clara exacerbación de su sintomatología ansioso depresiva, y como conclusión señala que "cediendo en el régimen de visitas de forma temporal, su estado de salud podrá ir restableciéndose", pero como inconveniente señala que "rompe el proceso de adaptación de la relación de Pilar con su padre". En conclusión en los últimos meses persiste la anterior situación, sin mejoría , pero tampoco sin un agravamiento notable.

Con tal conjunto de antecedentes, con tratamientos psicológicos que durante un año y medio no han dado resultado positivo, y en que la menor utiliza su enfermedad intentar evitar las visitas con el padre, en una reacción muy desproporcionada en cuanto al daño que el padre pueda haber inferido a la menor por el hecho de la discusión con la madre, es sumamente difícil encontrar una solución adecuada, y la misma no puede ser el cese de las visitas. En cuanto a la reducción del régimen de visitas para estabilizar la situación y luego comenzar de nuevo un progresivo acercamiento de la menor hacia el padre sin imposiciones y con flexibilidad, ya ha sido utilizada varias veces en los últimos meses sin resultado alguno, y en este sentido durante tres meses, desde principios de abril a julio la menor no visitó a su padre, y al reiniciar el régimen de visitas no ha sido posible una progresión en el acercamiento, con lo cual, repetir otra vez se considera inútil, y en este sentido las terapias utilizados no han dado el resultado deseado. Asimismo no consta un estado físico muy delicado en la menor que para salvaguardar su integridad física haga aconsejable la reducción a la mitad de un ya exiguo régimen de visitas.

Con tales antecedentes, la Sala denegó la medida cautelar solicitada de restricción del régimen de visitas, puesto que no se consideró que la medida propuesta pueda dar sus frutos, y la finalidad de que pueda producir una mejoría es una hipótesis de muy escasa probabilidad vistos fracasos anteriores. Los tratamientos psicológicos por el momento no han dado resultado, y dado que según los mismos es necesaria una mejora en las relaciones entre sus progenitores, que el Juzgado no puede conseguir, y no consta que se haya cumplido el sometimiento a tratamiento psicológico de los progenitores acordado en auto de 9 de julio del presente año, la solución ideal no se adivina, y no puede considerarse como tal la ruptura total de contactos con su padre. Como señalan los dictámenes psicológicos, parece ser que la única solución posible, pero casi imposible de imponer por la fuerza es lograr que los padres "hagan un sincero esfuerzo para acercarse entre sí y creen un clima de tranquilidad y respeto que permita a la niña adaptarse progresivamente a su nueva situación familiar", y también implícitamente parece inferirse que dicho motivo es el que impide el éxito de los múltiples tratamientos iniciados, sin que conste con claridad las causas o motivos que han provocado tan insólita situación, así como la

persistencia tan reiterada en el tiempo.

Cabe reseñar el notable retraso habido en la tramitación de esta apelación en la que se tardan, sin razón aparentemente justificada, once meses desde la fecha de la sentencia en remitir las actuaciones a esta Audiencia, lo que provoca que transcurrido ya un año de la sentencia de instancia en el último año hayan acaecido las múltiples vicisitudes antes relatadas, con lo cual pierde sentido la solicitud de la recurrente de que se señale un plazo superior a más de tres meses para incrementar el régimen de visitas del padre en favor de la hija, pues dicho plazo, entre tanto, ha transcurrido con creces, sin resultado alguno, y el régimen de visitas debe cumplirse en el Punto de Encuentro dependiente del Govern Balear.

A pesar de la abundante documentación aportada, se nota en falta una determinación más precisa de las causas del rechazo de la menor hacia su padre y de los fracasos de las terapias instauradas, o lo que es lo mismo, del motivo por virtud del cual, a pesar de los esfuerzos de las psicólogas de que la menor acepte la figura paterna, no se consigue que la menor acepte un régimen de visitas normales con su padre; en circunstancia que dificulta la determinación oportuna a tomar, y no se puede afirmar ni desmentir una influencia, siquiera sea no intencionada, de la madre o de algún miembro de la familia materna

Ante tal conjunto de circunstancias, no es posible determinar una solución definitiva, y parece irremediable la continuación de las visitas conforme al auto del Juzgado de Instancia de 9 de julio de 2.003 en el Punto de Encuentro del Govern Balear, dos horas a la semana, sin que se considere conveniente, dadas las circunstancias actuales, ni su reducción ni su supresión, y cuando la situación de anorexia mejore, incrementar el régimen de visitas, lo cual, por el momento, no parece posible, y con necesidad de que la menor siga bajo tratamiento psicológico y se emitan partes, al menos con periodicidad trimestral.

TERCERO

En cuanto a la determinación de la cuantía de la pensión alimenticia, y de la procedencia, y en caso afirmativo, cuantía de la pensión compensatoria, cabe efectuar las siguientes consideraciones: A) La duración de la convivencia matrimonial ha sido de cinco años y diez meses. B) Al final de dicho periodo de convivencia residían en un piso por el que se abonaba un arrendamiento de 80.000 pesetas, al parecer en espera de trasladarse a un piso de la familia paterna que debía ser convenientemente acondicionado. La actora tras la separación efectiva ha dejado el que fue dicho domicilio y se trasladó su residencia al domicilio de sus padres en Porreres, y en febrero de 2.002, y por tanto, tres meses antes de la separación efectiva, adquirió una vivienda en Manacor por un precio declarado de 102.176 euros, gravado con una hipoteca de un principal de 90.152 euros, y por los que la actora abona una cuota mensual de 512,67 euros. C) Ha alcanzado firmeza el pronunciamiento de la sentencia de instancia en virtud del cual se concede a la esposa el uso del vehículo marca Nissan Patrol, que habitualmente utilizaba con anterioridad para trasladarse de su domicilio en Manacor a su lugar de trabajo en el Aeropuerto, y que consta a nombre del esposo. D) La demandante D^a Rosa , nacida en el año 1.968, trabaja como Policía Nacional con destino actual en el Aeropuerto de Palma, y ha permanecido en dicho trabajo durante la duración de la convivencia matrimonial. Según nómina aportada en el mes de febrero de 2.002 percibió un sueldo de 192.660 pesetas al mes, o 1.157,91 euros. Desde antes del matrimonio tiene problemas en sus rodillas, que no le han impedido trabajar hasta que con fecha de 27.12. 2.002 fue intervenida quirúrgicamente de "displasia

femoro pateral", y desde entonces se halla de baja, no constando nóminas posteriores a tal baja, y un documento de La Caixa que indica que se ingresó como nómina 673,08 euros en febrero de 2.003, sin que indique los conceptos y se justifique el motivo de tal rebaja. Por el momento, no consta que se halle en situación de segunda actividad o en invalidez permanente y que ello le suponga una rebaja de ingresos, sin perjuicio de la oportuna modificación si ello finalmente acaeciere. A los efectos de esta resolución se parte de que los ingresos de la madre son los de 1.157,91 euros al mes, sin que conste suficientemente acreditada una reducción posterior, sin perjuicio de que tal cuestión pueda ser objeto de un procedimiento de modificación de medidas.

E) El demandado D. Inocencio , nacido en el año 1.968, trabaja como maestro de obras y se dedica a la construcción, contando según indica en su interrogatorio con diez obreros a sus órdenes, y habiendo adquirido últimamente varios vehículos para uso de la empresa mediante financiación. En el IRPF del año 1.998 declaró como ingresos netos la suma de 2.425.077 pesetas; en el año 1.999, 2.458.234 pesetas; en el año 2.000, 10.100.319 pesetas; y en el año 2.001, 20.422,80 euros. Es controvertida la cuantía de los ingresos netos percibidos por el demandado, pues la actora indica que percibe unos ingresos muy superiores "en negro", lo que es negado por el demandado, y sobre el particular la demandada presenta un dictamen pericial ratificado en el acto del juicio en el cual un perito considera que sus ingresos reales son muy superiores a los declarados, pero que tiene el inconveniente de que no ha podido apreciar las cargas financieras que pesan sobre la aludida empresa. En todo caso, se nota en falta una mayor precisión del demandante respecto de sus ingresos medios y de las obras que dirige, y listado de comisiones por materiales, que son muy difíciles de conocer y fiscalizar por terceros. Del mismo modo tampoco explica convenientemente los motivos por los cuales el año 2.001, en su primera declaración tras la separación efectiva, se produce una rebaja tan sensible en sus ingresos netos, y nos se ha acreditado la existencia de ninguna "crisis" con lo cual extraña una reducción tan drástica, que el demandado debía justificar adecuadamente; con lo cual, atendido además el horario amplio en el que dice trabajar con muchos días en los que llegaba a su domicilio a las once de la noche, contando con cinco vehículo y diez trabajadores, parecen muy exiguos unos ingresos medios al mes de 1.701,9 euros al mes , y tal deficiencia probatoria debe perjudicar a dicha parte, con lo cual cabe concluir , aproximadamente y al menos que sus ingresos medios rondan los diez millones de pesetas, sin perjuicio de que se consiguen con un relevante esfuerzo personal en un dilatado horario de trabajo.

F) Como se ha resaltado en el fundamento anterior, el contacto de la hija con su padre era escaso de modo que la menor no llegó a estructurar la figura paterna, de lo cual se infiere que la actora, a pesar de tener un empleo fijo y estable, se ha dedicado en mayor grado que el esposo al cuidado de la niña durante la convivencia matrimonial, pero, obviamente, sin que tal cuidado le obligara a renunciar a su profesión. La hija Pilar desde la separación presenta anorexia, lo que comporta una necesidad de mayor cuidado en relación con la menor que dadas las circunstancias actuales sólo puede ser prestada por la madre, y, además comporta un gasto añadido en cuanto a la utilización de alimentos destinados a niños que se venden en Farmacias, el seguimiento de un control médico por una pediatra a la cual se abonan sus honorarios (no acuden a la Seguridad Social), aparte de los honorarios de las psicólogas que han atendido a la menor, quien en la actualidad ha sido matriculada en un Colegio concertado de Manacor, lo cual comporta previsiblemente una reducción de gastos en comparación con los de la guardería anterior. Asimismo cabe tener en cuenta el régimen de visitas tan reducido existente en la actualidad, y la tirantez de relaciones entre los progenitores, que en el supuesto de determinación de gastos extraordinarios provocaría constantes incidentes, lo que sugiere que éstos deban reducirse al

mínimo y hallarse claramente especificados.

Ante tal conjunto de circunstancias, con mayores ingresos del padre con respecto de la madre, y sin olvidar la obligación de ésta de alimentar a la menor en proporción a sus ingresos, la Sala considera procedente incrementar la suma fijada en la sentencia de instancia a la de 330 euros mensuales, actualizables, más la mitad de los gastos médicos, farmacéuticos y de psicólogos que la menor precise, considerando excesivas las pretensiones de la demandante sobre el particular. Los gastos relativos a la especial alimentación que la anorexia precisa no se considerarán extraordinarios, pues han sido tenidos en cuenta para incrementar la pensión alimenticia. Por tanto, se estima parcialmente dicho motivo del recurso.

CUARTO

En cuanto a la pensión compensatoria, cabe reseñar como ya se señaló en la sentencia de esta Sala de 12 de diciembre de 2.000, la pensión compensatoria del artículo 97 del Código Civil tiene por fundamento la corrección del desequilibrio económico derivado del divorcio o de la separación y el mantenimiento de la paridad de la posición del cónyuge durante el matrimonio y durante la posterior etapa de disociación, es decir, intenta corregir o reparar el posible desequilibrio que la separación o el divorcio ocasionase en el nivel de vida de uno de los esposos en relación al que conserve el otro y en función del que ambos venían disfrutando al tiempo inmediatamente anterior al momento de quebrarse la convivencia conyugal. El fin que se persigue con tal pensión no es el de igualar el valor de los patrimonios privativos de cada esposo, resultantes de la liquidación, si a ello hay lugar, de los bienes comunes, sino el de permitir que continúe con un nivel de vida similar al que tuvo durante la etapa de normalidad aquel de los cónyuges que, a diferencia del otro, no dispone de suficientes medios de fortuna que le aseguren el mantenimiento de dicho nivel.

En atención a los hechos referidos en el fundamento anterior la Sala considera acreditada la existencia del aludido desequilibrio, si bien en un grado muy inferior al que solicita la recurrente.

En el caso concreto, conforme a las circunstancias reseñadas en el fundamento anterior, se aprecia que los ingresos medios de la esposa en la fecha de la separación son muy inferiores a los del esposo, y que éste destina gran parte de sus beneficios en un patrimonio de su exclusiva titularidad; que la esposa ha cuidado preferentemente en relación con el otro cónyuge, de la familia, y muy en especial de la hija menor; pero, al mismo tiempo el cuidado de la familia no le ha representado la imposibilidad de seguir con su trabajo habitual, y la actora sigue con unos ingresos derivados de la profesión que ya tenía al contraer matrimonio; y la duración de la convivencia matrimonial durante cinco años y once meses no es muy relevante.

No se ha acreditado la existencia de pacto alegado por la recurrente en virtud del cual la esposa debía abonar los gastos de la familia, y en contrapartida el esposo debía titular la mitad indivisa de bienes que adquirieren en el futuro a nombre de la demandante, y extraña que no se produjere en cinco años ningún supuesto de titularidad compartida, si así fuere. Atendidas las circunstancias de la hija menor será precisa mientras persista la anorexia, una mayor dedicación futura de la esposa al cuidado de su hija menor. En cuanto a la salud, ciertamente la esposa tiene problemas con una rodilla, pero tales dolencias en la fecha de cese de la convivencia matrimonial no le impedirían trabajar como Policía Nacional.

Ante tal conjunto de circunstancias, el importe de dicha pensión compensatoria se estima debe ascender a la suma de 120 euros al mes, actualizables anualmente. En consecuencia, se

estima parcialmente dicho motivo del recurso.

QUINTO

Que con respecto a las costas y de acuerdo con lo previsto en el artículo 394 de la L.E.C., al ser parcial la estimación de la demanda no procede hacer especial pronunciamiento sobre las de la primera instancia; y tampoco con respecto a las de esta alzada, en virtud del art. 398 del mismo texto legal, al no ser esta sentencia confirmatoria de la impugnada.

FALLAMOS

1) ESTIMAR PARCIALMENTE el RECURSO DE APELACION interpuesto por el Procurador D^a Monserrat Montané Ponce, en nombre y representación de D^a Rosa , contra la sentencia de fecha 17 de diciembre de 2.002*, dictada por el Ilmo. Sr. Magistrado Juez el Juzgado de Primera Instancia nº 4 de Manacor, en los autos Juicio de separación, de los que trae causa el presente Rollo.

2) DEBEMOS REVOCAR y REVOCAMOS PARCIALMENTE dicha resolución en los tres siguientes pronunciamientos:

A) El régimen de visitas fijado en la sentencia quedará sustituido por el fijado en el auto de 9 de julio de 2.003 dictado por el Juzgado de Instancia, tendiendo en la medida que un informe psicológico así lo recomiende a un incremento del régimen de visitas del padre con la menor, debiendo ésta proseguir en tratamiento psicológico. En caso de discrepancia sobre el psicólogo a nombrar se designará por insaculación.

B) El importe de la pensión alimenticia con cargo al demandado y a favor de la hija menor se incrementa a la suma de 360 euros al mes, actualizables anualmente en la forma fijada en la sentencia de instancia.

C) Se fija una pensión compensatoria a favor de la actora y con cargo al demandado de 120 euros al mes, actualizables anualmente conforme a los Indices de Precios al Consumo.

Se confirman los restantes pronunciamientos de la sentencia recurrida.

3) No se hace especial pronunciamiento sobre costas en esta alzada.

Así por esta nuestra sentencia, de la que se llevará certificación al Rollo de la Sala, definitivamente Juzgando, la pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACION.- Dada y pronunciada fue la anterior Sentencia por los Ilmos. Sres. Magistrados que la firman y leída por el/la Ilmo. Magistrado Ponente en el mismo día de su fecha, de lo que yo la Secretaria certifico.

PUBLICACIÓN : En la misma fecha fue leída y publicada la anterior resolución por el Ilmo. Sr/a. Magistrado que la dictó, celebrando Audiencia Pública. Doy fe.

DILIGENCIA : Seguidamente se procede a cumplimentar la notificación de la anterior resolución. Doy fe.

SENTENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA

de 27 de junio de 2000 [\(1\)](#)

«Directiva 93/13/CEE - Cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores - Cláusula atributiva de competencia - Competencia

del Juez para examinar de oficio el carácter abusivo de dicha cláusula»

En los asuntos acumulados C-240/98, C-241/98, C-242/98, C-243/98 y C-244/98,

que tienen por objeto varias peticiones dirigidas al Tribunal de Justicia, con arreglo al artículo 177 del Tratado CE (actualmente artículo 234 CE), por el Juzgado de Primera Instancia n. 35 de Barcelona (España), destinada a obtener, en los litigios pendientes ante dicho órgano jurisdiccional entre

Océano Grupo Editorial, S.A.,

y

Rocío Murciano Quintero (asunto C-240/98)

y entre

Salvat Editores, S.A.,

y

José M. Sánchez Alcón Prades (asunto C-241/98),

José Luis Copano Badillo (asunto C-242/98),

Mohammed Berroane (asunto C-243/98),

Emilio Viñas Feliú (asunto C-244/98),

una decisión prejudicial sobre la interpretación de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores (DO L 95, p. 29),

EL TRIBUNAL DE JUSTICIA,

integrado por los Sres. G.C. Rodríguez Iglesias, Presidente; L. Sevón, Presidente de Sala; P.J.G. Kapteyn, C. Gulmann, J.-P. Puissochet, G. Hirsch, P. Jann (Ponente), H. Ragnemalm, M. Wathelet, V. Skouris y la Sra. F. Macken, Jueces;

Abogado General: Sr. A. Saggio;

Secretario: Sr. H.A. Rühl, administrador principal;

consideradas las observaciones escritas presentadas:

- en nombre de Océano Grupo Editorial, S.A., y Salvat Editores, S.A., por el Sr. A. Estany Segalas, Abogado del Ilustre Colegio de Barcelona,
- en nombre del Gobierno español, por el Sr. S. Ortiz Vaamonde, Abogado del Estado, en calidad de Agente;
- en nombre del Gobierno francés, por las Sras. K. Rispal-Bellanger, sous-directeur de la direction des affaires juridiques del ministère des Affaires étrangères, y R. Loosli-Surrans, chargé de mission de la misma Dirección, en calidad de Agentes;
- en nombre de la Comisión de las Comunidades Europeas, por los Sres. J.L. Iglesias Buhigues, Consejero Jurídico, y M. Desantes Real, funcionario nacional adscrito al Servicio Jurídico, en calidad de Agentes,

habiendo considerado el informe para la vista;

oídas las observaciones orales de Océano Grupo Editorial, S.A., Salvat Editores, S.A., del Gobierno español, del Gobierno francés y de la Comisión, expuestas en la vista de 26 de octubre de 1999;

oídas las conclusiones del Abogado General, presentadas en audiencia pública el 16 de diciembre de 1999;

dicta la siguiente

Sentencia

1.

Mediante autos de 31 de marzo de 1998 (asuntos C-240/98 y C-241/98) y de 1 de abril de 1998 (asuntos C-242/98, C-243/98 y C-244/98) recibidos en el Tribunal de Justicia el 8 de julio siguiente, el Juzgado de Primera Instancia n. 35 de Barcelona planteó, con arreglo al artículo 177 del Tratado CE (actualmente artículo 234 CE), una cuestión prejudicial relativa a la interpretación de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores (DO L 95, p. 29; en lo sucesivo, «Directiva»).

2.

Dicha cuestión se suscitó en el marco de varios litigios entre, por una parte, Océano Grupo Editorial, S.A., y la Sra. Murciano Quintero y, por otra parte, entre Salvat Editores, S.A., y los Sres. Sánchez Alcón Prades, Copano Badillo, Berroane y Viñas Feliú con motivo del pago de las cantidades adeudadas a raíz de la ejecución de contratos de venta a plazos celebrados entre dichas sociedades y los demandados en el asunto principal.

Marco jurídico

La normativa comunitaria

3.

Según su artículo 1, la Directiva tiene por objeto «aproximar las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados entre profesionales y consumidores».

4.

A tenor del artículo 2 de la Directiva:

«A efectos de la presente Directiva se entenderá por:

[...]

b) "consumidor": toda persona física que, en los contratos regulados por la presente Directiva, actúe con un propósito ajeno a su actividad profesional;

c) "profesional": toda persona física o jurídica que, en las transacciones reguladas por la presente Directiva, actúe dentro del marco de su actividad profesional, ya sea pública o privada.»

5.

El artículo 3, apartado 1, de la Directiva dispone:

«Las cláusulas contractuales que no se hayan negociado individualmente se considerarán abusivas si, pese a las exigencias de la buena fe, causan en detrimento del consumidor un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes que se derivan del contrato.»

6.

El artículo 3, apartado 3, de la Directiva hace referencia al Anexo de ésta que contiene «una lista indicativa y no exhaustiva de cláusulas que pueden ser declaradas abusivas». El punto 1 de dicho Anexo menciona las «Cláusulas que tengan por objeto o por efecto:

[...]

q) suprimir u obstaculizar el ejercicio de acciones judiciales o de recursos por parte del consumidor [...].»

7.

A tenor del artículo 6, apartado 1, de la Directiva:

«Los Estados miembros establecerán que no vincularán al consumidor, en las condiciones estipuladas por sus derechos nacionales, las cláusulas abusivas que figuren en un contrato celebrado entre éste y un profesional y dispondrán que el contrato siga siendo obligatorio para las partes en los mismos términos, si éste puede subsistir sin las cláusulas abusivas.»

8.

A tenor del artículo 7, apartados 1 y 2, de la Directiva:

«1. Los Estados miembros velarán por que, en interés de los consumidores y de los competidores profesionales, existan medios adecuados y eficaces para que cese el uso de cláusulas abusivas en los contratos celebrados entre profesionales y consumidores.

2. Los medios contemplados en el apartado 1 incluirán disposiciones que permitan a las personas y organizaciones que, con arreglo a la legislación nacional, tengan un interés legítimo en la protección de los consumidores, acudir según el derecho nacional a los órganos judiciales o administrativos competentes con el fin de que éstos determinen si ciertas cláusulas contractuales, redactadas con vistas a su

utilización general, tienen carácter abusivo y apliquen los medios adecuados y eficaces para que cese la aplicación de dichas cláusulas.»

9.

Según el artículo 10, apartado 1, de la Directiva, los Estados miembros debían adoptar las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas necesarias para dar cumplimiento a lo establecido en la Directiva, a más tardar, el 31 de diciembre de 1994.

La normativa nacional

10.

En Derecho español, la protección de los consumidores contra las cláusulas abusivas incluidas en los contratos por los profesionales ha sido garantizada en primer término a través de la Ley General n. 26/1984, de 19 de julio, para la Defensa de los Consumidores y Usuarios (BOE n. 176, de 24 de julio de 1984; en lo sucesivo, «Ley n. 26/1984»)

11.

A tenor del artículo 10, apartado 1, letra c), de la Ley n. 26/1984, las cláusulas, condiciones o estipulaciones que se apliquen a la oferta, promoción o venta de productos o servicios deberán cumplir con el requisito de buena fe y justo equilibrio entre los derechos y obligaciones de las partes, lo que en todo caso excluye la utilización de cláusulas abusivas. En virtud del artículo 10, apartado 4, de dicha Ley, estas cláusulas abusivas, que se definen como aquellas que perjudiquen de manera desproporcionada o no equitativa al consumidor, o comporten en el contrato una posición de desequilibrio entre los derechos y las obligaciones de las partes en perjuicio de los consumidores o usuarios, serán nulas de pleno derecho.

12.

La adaptación íntegra del Derecho nacional a lo dispuesto en la Directiva fue realizada mediante la Ley n. 7/1998, de 13 de abril, sobre Condiciones Generales de la Contratación (BOE n. 89, de 14 de abril de 1998; en lo sucesivo, «Ley n. 7/1998»).

13.

El artículo 8 de la Ley n. 7/1998 establece que serán nulas de pleno derecho las condiciones generales que contradigan en perjuicio del adherente lo dispuesto en esa Ley y, en particular, las condiciones generales que sean abusivas, cuando el contrato se haya celebrado con un consumidor en el sentido de la Ley n. 26/1984.

14.

La Ley n. 7/1998 completa además la Ley n. 26/1984 añadiéndole, en particular, el artículo 10 *bis* cuyo apartado 1 reproduce sustancialmente el artículo 3, apartado 1, de la Directiva, así como una disposición adicional, que recoge en esencia la lista de cláusulas que pueden ser declaradas abusivas, aneja a la Directiva, precisando que ésta no tiene carácter exhaustivo. Con arreglo al punto 27 de esta disposición adicional, se considera abusiva la previsión en un contrato de pactos de sumisión expresa a un Juezo Tribunal distinto del que corresponda al domicilio del consumidor o al lugar del cumplimiento de la obligación.

Los litigios principales y la cuestión prejudicial

15.

Los demandados en los procedimientos principales, todos ellos domiciliados en España, celebraron, cada uno por su parte, entre el 4 de mayo de 1995 y el 16 de octubre de 1996, sendos contratos de compra a plazos de una enciclopedia, para fines personales. Las demandantes en los litigios principales son las empresas vendedoras de estas enciclopedias.

16.

- Los contratos contenían una cláusula que atribuía la competencia a los Tribunales de Barcelona, ciudad en la que no está domiciliado ninguno de los demandados, pero en donde se encuentra el domicilio social de las demandantes.
17. Dado que los compradores de las enciclopedias no habían pagado las cantidades adeudadas en los plazos convenidos, los vendedores sometieron los asuntos al Juzgado de Primera Instancia n. 35 de Barcelona, en el marco de un juicio de cognición, con el fin de que se condenara a los demandados del procedimiento principal al pago de dichas cantidades.
18. Estas demandas no les fueron notificadas, pues el órgano jurisdiccional remitente alberga dudas acerca de su competencia para conocer de estos litigios. Señala, en efecto, que, en diversas ocasiones, el Tribunal Supremo ha declarado abusivas las cláusulas atributivas de competencia como las controvertidas en los litigios que le han sido sometidos. No obstante, afirma que las decisiones de los órganos jurisdiccionales nacionales son contradictorias en cuanto a la posibilidad de apreciar de oficio la nulidad de las cláusulas abusivas en el marco de procedimientos relativos a la protección de los intereses de los consumidores.
19. En estas circunstancias, el Juzgado de Primera Instancia n. 35 de Barcelona, al considerar necesaria una interpretación de la Directiva para pronunciarse sobre litigios que le habían sido sometidos, decidió suspender el procedimiento y plantear al Tribunal de Justicia la siguiente cuestión prejudicial, formulada en términos idénticos en los cinco autos de remisión:
- «¿El ámbito de protección al consumidor de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores permite al Juez nacional apreciar de oficio el carácter abusivo de una de las cláusulas al realizar la valoración previa a la admisión a trámite de una demanda ante los Juzgados ordinarios?»
20. Mediante auto del Presidente del Tribunal de Justicia de 20 de julio de 1998, los cinco asuntos C-240/98 a C-244/98 se acumularon a efectos del procedimiento escrito y oral y de la sentencia.
21. Con carácter preliminar, es preciso señalar que una cláusula como la controvertida en los litigios principales reúne todos los requisitos para poder ser calificada como abusiva a la luz de la Directiva, puesto que ha sido incluida en un contrato celebrado entre un consumidor y un profesional sin que haya sido objeto de una negociación individual en el sentido de dicha disposición.
22. Una cláusula de esta naturaleza, cuyo objeto consiste en atribuir la competencia, en todos los litigios que tengan su origen en el contrato, a un órgano jurisdiccional en cuyo territorio se halla el domicilio del profesional, impone al consumidor la obligación de someterse a la competencia exclusiva de un Tribunal que puede estar lejos de su domicilio, lo que puede hacer más dificultosa su comparecencia. En los casos de litigios de escasa cuantía, los gastos correspondientes a la comparecencia del consumidor podrían resultar disuasorios y dar lugar a que éste renuncie a interponer un recurso judicial y a defenderse. Una cláusula de esta índole queda así comprendida en la categoría de aquellas que tienen por objeto o por efecto suprimir u obstaculizar el ejercicio de acciones judiciales o de recursos por parte del consumidor, a que se refiere el punto 1, letra q) del Anexo de la Directiva.
- 23.

En cambio, esta cláusula permite al profesional agrupar todos los procedimientos contenciosos correspondientes a su actividad profesional en el Tribunal en cuyo territorio se encuentra su domicilio, lo que facilita la organización de su comparecencia, al mismo tiempo que hace que ésta sea menos gravosa.

24.

De ello se deduce que una cláusula atributiva de competencia que sea incluida sin que haya sido objeto de una negociación individual en un contrato celebrado entre un consumidor y un profesional y que confiere competencia exclusiva a un Tribunal en cuyo territorio se encuentra el domicilio del profesional, debe considerarse abusiva a los efectos del artículo 3 de la Directiva, en la medida en que, a pesar de la exigencia de buena fe, crea, en perjuicio del consumidor, un desequilibrio importante entre los derechos y las obligaciones de las partes que se derivan del contrato.

25.

En cuanto a la cuestión de si un Tribunal, al que se haya sometido un litigio relativo a un contrato celebrado entre un profesional y un consumidor, puede apreciar de oficio el carácter abusivo de una cláusula de dicho contrato, es preciso recordar que el sistema de protección establecido por la Directiva se basa en la idea de que el consumidor se halla en situación de inferioridad respecto al profesional, en lo referido tanto a la capacidad de negociación como al nivel de información, situación que le lleva a adherirse a las condiciones redactadas de antemano por el profesional sin poder influir en el contenido de éstas.

26.

El objetivo perseguido por el artículo 6 de la Directiva, que obliga a los Estados miembros a prever que las cláusulas abusivas no vinculen a los consumidores, no podría alcanzarse si éstos tuvieran que hacer frente a la obligación de plantear por sí mismos el carácter abusivo de dichas cláusulas. En litigios cuya cuantía es a menudo escasa, los honorarios del abogado pueden resultar superiores a los intereses en juego, lo cual puede disuadir al consumidor de defenderse ante la aplicación de una cláusula abusiva. Si bien es cierto que, en algunos Estados miembros, las reglas de procedimiento permiten a los particulares defenderse a sí mismos en tales litigios, existe un riesgo no desdeñable de que, debido, entre otras cosas, a la ignorancia, el consumidor no invoque el carácter abusivo de la cláusula que se esgrime en su contra. De ello se deduce que sólo podrá alcanzarse una protección efectiva del consumidor si el Juez nacional está facultado para apreciar de oficio dicha cláusula.

27.

Por otra parte, como ha observado el Abogado General en el punto 24 de sus conclusiones, el sistema de tutela instaurado por la Directiva se basa en la idea de que la situación de desequilibrio entre el consumidor y el profesional sólo puede compensarse mediante una intervención positiva, ajena a las partes del contrato. Por tal razón, el artículo 7 de la Directiva, que en su apartado 1 exige a los Estados miembros velar por que existan medios adecuados y eficaces para que cese el uso de cláusulas abusivas en los contratos celebrados entre profesionales y consumidores, precisa, en su apartado 2, que estos medios deben permitir a las organizaciones de consumidores reconocidas acudir a los órganos judiciales competentes con el fin de que éstos diluciden si ciertas cláusulas contractuales, redactadas con vistas a su utilización general, tienen carácter abusivo y lograr, en su caso, que cese su aplicación, aun cuando no hayan sido utilizadas en contratos determinados.

28.

Como ha señalado el Gobierno francés, cuesta comprender que, en un sistema que exige la existencia, con carácter preventivo, de acciones colectivas específicas con el fin de poner término a los abusos perjudiciales a los intereses de los consumidores, el Juez que conozca de un litigio relativo a un determinado contrato, en el que se estipule una cláusula abusiva, no pueda impedir la aplicación de esta cláusula por la mera razón de que el consumidor no haya planteado su carácter abusivo. Por el contrario, es preciso considerar que la facultad del Juez para examinar de oficio el carácter abusivo de una

cláusula constituye un medio idóneo tanto para alcanzar el resultado señalado por el artículo 6 de la Directiva -impedir que el consumidor individual quede vinculado por una cláusula abusiva-, como para ayudar a que se logre el objetivo contemplado en su artículo 7, ya que dicho examen puede ejercer un efecto disuasorio que contribuya a poner fin a la utilización de cláusulas abusivas en los contratos celebrados por un profesional con los consumidores.

29.

De cuanto antecede se desprende que la protección que la Directiva otorga a los consumidores implica que el Juez nacional pueda apreciar de oficio el carácter abusivo de una cláusula del contrato que le haya sido sometido cuando examine la admisibilidad de una demanda presentada ante los órganos jurisdiccionales nacionales.

30.

Ante una situación en la que no se haya adaptado el Derecho nacional a una Directiva, es preciso recordar que, con arreglo a una jurisprudencia reiterada (sentencias de 13 de noviembre de 1990, *Marleasing*, C-106/89, Rec. p. I-4135, apartado 8; de 16 de diciembre de 1993, *Wagner Miret*, C-334/92, Rec. p. I-6911, apartado 20, y de 14 de julio de 1994, *Faccini Dori*, C-91/92, Rec. p. I-3325, apartado 26), al aplicar el Derecho nacional, ya sean disposiciones anteriores o posteriores a la Directiva, el órgano jurisdiccional nacional que debe interpretarlo está obligado a hacer todo lo posible, a la luz del tenor literal y de la finalidad de la Directiva, para, al efectuar dicha interpretación, alcanzar el resultado a que se refiere la Directiva y de esa forma atenerse al artículo 189, párrafo tercero, del Tratado CE (actualmente artículo 249 CE, párrafo tercero).

31.

Así pues, el Juez remitente que conoce de un litigio comprendido en el ámbito de aplicación de una Directiva y que tiene su origen en hechos posteriores a la expiración del plazo de adaptación del Derecho nacional a ésta, al aplicar las disposiciones de Derecho nacional vigentes en la fecha de los hechos, tales como las mencionadas en los apartados 10 y 11 de la presente sentencia, debe interpretarlas, en toda la medida de lo posible, de conformidad con la Directiva, de tal manera que puedan ser aplicadas de oficio.

32.

De las consideraciones que anteceden se desprende que, al aplicar disposiciones de Derecho nacional anteriores o posteriores a la mencionada Directiva, el órgano jurisdiccional nacional debe interpretarlas, en toda la medida de lo posible, a la luz del tenor literal y de la finalidad de dicha Directiva. La exigencia de interpretación conforme requiere en particular que el Juez nacional dé preferencia a aquella que le permita negarse de oficio a asumir una competencia que le haya sido atribuida en virtud de una cláusula abusiva.

Costas

33.

Los gastos efectuados por los Gobiernos español y francés, así como por la Comisión de las Comunidades Europeas, que han presentado observaciones ante este Tribunal de Justicia, no pueden ser objeto de reembolso. Dado que el procedimiento tiene, para las partes del litigio principal, el carácter de un incidente promovido ante el órgano jurisdiccional nacional, corresponde a éste resolver sobre las costas.

En virtud de todo lo expuesto,

EL TRIBUNAL DE JUSTICIA,

Pronunciándose sobre la cuestión planteada por el Juzgado de Primera Instancia n. 35 de Barcelona mediante autos de 31 de marzo y de 1 de abril de 1998, declara:

1) La protección que la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, otorga a éstos implica que el Juez nacional pueda apreciar de oficio el carácter abusivo de una cláusula del contrato que le haya sido sometido cuando examine la admisibilidad de una demanda presentada ante los órganos jurisdiccionales nacionales.

2) Al aplicar las disposiciones de Derecho nacional anteriores o posteriores a la mencionada Directiva, el órgano jurisdiccional nacional, debe interpretarlas, en toda la medida de lo posible, a la luz del tenor literal y de la finalidad de dicha Directiva. La exigencia de interpretación conforme requiere en particular que el Juez nacional dé preferencia a aquella que le permita negarse de oficio a asumir una competencia que le haya sido atribuida en virtud de una cláusula abusiva.

Pronunciada en audiencia pública en Luxemburgo, a 27 de junio de 2000.

El Secretario

El Presidente

R. Grass

G.C. Rodríguez Iglesias