

Mediación: ¿Alternativa al proceso o traba de acceso?

Análisis de las consecuencias jurídico-procesales a la luz de Anteproyecto de Ley de Medidas de Eficiencia Procesal del Servicio Público de Justicia

Sumario

Con miras a dar un impulso definitivo a la mediación en España, el gobierno aprobó el «Anteproyecto de Ley de Medidas de Eficiencia Procesal del Servicio Público de Justicia», que pretende introducir cambios importantes en este sentido en la jurisdicción civil. El presente trabajo, con ocasión de este proyecto, tiene por finalidad analizar el estado actual de la regulación sobre la mediación y las modificaciones que introduce esta apuesta legislativa, procurando hacer una crítica constructiva que contribuya al deseado y necesario equilibrio entre el proceso judicial y los mecanismos extrajudiciales de solución de controversias, y concluyendo con unas propuestas concretas para fomentar la mediación en la jurisdicción civil.

Abstract

To give a definite boost to mediation in Spain, the government approved the «Draft Law on Procedural efficiency measures of the Public Justice Service», which aims to introduce important changes in this regard in the civil jurisdiction. The purpose of this study, on the occasion of this draft, is to analyze the current status of the regulation of mediation and the modifications introduced by this legislative proposal, trying to make a constructive criticism that contributes to the desired and necessary balance between the judicial process and the alternative dispute resolutions mechanisms, and concluding with concrete proposals to promote mediation in the civil jurisdiction.

Title: *Mediation: Alternative or obstacle to judicial proceedings? Analysis of the juridical-procedural consequences in the light of the draft project of the Law on Procedural Efficiency of the Public Justice Service*

Palabras clave: Mediación, medidas alternativas de solución de conflictos, calidad, eficiencia

Keywords: *Mediation, alternative dispute solutions (ADR), quality, efficiency*

2.2022

Recepción
27/01/2022

-

Aceptación
28/01/2022

-

1. Introducción**2. El principio de voluntariedad de la mediación y los contratos**

- 2.1. El cumplimiento in natura de la cláusula de mediación: la declinatoria
- 2.2. Los daños y perjuicios de incumplir la obligación de mediar
- 2.3. Conclusión

3. La modulación del principio de voluntariedad: la obligación legal de someterse a mediación

- 3.1. Antecedentes estatales y autonómicos de la «voluntariedad mitigada»
- 3.2. La obligación legal de mediar en el Anteproyecto de Ley de Medidas de Eficiencia Procesal del Servicio Público de Justicia
- 3.3. Aplicación general en la jurisdicción civil
- 3.4. Crítica a la generalidad de la obligación de mediar
- 3.5. La problemática de la mediación y la ejecución en el ALEP

4. La modulación del principio de voluntariedad: la derivación judicial


- 4.1. Análisis empírico de la derivación judicial pre-ALEP
- 4.2. Otras iniciativas destacables pre-ALEP
- 4.3. Quién podrá derivar a las partes a mediación
- 4.4. Momento procesal en que puede producirse la derivación
- 4.5. Criterios para derivar a mediación
- 4.6. Forma(lización) de la derivación intrajudicial

5. Las medidas cautelares y la mediación**6. La sesión informativa****7. Acreditación del intento de acudir a mediación****8. Consecuencias jurídico-procesales de la inasistencia a la sesión informativa****9. Efectos materiales del inicio del procedimiento de mediación****10. Confidencialidad de la mediación y proceso judicial****11. Formalización y efectos del acuerdo de mediación****12. Conclusiones****13. Consideraciones finales y propuestas para incentivar el uso de la mediación**

- 13.1. Seguridad jurídica y confianza
- 13.2. Acceso a la mediación y divulgación
- 13.3. Calidad
- 13.4. Incentivos y sanciones

14. Bibliografía

-

Aquest treball es publica amb una llicència Creative Commons Reconeixement-No Comercial 4.0 Internacional 

1. Introducción^{1*}

La mediación es un método alternativo a la jurisdicción ordinaria para la resolución de conflictos cuyas raíces se hunden en la oscuridad de los tiempos pero que en las sociedades actuales de nuestro entorno más inmediato no se ha generalizado, cuanto menos no de la misma forma que los juicios. Tras la aprobación de la Directiva Europea 2008/52/CE que tenía entre sus objetivos «promover el uso más frecuente de la mediación y garantizar que las partes que recurran a ella pueda contar con un marco jurídico predecible» como reza su preámbulo, a los pocos años Europa constata que la mediación no acaba de cuajar. La implantación de este mecanismo extrajudicial es lenta, desigual y desde luego, insuficiente. En efecto, la Comisión Europea y el Parlamento Europeo en su Resolución de 12 de septiembre de 2017 recomiendan a los Estados Miembros intensificar esfuerzos para fomentar y alentar el recurso a la mediación.

España es uno de los Estados en que se ha planteado la necesidad de redoblar esfuerzos. En nuestro país no hay una cultura arraigada de negociación ante conflictos jurídicamente relevantes, lo que sin duda ha favorecido un aumento en los índices de litigiosidad.² Según los datos de la estadística judicial del CGPJ, los índices de litigiosidad en la jurisdicción civil presentan una constante tendencia al alza. En las últimas estadísticas disponibles, correspondientes al año 2019³, la tasa de litigiosidad en la jurisdicción civil, es decir, los asuntos ingresados por cada mil habitantes, es de 50,7. Esto significa un aumento de un 6% con respecto a los datos de 2018, y si a esto le añadimos una tasa de pendencia⁴ de un 0,70 y una tasa de congestión⁵ del 1,70, la situación de la jurisdicción civil se torna preocupante. Como si esto no fuera poco, tras la pandemia de la COVID 19 se prevé un fuerte incremento en la litigiosidad,⁶ con la cual la carga de trabajo de nuestros tribunales civiles puede alcanzar niveles difíciles de asumir.

Frente a esta situación hay quienes ven en la mediación la verdadera vacuna contra el colapso judicial y plantean que la vía definitiva para impulsarla pasa por introducir su uso con carácter

^{1*} Este artículo forma parte del proyecto de investigación I+D+i: «Derecho Procesal del Consumo» Ref. PGC2018-096260 B C- 22 del Ministerio de Ciencia, Innovación y Universidades de España.

² Según el Informe de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo y al Comité Económico Social Europeo sobre la aplicación de la Directiva 2008/52/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 mayo 2008, de fecha 26 agosto 2016, «constituye un documento de indudable valor por sistematizar el estudio de los cuestionarios emitidos por operadores jurídicos de todos los Estados miembros y que viene en términos generales a evidenciar determinadas dificultades en relación con el funcionamiento de los sistemas nacionales de mediación en la práctica, particularmente relacionadas con la falta de una "cultura" de la mediación en los Estados miembros».

³ Justicia Dato a Dato 2019, CGPJ.

⁴ Según los propios informes del CGPJ, la tasa de pendencia es la razón entre los asuntos pendientes al final del período y los resueltos en aquel período. Su objetivo es poner de relieve el grado de acumulación de asuntos pendientes en los diversos órganos judiciales con respecto a períodos anteriores.

⁵ Se entiende por tasa de congestión la razón entre los asuntos pendientes al inicio del período más los registrados en aquel período, y los asuntos resueltos en aquel período. Su objetivo es poner de relieve el grado de acumulación de asuntos pendientes de cara a períodos futuros. Si resolviesen los asuntos que entran y no resolviesen ninguno pendiente sería igual a 1. Si es superior a 1, ello significa que se va acumulando trabajo, que se tarda más a resolver, etc.

⁶ En la propia Exposición de motivos del ALEP se destaca la necesidad de introducir mecanismos eficientes que resultan imprescindibles para acoger el previsible incremento de la litigiosidad tras la pandemia del COVID-19.

preceptivo y obligatorio.⁷ Con fecha 15 de diciembre de 2020 el gobierno aprobó el Anteproyecto de Ley de Medidas de Eficiencia Procesal del Servicio Público de Justicia (en adelante ALEP), que pretende introducir cambios importantes en este sentido en la jurisdicción civil.⁸ El pasado mes de diciembre de 2020 se presentó el ALEP por el ministro Campos, que pasó al trámite de información pública y que se encuentra en su último recorrido antes de su remisión a las Cortes antes de las vacaciones parlamentarias de 2021.

A la luz de esta nueva iniciativa de impulso a la mediación, el presente trabajo tiene por finalidad analizar las principales consecuencias jurídico-procesales que se pueden derivar de esta apuesta legislativa, procurando hacer una crítica constructiva que, modestamente, contribuya al deseado y necesario equilibrio entre el proceso judicial y los mecanismos extrajudiciales de solución de controversias. Lo que, en definitiva, comportará una mejora en la calidad de la justicia civil y una mejor percepción de la justicia por parte del ciudadano, pues si estos mecanismos se convierten en una vía realmente eficiente para resolver conflictos jurídicamente relevantes, ello previsiblemente implicará una reducción de la tasa de litigiosidad en la jurisdicción civil.

En cuanto a la estructura, comenzamos en el capítulo 2 con el tratamiento de la mediación prevista en contratos entre particulares, ya que en virtud de la voluntariedad y de la autonomía de la voluntad, consideramos que esta vía debería ser preferente y prioritaria. Posteriormente, analizaremos en el capítulo 3 la modulación de aquel principio de voluntariedad a través de la consagración de la obligación legal de someterse a mediación, haciendo un análisis de las consecuencias jurídico-procesales que se derivan de esta apuesta legislativa. En el capítulo 4, también nos referiremos a la modulación del principio de voluntariedad, pero a través de la derivación judicial al interior del proceso judicial. En los siguientes capítulos haremos un análisis general de la relación entre mediación y proceso judicial, independientemente de la forma en que la mediación se hubiere iniciado o motivado. Así en el capítulo 5 trataremos las medidas cautelares y la mediación, en el capítulo 6 la sesión informativa de mediación y las consecuencias jurídicas de la inasistencia de las partes, en el capítulo 7 la acreditación del intento de acudir a mediación, en el capítulo 8 los efectos materiales del inicio del proceso de mediación, en el capítulo 10 la confidencialidad de la mediación y su impacto en el proceso judicial y en el capítulo 11 la formalización y efectos del acuerdo de mediación.

Por último, en los capítulos 12 y 13, haremos unas conclusiones generales del trabajo y algunas propuestas para incentivar la mediación sobre 4 ejes claves: seguridad y confianza, acceso y divulgación, calidad y sistema de sanciones e incentivos.

Empezaremos pues por la mediación extrajudicial, que definiremos a efectos de este trabajo como el mecanismo no judicial, voluntario y confidencial, dirigido a facilitar la comunicación

⁷ En palabras de MAGRO SERVET: «(...) ha llegado el momento de recurrir de forma preceptiva y obligatoria a la mediación extrajudicial en el orden civil. Pero, además, de cómo medida para evitar el colapso judicial en este orden jurisdiccional, como forma oportuna que no oportunista, de demostrar la eficacia de la mediación civil como solución alternativa a la judicial en la resolución de conflictos.» MAGRO SERVET, Vicente, «La ley de mediación obligatoria para resolver los conflictos civiles ante la crisis originada por el Coronavirus» *Diario La Ley*, ISSN 1989-6913, N° 9618, 2020.

⁸ El texto del Anteproyecto puede encontrarse en la página web del Ministerio de Justicia: <https://www.mjusticia.gob.es/es/AreaTematica/ActividadLegislativa/Documents/APL%20Eficiencia%20Procesal.pdf> (Visitado 21 de septiembre de 2021).

entre las partes, para que sean ellas las que intenten alcanzar un acuerdo que resuelva en forma definitiva el conflicto entre ellas con la guía neutral e imparcial del mediador.

2. El principio de voluntariedad de la mediación y los contratos

Muchos conflictos vienen precedidos por contratos y aun luego de surgido el conflicto es posible pactar someterse a un determinado mecanismo de resolución de conflictos. Así ocurre con el arbitraje (art. 9.1 de la Ley 58/2003 de Arbitraje). Como en todos los contratos privados, las partes podrán pactar someterse a un proceso de mediación para resolver determinados litigios que puedan surgir entre ellas.

La inclusión de cláusulas de mediación al contratar puede ser muy útil para ciertos tipos de conflictos y sientan las bases para dirimir litigios accesorios que puedan surgir entre las partes. Por ejemplo, en el ámbito familiar, unos progenitores con hijos menores que se divorcian y llegan a un convenio regulador, pueden pactar en el mismo convenio que, si surgen nuevos conflictos o discrepancias en el futuro sobre aquel, por cambios de circunstancias o problemas imprevistos o accesorios, tengan que acudir en primer lugar a una mediación para intentar resolverlos. Esta previsión es una declaración de intenciones y determinará sus relaciones en el futuro, contribuyendo a la estabilidad de los menores y a la armonía familiar y social.

La mediación también puede combinarse con otros mecanismos de resolución de conflictos. Por ejemplo, es posible contemplar que en caso de controversia las partes la someterán a mediación primero y en caso de que esto no ponga fin a la controversia, se obligan a someterla a arbitraje. Es la conocida como «cláusula escalonada». La comunidad arbitral ha sido la primera en incorporar previsiones de este tipo. Y obviamente sería perfectamente posible pactar que, si la mediación fracasa en la resolución del conflicto, las partes acudirán a la jurisdicción estatal.

Si lo han pactado así, una vez surgida la controversia, las partes podrán acudir directamente a la mediación o bien una de ellas podrá poner en marcha el procedimiento, dando así cumplimiento a lo previamente acordado por ambas. El problema radica en determinar qué consecuencias jurídicas se derivarán si una de las partes se niega a cumplir con aquella cláusula e interpone directamente la demanda judicial. Para que este tipo de cláusulas no quede en *flatus vocis* resulta fundamental que se les dote de eficacia disponiendo los mecanismos adecuados.

2.1. El cumplimiento in natura de la cláusula de mediación: la declinatoria

La ley española reconoce expresamente la eficacia de las cláusulas de mediación. La reforma más importante en este sentido fue introducida por la Ley estatal 5/2012 de mediación en la declinatoria. En principio, si una parte acude directamente al proceso judicial desconociendo la cláusula de mediación, la otra parte, es decir la demandada, puede interponer la correspondiente declinatoria en el proceso judicial, según lo previsto en el art. 39 LEC. De admitirse la declinatoria, comportaría el archivo del proceso judicial. No obstante, esta vía no tiene mucho recorrido, pues la cláusula de mediación no comporta en sí una renuncia a la

jurisdicción.⁹ Por lo tanto, ¿a qué se comprometen realmente las partes al pactar acudir a mediación para resolver eventuales conflictos ente ellas?

Entendemos que, mediante las cláusulas de mediación, las partes se comprometen a intentar la mediación, y solo en caso de que este método no tiene éxito, se podrá acudir a la vía judicial.¹⁰ Ahora bien, en ese intento de las partes ha de primar la buena fe, principio inherente al cumplimiento de las obligaciones (art. 1258 CC). Pero nos encontramos ante el problema de la prueba de la buena o mala fe en el cumplimiento de esa cláusula que resulta muy compleja. Se encuentra con el muro infranqueable del principio de confidencialidad de la mediación. La interpretación más adecuada será entender que la buena fe en el cumplimiento de la cláusula de mediación exige, al menos, acudir a la sesión informativa.

El mero hecho de imponer al ciudadano el deber de acudir a la sesión informativa no vulnera necesariamente el principio de la voluntariedad de la mediación. La sesión informativa es una etapa previa al proceso de mediación en sí, y las partes seguirán teniendo en su mano el poder de disposición sobre el objeto de la controversia, consagrado en el art. 19 de la LEC. Tendrán, así, la potestad de decidir libremente si proseguir con la mediación y llegar a un acuerdo, u optar por interponer la demanda y proseguir con la vía judicial.¹¹

Es cierto que, si la obligatoriedad radica únicamente en acudir a la sesión informativa, existe un riesgo de que esto se transforme en un mero trámite vacío de contenido, es por ello que, hay quién sostiene que se debe ir más allá y exigir someterse al procedimiento de mediación en sí mismo e intentar el acuerdo, aunque sin imponerlo.¹² No obstante, el encaje no es fácil, no podemos olvidar que los ciudadanos tienen el derecho a una tutela judicial efectiva y al acceso a los tribunales de justicia. Ahora bien, este principio no es absoluto y se debe ponderar con el resto de los derechos fundamentales reconocidos por el ordenamiento jurídico.

La inasistencia a la sesión informativa, sin justificación, es un incumplimiento de lo pactado, y podrá dar lugar a una condena de las costas procesales del proceso judicial posterior, fundamentado en la falta de colaboración y mala fe procesal.

2.2. Los daños y perjuicios de incumplir la obligación de mediar

El incumplimiento de la cláusula de mediación también puede dar lugar a otros gastos y daños y perjuicios. Pero con respecto a estos otros gastos en que hubiera incurrido la parte que sí estuvo dispuesta a mediar respetando lo dispuesto en la cláusula de mediación, y a su posibilidad de indemnización por la parte incumplidora, resultará complejo de probar y cuantificar. Por lo que

⁹ No obstante, en opinión de GINEBRA Y TARABAL, «no hay que despreciar la función de la declinatoria como medida para incentivar la resolución autocompositiva a través de la mediación (...) Aunque el principio de voluntariedad permita desistir fácilmente de la mediación (*ad nutum*) el mero hecho de tener que intentarla puede ¿por qué no? Contribuir a convencer a las partes de la bondad de resolver sus diferencias por esta vía.» GINEBRA MOLINS, Esperanza/TARABAL BOSCH, Jaume, «La obligatoriedad de la mediación derivada de la voluntad de las partes: las cláusulas de mediación», *Revista para el análisis del derecho (InDret)*, N.4, 2013, p. 23.

¹⁰ En Italia la consecuencia al incumplimiento injustificado de las cláusulas de mediación es la inadmisión a trámite de la demanda judicial relacionada. (art.1 bis del decreto legislativo de 4 de marzo de 2010, n.28).

¹¹ En este sentido, ORTUÑO MUÑOZ, Pascual, «La mediación intrajudicial», en LAUROBA, Elena/BARRAL, Immaculada/VIOLA, Isabel (dirs.), *Materials jurídics del Llibre Blanc de la mediació a Catalunya*, Generalitat de Catalunya, 2011.

¹² HERRERA DE LAS HERAS, Ramón, «La mediación obligatoria para determinados asuntos civiles y mercantiles», *Revista para el análisis del derecho (InDret)*, N.1, 2016, p. 11.

sería recomendable incluir una cláusula penal que prevea una indemnización en caso de incumplimiento (art. 1152 y ss. CC). Ante un incumplimiento, esta cláusula penal sí que sería directamente ejecutable y además tendría un efecto disuasorio para evitar incumplimientos.¹³ Todavía no es frecuente en la práctica, pero es un mecanismo tradicionalmente conocido. Sería deseable facilitar también la recuperación de estos daños porque si no, la parte se verá obligada a acudir a un proceso declarativo. Una posibilidad es prever que en tras estimarse la declinatoria de mediación, además de condena a las costas, se prevea en la posibilidad de liquidar los daños y perjuicios por el procedimiento de los arts. 712 y ss. LEC. Pensamos que sería conveniente introducirlo en el ALEP.

2.3. Conclusión

Bajo el tradicional principio de voluntariedad de la mediación, las cláusulas de mediación han sido siempre el punto de partida y nuestra legislación hoy recoge mecanismos que les dan efectos útiles. Sin embargo, como decíamos, esto no ha sido suficiente ni para promover la mediación ni para descongestionar a los tribunales. Los usuarios potenciales y los intermediarios (abogados, notarios y otros profesionales) no han optado por la mediación, aunque esto no quiere decir que sean los responsables de la situación, que es cuestión muy distinta. Aclarado lo cual, sí cabe consignar que no se insertan tantas cláusulas de mediación como cabría esperar.

En los apartados siguientes analizaremos las propuestas del ALEP para remedir esta situación. El ALEP tiene una premisa muy distinta ya que introduce la modulación del principio de voluntariedad.

3. La modulación del principio de voluntariedad: la obligación legal de someterse a mediación

Una de las ventajas que presenta la mediación frente al proceso judicial es el de tener una estructura flexible que le permite adaptarse a las necesidades jurídicas y/o sociales, por lo que moderar el principio de voluntariedad no desnaturaliza necesariamente la institución. Es cierto que no sería aconsejable la imposición de llegar a un acuerdo, pero sí puede ser favorecedor regular la obligatoriedad de acudir a las sesiones informativas de mediación, donde se pone en conocimiento de las partes, y también de sus abogados si los hubiere: las ventajas e inconvenientes de la mediación, cómo se lleva a cabo una mediación, lo que se puede esperar del proceso y las consecuencias jurídicas que tendría alcanzar un acuerdo y, por supuesto, que sucedería si posteriormente existe un incumplimiento del mismo. Esta etapa, previa al procedimiento de mediación, resulta clave para lograr que los justiciables perciban la seguridad jurídica necesaria para decidirse a darle una oportunidad a la mediación y buscar una solución definitiva y amigable a su litigio.

Ante esta situación, parte de la doctrina, sostiene que la modulación del principio de voluntariedad es determinante a la hora de intentar impulsar la vía de la mediación como mecanismo alternativo a la jurisdicción ordinaria. La tendencia actual en Europa va en dos direcciones y ambas se apartan del tradicional principio de voluntariedad: la obligatoriedad de la mediación o la denominada «voluntariedad mitigada». El sistema de mediación obligatoria ha

¹³ En este sentido, GINEBRA MOLINS y TARABAL BOSCH, Op. Cit., p. 25.

sido adoptado en algunos países, como Italia, Bulgaria y Eslovenia, donde la mediación se instaure como un requisito de procedibilidad para acceder a los tribunales. Otros países, como Francia, han optado más bien por la segunda vía, la de la «voluntariedad mitigada». Así, el art. 56 del Código de Procedimiento Civil Francés impone al demandante la obligación de indicar en su demanda las diligencias que ha llevado a cabo para intentar llegar a un acuerdo amigable que resuelva la controversia. La parte demandante que no lo hiciera, podría ser sancionada con la nulidad de las actuaciones judiciales que lleve a cabo, salvo que justifique razones de urgencia, o que la naturaleza del conflicto impedía una solución amigable, o que se viera afectado el orden público.

Los más altos tribunales están entendiendo que la modulación del principio de voluntariedad es posible, se trata de acertar en una regulación que cumpla unos mínimos presupuestos. Entre ellos, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea se ha manifestado sobre esta cuestión, y ha declarado que la exigencia de un procedimiento de mediación como requisito de admisibilidad de las acciones judiciales, puede ser compatible con el derecho a una tutela judicial efectiva, siempre que se cumplan los siguientes presupuestos:¹⁴

- 1) Dicho procedimiento no conduce a una decisión vinculante para las partes;
- 2) No implica un retraso sustancial a efectos del ejercicio de una acción judicial e interrumpe la prescripción de los correspondientes derechos;
- 3) No ocasiona gastos u ocasiona gastos escasamente significativos para las partes;
- 4) La vía electrónica no constituye el único medio de acceso a ese procedimiento y es posible adoptar medidas provisionales en aquellos supuestos excepcionales en que la urgencia de la situación lo exija.

Esta resolución nos parece un buen comienzo. Hay que tener presente que, en la mediación son las propias partes quienes van a aceptar voluntariamente someterse al procedimiento de mediación y alcanzar un acuerdo que ponga fin a la controversia, dejando a salvo la posibilidad de acudir a un proceso judicial para instar la nulidad de aquel acuerdo por las causas que invalidan los contratos (art. 23.4 Ley 5/2012 de mediación asuntos civiles y mercantiles). Por lo tanto, en principio y siempre que se cumplan el resto de los presupuestos señalados, la obligación de acudir a una sesión informativa de mediación como requisito previo a la admisión de la demanda, no vulnera necesariamente el derecho al acceso a la jurisdicción.¹⁵

A continuación, analizaremos los antecedentes legislativos más relevantes, en nuestro ordenamiento jurídico, del impulso a la mediación en el proceso civil a través de la vía de la voluntariedad mitigada, que preceden al antecedente que es el actual ALEP.

¹⁴ STJUE de 14 de junio de 2017, asunto C-75/16, considerando 6 (caso Menini y Rampanelli v/s Banco Popolare Società Cooperativa).

¹⁵ En este sentido y entre otros: GINEBRA MOLINS y TARABAL BOSCH; Op. Cit., p. 19 y 20; HERRERA DE LAS HERAS, Op. Cit., p. 21; PÉREZ DAUDÍ, Vicente, «La imposición de los ADR ope legis y el derecho a la tutela judicial efectiva», *Revista para el análisis del derecho (Indret)* N° 2, 2019, pp. 36 ss.; BARONA VILAR, Silvia, «Psicoanálisis de los ADR: retos en la sociedad global del siglo XXI», *La Ley. Mediación y arbitraje*, N°1, 2020, p. 8.

3.1. Antecedentes estatales y autonómicos de la «voluntariedad mitigada»

En nuestro país ha habido diversos intentos de instaurar una voluntariedad mitigada de la mediación, estableciendo esta institución como requisito de procedibilidad. Así sucedió en el Anteproyecto de Ley de mediación en asuntos civiles y mercantiles de 19 de febrero de 2010, que disponía la obligatoriedad del intento de mediación para los asuntos que fueran a dar lugar a juicios verbales sobre reclamaciones de cantidad de cuantía inferior a 6.000€, excluyendo el ámbito del consumo y las materias previstas en el art. 250.1 LEC. Esta norma también estaba prevista en el Proyecto de Ley de mediación en asuntos civiles y mercantiles de 8 de abril de 2011. Sin embargo, estos intentos no llegaron a buen puerto, y dicha disposición no se incluyó en el Real Decreto-ley 5/2012 de 5 de marzo ni en el Proyecto de Ley de mediación en asuntos civiles y mercantiles que finalmente dio lugar a la actual Ley 5/2012 de 6 de julio.

El Anteproyecto de Ley de impulso a la mediación de 11 de enero de 2019, preveía la obligatoriedad de intentar la mediación antes de interponer determinadas demandas (asuntos matrimoniales, guarda y custodia de hijos, sucesiones, división judicial de patrimonios, negligencia profesional, conflictos entre socios, responsabilidad civil salvo por asuntos de circulación, alimentos entre parientes, reclamaciones de menos de 2000 euros, defectos de construcción y asuntos de honor, intimidación y propia imagen, así como juicios de arrendamientos que deban tramitarse por juicio ordinario); ciertas demandas ejecutivas, como las ejecuciones hipotecarias sobre un bien inmueble que constituya la vivienda habitual del deudor o de su familia y las ejecuciones en materia de familia; o cuando exista una derivación judicial en el seno del proceso, en este último caso sin limitación de materias.¹⁶ Este intento también fracasó, recibiendo múltiples críticas, principalmente por considerar que vulneraba el carácter voluntario y esencial de la mediación así como el derecho al acceso a los tribunales.¹⁷

De la misma manera ha habido intentos en ámbitos concretos a través de legislaciones autonómicas, algunas han llegado más allá y se han promulgado dando lugar a que los tribunales se pronuncien sobre esta materia.¹⁸ Por ejemplo, resulta muy interesante el intento de promoción de las vías extrajudiciales para solucionar conflictos derivados de créditos hipotecarios en Cataluña, a propósito de la aplicación de la legislación de consumo autonómica. El Código de Consumo de Cataluña en su Exposición de Motivos, señala que la *voluntariedad* es un principio inspirador de la mediación, y la consagra en su art. 132-2. No obstante, la Ley 20/2014, de 29 de diciembre, para la mejora de la protección de las personas consumidoras en materia de créditos y préstamos hipotecarios, vulnerabilidad económica y relaciones de consumo, impone a las administraciones públicas catalanas y a los servicios públicos de consumo, el deber garantizar que, en los casos de ejecución hipotecaria de la vivienda habitual como consecuencia del incumplimiento del deudor, pueda llevarse a cabo un

¹⁶ Para un análisis sobre el Anteproyecto de Ley de impulso a la mediación de 11 de enero de 2019, ver SAAVEDRA GUTIÉRREZ, María, «Comentarios al anteproyecto de ley de impulso a la mediación», *Revista para el análisis del derecho (Indret)* N° 3, 2019.

¹⁷ «No parece que tenga mucho sentido instaurar supuestos de mediación obligatoria cuando el propio legislador presume que se van a convertir en meros trámites previos sin una verdadera efectividad, pues lo único que ello supondrá es la agregación de nuevas cargas llamadas a lastrar el ejercicio del derecho de acceso a la justicia», Consideración 69, Informe sobre el Anteproyecto de Ley de impulso a la mediación, Consejo General del Poder Judicial, 28 de marzo de 2019.

¹⁸ En el ámbito de la familia, varias comunidades autónomas han establecido la mediación obligatoria, como en el País Vasco (Ley 7/2015 art. 6) y Cataluña (Ley 9/2020 art. 3).

procedimiento de mediación destinado a la resolución extrajudicial del conflicto ***previo a cualquier otro procedimiento judicial o a la intervención notarial.***¹⁹

A partir de aquella norma, hubo una importante tendencia jurisprudencial que interpretaba aquella voluntariedad de manera restrictiva en el ámbito del consumo, entendiendo que la mediación era un trámite que debía cumplirse inexcusablemente antes de interponer cualquier reclamación judicial de ejecución hipotecaria de una vivienda habitual. En un primer momento ante la solicitud de suspender cautelarmente el precepto mencionado del Código de Consumo catalán, el Tribunal Constitucional entendió que ni la dilación en el acceso a la jurisdicción, ni el eventual perjuicio económico que aquella demora pudiera causar, frente a la posibilidad de una pronta solución del conflicto por la vía judicial, constituían elementos que justificaran la suspensión cautelar de la vigencia de la ley (ATC de 12 de abril de 2016). Son manifestaciones muy interesantes que revelan ya la erosión que venía sufriendo el principio de voluntariedad tradicional.

Sin embargo, finalmente el intento de modulación quedó en agua de borrajas, pues el Alto Tribunal estableció en la Sentencia 13/2019, de 31 de enero de 2019, que aquel precepto resultaba inconstitucional, pero no por vulneración del acceso a la jurisdicción ni por las eventuales dilaciones que ello supondría para el proceso judicial, sino que por la vulneración de competencias en materias exclusivas del Estado. El legislador catalán carecía de competencia por cuanto convertía a la mediación, siempre voluntaria según el art. 6.1 de la Ley 5/2012, en un presupuesto obligatorio para la interposición de una demanda judicial, lo que entraba en el ámbito de la legislación procesal que el art. 149-1.6 CE atribuye a la competencia exclusiva del Estado. De esta sentencia, se deduce que en principio no habría impedimentos en que dicho presupuesto procesal fuera configurado a través de una norma estatal, aunque el Tribunal Constitucional no quiso ir más allá al no establecer las condiciones que debería cumplir tal norma para su validez constitucional.

3.2. La obligación legal de mediar en el Anteproyecto de Ley de Medidas de Eficiencia Procesal del Servicio Público de Justicia

El reciente Anteproyecto de Ley de Medidas de Eficiencia Procesal del Servicio Público de Justicia (ALEP) trata nuevamente de dar un paso hacia delante, y pretende introducir un cambio muy relevante en este ámbito optando por un sistema de mediación obligatoria al imponer, con carácter general en la jurisdicción civil, acudir previamente a lo que la ley denomina «medios adecuados de solución de controversias» o «MASC» para que la demanda sea admitida a trámite. En otras palabras, el legislador configura el paso previo por las MASC, incluida la mediación, como un requisito de procedibilidad.

El proyecto ha recibido la crítica de parte de la doctrina que considera desacertado acudir a alguno de estos MASC como requisito de procedibilidad, ya que estos sistemas alternativos se basan en la libertad de las partes, por lo que no deberían ser impuestos por la ley.²⁰ Es decir, han

¹⁹ Art. 8 Ley 20/2014 de 29 de diciembre.

²⁰ En este sentido, HINOJOSA SEGOVIA, Rafael, «Los medios adecuados para la solución de controversias en el Anteproyecto de medidas de eficiencia procesal del servicio público de justicia» *Diario La Ley*, 2021. Cfr. SENÉS MOTILLA, Carmen, «La eficacia del compromiso de mediación y del acuerdo de mediación» *Legal Today*, 2012.

defendido el tradicional principio de voluntariedad. No obstante, como ya hemos indicado, el mero hecho de imponer al ciudadano el deber de acudir a la sesión informativa no vulnera necesariamente el principio de la voluntariedad de la mediación. Y creemos que es esto, a lo máximo a que obliga el ALEP, como se deriva de las propuestas de reforma de los arts. 414 LEC (Art. 53 ALEP) y el art. 17.3 de la Ley 5/2012 de mediación (art. 7 ALEP), nos parece lo más respetuoso con el derecho a la tutela judicial efectiva.

Veamos ahora de qué forma se impone la mediación obligatoria previa al proceso en el ALEP.

3.3. Aplicación general en la jurisdicción civil

Una de las vías disponibles para fomentar la mediación es configurar el intento de acudir a la mediación como un paso previo e indispensable para acudir a la jurisdicción civil. Esta vía es la propuesta que introduce el ALEP, según la cual los ciudadanos deberán acudir a un mecanismo alternativo de solución de controversias, como requisito de procedibilidad general para la admisión de demandas en sede civil. Solo quedan excluidas las materias no dispositivas, aquellas de competencia de los juzgados de violencia sobre la mujer según el art. 87 ter LOPJ, las medidas de protección de menores previstas en el art. 158 CC, la autorización de internamiento forzoso por trastorno psíquico, o los procedimientos para la tutela de los derechos fundamentales. También quedan excluidas las materias concursales, laborales y penales. Si una de las partes del conflicto pertenece al sector público, la reclamación tampoco podrá ser objeto de mediación (art. 3.2 ALEP).

En nuestra opinión, configurar el paso previo a mediación para todo tipo de acciones civiles puede resultar excesivo e incluso, en ciertas ocasiones, riesgoso. Se ha de tener en cuenta que, en ciertos tipos de acciones civiles, tener que pasar sí o sí por algún método alternativo de solución de controversias, puede dilatar innecesariamente la respuesta judicial y la solución del conflicto, llegando incluso a convertirse en una traba en el acceso a la jurisdicción que derive en una tutela judicial ineficaz. Por ejemplo, pensemos en el caso de una acción de impugnación de un acuerdo social adoptando en junta de socios de una sociedad mercantil ejercida por un socio minoritario, donde el poder negociador de las partes esté en clara desigualdad. Pensemos también en un interdicto de obra ruinoso, o en general cualquier proceso cuya efectividad dependa de una tutela judicial rápida y eficiente, como es el caso de las tutelas sumarias o las medidas cautelares dónde debemos recordar que, por razones de urgencia y necesidad, incluso se podría pedir su adopción *inaudita parte*. Sería todo un contrasentido, seguramente no querido por el legislador, que en estos supuestos la parte tuviera que pasar previamente por un MASC para que su demanda sea admitida, lo que implicaría una dilación en el tiempo y el riesgo de frustrar la efectividad de la tutela al poner en conocimiento de la contraparte lo que se pretende.

Debemos partir del principio conforme al cual para que un ADR sea obligatorio debe ser compatible con la tutela judicial y permitir el acceso a los tribunales, de forma efectiva y además sin que implique un coste adicional para el justiciable que provoque que los ciudadanos no reclamen debido al coste del proceso. Esto hace muy discutible la obligación del paso previo por las MASC de las reclamaciones de escasa cuantía, donde el coste de este paso previo en

proporción a la cuantía del pleito podría convertirse en un desincentivo para las partes.²¹ No obstante, también es cierto que ello podría solucionarse adoptando sistemas de mediación gratuita en dichos supuestos. Esta vía supone el apoyo de las instituciones públicas, mediante la implantación de servicios públicos y gratuitos de mediación, que podrían ser gestionados por las administraciones de justicia.

3.4. Crítica a la generalidad de la obligación de mediar

Apostar por las salidas extrajudiciales al conflicto fomentando el acceso a vías como la mediación, nos parece no solo adecuado, sino que también necesario. Pero el ALEP quizá debería haber considerado no generalizar la obligación legal de mediar de forma indiscriminada, sino contemplar una obligación de mediar centrada en algunas materias o sectores legales antes de que surja el conflicto.

La doctrina y el derecho comparado vienen demostrando que estos mecanismos pueden ser de una gran eficacia, sobre todo para ciertos tipos de conflicto o para ciertos sectores que comparten características comunes, por ejemplo, en aquellos donde las partes están relacionadas permanentemente más allá del conflicto y tendrán que seguir interactuando incluso una vez que se haya puesto fin al conflicto concreto, como sucede en el ámbito familiar o el laboral. Esta necesaria continuidad en las relaciones entre las partes hace que sea conveniente incentivar a que sean las propias partes las que guiadas por un tercero, alcancen un acuerdo vinculante que ponga fin a su controversia, evitando un proceso judicial contencioso que termine por erosionar y dañar aún más las relaciones entre ellas, además de dilatar el problema en el tiempo, pues con frecuencia harán falta sucesivas instancias con el consiguiente encarecimiento del proceso y una elevada factura emocional y económica.²²

En sectores que muestran características y principios comunes, los ADR en general y la mediación en particular, resultan especialmente pertinentes. Es el caso, por ejemplo, de los consumidores, donde se comparten principios rectores de política económica y social reconocidos por la Constitución (art. 53.2 CE). Además de caracteres comunes, como el hecho de que gran parte de las reclamaciones de consumidores y usuarios son de escasa cuantía; que los sujetos intervinientes son por un lado el consumidor y por otro un empresario, por lo que en este tipo de conflictos existe cierta desigualdad o desequilibrio entre las partes que, de hecho, es reconocida por el legislador.²³ De ello deriva también que en muchas ocasiones este tipo de conflictos provengan de contrataciones en masa, donde el margen de negociación del

²¹ PÉREZ DAUDÍ considera discutible la opción legislativa de imponer con carácter obligatorio el intento de mediación en reclamaciones de cuantías inferiores a 6.000€. En su opinión, dicha imposición no contribuiría al fomento y difusión de la mediación. PÉREZ DAUDÍ, Vicente, «La imposición de los ADR *ope legis* y el derecho a la tutela judicial efectiva», *Indret*, 2-2019, pp. 14-15. En cambio, HERRERA DE LAS HERAS, sostiene lo contrario, considera la mediación obligatoria especialmente oportuna en asuntos de cuantías menores. HERRERA DE LAS HERAS, Op. Cit., p. 21. Ver también, MAGRO SERVET, Vicente, «Análisis sobre medidas necesarias de desarrollo legal y reglamentario de la Ley 5/2012 de mediación civil y mercantil para el éxito del sistema», *Práctica de Tribunales*, Nº 2254- 948X, 12 de marzo de 2013.

²² A una conclusión en este sentido llega el Informe sobre la aplicación de la Directiva sobre la mediación en los Estados miembros, su impacto en la mediación y su aceptación por los Tribunales (2011/2026 (INI)), Comisión de Asuntos Jurídicos, de 15 de julio de 2011 (conclusión nº 14), destacando especialmente el ámbito del derecho de familia cuando hay menores.

²³ Ver un análisis detallado sobre la desigualdad entre consumidor y empresa en BLANCO CARRASCO, Marta, *Mediación y consumidores*, Instituto Nacional del Consumo, Madrid, 2005, pp. 304 ss.

consumidor ha sido escaso o nulo. Por último, incluso podemos sostener que dentro del ámbito del consumo es común que sean más frecuentes las reclamaciones contra empresas de ciertos sub-ámbitos, como son las empresas de telecomunicaciones e internet, las de suministros (agua, luz, gas) y las de transporte.²⁴

La vía de incentivar la mediación por sectores o ámbitos fue la propuesta del Anteproyecto de 2019. En aquella oportunidad, se reconocía a la mediación como esencialmente voluntaria, no obstante, se establecía la obligatoriedad de intentar la mediación, con carácter previo al proceso declarativo, en determinadas material civiles y mercantiles, establecidas expresamente por el legislador.²⁵

Como ya anunciábamos, esta propuesta no llegó a buen puerto y fue criticada por diversos sectores. Las principales críticas fueron que esta propuesta vulneraba el carácter voluntario de la mediación, vulneraba también el acceso a los tribunales y, por último, que el listado era tan amplio que, en realidad, la obligatoriedad de intentar la mediación constituía la regla general en los procesos civiles y mercantiles.²⁶ No obstante, hoy en día podemos sostener que estas críticas estarían bastante superadas. Ya nos hemos referido a la modulación del principio de la voluntariedad en la mediación o también denominada «voluntad mitigada». Del mismo modo, hemos analizado que la exigencia de acudir a la sesión informativa de mediación como requisito de procedibilidad antes de interponer una demanda civil, no necesariamente vulnera la tutela judicial efectiva y el acceso a la jurisdicción. En cuanto a que la lista de asuntos propuestos era tan amplia que en realidad se trataba de la regla general, es lo que seguramente tuvo en cuenta el prelegislador en el ALEP para decantarse por imponer el paso previo por las MASC de forma general en la jurisdicción, y que conlleva una serie de consecuencias analizadas en el apartado 2.2.1.

En nuestra opinión, la fórmula ideal sería adoptar criterios más flexibles, en los que dependiendo no solo de la materia sino también de las circunstancias concretas que rodean a cada litigio, el órgano judicial pudiera determinar si antes de la admisión a trámite debiera intentarse la mediación. Algo así como un sistema de «triaje judicial», como el que se practica en los servicios de salud de los hospitales. No obstante, esto supondría un cambio profundo en

²⁴ Ver RUIZ DE LA FUENTE, Consuelo, «ADR de consumo: estado de la cuestión sobre la mediación», en PÉREZ DAUDÍ, Vicente (Dir.), *¿Cuarentena de la administración de justicia?*, Atelier, Barcelona, 2021, pp. 269 ss.

²⁵ Art. 5: «los interesados estarán obligados a intentar (la mediación) con carácter previo al inicio de un proceso declarativo, cuando se trate de disputas en relación con a) medidas adoptadas con ocasión de la nulidad del matrimonio, separación o divorcio, o las relativas a la guardia y custodia de hijos menores o alimentos reclamados por un progenitor contra el otro en nombre de los hijos menores, así como en relación con las que pretendan la modificación de medidas acordadas con anterioridad, b) responsabilidad por negligencia profesional, c) sucesiones, d) división judicial de patrimonios, e) conflictos entre socios y/o con los órganos de administración de las sociedades mercantiles, f) reclamaciones en materia de responsabilidad extracontractual que no traigan causa de un hecho de la circulación, g) alimentos entre parientes, h) propiedad horizontal y comunidad de bienes, i) derechos reales sobre cosa ajena, j) contratos de suministros y servicios siempre que hayan sido objeto de negociación individual, k) reclamaciones de cantidad inferiores a 2.000 euros, entre personas físicas cuando no traigan causa de un acto de consumo, l) defectos constructivos derivados de un contrato de arrendamiento de obra, m) protección de los derechos al honor, intimidad y la propia imagen, n) procesos arrendaticios que hayan de ventilarse por los cauces del juicio ordinario».

²⁶ Informe sobre el Anteproyecto de Ley de impulso a la mediación, Consejo General del Poder Judicial, 28 de Marzo de 2019; Voto particular del vocal Vicente GUILARTE GUTIÉRREZ del pleno celebrado el 28 de marzo de 2019 (ambos disponibles en www.poderjudicial.es); Observaciones elaboradas por el Consejo General de la Abogacía Española sobre el Anteproyecto de Ley de impulso a la mediación (<https://www.abogacia.es/wp-content/uploads/2019/02/Observaciones-Abogacia-ley-de-mediacion.pdf>).

el sistema judicial que en este trabajo no viene al caso profundizar. Pero, subsidiariamente, y ateniéndonos a las herramientas que tenemos disponibles, consideramos que establecer la obligación de intentar la mediación en ámbitos o sectores muy concretos es lo más acertado. En el resto de los casos, se deja la puerta abierta para que el tribunal, una vez admitida la demanda y teniendo en cuenta las circunstancias particulares del caso concreto, pueda derivar el asunto a una mediación suspendiendo el proceso judicial en el ínterin, es decir, a través de la mediación intraprocesal.

3.5. La problemática de la mediación y la ejecución en el ALEP

Especial atención merece el tratamiento y el carácter de la mediación en el proceso de ejecución. En efecto, en la nueva regulación propuesta por el ALEP, no se indica expresamente si se ha de pasar previamente por las MASC para que sea admitida una demanda en el proceso de ejecución, sin embargo, tampoco lo excluye. Y, a pesar de que no se modifica el art. 550 LEC que enumera los documentos que se han de acompañar a la demanda ejecutiva, con la nueva regulación se podría entender que los documentos que acrediten haber pasado previamente por un MASC se deberán acompañar a la demanda ejecutiva según lo dispuesto en el art. 550.4º LEC que señala que se han de acompañar *«Los demás documentos que la ley exija para el despacho de la ejecución»*.

Curiosamente, lo que sí introduce expresamente el ALEP es la posibilidad de suspender la ejecución para acudir a mediación o a cualquier otro método alternativo de solución de controversias, a pesar de que esta posibilidad se encuentra prevista en la actual regulación del art. 565.1 LEC, que dispone que las partes podrán suspender el proceso de ejecución de común acuerdo, con lo que la puerta para mediar o negociar, siempre ha estado abierta. A pesar de que es cierto que se requiere mutuo acuerdo de las partes para ello.

Por todo lo anterior, entendemos que, según lo dispuesto en el ALEP en su versión actual, es un requisito de procedibilidad para la admisión a trámite de la demanda ejecutiva el acreditar haber pasado previamente por las MASC. Esto se ve reforzado por lo manifestado por el legislador en la propia exposición de motivos del ALEP: se trata de *«(...) evitar que se produzcan múltiples trámites e incentivar el cumplimiento voluntario de lo acordado fruto del acuerdo.»*²⁷

El legislador parece olvidar que la función del proceso de ejecución es distinta a la del proceso declarativo, pues en este último se pretende determinar si existe o no un derecho invocado por las partes, en cambio en el proceso de ejecución se intenta hacer efectiva la realización de un derecho cuya existencia ya ha sido declarado en una resolución judicial o en algún documento extrajudicial que cuente con los requisitos exigidos por la ley para ser títulos ejecutivos.

Por otra parte, se debe tener en cuenta que en el proceso de ejecución se prescinde de la voluntad de las partes,²⁸ quienes ya han tenido varias oportunidades de cumplir con lo ordenado o acordado. Es más, el derecho a obtener la ejecución de las resoluciones judiciales firmes constituye un elemento esencial de la tutela judicial efectiva, y así lo ha reconocido de

²⁷ Exposición de motivos ALEP, apartado V. No está claro de a qué acuerdo se refiere el legislador.

²⁸ En este sentido, CACHÓN CADENAS sostiene que la ejecución procesal tiene un carácter subsidiario o supletorio respecto del cumplimiento voluntario de las obligaciones jurídicas. CACHÓN CADENAS, Manuel, *La ejecución procesal civil*, Atelier, Barcelona, 2ª Ed, 2018, p. 22.

forma reiterada el Tribunal Constitucional.²⁹ Por tanto, parece un absurdo insistir en el cumplimiento voluntario especialmente en el marco del proceso de ejecución de sentencias judiciales firmes.

El proceso de ejecución debe ser un proceso ágil, eficiente y se han de evitar o al menos limitar al máximo las alegaciones y discusiones. Por supuesto que las partes siempre pueden llegar a un acuerdo y suspender el proceso ejecutivo, en lo que constituye una manifestación del principio dispositivo, pero esta posibilidad -aunque remota- ya existe actualmente bajo la LEC vigente, no hace falta una reforma en este sentido, y, en cualquier caso, esta suspensión debe pedirse de común acuerdo entre las partes ejecutante y ejecutada. Se debe evitar la posibilidad de que para paralizar una ejecución baste con comunicar a la otra parte la supuesta intención de llegar a un acuerdo extrajudicial. La suspensión del proceso de ejecución debe ser excepcional y restrictiva.³⁰

Por todo ello, consideramos un despropósito exigir el paso previo por las MASC como un requisito de procedibilidad para que sea admitida a trámite la demanda ejecutiva de títulos judiciales y asimilados, es decir, laudos o resoluciones arbitrales y acuerdos de mediación. En relación con éstos últimos, piénsese en el contrasentido que sería participar en una mediación que finalmente culmine con un acuerdo que ponga fin al conflicto, luego si no hay cumplimiento voluntario del mismo y se ha de instar la ejecución, las partes tendrán que volver a someterse a una nueva mediación para solventar dicho incumplimiento. La frustración puede ser incluso mayor para aquel acreedor ejecutante que luego de pasar meses o incluso años defendiendo sus derechos y batallando en tribunales, en distintas instancias, cuando finalmente obtiene una respuesta judicial definitiva, una sentencia firme, se ve forzado a iniciar una salida extrajudicial para negociar con su deudor una ejecución. Asimismo, será muy difícil que ejecutante y ejecutado lleguen a un acuerdo para una ejecución provisional, ¿qué deudor que ha impugnado una resolución judicial por no estar de acuerdo con ella va a estar dispuesto a que le ejecuten provisionalmente?

En cuanto a la ejecución de títulos extrajudiciales, como las escrituras públicas o las pólizas, puede ser más discutible. Puede que en este tipo de ejecuciones tenga más sentido abocar a las partes a un intento de acuerdo, pero aun así es una apuesta arriesgada, pues significa moderar la fuerza ejecutiva de los títulos a los que la ley les reconoce dicho efecto. Puede estar justificada en los casos en que las escrituras públicas recojan contratos de tracto sucesivo o cuya duración se demora en el tiempo ya que aquí puede ser importante que las partes mantengan el equilibrio de la relación a largo plazo adaptándola a nuevas realidades o hechos que se puedan producir. O sencillamente porque hay que tratar de evitar situaciones de desamparo.

Por ejemplo, y sin perjuicio de estas consideraciones generales, hay que reconocer la gran utilidad que puede tener la mediación para ciertos tipos de ejecuciones muy concretas, como es el caso de las ejecuciones hipotecarias que recaigan sobre la vivienda habitual del deudor. Así lo

²⁹ Ver por todas: STC 155/1985; STC 314/1994; STC 20/2010. Sobre el derecho constitucional a la ejecución de sentencias firmes ver RUIZ DE LA FUENTE, Consuelo, «El derecho constitucional a la ejecución de sentencias firmes», en CACHÓN CADENAS, Manuel Jesús/PICÓ I JUNOY, Joan (Coords.), *La ejecución civil: problemas actuales*, Atelier, 2008.

³⁰ Sobre el carácter restrictivo de la suspensión en la ejecución y sus excepciones, ver CACHÓN CADENAS, Op. Cit., pp. 43 ss.

han demostrado experiencias como la de Ofideute en Cataluña³¹, pero su éxito depende también de ciertas características particulares y distintivas de estas mediaciones, como ser un servicio gratuito para las partes gestionado por la administración pública. En efecto, este tipo de mediaciones hipotecarias son un servicio que presta la Generalitat de Catalunya a través de la Agència de l'Habitatge, lo que constituye una garantía de neutralidad que genera confianza a los usuarios y propicia la negociación. Además, tiene la ventaja implícita de equilibrar las posiciones de las partes, ya que, en estos supuestos se suele encontrar de un lado una entidad financiera, y de otro, un deudor hipotecario que se encuentra en situación de perder su vivienda habitual y familiar. Por lo cual, el mediador adopta una neutralidad activa que equilibra las posiciones de las partes y facilita que se pueda alcanzar un acuerdo viable.

4. La modulación del principio de voluntariedad: la derivación judicial

Otra vía para promover la utilización de la mediación es la derivación judicial, también conocida como mediación intrajudicial. Por mediación intrajudicial entendemos el conjunto de actuaciones que se realizan desde los tribunales de justicia, para que las partes que han iniciado un proceso contencioso acuerden suspender el desarrollo de este, con el objeto de intentar llegar a una solución a su conflicto a través de un procedimiento de mediación. Conviene aclarar que el tribunal se limita a derivar a las partes a mediación, pero no interviene como mediador. Aun en el caso de que existan servicios de mediación en los juzgados, éstos serán independientes del tribunal que conoce del proceso judicial.

En otras palabras, estaremos ante una mediación intrajudicial cuando, una vez abierto el proceso judicial, surge la derivación a la mediación, generalmente a propuesta del propio órgano jurisdiccional. En el ámbito europeo, países como Alemania y Holanda, han optado por derivaciones a la mediación por parte de los propios tribunales. La derivación judicial también podríamos considerarla un sistema de voluntad mitigada, en que será el tribunal quién inste a las partes a intentar un acuerdo extrajudicial a través de la mediación.

La derivación judicial a mediación ya se encontraba prevista en el art. 5 de la Directiva 52/2008.³² De la misma manera se contemplaba esta posibilidad como una de las finalidades de la audiencia previa en el proceso civil (art. 414 LEC). Ahora, el ALEP quiere reforzar aún más esta posibilidad pues, como veremos, a pesar de estar contemplada hace años, sigue teniendo escaso impacto en la práctica. Introduce la posibilidad de «instar» a las partes a acudir a una sesión informativa sobre mediación que luego puede tener consecuencias procesales.

4.1. Análisis empírico de la derivación judicial pre-ALEP

Para determinar cuan exitosa es la mediación intrajudicial en nuestro ordenamiento, es preciso acudir a las estadísticas judiciales oficiales del Consejo General del Poder Judicial. A continuación, presentamos dos tablas de datos, la primera muestra las derivaciones de

³¹ Ver RUIZ DE LA FUENTE, Consuelo, «La mediación en la ejecución hipotecaria», en RAMOS MÉNDEZ, Francisco (Dir.), *Hacia una gestión moderna y eficaz de la ejecución procesal*, Atelier, 2014, pp. 357-365.

³² El Art. 5.1 Directiva 52/2008 dice: «El órgano jurisdiccional que conozca de un asunto, cuando proceda y teniendo en cuenta todas las circunstancias del caso, podrá proponer a las partes que recurran a la mediación para solucionar el litigio. Asimismo, el órgano jurisdiccional podrá pedir a las partes que asistan a una sesión informativa sobre el uso de la mediación, si se celebran tales sesiones y si son fácilmente accesibles.»

mediación intrajudiciales en la jurisdicción civil en los últimos 5 años donde hay datos oficiales disponibles, esto es, desde 2016 a 2020. En la segunda, se muestra específicamente las mediaciones intrajudiciales en el ámbito familiar. Por lo tanto, debe tenerse en consideración que la estadística oficial distingue y contabiliza por separado las mediaciones intrajudiciales civiles de las familiares.

Tabla nº 1 Mediaciones civiles

	2020			2019			2018			2017			2016		
	Derivados	Finalizados, Con Avenencia	Finalizados, Sin Avenencia	Derivados	Finalizados, Con Avenencia	Finalizados, Sin Avenencia	Derivados	Finalizados, Con Avenencia	Finalizados, Sin Avenencia	Derivados	Finalizados, Con Avenencia	Finalizados, Sin Avenencia	Derivados	Finalizados, Con Avenencia	Finalizados, Sin Avenencia
Andalucía	36	3	16	149	11	111	201	28	160	276	27	155	100	25	55
Aragón	2	0	1	7	0	2	18	3	6	0	0	0	1	0	1
Asturias	0	0	0	0	0	0	2	0	2	0	0	0	1	0	2
Illes Balears	14	4	4	3	0	1	5	0	1	4	0	6	14	0	8
Canarias	11	2	10	14	3	8	7	0	4	18	1	14	9	2	7
Cantabria	34	3	17	59	0	43	57	4	34	0	0	0	0	0	0
Castilla y León	61	5	53	77	11	37	40	3	41	35	4	26	23	7	17
Castilla-La Mancha	24	8	12	25	2	7	106	3	25	110	12	59	62	5	24
Cataluña	199	7	40	120	18	52	162	7	113	188	32	103	201	12	146
Comunitat Valenciana	160	4	103	235	18	107	177	20	94	217	22	126	210	19	102
Extremadura	0	0	0	0	0	0	3	0	0	0	0	0	0	0	0
Galicia	16	4	8	26	1	18	21	1	8	53	9	14	35	2	3
Madrid	52	7	13	125	14	39	181	17	125	229	26	110	169	32	108
Murcia	95	8	49	94	32	42	105	25	51	62	14	28	45	3	10
Navarra	19	3	3	54	7	27	32	5	16	79	8	35	12	0	3
País Vasco	37	6	23	77	26	48	134	29	44	160	19	89	70	20	24
La Rioja	4	0	4	8	0	3	38	3	7	18	2	1	2	1	1
Total	764	64	356	1.073	143	545	1.289	148	731	1.449	176	766	954	128	511

De la estadística representada en la primera tabla, podemos deducir en primer lugar que el número de derivaciones judiciales a mediación en el ámbito civil, son más o menos estables en el tiempo, moviéndose en la horquilla de los 700 a 1400 casos anuales. No obstante, podemos señalar que, en los tres últimos años, 2018, 2019 y 2020, hay cierta tendencia a la baja en las derivaciones en términos totales. La baja más destacable es en el 2020, pero hay que tener en cuenta que el estado de alarma decretado el 14 de marzo de 2020 por el Covid sin duda impactó en las derivaciones judiciales a mediación.

En segundo lugar, y seguramente lo más destacable, son los escasos casos en que las derivaciones finalizan con un acuerdo de mediación (en la tabla representados en la columna titulada *finalizada con avenencia*). En el año 2020, el porcentaje de derivaciones a mediación que terminaron con acuerdo solo alcanzaron el 8,4%. En el año 2019, tampoco fue alto, pues solo alcanzó el 13,3%. En 2018, el 11,5%; el 2017 el 12% y el 2016 el 13,5%. Por lo tanto, si las derivaciones judiciales a mediación en la jurisdicción ya son muy pocas, los casos en que éstas finalizan con acuerdo todavía son demasiado bajas. Si lo comparamos con los números totales de asuntos civiles en nuestros tribunales de justicia, podemos sostener que la eficacia de la mediación intrajudicial es ínfima y dista mucho de ser una alternativa eficiente al proceso judicial.

Sería interesante determinar en qué radica esta ineficiencia, razones puede haber muchas: escasa derivación judicial de asuntos a mediación, derivaciones inadecuadas, falta de confianza y cultura de mediar, abogados que aconsejan a sus clientes seguir litigando, falta de mediadores hábiles y expertos en la resolución de conflictos del sector en que éste se desenvuelva, etc. Posiblemente sea una conjunción de todas ellas.

En tercer lugar, también podemos ver números bastante dispares de derivaciones entre comunidades autónomas. Así, la Comunidad Valenciana es la más proclive a las derivaciones, seguidos de Cataluña, Andalucía y Madrid. Mientras que en Asturias las derivaciones en el ámbito civil son casi nulas, lo mismo que Extremadura, La Rioja e Islas Baleares. También es destacable el salto exponencial que dio Cataluña en 2020, incrementando sus derivaciones judiciales a mediación en un 167%, a pesar del estado de alarma.

Tabla nº 2 Mediaciones familiares

	2020			2019			2018			2017			2016		
	Derivados	Finalizados, Con Avenencia	Finalizados, Sin Avenencia	Derivados	Finalizados, Con Avenencia	Finalizados, Sin Avenencia	Derivados	Finalizados, Con Avenencia	Finalizados, Sin Avenencia	Derivados	Finalizados, Con Avenencia	Finalizados, Sin Avenencia	Derivados	Finalizados, Con Avenencia	Finalizados, Sin Avenencia
Andalucía	255	4	55	596	6	100	540	7	173	338	23	170	650	86	527
Aragón	26	0	13	35	3	14	55	10	29	79	15	31	143	12	72
Asturias	22	2	18	113	18	67	53	9	25	127	15	63	133	17	69
Illes Balears	16	3	4	62	3	18	51	10	15	17	4	5	7	6	10
Canarias	258	44	97	268	25	126	196	34	102	154	19	63	208	33	89
Cantabria	164	16	121	250	24	225	170	17	109	57	3	34	0	0	0
Castilla y León	130	4	95	169	37	106	156	4	95	180	4	120	151	1	98
Castilla-La Mancha	25	17	6	37	34	19	88	9	36	143	48	80	148	41	89
Cataluña	521	13	85	781	35	250	805	44	257	946	95	323	1.210	79	376
Comunitat Valenciana	305	14	183	699	128	450	1.218	241	766	1.271	36	979	1.523	292	854
Extremadura	11	0	11	62	1	59	50	1	49	57	0	47	48	0	49
Galicia	363	29	220	574	64	434	617	55	388	766	97	431	571	65	201
Madrid	212	88	100	320	90	200	373	35	283	561	112	352	657	74	320
Murcia	250	12	240	354	19	325	298	21	274	294	23	261	378	28	345
Navarra	24	11	2	41	12	13	17	3	7	20	3	6	6	0	2
País Vasco	155	35	75	407	54	281	250	37	135	553	118	251	497	104	229
La Rioja	0	0	0	1	0	1	0	0	0	0	0	0	1	1	0
Total	2.737	292	1.325	4.769	553	2.688	4.937	537	2.743	5.563	615	3.216	6.331	839	3.330

Al analizar la segunda tabla, vemos diferencias importantes con la primera, y es que, en el ámbito concreto de la familia, las derivaciones judiciales son muchísimo más frecuentes que las de la jurisdicción civil (considerada excluyendo familia). No obstante, resulta llamativo que exista una tendencia a la baja en las derivaciones, en 2016 se superaron los 6.300 casos, mientras que en 2020 quedaron por debajo de los 3.000 y en los años 2019 y 2018 tampoco se superó la barrera de las 5.000 derivaciones judiciales.

Ahora bien, si tomamos en cuenta las derivaciones a mediación familiar que efectivamente finalizaron con acuerdo, los números caen en picado, situándose en un 10,7 en 2020; 12% en 2019; 11% en 2018; 11% en 2017; 13% y en 2016. Por lo tanto, la eficacia de la mediación familiar es bastante similar a la de la mediación en ámbito civil, ronda el 10%, lo que resulta muy insuficiente.

En cuanto a las diferencias entre comunidades autónomas, podemos destacar que en las mediaciones familiares Cataluña es la comunidad que más apuesta por esta vía, seguida de la Comunidad Valenciana, Galicia y Andalucía. Mientras que en otras comunidades las derivaciones a mediación familiar son mínimas, como es el caso de La Rioja, Aragón o Navarra. Hay que destacar que hoy, la mayoría de las comunidades autónomas tienen leyes de mediación familiar, a excepción de La Rioja, Navarra, Ceuta y Melilla, Murcia y Extremadura.

4.2. Otras iniciativas destacables pre-ALEP

En el ámbito de las mediaciones intrajudiciales es preciso destacar algunas iniciativas que, aunque acotadas a ciertos ámbitos y territorios y aún en fase de prueba, presagian un cambio en

el paradigma de la resolución de conflictos, abocando a las partes a llegar a acuerdos autocompositivos.

Así, queremos destacar una prueba piloto pionera desarrollada en la comarca catalana de la Anoia, desarrollada como fruto de una colaboración entre los juzgados de Igualada, el Servicio de Mediación del Consejo comarcal de la Anoia y del Servicio de Mediación del Ayuntamiento de Igualada. La iniciativa se ha puesto en marcha en marzo de 2021 y se denomina «La mediación en medidas provisionales de familia». Consiste en integrar la mediación dentro de los procedimientos de divorcio cuando hay hijos menores y custodia de hijos. Se trata de que en estos casos los progenitores se sometan a una mediación para acordar las medidas provisionales necesarias, mientras se espera una respuesta judicial definitiva que, en la mayoría de los casos, no llega hasta alrededor de un año. El objetivo es fijar medidas para dar estabilidad a la situación de la infancia y adolescencia durante los trámites de separación o divorcio.³³

Con la modificación el pasado mes de marzo de 2020 del libro segundo del Código civil de Catalunya, para fomentar la mediación en los conflictos familiares como los divorcios, la patria potestad, la custodia y tutela de los hijos, los tribunales ya pueden obligar a los progenitores a acudir a una sesión obligatoria de mediación. No obstante, el plan piloto de la Anoia va más allá, y emplaza a las partes a que acudan a la sesión informativa de mediación con sus abogados, ya que la idea es que de esa sesión salgan las medidas provisionales más importantes para la estabilidad y el bienestar de los menores, como es el régimen de guarda y custodia de los menores.

Otro aspecto para destacar en esta apuesta de la Anoia es que las mediaciones se llevarán a cabo en el mismo edificio de la sede judicial, lo que, según sus promotores, impactará positivamente en que la convocatoria sea exitosa. En efecto, se establecerá una agenda electrónica compartida para que el órgano judicial pueda convocar directamente a las partes mediante auto en un día y hora para que se celebre la sesión informativa. Obviamente el tribunal no impondrá a las partes el paso por mediación si existen indicios o antecedentes de violencia intrafamiliar o machista.

El propio tribunal remitirá a los servicios de mediación, con carácter previo a la sesión informativa, los escritos de demanda y de contestación, así como la información patrimonial de los litigantes que conste en el Punto Neutro Judicial. Esta documentación será fundamental para objetivar el conflicto y para que el mediador cuente con los antecedentes mínimos necesarios para guiar a las partes a alcanzar un acuerdo.

El hecho de potenciar la mediación intrajudicial con el establecimiento de servicios de mediación como parte integrante de la administración de justicia, parece *a priori* una decisión acertada. No obstante, se debe tener presente que esta vía igualmente supone la puesta en marcha de la maquinaria de la administración de justicia, por lo tanto, no es la panacea para solventar los problemas de colapso judicial y congestión. Desde este punto de vista la mediación extrajudicial resulta mucho más eficiente.³⁴

³³ Ver Protocolo de mediación en medidas provisionales de familia del Consejo Comarcal de la Anoia, Ayuntamiento de Igualada, Partido Judicial de Igualada.

³⁴ En este sentido, TORRE SUSTAETA, M^a Victoria, «La mediación obligatoria: redefiniendo los métodos alternativos de resolución de conflictos», *Diario La Ley*, p. 16.

4.3. Quién podrá derivar a las partes a mediación

La normativa actual no especifica quién puede derivar a las partes a mediación. El art. 414 LEC prevé que el LAJ, al convocar a las partes a la audiencia previa, informe sobre la posibilidad de solucionar el conflicto a través de una mediación. Luego se añade, después de detallar los fines de la audiencia preliminar, y en atención al objeto del proceso, el «tribunal» podrá instar a las partes a que asistan a una sesión informativa de mediación. Esta segunda referencia, parece referirse exclusivamente al Juzgador, por su ubicación en el artículo y el momento en que se producirá.

La ley no atribuye las mismas prerrogativas a LAJ y Juez. Mientras que el LAJ puede «informar» y por tanto «recomendar», el Juez puede «instar la asistencia a una sesión informativa». Dadas las importantes consecuencias que se derivarán para las partes de su asistencia o no a la sesión informativa, consideramos que sólo el Juez tiene la facultad de derivar obligatoriamente a las partes a mediación. El LAJ deberá limitarse a informar y recomendar a las partes acudir a una mediación. El actual Protocolo de derivación a mediación asume que tanto LAJ como Juez pueden tratar de derivar a las partes a mediación, y sugiere que las funciones del LAJ son meramente informativas.

Desde el punto de vista de promoción del uso de la mediación, no parece desacertado que tanto LAJ como Juez puedan plantear la derivación a mediación del caso. Asumir que ambos pueden hacerlo, sin embargo, puede resultar en situación paradójicas en que uno de ellos entienda que el asunto debe derivarse a mediación y el otro no. Como las funciones del LAJ son meramente informativas, en última instancia la decisión estará en manos del juez.

En todo caso, tras esta derivación, si finalmente el asunto es o no mediable recae en el mediador, que puede poner fin a la mediación si considera de manera justificada que las posiciones de las partes son irreconciliables o concurra otra causa que determine la conclusión de la mediación (art. 22.1 Ley de Mediación).

4.4. Momento procesal en que puede producirse la derivación

La derivación judicial a mediación está prevista en nuestro ordenamiento, y podrá llevarse a cabo en distintos momentos procesales dependiendo, también, del tipo de proceso judicial de que se trate. Así en los procesos declarativos con contestación escrita la derivación se podrá realizar en la propia resolución que convoque a las partes a la audiencia previa o a la vista. También podrá realizarse en la propia audiencia previa. En efecto, el art. 414. 1 LEC prevé que, *según la naturaleza del conflicto*, los jueces *puedan* instar a las partes a acudir a un procedimiento de mediación, acudiendo a una sesión informativa.

En el propio acto de la Audiencia previa, una vez admitidas las pruebas pertinentes y útiles, el tribunal podrá plantear a las partes derivar el litigio a mediación, cuando a su juicio el acuerdo sea viable y así lo fundamente, salvo que ya se hubiere intentado la mediación u otro MASC sin éxito. El ALEP dispone que, de todas formas, en estos casos, el tribunal señalará fecha para juicio. La mediación deberá llevarse a cabo en el tiempo que media entre la audiencia previa y la fecha señalada para el juicio, pero las partes de común acuerdo podrán prorrogar ese plazo por una sola vez. En esta oportunidad las partes deberán estar de acuerdo con la derivación y en su

caso será acordada por providencia dictada en forma oral en la audiencia previa (Propuesta de modificación del art. 429.2 LEC introducida por el ALEP).

Es criticable que el ALEP solo señale que habrá derivación judicial en este momento procesal cuando lo vea posible y cuando el letrado de la administración no hubiere intentado la conciliación previa. Entendemos que se debe modificar o hacer extensiva la regla por analogía para entender que tampoco cabe derivación si las partes ya hubieran intentado mediar o llegar a un acuerdo en el mismo conflicto, aunque hubiera sido extrajudicial. Pues de lo contrario, se estaría dilatando innecesariamente el proceso y la respuesta judicial, salvo que a tenor de las circunstancias del caso concreto el tribunal y las partes lo consideraran procedente.

En el caso de los juicios verbales, la derivación se podrá efectuar en la vista. El art. 443.3 párrafo segundo LEC, dispone que, según el objeto del proceso, el tribunal podrá invitar a las partes a intentar un acuerdo que ponga fin al proceso a través de la mediación, *instándolas a que asistan a una sesión informativa*. El ALEP modifica este artículo, indicando que, durante la vista, pero antes de la práctica de la prueba, el tribunal podrá plantear a las partes la posibilidad de acudir a mediación, si a juicio de éste, el acuerdo entre las partes fuera viable. Si las partes estuvieran de acuerdo en intentar llegar a un acuerdo, se acordará la suspensión del proceso civil. Además, el anteproyecto dispone que el tribunal fije un plazo máximo en que deba desarrollarse dicha actividad negocial al margen del proceso, para lo cual tendrá en cuenta la complejidad del asunto³⁵ y las demás circunstancias concurrentes. Pero este plazo es prorrogable, a solicitud de ambas partes y por una sola vez.

Por último, la derivación se podrá efectuar mediante una resolución judicial definitiva, ya sean autos o sentencias, cuando a la vista de las circunstancias el tribunal considere que podrían resolverse mediante mediación discrepancias que aún subsistan entre las partes o que puedan surgir en el proceso de ejecución de los resuelto.

En los procesos de ejecución se podrá efectuar la derivación a mediación después de haber dado traslado del despacho de ejecución, y se intentará especialmente en todas las ejecuciones de hacer, cuando hubiere discrepancias entre las partes en relación con el cumplimiento exacto de lo dispuesto en la sentencia. En este caso, será el letrado de la administración de justicia quien se encargue de la derivación.

En cuanto a la segunda instancia también se podrá derivar el asunto a mediación en distintos momentos procesales. En primer lugar, podrá efectuarse en la diligencia de ordenación por la que se forma el rollo de apelación. En este momento inicial será el LAJ quién incorporará un párrafo en la diligencia, informando a las partes de la posibilidad de acudir a mediación y suspender el proceso. En esta ocasión, entendemos que es más bien una recomendación para las partes.

Posteriormente, al momento de resolver sobre la prueba propuesta en segunda instancia, el magistrado ponente derivará los casos susceptibles de mediación a acudir a la sesión informativa. En este caso, se realizará en el propio auto de admisión/inadmisión de pruebas.

³⁵ El ALEP se refiere literalmente a la «complejidad del procedimiento», pero entendemos que se refiere a la complejidad del asunto.

Entendemos que aquí ya no es una simple recomendación sino una orden judicial. Incluso, podrá efectuarse dicha derivación en el propio acto de la vista de apelación.

Si atendemos al Protocolo judicial, las partes debería recibir reiteradas recomendaciones u obligaciones de asistir a mediación. Prácticamente cada resolución o acto procesal sería una oportunidad para ello. Evidentemente, no deberían alargarse las resoluciones judiciales con recomendaciones u obligaciones, que a la postre son inútiles. No son efectivos y pueden incluso ser contraproducentes. Una valoración personalizada para el caso concreto tendrá mayor impacto que textos de formulario desconectados de la realidad particular del asunto o de su contexto.

Igualmente, la derivación a mediación no debería reiterarse innecesariamente. Así, consideramos que en segunda instancia solo tendrá sentido efectuar la derivación a mediación si no se hubiera intentado antes, ni en primera instancia ni extrajudicialmente. Salvo, que hubieran surgido hechos o pruebas nuevas, que juntamente con las circunstancias del caso concreto, hicieran aconsejable una nueva derivación a mediación. Se deben evitar derivaciones automáticas que no impliquen más que dilaciones en la tramitación de la segunda instancia y con pocos visos de éxito. No obstante, las recomendaciones de tipo informativa que puede realizar el LAJ sobre la posibilidad de acudir a mediación y suspender el proceso de apelación, donde pondrá en conocimiento de las partes los centros de mediación a los que pueden dirigirse, así como la comparativa entre el procedimiento de mediación y el proceso judicial, pueden ser siempre útiles y en ningún caso implican una dilación en el curso de la segunda instancia.

4.5. Criterios para derivar a mediación

Es importante detenernos en qué ha de tener en cuenta el tribunal a la hora de valorar la conveniencia de derivar un asunto concreto a mediación. El ALEP otorga una gran discrecionalidad al tribunal y ni siquiera le guía a la hora de tomar la decisión de derivar un asunto a mediación. Únicamente les dice que tengan en cuenta la «naturaleza del conflicto», lo que es un concepto muy vago e indeterminado.

El Consejo General de Poder Judicial viene elaborando y actualizando protocolos de actuación que sirven como guía a los juzgados y tribunales para valorar los asuntos que son susceptibles de derivar a mediación. No obstante, no se establecen unos criterios concretos de forma sistemática, por lo que a continuación, intentaremos establecer los criterios básicos que consideramos que el tribunal ha de sopesar.

El primer criterio será la materia. Obviamente se ha de tratar de materias disponibles y quedarán fuera las materias expresamente excluidas por la ley.

En segundo criterio, será la conservación del vínculo *inter-partes*. La mediación será especialmente oportuna cuando el vínculo entre las partes haya de subsistir en el futuro tras el conflicto que se plantea, ya sea por lazos familiares, como por vinculación laborales, societarias, etc. En definitiva, cuando sea importante conservar y facilitar la relación *inter-partes*.

El tercer criterio es la amplitud del conflicto. Cuando el conflicto vaya más allá de lo estrictamente jurídico sometido a decisión judicial. Es decir, cuando abarque otros conflictos de índole personal, emocional, social, etc.; la mediación será conveniente.

El cuarto criterio dice relación con el eventual cumplimiento o ejecución de la eventual sentencia judicial. Sabemos que los acuerdos alcanzados por las partes en sede de mediación tienen altas probabilidades de cumplimiento voluntario. En cambio, en el proceso judicial, esas probabilidades son más bajas pues es un tercero (el tribunal) quien impone su decisión a las partes. De ahí que, en conflictos jurídicos que suponen ejecuciones complejas, por ejemplo, por tratarse de obligaciones de hacer o no hacer, o ejecuciones compuestas por prestaciones de diversa naturaleza o con aspectos abiertos a determinar, la mediación puede ser recomendable.

El quinto criterio son los antecedentes del conflicto en relación con la conducta de las partes. Será relevante tener en cuenta si anteriormente las partes se han sometido a mediación u otro MASC y el resultado que éstos han tenido. Por ejemplo, si hay antecedentes positivos, donde las partes ya han llegado a soluciones autocompositivas para resolver conflictos anteriores, es conveniente la derivación para intentar la mediación en este nuevo litigio. Por el contrario, si hay antecedentes negativos, en los que las partes o una de ellas se ha negado pactar o una vez que han negociado y llegado a un acuerdo han existido problemas en el cumplimiento de este o han existido incumplimientos reiterados, posiblemente no sería aconsejable imponer una derivación judicial a mediación.

No obstante, estos son criterios orientativos, que deberían tener en cuenta los tribunales al efectuar una primera valoración a la luz de los escritos de alegaciones de las partes y los antecedentes y circunstancias concurrentes del caso concreto. Es deseable que existan estos criterios, pues facilitarían la tarea del tribunal y evitarían arbitrariedades o desigualdades en el tratamiento de las partes. Pero entendemos que en cualquier caso no es una obligación para el tribunal, sino que será una decisión discrecional para éste, que deberá aplicar los criterios orientativos al caso concreto y si considera que debe instar la derivación, lo hará mediante resolución motivada.

4.6. Forma(lización) de la derivación intrajudicial

La derivación judicial será formalizada en una resolución judicial motivada, mediante la cual el tribunal que esté conociendo del conflicto impone a las partes acudir a una sesión informativa de mediación. Ahora bien, de acuerdo con el Protocolo judicial de derivación a mediación, dependiendo del momento en que ésta se realice podrá efectuarla el LAJ o el juez o magistrado. Por lo tanto, dependiendo de cada caso podrá revestir la forma de decreto, diligencia de ordenación, providencia o auto.

En ciertos momentos procesales, como sabemos se efectúa una recomendación, mediante la que se informa a las partes sobre la posibilidad de acudir a mediación. Será el caso, por ejemplo, del decreto de admisión a trámite de la demanda, donde el LAJ incorporará un párrafo con este fin. En otros momentos, será una derivación propiamente tal, aquí sí que deberá ser una resolución motivada del Juez, y dependiendo de la forma que adopte podrá ser recurrida por las partes.

En todo caso, deberán seguirse los criterios antes mencionados. De ser así, en nuestra opinión resulta un poco excesivo que el tribunal tenga que dar razones para derivar un litigio a mediación. Aunque intentar convencer a las partes de los beneficios de acudir a mediación tampoco está de más.

Normalmente la propia resolución indicará dónde y cuándo deben asistir las partes para este cometido, podrán derivarlos al mediador que acuerden las partes o a una institución de mediación con el que exista convenio de colaboración o acuerdo gubernativo comunicado al CGPJ. Asimismo, en la propia resolución el tribunal explicará de forma sucinta en qué consiste la mediación, recordando a las partes que la información de qué parte asiste no es confidencial (art. 17 Ley 5/2012), por lo que, en el momento de la valoración, el órgano judicial podrá tener en cuenta esa circunstancia junto con el resto del material probatorio. Si la derivación se efectúa en la audiencia previa o en la vista, la resolución judicial de derivación se efectuará de forma oral. En los otros casos, será por escrito y deberá ser notificada a las partes personadas a través de su procurador o bien personalmente, en caso contrario.

El Juzgado remitirá al servicio de mediación, o al mediador en su caso, una ficha de derivación para que cuente con unos datos mínimos. EL CGPJ aconseja que sean éstos quienes se pongan en contacto con las partes para confirmar la cita y aclararles cualquier duda de carácter general que puedan tener en relación con la sesión informativa.

5. Las medidas cautelares y la mediación

Las medidas cautelares constituyen una herramienta legal que en ocasiones resulta imprescindible para asegurar la efectividad de la tutela judicial pero que han de adoptarse en un momento del *processus iudicii* donde aún hay incertidumbre jurídica sobre quién tiene razón. Esto lo convierte en un ámbito especialmente delicado, donde la adopción de una medida errónea o la no adopción de una medida idónea conduciría a la ineficacia del proceso con la consiguiente frustración en las expectativas y los derechos de las partes. Entonces, surge la duda de cómo deben configurarse las medidas cautelares en el ámbito de la mediación.

El ALEP se ocupa de este tema y prevé que se puedan solicitar medidas cautelares cuando se hubiera iniciado un intento de mediación extrajudicial. La parte interesada deberá acreditar de forma fehaciente que se ha iniciado dicho procedimiento.

El tribunal competente para conocer de estas medidas cautelares será aquel tribunal que tendría competencia según el lugar en que el eventual acuerdo de mediación tendría que ser ejecutado, o en su defecto, el del lugar donde las medidas cautelares deban producir eficacia (Modificación de los art. 722 y 724 propuestos por el ALEP).

Si hubiera razones de urgencia o necesidad, se podría pedir la adopción de medidas cautelares en forma previa a la demanda. Se debe hacer hincapié en el hecho de que debe tratarse de un peligro actual y diferenciado del *periculum in mora* y de tal gravedad que haga que la adopción de medidas cautelares no pueda esperar a la interposición de la demanda.³⁶

³⁶ MALLANDRICH MIRET analiza este extremo a propósito de la adopción de medidas cautelares previas en el arbitraje. MALLANDRICH MIRET, Núria, *Medidas cautelares y arbitraje*, Atelier, Barcelona, 2010, p. 190.

El anteproyecto dispone que en estos casos las medidas que se hubieran acordado quedarán sin efecto si la demanda no se presenta ante el mismo tribunal que conoció de la solicitud en un plazo de 20 días siguientes a su adopción. Además, en este supuesto el solicitante de las medidas será condenado en costas y será responsable de los daños y perjuicios que se hayan producido al sujeto que ha tenido que soportar las medidas.

Ahora bien, si tomamos en consideración que el paso por algún método de resolución de conflictos puede ser un requisito de procedibilidad para la admisión de la demanda, ese plazo de 20 días puede ser insuficiente para llevar a cabo una mediación, o incluso puede que el intento de mediación se transforme en un mero trámite burocrático por el temor de que no se pueda presentar la demanda a tiempo, acarreando las importantes consecuencias jurídicas que hemos señalado. Un plazo de 20 días para preparar debidamente una demanda y, además, en forma paralela, participar en un procedimiento de mediación con una verdadera intención de alcanzar un acuerdo, no parece plausible. Si verdaderamente se quiere dar la oportunidad para que las partes intenten llegar a un acuerdo, habría que hacer una interpretación flexible en estos casos, y entender que, en casos de urgencia y necesidad, las medidas cautelares previas a la demanda pueden mantenerse si las partes acreditan de forma fehaciente que se está intentando llegar a un acuerdo a través de un procedimiento de mediación abierto. La parte que debe soportar las medidas podría, en su caso, pedir el alzamiento de las medidas si prueba que ese extremo no es cierto. A una interpretación similar llega la doctrina en el caso de que soliciten medidas cautelares previas a un arbitraje. Se entiende que el plazo de 20 días en el que debe interponerse la demanda tras la adopción de medidas cautelares no opera en los casos en que se realicen actos necesarios para poner en marcha el arbitraje.³⁷

Por su parte, el tribunal también puede establecer plazos para que se acredite el estado en que se encuentra la mediación. Si estima que ésta se encuentra paralizada o no se ha acreditado suficientemente su estado o la participación de las partes, deberá alzar las medidas cautelares adoptadas.

Cuando se hubieran acordado medidas cautelares estando en trámite un procedimiento de mediación, si se llega a un acuerdo, éste se ha de poner de manifiesto al tribunal para que alce las medidas cautelares. Si el acuerdo alcanzado es parcial, la parte interesada podrá solicitar el mantenimiento de la medida o su sustitución por otra medida más adecuada. En este último caso, será el tribunal el que decida lo que proceda, una vez oída la parte contraria.

6. La sesión informativa

La sesión inicial de mediación tendrá una importancia vital para la prosecución del procedimiento. En primer lugar, tendrá una finalidad informativa, ya que pondrá en conocimiento de las partes en qué consiste la mediación, sus ventajas, sus diferencias con el proceso judicial, sus costes, su duración, etc.

Además, tendrá una finalidad exploratoria. El mediador deberá ser capaz de captar en esta oportunidad toda la información que pueda sobre las posiciones e intereses de las partes, para así dimensionar y contextualizar *a priori* el conflicto y dotar a las partes de la guía necesaria.

³⁷ MALLANDRICH MIRET, Núria, Op. Cit., pp. 188-189.

Una de las claves del éxito de la mediación reside precisamente en la calidad de aquella sesión informativa. Será determinante la cualificación y profesionalidad del mediador para guiar y persuadir a las partes en la solución del conflicto. Deberá convencer a las partes de los beneficios de la mediación frente al proceso judicial en términos de tiempos, costes (económicos y emocionales) y cumplimiento/ejecución. Seguramente no solo con generalidades, sino también con aplicación al caso concreto, y si procede, exponer las ventajas concretas de la mediación. Por lo tanto, será importante que el mediador cuente con la información necesaria para entrar, aunque sea tangencialmente, en el fondo del asunto. Para que el mediador pueda estar preparado para la sesión informativa sería conveniente implantar mecanismos para facilitarle la información mínima y el contexto del conflicto antes de la sesión informativa. Estos antecedentes permitirán también la correcta elección/designación del mediador para el caso concreto. Esto se podría estructurar, por ejemplo, imponiendo a las partes que soliciten la mediación una breve escrito no vinculante sobre su versión del conflicto, o para dar incluso más facilidades, se podría contemplar el relleno de un formulario por las partes, con la información imprescindible y relevante.

De la misma manera, será imprescindible que quien asista a la sesión informativa cuente con poderes suficientes para disponer del objeto del pleito. Es más, las partes deberán acudir personalmente a la sesión informativa, no solo para alcanzar las finalidades informativas y exploratorias ya comentadas, sino también para facilitar y reestablecer la comunicación entre las partes.³⁸ Este extremo debiera especificarse en la citación que haga el mediador para la sesión informativa.

También será determinante el rol de los abogados que asistan a las partes, quienes deberán dejar atrás posiciones de mera confrontación para contribuir a abordar la gestión del conflicto de manera más global, asesorando a sus clientes sobre las ventajas e inconvenientes de la mediación a la luz de las circunstancias del caso concreto, siempre aportando los necesarios criterios jurídicos objetivos, que permitan alcanzar acuerdos que se enmarquen en la normativa legal vigente.³⁹

7. Acreditación del intento de acudir a mediación

Al configurarse la mediación como requisito de procedibilidad, será imprescindible, en primer lugar, acreditar en el proceso judicial que se ha cumplido con este paso previo. El intento de mediación ha de constar documentalmente. Será preciso que el tercero neutral que dirija la negociación, es decir el mediador, emita un documento en el que deberá constar un contenido mínimo, como es: la identidad del tercero neutral y, en su caso, el colegio profesional o institución a la que pertenece, la identidad de las partes, el objeto de la controversia y la fecha de la(s) reunión(es) o sesión(es) mantenidas con ellas.

³⁸ En este sentido, LÓPEZ YAGÜES, Verónica, «Mediación y proceso judicial, instrumentos complementarios en un Sistema integrado de Justicia Civil», *La Ley* 3519/2019, p. 14.

³⁹ ORTUÑO MUÑOZ analiza con profundidad el rol de los abogados en la mediación y los MASC. Ver ORTUÑO MUÑOZ, Pascual, «Comentarios al Anteproyecto de Ley de Eficacia Procesal», *La Ley, Mediación y Arbitraje* nº7, La ley 6791/2021, p. 9.

Lo que debe acreditarse es que las partes en conflicto reciban toda la información necesaria para tomar con conocimiento de causa la decisión de someterse o no, a la mediación. Esta información implicaría saber quién es el mediador; el método utilizado para su nombramiento; los tipos de litigios dentro de su competencia; la no obligatoriedad de ser asistidos por un letrado o asesor jurídico, la posibilidad de solicitar asesoramiento independiente y de ser representadas o asistidas por terceros en cualquier fase del procedimiento; el procedimiento de mediación en sí, su duración media, sus principios rectores, la posibilidad de desistimiento en cualquier momento y los efectos jurídicos que puede alcanzar el acuerdo y el incumplimiento del mismo; y por último, el coste que pueden tener que asumir las partes.

Una opción posible sería pedir un informe al mediador o institución mediadora para que informe si las partes han acudido a la sesión informativa de mediación. Esta información no vulneraría en ningún caso el principio de confidencialidad, que impera en el desarrollo del proceso de mediación, ya que la sesión informativa constituye una etapa previa al proceso de mediación propiamente tal.

Ahora bien, sabemos que existe el riesgo de que este intento o paso previo por salidas extrajudiciales se transforme en una mera gestión burocrática necesaria y automatizada, como ocurre con la conciliación. La jurisprudencia se ha manifestado sobre este punto indicando, por ejemplo, que no es suficiente un mero burofax donde se «informe» al deudor o a la otra parte, sobre la posibilidad de acudir a la mediación.⁴⁰ La intención del legislador y la interpretación jurisprudencial mayoritaria va en el sentido de evitar que la llamada o iniciativa de acudir al procedimiento de mediación se transforme en un mero trámite, necesario para interponer la demanda pero vacío de toda voluntad real de intentar un acuerdo extrajudicial. Distinguir si ha habido voluntad real de al menos intentar la salida extrajudicial será parte de la valoración del tribunal en cada caso concreto.

Si acuden y deciden no continuar con el procedimiento de mediación, deberán justificar, al momento de interponer la demanda judicial, que han acudido a la sesión informativa y las razones que contemplan para no continuar con la mediación. En otras palabras, cuando la incoación del procedimiento de mediación constituya un requisito de admisibilidad de la demanda judicial, se considerará que tal requisito se ha cumplido también en aquellos casos en que el primer encuentro ante el mediador concluya sin acuerdo.

Sin embargo, en este punto hay que ser especialmente cuidadosos con el respeto a la confidencialidad que debe prevalecer en la mediación. En el ALEP, además del contenido mínimo que deberá contener el documento acreditativo de la sesión informativa realizado por el mediador y que parece razonable, el legislador exige un contenido adicional: *«la declaración solemne de que las dos partes han intervenido de buena fe en el proceso, para que surta efectos ante la autoridad judicial competente.»* (art. 7 e) ALEP). En nuestra opinión, este punto es bastante discutible y puede considerarse inadecuado. Recordemos que el mediador es un tercero ajeno al poder judicial que incluso puede no tener conocimientos en derecho. Además, ponderar la buena o mala fe de las partes según la actitud que hayan mostrado en la sesión informativa

⁴⁰ Entre otras, en el ámbito de consumidores y usuarios: AAP de Barcelona 87/2018 de 27 de marzo; AAP de Barcelona 168/2017 de 10 de mayo; AAP de Barcelona de 13 de mayo; AAP de Barcelona 178/2017 de Barcelona de 18 de mayo y AAP de Barcelona 343/2017 de 13 de noviembre.

forma parte de una opinión meramente subjetiva que no puede tener efectos en el proceso judicial sin más, ni mucho menos podrá ser un criterio vinculante para el tribunal. Cosa muy distinta es que, según todos los antecedentes del caso, dentro de los cuales se encontrará el documento acreditativo del intento de mediación, más la actitud que tengan las partes al interior del proceso, el juez pueda considerar que alguna de las partes ha incurrido en mala fe y, en consecuencia, ésta tenga efectos procesales. Esto forma parte de la valoración del tribunal a la hora de dictar sentencia.

8. Consecuencias jurídico-procesales de la inasistencia a la sesión informativa

En caso de que la parte obligada o requerida para acudir a una sesión informativa de mediación rechace la invitación o no asista a la sesión ni de razones que la justifiquen, se deberá hacer constar la forma en que se ha realizado dicha citación, el justificante de que ésta se ha realizado correctamente y la fecha de su recepción. Si quien no compareció fue la parte que promovió la mediación, se expresará dicha circunstancia.⁴¹

Bajo la legislación vigente, si una parte se niega a acudir a la sesión informativa, deberá explicar los motivos de su decisión al tribunal, de conformidad con el art. 414.1 LEC segundo párrafo. No obstante, no se prevén consecuencias concretas para su negativa. A pesar de ello, parte de la doctrina entendía que la falta de asistencia de las partes a la sesión informativa o la falta de justificación razonable podría ser considerada por parte del tribunal como constitutiva de mala fe, y dar lugar a la condena en costas.⁴² Sin embargo, en la práctica los tribunales se mostraban reacios a imponerlas.

La inasistencia a la sesión informativa desplegará una serie de efectos jurídico-procesales relevantes en la reforma que propone el ALEP: la inadmisión de la demanda, la condena en costas y la posible imposición de multas.

La falta de asistencia a la sesión informativa será causa de inadmisión de la demanda. Obviamente, si queda debidamente acreditado el intento de acudir a mediación, el tribunal podrá admitir a trámite la demanda, pero la actitud de las partes puede -y debe- tener consecuencias al interior del proceso posterior. En efecto, si el Tribunal considera que no está debidamente justificada la negativa de alguna de las partes para acudir a la sesión informativa, podría valorarse como una falta de colaboración con el proceso, consagrado en la Constitución Española en el art. 118 y en la LOPJ en el art. 17.1. En ciertos casos podría dar lugar incluso a que el tribunal aprecie mala fe procesal y condene en costas al demandado o incluso le imponga una multa.

En el derecho comparado podemos encontrar una interpretación similar a dicha falta de colaboración en la legislación italiana, que prevé expresamente el valor que tendrá en el proceso posterior la falta de colaboración de las partes en la mediación. Se establece que el juez podrá inferir elementos de prueba en el proceso posterior, de la falta de participación sin causa

⁴¹ Así lo dispone expresamente el (art. 7 e) parr.2 ALEP).

⁴² En este sentido, MUNNÉ CATARINA, Frederic/VIDAL TEIXIDÓ, Antoni, «La mediación. Solución pacífica de conflictos. Régimen jurídico y eficacia procesal», *La Ley*, Madrid, 2013, p. 58.

justificada en el procedimiento de mediación. Incluso se prevé que el juez condene a aquella parte a pagar una tasa judicial unificada al Tesoro Público, a modo de sanción.⁴³

En nuestro ordenamiento, hay que destacar un importante antecedente jurisprudencial; el de la sentencia del Tribunal Supremo (Sala Civil) nº 36/2021 de 27 de enero que, en materia de reclamación extrajudicial de consumidores, condena en costas procesales al banco que rechazó indebidamente la reclamación previa del consumidor, que tenía por objeto la nulidad de una cláusula suelo y la devolución de lo cobrado indebidamente por su aplicación, lo que finalmente derivó en un proceso judicial. De la misma manera, recientemente los juzgados de primera instancia de Barcelona, en un esfuerzo por unificar criterios interpretativos, proclaman que se podrá interpretar como mala fe o temeridad la negativa a acudir a la sesión informativa de mediación cuando haya existido una derivación judicial, o bien cuando se rechace una oferta extrajudicial, cuando la resolución final del pleito se ajuste sustancialmente al contenido de esa oferta.⁴⁴

El testigo es recogido por el ALEP, que pretende modificar el criterio objetivo de imposición de costas procesales del art. 394 LEC, al disponer que a pesar de estimarse íntegramente la demanda *«no habrá pronunciamiento de costas a favor de aquella parte que hubiere rehusado expresamente o por actos concluyentes, y sin justa causa, participar en una actividad negocial, mediación u otro medio adecuado de solución de controversias al que hubiese sido efectivamente convocado.»*

De la misma manera, si la parte demandada no acude al intento de mediación sin justa causa, aunque posteriormente la demanda sea estimada en forma parcial, podrá ser condenada en costas. El art. 394.2 II propuesto por el ALEP indica: *«No obstante, si la parte demandada no hubiere acudido, sin causa que lo justifique, a un intento de mediación u otro de los medios adecuados de solución de controversias, cuando fuera legalmente preceptivo o **así lo hubiera acordado el tribunal durante el proceso**, se le podrá condenar al pago de las costas, en decisión debidamente motivada, aun cuando la estimación de la demanda sea parcial»*. Entendemos que, en todo caso, el tribunal deberá motivar la sentencia en estos casos, explicando las razones que justifican el cambio del criterio objetivo a la hora de imponer las costas procesales.

También habría que analizar qué sucede en el supuesto de aquella parte que, habiendo acudido a mediación, decide no continuar con aquella pero finalmente se allana en el proceso judicial. Esta situación ya está prevista en el actual art. 395.1 apartado segundo LEC, que al regular la condena en costas en caso de allanamiento dispone: *«Se entenderá que, en todo caso, existe mala fe, si antes de presentar la demanda (...) se hubiera iniciado procedimiento de mediación»*. No obstante, el ALEP pretende ir más allá. Por un lado, como hemos indicado, dispone expresamente que se entenderá que existe mala fe si se rechaza la participación en un procedimiento de mediación. Hasta ahí parece correcto, aunque para ello no era necesario modificar el actual artículo 395 LEC, pero lo que suscita algo más de dudas es que el anteproyecto, aparte de la mala fe, introduce la noción del abuso del servicio público de justicia.

⁴³ Decreto Legislativo 28/2010 de *Mediazione Civile*, artículo 8 núm. 4, 4bis y 5.

⁴⁴ Acuerdo de unificación de criterios de los Juzgados de Primera Instancia de Barcelona, de 12 de junio de 2020.

En efecto, el art. 394.4 ALEP, establece que «Si la parte requerida para iniciar una actividad comercial previa tendiente a evitar el proceso judicial hubiese rehusado intervenir en la misma, la parte requirente quedará exenta de la condena en costas, **salvo que se aprecie un abuso del servicio público de justicia.**»⁴⁵

Ya los citados acuerdos de unificación de criterios de los tribunales de primera instancia de Barcelona dictados el 12 de junio de 2020, justificaban aquella tendencia interpretativa no solo en la necesidad de fomentar la mediación y las salidas alternativas para resolver conflictos, sino también en la necesidad de *dotar a los jueces de mecanismos para penalizar conductas fraudulentas de utilización abusiva del procedimiento judicial, cuando el mismo es usado con fines meramente dilatorios*. Es decir, aplicando un criterio meramente sancionador. No obstante, se debe tener presente que la justicia no es solo un servicio público, sino que está en juego el acceso a un derecho fundamental, por lo que no parece procedente hacer que el ciudadano sea responsable de la sostenibilidad del sistema judicial.⁴⁶

También podemos distinguir la situación de aquella parte que no acepta un buen acuerdo de mediación extrajudicial que posteriormente sea sustancialmente coincidente con la resolución judicial que finalmente ponga fin al pleito. El art. 245.5 ALEP establece que la parte condenada al pago de las costas, pueda solicitar la exoneración de su pago o la moderación de su cuantía cuando hubiera formulado una propuesta a la parte contraria en cualquiera de los MASC, que no hubiera sido aceptada por la parte requerida, cuando la resolución judicial que ponga término al procedimiento sea sustancialmente coincidente con el contenido de dicha propuesta.⁴⁷ Para presentar aquella solicitud será menester acompañar los documentos íntegros referidos a la propuesta formulada, lo que podría vulnerar el principio de confidencialidad, principio esencial de la mediación, aun cuando el anteproyecto se ocupa de este extremo advirtiendo expresamente que, en el momento procesal de la impugnación de la tasación de costas por este motivo, estará dispensada de confidencialidad (art. 245.5 III ALEP). Este tema será analizado en el apartado 10.

Por último, como ya hemos mencionado, entendemos que, si una parte se ha negado en forma injustificada a acudir a la sesión informativa de mediación, no tendría sentido insistir y derivarlo a mediación por una segunda vez, ya que ello comportaría una dilación innecesaria en la prosecución del proceso judicial. Salvo que se aprecie un cambio de circunstancias que justifique el nuevo intento de acudir a mediación y que haga presagiar que esta vez sí que la mediación podría ser exitosa.

9. Efectos materiales del inicio del procedimiento de mediación

El inicio del procedimiento de mediación generará efectos materiales importantes. En primer lugar, la solicitud de una de las partes dirigida a la otra para iniciar un procedimiento de

⁴⁵ El destacado es nuestro.

⁴⁶ En este sentido se ha manifestado, Olga FUENTES SORIANO, en una conferencia impartida el 8 de febrero de 2021, en el marco de los Diálogos procesales de la Cátedra UB, UAB, UPF, titulada «*La simplificación de la justicia*».

⁴⁷ PICÓ I JUNOY, Joan, «MASC y costas procesales en el futuro proceso civil: ¿La cuadratura del círculo?», *Diario La Ley* Nº, Nº 9801, Sección Plan de choque de la justicia, 2 de marzo de 2021, pp. 6-7, analiza los distintos supuestos en que se prevé la imposición de costas procesales cuando se rehúse injustificadamente la resolución de conflictos a través de las MASC. Y al tratar las consecuencias derivadas de la modulación de la condena en costas mencionada, da ejemplos concretos que ayudan a entenderlas.

mediación interrumpirá la prescripción o suspenderá la caducidad de acciones, hasta la fecha en que se firme el acuerdo o cuando se produzca la terminación del procedimiento de mediación por falta de acuerdo (art. 4.1 ALEP).

El ALEP dispone que si transcurridos 30 días naturales desde la recepción de dicha solicitud no ha tenido lugar la sesión inicial de mediación ni se ha recibido respuesta por escrito, los plazos de prescripción o caducidad se reanudarán (art. 4.1 ALEP). En el ámbito de la mediación, el plazo de 30 días deberá contarse desde que el mediador reciba la solicitud o desde que la parte solicitante deposite la solicitud en la correspondiente institución de mediación (art. 4 Ley 5/2012). Entendemos que, si dentro de esos 30 días no se lleva a cabo la sesión inicial, para considerar que los plazos de prescripción y caducidad siguen interrumpidos, la respuesta dada por la parte requerida deberá ser positiva, es decir, que deje constancia por escrito de su voluntad de acudir al menos a la sesión informativa de mediación para intentar un acuerdo. De lo contrario, no tendría ningún sentido.

En el caso de que la parte requerida no responda a la solicitud, dé respuesta negativa o las partes acudan a mediación, pero ésta finalice sin acuerdo, las partes deberán interponer la respectiva demanda judicial en un plazo de 3 meses desde la fecha de recepción de la solicitud o desde la fecha de la terminación del procedimiento sin acuerdo. Si no lo hicieren, la demanda no será admitida a trámite y deberán volver a intentar a mediar o negociar a través de cualquier otros MASC (art. 4.1 ALEP).

Por último, hay que mencionar que la actitud de las partes en el intento previo de mediar para alcanzar un acuerdo puede tener repercusión en el proceso judicial posterior. Este tema, será tratado en los apartados siguientes.

10. Confidencialidad de la mediación y proceso judicial

Otro aspecto importante que analizar se refiere a las consecuencias que podrían tener lugar en un proceso judicial posterior a una mediación que finaliza sin acuerdo. La doctrina viene destacando la importancia de salvaguardar la confidencialidad del procedimiento de mediación para el funcionamiento y la credibilidad de la institución. El deber de confidencialidad recae tanto sobre las partes como sobre el mediador, y está expresamente reconocido en el art. 6 del ALEP.

Por lo tanto, el mediador que ha participado en una mediación no estará habilitado para ser citado en el proceso judicial posterior como testigo o perito. Recordemos que el mediador deberá respetar el secreto profesional que incluso impera frente a la autoridad judicial, salvo en los casos en que pueda existir un ilícito penal. De la misma manera, si los abogados también hubieran participado en las sesiones del procedimiento de mediación, entendemos que también quedarán vinculados por la confidencialidad propia del procedimiento, y no podrán ventilar el contenido de dichas negociaciones, ni los eventuales principios de acuerdo o los documentos que se conocieron al interior de la mediación. El quebrantamiento de esta confidencialidad implicaría una falta deontológica e incluso podría generar responsabilidad civil.

En todos los casos, la proposición de una prueba adquirida vulnerando el principio de confidencialidad del procedimiento de mediación, no podrá ser admitida y valorada en el

proceso civil. Según el ALEP dicha prueba sería considerada ilegal en virtud del art. 283.3 LEC (art. 6.1c) ALEP).

Ahora bien, el principio de confidencialidad no será absoluto, y se prevé que pueda romperse en los siguientes supuestos:

1) *Cuando las partes expresamente se hubieren dispensado del deber de confidencialidad.*

Para que sea efectivo, la dispensa deberá constar por escrito, para que pueda acreditarse y no presente dudas. Además, si se dispensa a las partes, se deberá hacer en forma recíproca, para asegurar la igualdad de armas procesales. Y si se dispensa al mediador, entonces ambas partes deberán estar de acuerdo.

Tomando en cuenta que estamos hablando de materias disponibles donde rige el principio de la autonomía de la voluntad y el principio dispositivo propio de un proceso civil, la excepción parece totalmente plausible, siempre y cuando no sean unilaterales, sean libres, es decir no estén sometidas a ningún condicionante, y consten expresamente por escrito.

2) *Cuando se esté tramitando la impugnación de la tasación de costas y solicitud de exoneración o moderación de las mismas, según lo previsto en el art. 245 LEC.*

Como ya anunciábamos, la parte condenada al pago de las costas podrá pedir la moderación de su cuantía o incluso la exoneración de su pago si hubiera formulado una propuesta a la parte contraria durante la mediación previa que la parte requerida no hubiera aceptado, y que resulte sustancialmente coincidente con la resolución judicial que ponga término al conflicto.

El anteproyecto parece considerar que el deber de confidencialidad tiene una etapa de vigencia que abarcaría todo el procedimiento de mediación y el proceso judicial posterior hasta la firmeza de la sentencia. Luego de lo cual, el deber de confidencialidad quedaría dispensado con el fin de determinar la actitud de las partes de cara a la tasación de las costas.

Por tanto, ya no estamos hablando solo de excluir del ámbito de la confidencialidad la mera asistencia o no de la sesión informativa de mediación, sino que supone desvelar datos relativos al objeto de la controversia que han formado parte del procedimiento de mediación. Además, puede haber discusión sobre los términos y el contenido de la supuesta propuesta realizada en el marco de la mediación, con lo cual incluso puede ser necesaria prueba. Por lo tanto, surge aquí la duda de si debemos entender que la dispensa de confidencialidad en el momento de la tasación de costas también permitiría la declaración como testigo del mediador en el incidente de tasación de costas, para que testifique sobre el contenido y las circunstancias de las propuestas realizadas en la mediación.

Desde nuestro punto de vista, abrir esta puerta supone quebrar con la confidencialidad de la mediación en exceso. Hay que asegurar que las partes, en el procedimiento de mediación puedan negociar con la absoluta certeza de que lo que se discuta al interior de este no tendrá implicaciones ni consecuencias en un eventual proceso judicial posterior, ya que resulta imprescindible para generar confianza en este método

alternativo de solución de controversias aún desconocido para gran parte de los ciudadanos.

Una cosa es excluir del ámbito de la confidencialidad el mero hecho de saber quién ha asistido a la sesión informativa y que de ello se puedan derivar consecuencias jurídico-procesales apreciables como mala fe, y otra muy distinta es abrir la discusión judicial sobre la actitud que han tenido las partes dentro del procedimiento de mediación.⁴⁸ Esta opción legislativa aun cuando tiene una finalidad loable como es fomentar la voluntad real de negociar entre las partes y desincentivar conductas dilatorias y en definitiva de mala fe procesal, puede resultar contraproducente y desvirtuar la esencia de la mediación. Además, existen alternativas que podrían conseguir el mismo objetivo, sin abrir una brecha en la confidencialidad de la mediación como la presentación de una oferta en sobre cerrado en la propia sede del tribunal al inicio del proceso.

- 3) *Cuando, mediante resolución judicial motivada, sea solicitada por el juez del orden jurisdiccional penal.*

En este punto, la excepción es clara. Ahora bien, también en el caso de que, durante el desarrollo de la mediación, surjan indicios de un ilícito penal, el mediador deberá poner fin a la mediación y dar cuenta de ellos ante la autoridad judicial competente.

11. Formalización y efectos del acuerdo de mediación

El acuerdo obtenido en sede de mediación podrá ser total o parcial, y en él deberá constar la identidad y el domicilio de las partes y del mediador, el lugar y fecha en que se suscribe y las obligaciones asumidas por cada una de las partes. El acuerdo deberá ser firmado por ambas partes y por el mediador. Además, el anteproyecto exige la firma de los representantes de las partes, por lo que entendemos que también constará la identidad de los abogados de las partes que hayan intervenido.⁴⁹

En cuanto a cómo se debe formalizar el acuerdo de mediación, lo más recomendable sería que constara en escritura pública, con el objeto de dotarlo de eficacia ejecutiva, cuando menos cuando incluyera obligaciones dinerarias.⁵⁰ En la propia mediación, la partes deberán acordar cómo asumirán los gastos notariales de la elevación a escritura pública. A falta de acuerdo, serán sufragados por la parte que solicite dicha elevación, sin perjuicio de que dicho gasto pueda ser reembolsado en concepto de costas del proceso de ejecución posterior, cuando no haya cumplimiento voluntario del acuerdo (art. 9.3 ALEP, art. 539 LEC en relación con el art. 241.6º LEC).

Al elevar el acuerdo de mediación a escritura pública, el Notario deberá verificar tanto el cumplimiento de los requisitos exigidos en el Anteproyecto como que el contenido del propio acuerdo no sea contrario a Derecho (art. 9. 4º ALEP). Doble verificación, de forma y de fondo. A

⁴⁸ Según GINEBRA y TARABAL, «vincular consecuencias de mala fe podría suponer tener que analizar la actitud de las partes durante la mediación, lo cual parece entrar en contradicción con el principio de confidencialidad, principio que constituye uno de los atractivos de la mediación.» GINEBRA MOLINS y TARABAL BOSCH, Op. Cit., p. 24.

⁴⁹ HINOJOSA SEGOVIA echa en falta la inclusión expresa en el acuerdo de mediación de la identidad de los abogados que hubieran intervenido. HINOJOSA SEGOVIA, Op. Cit., p. 23.

⁵⁰ HERRERA DE LAS HERAS, Op. Cit., p. 13.

partir de aquí, surge la duda de qué sucede si el notario considera que el acuerdo no es ajustado a derecho y se niega a elevar. ¿Qué recursos tienen las partes?

Si el acuerdo de mediación se ha alcanzado intrajudicialmente o si fuera parcial, podrá ser homologado judicialmente, en cuyo caso el acuerdo tendrá los efectos jurídicos atribuidos a la transacción judicial, y su ejecución será efectiva a través de un proceso de ejecución de títulos judiciales (Reforma del art. 415 LEC propuesta ALEP).

El acuerdo tendrá el valor de cosa juzgada para las partes, no pudiendo presentar demanda con igual objeto ya que la controversia quedó zanjada por el acuerdo. Para que tenga valor de título ejecutivo el acuerdo habrá de ser elevado a escritura pública o bien homologado judicialmente cuando proceda en los términos previstos en el art. 9 (art. 10. 1º ALEP). Ahora bien, el ALEP establece que contra lo convenido en el acuerdo sólo podrá ejercitarse la acción de nulidad por las causas que invalidan los contratos (art. 10. 2º ALEP), es decir a través del proceso declarativo que corresponda. Parte de la doctrina considera que en este caso cabría interponer una acción de revisión basándose en lo dispuesto en el art. 510 LEC que, aunque está prevista para impugnar sentencias firmes, también tiene aplicación para la impugnación de laudos arbitrales (art. 43 Ley 60/2003).⁵¹ Sin embargo, esta interpretación es bastante discutible, no solo porque no está expresamente previsto, sino porque las causas de la revisión están tasadas en ley y están pensadas para las nulidades de los juicios, y no de las mediaciones.

Lo que sí que consideramos que no debería ocurrir es que a través de las acciones de nulidad del acuerdo se estimaran defectos formales relativos a la puesta en marcha de la mediación, su procedimiento o la intervención del mediador o la institución arbitral. Hay que tener en consideración una reciente tendencia jurisprudencial del Tribunal Constitucional en el ámbito de los mecanismos privados como el arbitraje, según la cual, «*no es lícito anular un laudo arbitral, que corresponde a una máxima expresión del principio de la autonomía de la voluntad (art. 10 CE) y del ejercicio de esa libertad art. 1 CE), por el solo hecho de que las conclusiones alcanzadas por el árbitro seas consideradas, a ojos del órgano judicial, erróneas o insuficientes, o, simplemente, porque de haber sido sometida la controversia a su valoración, hubiera llegado a conclusiones diferentes.*»⁵² Es más, según el alto tribunal, el laudo arbitral es un equivalente jurisdiccional, pero eso no significa que el procedimiento arbitral pueda verse sometido a las exigencias propias del derecho a la tutela judicial efectiva, puesto que no es un proceso judicial y tampoco los árbitros ejercen la jurisdicción, puesto que este cometido es exclusivo de los integrantes del poder judicial (art. 117 CE).

Por tanto, en la mediación al igual que en el arbitraje, la facultad de control judicial del mecanismo es excepcional, y ello deriva de la propia configuración legal de dichos mecanismos como mecanismos alternativos de solución de conflictos y no del derecho a la tutela efectiva del art. 24 de la CE. El control que pueden ejercer los tribunales sobre la anulación de un laudo, o de un acuerdo de mediación, son muy limitados, y no están legitimados para entrar en meros

⁵¹ En este sentido, HINOJOSA SEGOVIA, Op. Cit., p. 24 y 25.

⁵² STC 65/2021 de 15 de marzo (RTC/2021/65) FJ 3º. En el mismo sentido: STC 17/2021 de 15 de febrero (RTC/2021/17) y STC 46/2020 de 15 de junio (RTC/2020/46)

defectos formales o en la cuestión de fondo, salvo lo que pueda ser reconducido a un motivo de invalidez contractual.⁵³

12. Conclusiones

En nuestra opinión, tal y como lo dispone el ALEP, instaurar el paso previo por las MASC como un requisito de aplicación general en la jurisdicción civil, constituiría una carga procesal desproporcionada para las partes. Además, puede derivar en consecuencias indeseadas, como convertirse en un mero trámite burocrático que más que facilitar una solución eficiente y pronta al conflicto, termine dilatando y encareciendo aún más un inevitable proceso judicial contencioso.

Es cierto que las partes seguirán siendo libres a la hora de intentar una salida alternativa extrajudicial, pero su negativa en ningún caso les será inocua, sino que implicará consecuencias para la parte que sobrepasan la mera pérdida de expectativas procesales, pues comportan perder la posibilidad de ejercer la acción ante los tribunales. Es decir, su incumplimiento afectaría el acceso a la jurisdicción, derecho que forma parte de la tutela judicial efectiva, por lo que el encaje constitucional, a priori, no se ve fácil.

Con todo, hay que tener en cuenta que la mera obligatoriedad de acudir a la sesión informativa no vulnera necesariamente el principio de la voluntariedad de la mediación. La sesión informativa es una etapa previa al procedimiento de mediación propiamente tal, de manera que las partes seguirán teniendo en su mano la disposición del objeto de la controversia y podrán decidir libremente si proseguir con la mediación y llegar a un acuerdo o, por el contrario, optan por la vía judicial.⁵⁴

Vemos con buenos ojos el intento de incentivar la mediación a través de la obligatoriedad de acudir, al menos, a una sesión informativa, pero siempre acotado a ámbitos y sectores concretos, dónde se viene demostrando que la mediación es especialmente aconsejable y exitosa, tales como el ámbito familiar o el de consumo, al que ya hemos hecho referencia. En otros ordenamientos de nuestro entorno, como el italiano, se impone la obligación de acudir a mediación antes de iniciar un proceso civil pero solo cuando tuvieran por objeto algunas materias, como la copropiedad derechos reales, la división de cosa común, sucesiones hereditarias, pactos de familia, arrendamientos, comodato, administración de bienes, daños derivados de responsabilidad médica o seguros, difamación a través de periódicos u otros medios de publicidad, contratos de seguro, bancarios y financieros.⁵⁵ Este modelo parece más acertado y eficiente.

Aun cuando nuestro ordenamiento jurídico actual prevé la derivación a mediación por parte del tribunal en diferentes momentos del proceso civil, ésta no acaba de ser eficaz. Las derivaciones judiciales en el ámbito civil son escasas, en el ámbito de la familia son algo más altas, pero no representan un número significativo en relación con los asuntos ingresados en los tribunales

⁵³ STC 65/2021 de 15 de marzo (RTC/2021/65) FJ 4º; STC 17/2021 de 15 de febrero (RTC/2021/17) FJ2º y STC 46/2020 de 15 de junio (RTC/2020/46), FJ 4º.

⁵⁴ En este sentido, ORTUÑO MUÑOZ, Pascual, «La mediación intrajudicial en LAUROBA, Elena/BARRAL, Immaculada/VIOLA, Isabel (dirs.), *Materials jurídics del Llibre Blanc de la mediació a Catalunya*.

⁵⁵ Ver el análisis de la obligación de acudir a los ADR en la legislación Italia en PÉREZ DAUDÍ, Op. Cit., 2019 pp. 16 ss.

civiles y en el ámbito familiar. Además, el número de derivaciones varía mucho en las distintas comunidades autónomas.

En todos los casos, aunque hayan derivaciones judiciales a mediación, las mediaciones que finalizan con acuerdo son mínimas, de lo que se deriva que a día de hoy pese a diversos esfuerzos por parte de administraciones y juzgados locales que han establecido protocolos de actuación para facilitar dichas derivaciones, las estadísticas indican que la mediación intrajudicial en España es ineficaz y no constituye una verdadera vía de solución que descongestione la jurisdicción civil y que permita a los tribunales resolver aquellos litigios donde su labor resulte imprescindible.

Seguramente esto responde a varias razones: una cultura social no acostumbrada a negociar, desconocimiento/desconfianza de la mediación, una tendencia a la judicialización de todo tipo de conflictos, etc. Pero, la causa más considerable es que no se prevén consecuencias jurídicas trascendentes para aquellos litigantes que no atiendan al llamamiento judicial de acudir a mediación, por lo que aquel llamamiento intrajudicial de derivación, puede tener escasa repercusión práctica y cero consecuencias. Esta situación intentará ser revertida mediante el ALEP, que introduce la posibilidad de imponer las costas judiciales a aquel litigante que se negó a mediar, en forma injustificada. Además, existen diversas iniciativas locales en desarrollo para complementar y fomentar la mediación intrajudicial, sobre todo en el ámbito familiar, donde existe consenso en cuanto a su utilidad. Si la experiencia es buena terminará por imponerse y extenderse a otros sectores donde la mediación puede ser un instrumento especialmente adecuado.

13. Consideraciones finales y propuestas para incentivar el uso de la mediación

No cabe duda de que todos los esfuerzos encaminados a fortalecer la vía de la mediación y los métodos alternativos para la resolución de litigios son destacables y necesarios, pero para garantizar que tras años de intentos la mediación por fin se convierta en una alternativa complementaria a la vía judicial y, sobre todo, sea una vía eficiente, es imprescindible ir más allá que la vía legislativa. Se deben adoptar medidas integradoras que aseguren tres aspectos fundamentales: la seguridad jurídica y la confianza del ciudadano; el acceso a la mediación y su divulgación; y la calidad de las mediaciones.

13.1. Seguridad jurídica y confianza

Para el aspecto de la seguridad jurídica y la confianza del ciudadano se ha de establecer una normativa que permita e incentive la mediación, sin imponerla. Como hemos analizado en el presente trabajo, consideramos que lo más adecuado y armónico con el derecho a los ciudadanos a la tutela judicial efectiva y el acceso a los tribunales, es la regulación de la mediación acotada a sectores concretos. La flexibilidad de la mediación le permite adaptarse a ámbitos concretos dentro de la jurisdicción civil, adoptando características particulares que se ajusten al tipo de conflicto, así como a las partes intervinientes. Así, por ejemplo, en materia de

consumo las mediaciones electrónicas (ODR) son especialmente eficaces⁵⁶, en cambio en el ámbito familiar, son más oportunas las mediaciones presenciales.

Por último, se debe asegurar la ejecutividad de los acuerdos que se adopten, procurando que se efectúen en sus propios términos y sin dilaciones.

13.2. Acceso a la mediación y divulgación

En cuanto al acceso a la mediación y su divulgación está claro que dar a conocer la mediación y sus ventajas resulta esencial. Las administraciones deben difundir información sobre la mediación, adoptando estrategias comunicacionales que lleguen a los ciudadanos.

Desde el ámbito legislativo, la configuración de la obligación de acudir a la sesión informativa antes de iniciar el proceso judicial, es una buena iniciativa para dar a conocer la mediación, aunque como hemos indicado, resulta discutible imponerla como criterio general para todo tipo de asuntos civiles. Consideramos más oportuno instaurarlo como requisito de procedibilidad en ámbitos concretos, desarrollando reglamentos sectoriales en los que se tomen en consideración las características particulares de cada uno de ellos.

Es muy importante, también, la implantación de servicios públicos de mediación, ya que con esto no solo se logra garantizar el acceso a la mediación, sino que el que hecho de que sea un servicio público genera confianza en los ciudadanos y aporta estándares de calidad.

Así mismo, hay que tener en cuenta que, en ciertos tipos de mediaciones, como las realizadas en el ámbito de las ejecuciones hipotecarias sobre la vivienda habitual del deudor, que éstas se realicen en el marco de una institución pública incide en la actitud de las partes frente a la mediación. Es obvio que para una entidad bancaria o financiera no tendrá el mismo alcance una mediación propiciada por una entidad pública que aquella instada en forma particular por un deudor persona física en un momento de vulnerabilidad, al menos, económica.

En el ámbito privado, es recomendable la inclusión de cláusulas de mediación mediante las cuales las partes se comprometan a mediar sus eventuales conflictos de relevancia jurídica antes de ejercer la acción correspondiente en los tribunales ordinarios. Por supuesto estas cláusulas no comportan una renuncia a la jurisdicción, pero sí pueden ser un incentivo para la autocomposición.

13.3. Calidad

El tercer aspecto que se ha de asegurar es que las mediaciones sean de calidad. De ello depende su eficiencia y su consolidación como alternativa al proceso. Será necesario hacer hincapié en la formación de los mediadores, que debería ser específica y continuada. Además, los mediadores deberán estar inscritos en un registro público de mediadores e instituciones de mediación y contar con el seguro de responsabilidad civil correspondiente. Por último, conviene la generación de Códigos deontológicos de buenas prácticas, que guíen e inspiren la actividad del

⁵⁶ Ver BARRAL VIÑALS, Immaculada, «La mediación y el arbitraje de consumo: explorando sistemas de ODR», *Revista d'Internet, Dret i política*, UOC, IPD Núm. 11, 2010, pp. 5-6.

mediador.⁵⁷ Así mismo, sería óptima la creación de Colegios profesionales de mediadores, que precisamente aunaran criterios deontológicos, de acceso, de honorarios y donde se incluyeran sanciones por mala praxis.

En este punto es destacable las medidas adoptadas en la Comunidad Valenciana, dónde se prevé un sello de calidad de las mediaciones, otorgadas por el Consejo Asesor de la Mediación de la Comunitat Valenciana, para aquellas entidades y profesionales que realicen mediaciones. La calidad de las mediaciones se certificará tomando en cuenta distintos aspectos, como la adhesión y respeto a códigos deontológicos, además de criterios objetivos como la eficiencia, la imparcialidad y la formación suficiente y continua de los mediadores. El sello de calidad será renovable en un plazo de tres años.⁵⁸ De la misma manera, se establece un régimen sancionador para los incumplimientos de los deberes impuestos en la mediación tanto para entidades mediadoras como para personas mediadoras, siempre que no constituyan responsabilidad penal.⁵⁹

13.4. Incentivos y sanciones

Para lograr cubrir los tres ámbitos claves que hemos indicado, y asegurar que la mediación acabe cuajando en la sociedad y se vaya creando paulatinamente una cultura de autocomposición y de mediación, resulta necesaria la previsión de incentivos económicos concretos. Lo más oportuno es comenzar por valorar incentivos económicos directamente relacionados con el proceso judicial. Se trata de desincentivar la vía judicial para resolver este tipo de conflictos, haciéndola más costosa para las partes que acuden a ella, con lo que nos aseguramos de que a la justicia ordinaria solo lleguen aquellos conflictos donde no sea, o no haya sido, posible la solución extrajudicial.

Como hemos indicado, el ALEP va en esta línea, y prevé la modulación del criterio objetivo de imposición de costas procesales, en virtud del cual se le impondrán las costas procesales a aquella parte que se niegue, sin causa justificada, a acudir a la sesión informativa de mediación. Este criterio se aplicará aun en los supuestos de vencimiento objetivo y estimación parcial (art. 394 ALEP). No obstante, a nuestro juicio, el límite para aplicar estos criterios será la confidencialidad del propio procedimiento de mediación. Destacamos expresamente este punto, pues su vulneración podría provocar un efecto contrario al buscado.

Otra vía por considerar para incentivar el uso de la mediación es la imposición de una tasa judicial específica que recaiga sobre los procesos judiciales en ámbitos concretos, como sería el ámbito del consumo, donde por política legislativa, podría estar justificado que sea la empresa la que deba asumir las costas de un proceso judicial de consumo, en todo caso.

También se podrían sopesar otras vías de incentivos económicos directos, como la posibilidad de deducción del impuesto de la renta a las personas físicas o el impuesto de sociedades, de los gastos asociados a la mediación, como los honorarios del mediador, cuando la mediación

⁵⁷ Este aspecto forma parte de las Recomendaciones efectuadas en el Libro Blanco de la Mediación en Cataluña (Recomendación 6). *Libro Blanco de la Mediación en Cataluña*, Dirs. Casanovas, Magre y Lauroba, 2011, Generalitat de Catalunya, Departament de Justícia.

⁵⁸ Art. 21 de la Ley 24/2018 de mediación en la Comunitat Valenciana.

⁵⁹ Art. 42 y ss. Ley 24/2018 de mediación en la Comunitat Valenciana.

finalice con acuerdo en el marco del proceso civil.⁶⁰ Estas medidas han sido adoptadas por países como Italia, donde las partes que se sometan a mediación y lleguen a un acuerdo, podrán deducirse hasta 500€ por los honorarios pagados al mediador.⁶¹

Por último, se debe analizar la posibilidad de imponer multas pecuniarias a aquella parte que se niegue injustificadamente a mediar o, al menos, a intentarlo. En nuestra opinión, las medidas de carácter sancionador deben ser la última opción en el ámbito civil, y siempre que sea posible, se ha de dar prevalencia a las medidas encaminadas a incentivar antes que castigar.⁶² No obstante, estas medidas pueden estar justificadas cuando hay reiteración en la conducta, sin justificación, con lo cual causen sucesivos pleitos judiciales con el mismo objeto en sectores con alta conflictividad.⁶³ En efecto, en el ámbito laboral se prevé la modificación del art. 97.3 LPL, para introducir la posibilidad de que en la sentencia se imponga una sanción pecuniaria a aquel litigante que no acudió en forma injustificada al acto de conciliación o de mediación. Asimismo, la sentencia debidamente motivada podrá imponer multas cuando la sentencia condenatoria coincida con se forma esencial con la pretensión contenida en la solicitud de mediación.

De la misma manera, como ya anunciábamos al tratar los efectos de la negativa injustificada de acudir a la sesión informativa, el anteproyecto introduce la posibilidad de que el tribunal pueda sancionar con una multa pecuniaria a aquella parte que ha actuado con mala fe o con abuso del servicio público de justicia.

En la exposición de motivos del anteproyecto se explicita qué se entiende por este nuevo concepto de «abuso del servicio público de justicia», señalando que es la «*utilización indebida del derecho fundamental de acceso a los tribunales con fines meramente dilatorios o cuando las pretensiones carezcan notoriamente de toda justificación.*» Se indica también que el abuso del servicio público de justicia se une a la conculcación de las reglas de la buena fe procesal,⁶⁴ no obstante, no se entiende bien cuál es la diferencia entre uno y otro concepto, habrá que esperar a que la jurisprudencia defina sus contornos.

En cualquier caso, es discutible que sea el ciudadano quién deba asumir el coste de la sostenibilidad del sistema judicial.

⁶⁰ Según MARTÍN DIZ, estas medidas de fiscalidad positiva servirían tanto para incentivar la mediación como para compensarla reducción de costes que el impulso a la mediación implicaría para el erario público. MARTÍN DIZ, Fernando, «Nuevos escenarios para impulsar la mediación en derecho privado: ¿conviene que sea obligatoria», *Práctica de Tribunales*, marzo-abril N°137, Wolters Kluwer, 2019, pp. 1-22.

⁶¹ Art. 17 y 20 Decreto Legislativo 28/2010 sobre Mediazione Civile.

⁶² En la exposición de motivos del Anteproyecto de Ley de medidas de eficiencia procesal del servicio público de justicia, el legislador menciona que «*resultan de especial interés el análisis efectuado por la Comisión Europea de las medidas utilizadas en otros Estados miembros para el fomento de la mediación, del que resulta cómo las legislaciones nacionales basculan entre la aplicación de mecanismos de incentivación y estímulo fiscal a las partes que recurren a la mediación, y mecanismos sancionadores para supuestos de rechazo injustificado a la misma. La Comisión concluye recomendado a los Estados miembros intensificar sus esfuerzos para fomentar y alentar el recurso a la mediación.*»

⁶³ Por ejemplo, en el ámbito del consumo se podrían interponer multas a aquellas empresas que de forma reiterada sean demandados en procesos judiciales en pleitos con el mismo objeto, pero con distintos consumidores. Esta reiteración denotaría que la empresa se niega a arreglar sus problemas con sus consumidores a través de las salidas alternativas, por lo que presentan los mismos problemas una y otra vez ante los tribunales ordinarios. Ver a mayor profundidad en RUIZ DE LA FUENTE, Consuelo, *ADR de consumo*, 2021.

⁶⁴ Exposición de motivos ALEP, Apartado II.

En cuanto a la multa, ésta deberá ser impuesta mediante resolución motivada y respetando el principio de proporcionalidad. Su cuantía podrá oscilar entre los 180 a 6.000€, teniendo en cuenta los siguientes criterios para la determinación judicial: las circunstancias del hecho de que se trate, los perjuicios que, al procedimiento, a la otra parte o a la Administración de justicia se hubieran podido causar, la capacidad económica del infractor y la reiteración de la conducta.⁶⁵ Entendemos que el destino de dichas multas serán las arcas del estado. En todo caso, el letrado de la administración de justicia deberá hacer constar el hecho que motive la actuación correctora, las alegaciones del implicado y el acuerdo que se adopte por el tribunal.

Tanto para apreciar la existencia de mala fe procesal como del abuso en el servicio público de justicia, el escollo se encontrará en el momento de la prueba en el proceso, y es que resulta muy difícil probar que realmente hubo ánimo dilatorio o inexistencia de la voluntad real de mediar, sobre todo tomando en consideración el límite impuesto por el principio de confidencialidad de la mediación.⁶⁶ Para sortear estos problemas, debería incentivarse el uso de cláusulas de mediación en que se establezca expresamente la exoneración de la confidencialidad para estos efectos, ya hemos indicado que en virtud del principio de la autonomía de la voluntad esto es posible, y con ello quedaría reforzada la voluntad de las partes de acudir a un vía autocompositiva para solventar sus eventuales conflictos, como sería la mediación, además de servir como incentivo directo para cumplir con el contenido de aquella.

14. Bibliografía

BARONA VILAR, Silvia, «Psicoanálisis de los ADR: retos en la sociedad global del siglo XXI», *La Ley. Mediación y arbitraje*, n^o1, 2020.

BARRAL VIÑALS, Immaculada, «La mediación y el arbitraje de consumo: explorando sistemas de ODR», *Revista d'Internet, Dret i política, UOC, IPD* Núm. 11, 2010.

BLANCO CARRASCO, Marta, *Mediación y consumidores*, Instituto Nacional del Consumo, Madrid, 2005.

CACHÓN CADENAS, Manuel, *La ejecución procesal civil*, Atelier, Barcelona, 2^o ed., 2018.

CONFORTI, Oscar Daniel Franco, «La sesión informativa obligatoria en la mediación intrajudicial en España», *Diario La Ley* N^o 1013, 2015.

DUPLÁ, María Teresa/VILALTA, Aura Esther, «Los efectos positivos del Covid-19 en el impulso de la mediación ¿hacia una multi-door courthouse?», *Diario La Ley*, 25-2-2021.

⁶⁵ Propuesta de modificación del art. 247 apartados 3 y 4 de la LEC introducido por el ALEP.

⁶⁶ En la opinión de TORRE SUSAEETA, «Lo que podría articularse como una iniciativa incentivadora de la mediación, o como un instrumento disuasorio de la judicialización, puede acabar convirtiéndose en un mero trámite donde la propia asistencia letrada de las partes sea quien se encargue de rellenar las solicitudes de mediación, a conciencia —y sobre todo en cuanto al objeto o futuribles pretensiones— y sea quien asista y dirija a las partes en el desarrollo de las sesiones, sin arriesgarse a trascender de la simple sesión informativa, para evitar así las posibles sanciones una vez se levante el veto de la confidencialidad». TORRE SUSAEETA, M^a Victoria, «La mediación obligatoria: redefiniendo los métodos alternativos de resolución de conflictos», *Diario La Ley* n^o 9853, Sección Plan de choque de la justicia, Tribuna, 19 de mayo de 2021, p. 15.

GARCÍA VILLALUENGA, Leticia/VÁSQUEZ DE CASTRO, Eduardo, «La mediación a debate en Europa ¿Hacia la voluntariedad mitigada?», *Anuario 2015*, ISSN 2340-9681.

GINEBRA MOLINS, Esperanza/TARABAL BOSCH, Jaume, «La obligatoriedad de la mediación derivada de la voluntad de las partes: las cláusulas de mediación», *Revista para el análisis del derecho (InDret)*, N.4, 2013.

HERRERA DE LAS HERAS, Ramón, «La mediación obligatoria para determinados asuntos civiles y mercantiles», *Revista para el análisis del derecho (InDret)*, N.1, 2016.

HINOJOSA SEGOVIA, RAFAEL, «Los medios adecuados para la solución de controversias en el Anteproyecto de medidas de eficiencia procesal del servicio público de justicia», *Diario La Ley*, 2021.

LÓPEZ YAGÜES, Verónica, «Mediación y proceso judicial, instrumentos complementarios en un Sistema integrado de Justicia Civil», *La Ley 3519/2019, Práctica de Tribunales*, nº 137, marzo-abril, 2019.

MALLANDRICH MIRET, Núria, *Medidas cautelares y arbitraje*, Atelier, Barcelona, 2010.

MAGRO SERVET, Vicente, «Análisis sobre medidas necesarias de desarrollo legal y reglamentario de la Ley 5/2012 de mediación civil y mercantil para el éxito del sistema», *Práctica de Tribunales*, Nº 2254- 948X, 12 de marzo de 2013.

MAGRO SERVET, Vicente, «La ley de mediación obligatoria para resolver los conflictos civiles ante la crisis originada por el Coronavirus», *Diario La Ley*, ISSN 1989-6913, Nº 9618, 2020.

MARTÍN DIZ, Fernando, «Nuevos escenarios para impulsar la mediación en derecho privado: ¿conviene que sea obligatoria?» *Práctica de Tribunales*, marzo-abril Nº137 2019, Wolters Kluwer, 2019, pp. 1-22.

MUNNÉ CATARINA, Frederic/VIDAL TEIXIDÓ, Antoni, «La mediación. Solución pacífica de conflictos. Régimen jurídico y eficacia procesal», *La Ley*, Madrid, 2013.

ORTUÑO MUÑOZ, Pascual, «La mediación intrajudicial» en LAUROBA, Elena/BARRAL, Immaculada/VIOLA, Isabel (dirs.), *Llibre Blanc de la mediació a Catalunya*, Generalitat de Catalunya, 2011.

ORTUÑO MUÑOZ, Pascual, «Comentarios al Anteproyecto de Ley de Eficacia Procesal», *La Ley-Mediación y Arbitraje* nº7, La ley 6791/2021, 2021.

PÉREZ DAUDÍ, Vicente, «La imposición de los ADR ope legis y el derecho a la tutela judicial efectiva», *Revista para el análisis del derecho (Indret)* Nº 2, 2019.

PICO I JUNOY, Joan, «MASC y costas procesales en el futuro proceso civil: ¿La cuadratura del círculo?», *Diario La Ley*, Nº 9801, Sección Plan de choque de la justicia, 2 de marzo de 2021.

RUIZ DE LA FUENTE, Consuelo, «El derecho constitucional a la ejecución de sentencias judiciales firmes», en CACHÓN CADENAS, Manuel Jesús/PICÓ I JUNOY, Joan (Coords.), *La ejecución civil: problemas actuales*, Atelier, 2008, p. 21-36.

RUIZ DE LA FUENTE, Consuelo, «La mediación en la ejecución hipotecaria» en RAMOS MÉNDEZ, Francisco (Dir.), *Hacia una gestión moderna y eficaz de la ejecución procesal*, Atelier, 2014, p. 357-365.

RUIZ DE LA FUENTE, Consuelo, «ADR de consumo: estado de la cuestión sobre la mediación», en PÉREZ DAUDÍ, Vicente (Dir.), *¿Cuarentena de la administración de justicia?*, Atelier, Barcelona, 2021, pp. 269 -285.

SAAVEDRA GUTIÉRREZ, María, «Comentarios al anteproyecto de ley de impulso a la mediación», *Revista para el análisis del derecho (Indret)* N° 3, 2019.

SENÉS MOTILLA, Carmen, «La eficacia del compromiso de mediación y del acuerdo de mediación», *Legal Today*, 2012 (consultado el 16 de marzo de 2021).

TORRE SUSTAETA, M^a Victoria, «La mediación obligatoria: redefiniendo», *Diario la Ley*, Sección Plan de choque de la justicia, N° 9853, 19 de mayo de 2021.

VVAA, *Materials jurídics del Llibre Blanc de la Mediació a Catalunya*, Generalitat de Catalunya, Departament de Justícia, Centre d'Estudis Jurídics Formació Especialitzada, *Justícia i societat*, 2011.

VVAA, *Libro Blanco de la Mediación en Cataluña*, Dir. Casanovas, Magre y Lauroba, Generalitat de Catalunya, Departament de Justícia, 2011.