

La prueba de hechos conocidos en una mediación

La información y documentación utilizada en el procedimiento de mediación es confidencial. Confidencialidad que es esencial en la mediación. No obstante el alcance de la protección jurídica de dicha confidencialidad en un proceso posterior dependerá en buena medida de cómo se interprete por nuestros tribunales la validez y eficacia en el proceso de tales pruebas, decantándose el autor por su licitud, pero planteándose serias dudas acerca de su admisibilidad, como actividad prohibida por la ley (art. 283.3 LEC).

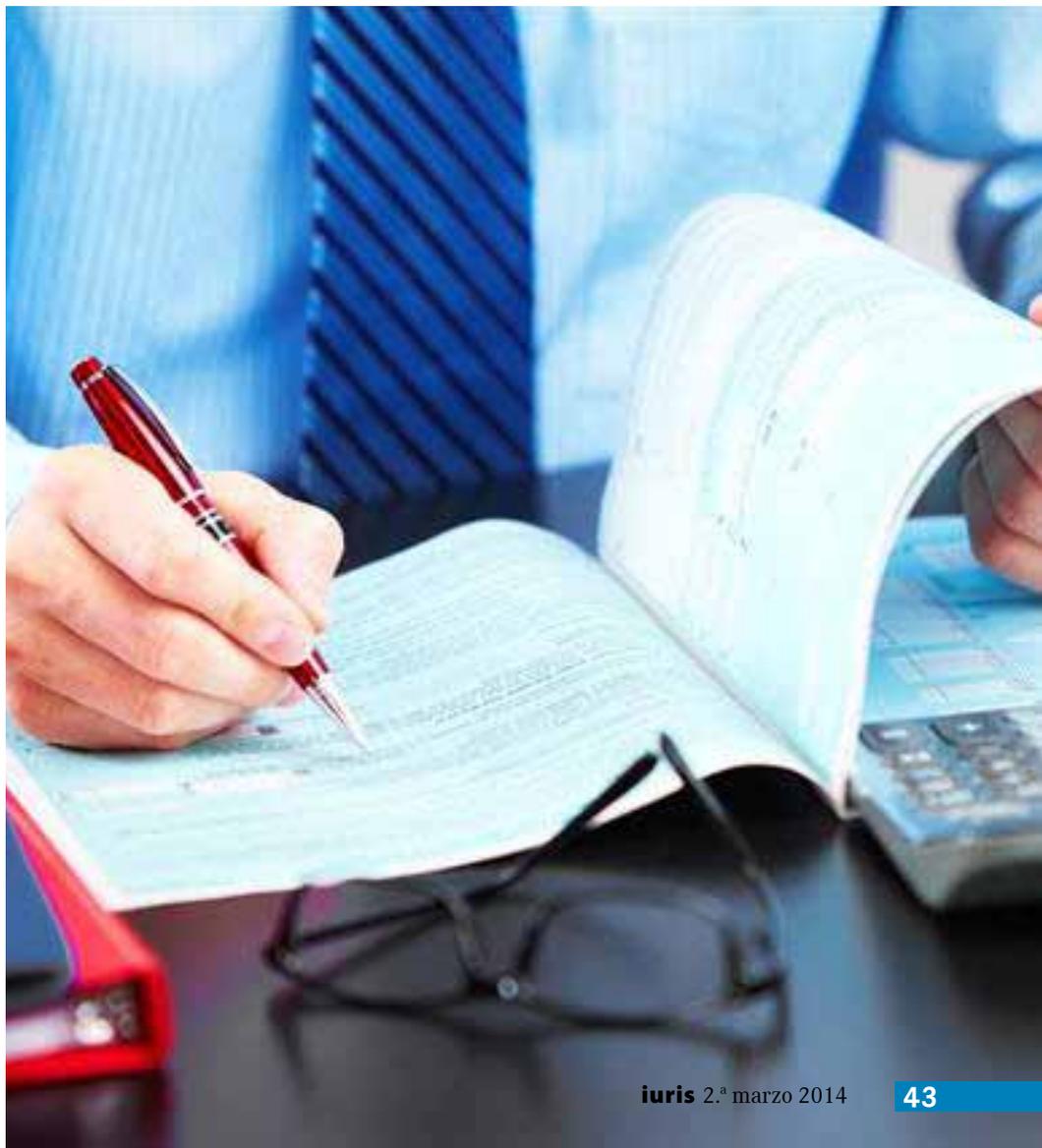
FREDERIC MUNNÉ CATARINA

Abogado. Socio de Dret Privat Abogados. Doctor en Derecho. Profesor de Derecho Procesal en ESADE-URL y Miembro del Equipo Académico del Instituto de Probática y Derecho Probatorio de ESADE



La confidencialidad constituye uno de los principios esenciales de la mediación.

Las partes, que pueden separarse del procedimiento en cualquier momento, acuden y se mantienen en él de buena fe para trabajar de forma conjunta en la búsqueda de la mejor solución posible al conflicto. Colaboración de las partes que exige una predisposición a actuar de forma participativa, sincera y honesta. Y ello exige tener plena seguridad en el respeto del deber de confidencialidad, para aportar con aquella honestidad, informaciones y documentos que luego no *puedan* ser usados en su contra.



Las partes que intervienen en una mediación deben poder aportar información y documentos con plena seguridad de que ello no les va a perjudicar en un eventual proceso judicial o arbitral posterior. Solo así es factible que las partes dialoguen de forma honesta y participen de modo activo y colaborativo para mediar, y hallar la mejor solución al conflicto.

A diferencia de lo que sucede en el arbitraje, en la mediación la confidencialidad es esencial

En este sentido, a diferencia de lo que sucede en el arbitraje, en la mediación la confidencialidad es esencial. Sin confidencialidad no puede haber mediación, porque no excluye a la Jurisdicción ordinaria, sino que tan solo intenta evitarla, de modo que la infracción de la confidencialidad puede penetrar en el ulterior proceso judicial.

Nuestro ordenamiento prevé el carácter confidencial de la mediación. Así, «*el procedimiento de mediación y la documentación utilizada en el mismo es confidencial*» (art. 9.1 de la Ley 5/2012 de Mediación en asuntos civiles y mercantiles –en adelante LM–) Obligación de confidencialidad que se extiende al mediador, a las instituciones de mediación y a las partes, aunque el mismo precepto, en su apartado segundo añade que la confidencialidad impide que los «*mediadores o las personas que participen*» en el procedimiento de mediación estén obligados a declarar o aportar documentación en un procedimiento

judicial o en un arbitraje sobre la información y documentación derivada o relacionada con el procedimiento de mediación, salvo dispensa de las partes o que lo solicite un Juez penal.

A nuestro entender esta redacción, que procede de la Directiva 2008/52/CE, no es muy afortunada, puesto que «*impedir que estén obligados a declarar*» equivale a atribuirles «el derecho a no declarar», pero no el deber de no declarar. En consecuencia, no todos cuantos participen en el procedimiento de mediación tienen el deber de confidencialidad, aunque sí el derecho. De *lege ferenda* juzgamos más ajustado a los principios rectores de la mediación que todos quienes intervengan o participen en la mediación tengan tanto el derecho como, sobre todo, el deber de confidencialidad.

Por ello, entendemos que desde el punto de vista subjetivo el deber (u obligación) de confidencialidad se extiende al mediador, las instituciones de mediación y las partes (art. 9.1 LM). En cambio el derecho a la confidencialidad se extiende a cuantos participen en el procedimiento de mediación (art. 9.2 LM). Al mediador le protege el derecho-deber del «secreto profesional» (art. 9.1 LM) y a los centros de mediación y las partes un derecho-deber de términos muy similares (art. 9.1 LM). Los restantes sujetos que intervengan en la mediación están protegidos, junto al mediador, los centros de mediación y las partes, por el derecho a no declarar ni aportar documentos (art. 9.2 LM).

Y desde el punto de vista objetivo la confidencialidad alcanza a la «*información y documentación utilizada en el procedimiento de mediación*» (art. 9.1 y 9.2 LM), lo que no parece incluir al «acuerdo de mediación», sea total o parcial (así lo puso de manifiesto la STS 2/3/2011). El acuerdo que resulte de la mediación es susceptible de ser aportado a un proceso judicial

ulterior, como medio de prueba para exigir su cumplimiento o su ejecución (arts. 23 y 26 LM) o incluso la acción de nulidad contra el mismo acuerdo (art. 23.4 LM).

Llegados a este punto cabe preguntarse **¿Cuál es la sanción legal derivada de la infracción del deber de confidencialidad?** Y en este sentido, el texto legal sólo prevé que «*la infracción del deber de confidencialidad generará responsabilidad en los términos previstos en el ordenamiento jurídico*» (art. 9.3 LM). La confidencialidad se protege mediante el derecho-deber de secreto profesional, es decir, que en caso de vulnerar el deber responderán de los daños y perjuicios y además se puede invocar y exigir el derecho a no declarar ni aportar documentos en juicio. En este sentido, juzgamos que es aconsejable que quienes intervengan de cualquier forma en el procedimiento de mediación suscriban un convenio de confidencialidad, donde incluso cabría preverse una cláusula penal que objetive la sanción en caso de incumplimiento de la confidencialidad

La confidencialidad no parece incluir al «acuerdo de mediación», que es susceptible de ser aportado a un proceso judicial ulterior

Por ello nos preguntamos ¿Puede aportarse al proceso judicial o arbitral ulterior información o documentos derivados o relacionados con el proce-

dimiento de mediación? Y de ser así, ¿Qué valor probatorio tendrá?

Tan sólo respecto de la prueba pericial, el art. 347.1 LEC (modificado por la Ley 5/2012) prevé de forma expresa, en lo que se refiere a la posible actuación del perito en el juicio o en la vista, que el Juez debe denegar tal petición «*cuando existiera un deber de confidencialidad derivado de la intervención del perito en un procedimiento de mediación anterior entre las partes*». No obstante, dado que se regula su no intervención en el juicio, ello parece dar a entender que admite (da por sentada) la posibilidad de que emita un dictamen pericial. Es decir, que no se prevé la ineficacia de la prueba pericial del mediador o de quienes hayan intervenido en la mediación, ni la posibilidad de tachar a tales peritos, sino tan sólo que se «*denegará las solicitudes de intervención (del perito) ...*» en el juicio o vista oral, y por tanto que no podrá ser sometido a contradicción. ¿Esta es toda la protección jurídico-procesal de la confidencialidad en la mediación? Tengo para mí que no debería ser así

Es aconsejable que los intervinientes suscriban un convenio de confidencialidad, donde incluso cabría preverse una cláusula penal

Respecto a la **posible ilicitud de la prueba sobre los hechos conocidos en la mediación**, debemos tener presente que la ineficacia de la prueba queda circunscrita al hecho de que se haya obtenido con infracción de un derecho fundamen-

tal de rango igual o superior al del propio derecho a la prueba (arts. 287 LEC y 11 LOPJ). Si la información y documentos del procedimiento de mediación tienen *ex lege* carácter confidencial, podemos preguntarnos si la infracción del deber de confidencialidad vulnera el derecho a la intimidad del art. 18 CE, pero la supuesta vulneración de la intimidad no radica en la obtención de la prueba, porque hablamos precisamente de quienes han intervenido de forma voluntaria en la mediación, por lo que su *obtención* es lícita. Además las informaciones y documentos derivados de una mediación de conflictos civiles, por no decir los «mercantiles», tendría difícil o imposible encaje en el concepto de intimidad «personal y familiar» objeto de tutela constitucional.

Revelar documentos o información utilizada durante el procedimiento de mediación por quien tiene un deber de confidencialidad es una «actividad prohibida por la Ley»

Por otra parte, el art. 283.3 LEC prevé la inadmisibilidad de las pruebas que consistan en una «*actividad prohibida por la ley*». Por ello cabe plantearse si encajaría como actividad prohibida por la ley, causando la inadmisibilidad de la prueba, la conducta procesal de aportación de documentos o informaciones confidenciales de la mediación.

A nuestro entender, no cabe duda de que revelar documentos o infor-

mación utilizada durante el procedimiento de mediación por quien tiene un deber de confidencialidad es una «*actividad prohibida por la Ley*» (art. 9.1 LM), pero ¿Cualquier actividad procesal ilícita constituye prueba inadmisibles? Veamos el encaje de la infracción del deber de confidencialidad dentro del proceso, como «*actividad ilícita*» a los efectos del art. 283.3 LEC, a cuyo tenor «*nunca se admitirá como prueba cualquier actividad prohibida por la ley*».

La STS de 2/3/2011 (Ponente Antonio Salas Carceller), respecto de la legislación catalana de mediación, afirma que «*el deber de secreto que alcanza a la persona mediadora y a las propias partes se refiere a “informaciones confidenciales”, que lógicamente quedan reservadas al estricto conocimiento de la partes y del mediador*», aunque nuestro Alto Tribunal descarta en el caso allí enjuiciado comporte la inadmisión de las pruebas aportadas con infracción del deber de confidencialidad porque en aquel caso «*se pretende traer a un proceso judicial lo que una de las partes considera que es un acuerdo libremente adoptado*», es decir, el acuerdo que puso fin a la mediación, que no es confidencial para el Tribunal Supremo.

Debemos tener presente que la confidencialidad en la mediación no solo se refiere a la mera protección de los datos de carácter personal (como en el arbitraje o incluso respecto de la información tributaria), sino que tiene un enlace directo con el derecho de defensa en la eventual acción judicial ulterior, dado que la mediación no la excluye, sino que tan sólo intenta evitarla. Por ello, si hay un proceso judicial o arbitral posterior, la mediación «anticipa» las defensas de las partes y les exige revelar información y documentos confidenciales, que integran el subsiguiente derecho de defensa (en esta línea de argumentación ANDINO LÓPEZ, J.A., *La aportación procesal de correspondencia entre Letrados*,

Difusión Jurídica, 2007, p. 96). Además, la parte que intente aportar en el proceso la documentación lograda en una mediación, en la medida en que limita la eficacia del derecho de defensa de su contraria, estará vulnerando el principio de la buena fe procesal del art. 247 LEC que prevé, como sanción, el rechazo de la petición formulada infringiendo dicho principio lo que comporta, en nuestro caso, su inadmisión como prueba (así PICÓ I JUNOY, J., *El principio de la buena fe procesal*, segunda edición, Bosch, Barcelona, 2013, p. 310).

Las pruebas que vulneren el deber legal de confidencialidad no deberían de ser admitidas en el proceso judicial ulterior a la mediación

Si bien la infracción de la confidencialidad en la mediación no es *per se* una infracción de un derecho fundamental, porque hemos descartado el derecho a la intimidad y porque la confidencialidad en sí misma no lo es, entendemos que su vulneración dentro de la actividad probatoria del proceso si debería tener entidad procesal suficiente para constituir una «actividad prohibida por la ley» a los efectos del art. 283.3 LEC, además de ser contraria a la probidad del art. 247 LEC. En realidad el art. 283.3 LEC no distingue una graduación de esa «actividad prohibida por la ley», ni se refiere *sólo* a actividades prohibidas en la misma LEC, ni a ilícitos de especial trascendencia procesal y menos aún de exclusiva naturaleza penal (coacción, tortura, etc.), para enervar su eficacia probatoria, por lo que conforme a la máxima *ubi lex non distinguit nec nos distinguere de-*

bemus, toda actividad probatoria prohibida por una ley conlleva su inadmisión como prueba. Y ello no obsta a que como sostiene ABEL LLUCH (en *Derecho probatorio*, Bosch, Barcelona, 2012, p. 231 –con cita de RAMOS MÉNDEZ, F. *Enjuiciamiento civil. T. I*, Atelier, Barcelona, 2008, p. 610–) la legalidad del art. 283.3 LEC se refiere a «la observancia de las normas procesales –básicamente de forma y plazo– de proposición de la prueba o, en palabras de RAMOS MÉNDEZ, constituye la encarnación del principio de legalidad en materia probatoria».

En este sentido, conviene reiterar aquí que el art. 9 LM, que establece el deber de confidencialidad del mediador, la institución de mediación y las partes del proceso de mediación, dispone de un modo genérico (sin distinción del contexto procesal o extraprocesal) que «no podrán revelar ...», si bien entendemos que de *lege ferenda*, sería deseable que el texto legal regulase el alcance procesal de la confidencialidad en la mediación de un modo más preciso. Así, por ejemplo, la Ley catalana 15/2009 de mediación en derecho privado, dispone en su art. 7.2 que «Las partes en un proceso de mediación no pueden solicitar en juicio ni en actos de instrucción judicial la declaración del mediador o mediadora como perito o testigo de una de las partes ...».

Cuando tras la mediación siga un arbitraje, la solución de «inadmisibilidad» debe ser similar

En definitiva, entendemos que puede defenderse que las pruebas que vulneren el deber legal de confidencialidad aquí examinado (sobre

informaciones y documentos del procedimiento de mediación, y tan sólo dentro del ámbito objetivo y subjetivo antes descrito), no deberían de ser admitidas en el proceso judicial ulterior a la mediación, como «actividad prohibida por la ley» (art. 283.3 LEC), porque la Ley 5/2012 prohíbe de forma expresa revelar la información y la documentación utilizada en el procedimiento de mediación (art. 9.1 LM), y porque de otro modo esas informaciones confidenciales no quedarían «reservadas al estricto conocimiento de las partes y el mediador», pasando a ser públicas, lo que cercena el derecho de defensa de la parte contraria e infringe, con ello, la buena fe procesal (art. 247 LEC).

Por último, cuando tras la mediación siga un arbitraje, entendemos que la solución de «inadmisibilidad» debe ser similar, aunque no idéntica, a pesar de que sí es idéntico el *derecho* a no declarar ni aportar documentos sobre información y documentación derivada o relacionada con el procedimiento de mediación, que el art. 9.2 LM extiende tanto al proceso judicial como al arbitraje posterior a la mediación. Y ello por cuanto la valoración de admisión de la prueba, en defecto de pacto u otra previsión al respecto en el Reglamento arbitral (art. 4.1.b Ley 60/2003 de Arbitraje –LA–), corresponde al árbitro (art. 25.2 LA) lo que le atribuye un cierto carácter subjetivo, que en absoluto arbitrario o ilógico, por lo que sin perjuicio del debido respeto del orden público en el laudo (art. 41.1.f LA) habría que matizar la exigencia del art. 283.3 LEC, que no se aplica al arbitraje. Además las actuaciones arbitrales también son confidenciales (art. 24.2 LA), con lo que con su aportación al arbitraje esas informaciones y documentos seguirían siendo confidenciales, y tratadas como tales, aunque habrá que estarse al caso concreto, porque podrían ser conocidas por quienes siendo parte en el arbitraje no lo hubieran sido en la mediación.