

Mediación: confidencialidad y buena fe procesal

by Redaccion - Martes, noviembre 05, 2013

<http://www.diariojuridico.com/opinion/mediacion-confidencialidad-y-buena-fe-procesal.html>



Por Arturo Ortiz Hernández, abogado

Una de las manifestaciones de la mediación es la buena fe procesal, es decir haber puesto todos los medios para evitar el procedimiento judicial, cuestión esta muy importante en otros ordenamientos como pueda ser el anglosajón.

Estos esfuerzos por evitar el procedimiento tienen su traducción en instituciones como el 'discovery' o incluso el traslado de preguntas a la otra parte con carácter previo a un interrogatorio.

En el 'discovery' la parte que pretende iniciar un procedimiento puede exigir a la otra que le exhiba los documentos que tenga sobre el litigio, incluidos los que le perjudiquen. Con toda esa información el demandante podrá decidir seguir con el procedimiento o no. Suele ocurrir que después de este 'discovery' las partes deciden ir a mediación con carácter previo al litigio.

Hasta ahora, la mediación en España carecía de reglamentación, salvo la de las Comunidades Autónomas en materia de familia. Prácticamente la única mediación que se realizaba era en este ámbito tutelada por los poderes públicos, a través de ayuntamientos, instituciones o por medio de derivación de los juzgados de familia. Este panorama empezó a cambiar a partir de la reciente Ley de Mediación en Asuntos Civiles y Mercantiles. Se institucionaliza esta figura con la intención que se convierta en una práctica habitual, previa a la inicio a la contienda judicial.

En otros países es obligatorio, o como Italia el boicotear un proceso de mediación puede traducirse en condena en costas aunque se inicie el procedimiento.

A mi entender esto implica que la confidencialidad del proceso se ciña exclusivamente al contenido de las manifestaciones e informaciones que se transmitan en el procedimiento de mediación pero no a la actitud de las partes en el mismo o durante el mismo, en los casos en los que manifiestamente una de las partes boicotee el procedimiento, los mas sangrantes. Casi el 100 % de los mediadores de este país pensarán que el problema ha sido del mediador que no ha sabido conectar o tratar con esa parte pero eso no siempre es

así.

Una vez que el procedimiento de mediación se institucionaliza, la parte que intenta la mediación o que actúa de buena fe en el procedimiento con independencia de que se lleguen o no acuerdos en el mismo, tiene derecho a obtener un documento donde se evidencie por parte del mediador esta buena fe procesal incluso prescindiendo del principio de confidencialidad. Insisto, no respecto de los contenidos de la mediación. De esta forma el solicitante de la mediación en su caso podrá beneficiarse de aquellas consecuencias jurídicas que le sean favorables en un procedimiento judicial o al que actuó de mala fe le serán aplicables aquellas que le sean desfavorables.

Estas ideas que expongo además tienen su reflejo en la Ley de Mediación. Alguna de forma directa y otras cuyas consecuencias son interpretaciones más o menos atrevidas.

El artículo 17.1 de la Ley establece que en caso de inasistencia injustificada de cualquiera de las partes a la sesión informativa se entenderá que desisten de la mediación solicitada. La información de qué parte o partes no asistieron a la sesión no será confidencial.

Es decir, ya tenemos una excepción al principio de confidencialidad plasmada en la ley de Mediación: **la no asistencia injustificada no es confidencial** y ello deberá traducirse en un acta o certificación expedida por el mediador. Entiendo que dentro de la no justificación, estarían incluidas la mera incomparecencia o la voluntad de no asistir. En estos casos el mediador deberá redactar un acta donde se exprese estas circunstancias. En mis actas suelo incluir: "que citado a sesión informativa en fecha X don X no asistió al mismo". A mi entender esta excepción al principio de confidencialidad prevista en la ley implica necesariamente una excepción al principio de voluntariedad en tanto en cuanto la inasistencia a la sesión informativa, que no deja de ser un acto de voluntad a la consecución de acuerdos, conlleva efectos jurídicos desfavorables para la parte que no asistió y así debería advertirse en la invitación a la mediación.

Las consecuencias jurídicas de esta conducta las tenemos en el artículo 395 párrafo 2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Se entenderá que, en todo caso, existe mala fe, si antes de presentada la demanda se hubiese formulado al demandado requerimiento fehaciente y justificado de pago, o si se hubiera iniciado procedimiento de mediación o dirigido contra él demanda de conciliación.

Esta mala fe de la que habla el artículo 395 tiene su traducción en la condena en costas en caso de allanamiento, lo que viene siendo habitual en caso de requerimiento previo inatendido. Es cierto que los efectos son limitados, pero de momento son los que tenemos.

Posteriormente, el artículo 22 establece que el que ejerza su derecho a dar por finalizada la sesión deberá comunicárselo al mediador. Entiendo que esa comunicación podría reflejarse en el acta sin quebrar el principio de confidencialidad y voluntariedad sin que ello implique ninguna otra consecuencia ya que expresamente la ley en aras a esa voluntariedad lo refleja como el ejercicio del derecho.

Lo mismo ocurre con la negativa a firmar el acta o el abandono súbito en cuanto implicaría no firmar el acta de cierre de mediación tal y como prevé el artículo 22, donde se refleja que la negativa a firmar el acta deberá hacerse constar en la misma a petición de la otra parte. Esta negativa a firmar el acta supone

también una quiebra del principio de confidencialidad y seguramente será utilizada por la otra parte en el litigio consiguiente. Sin embargo, a fecha de hoy no se refleja en la legislación ninguna consecuencia desfavorable. Tal vez en un futuro.

Los que nos centramos en la mediación civil y mercantil en el ámbito privado como ejercicio profesional y como previo al litigio y la práctica cotidiana de las mismas, nos hace ver cada vez más la necesidad de que se incluya en las invitaciones a sesiones informativas esta información a la parte, para que en su caso la decisión de asistir o no asistir sea meditada y no un mero capricho de la voluntad además de informarle de las circunstancias que podrían perjudicarle en un futuro.

PDF generated by Kalin's PDF Creation Station