

La supresión de la voluntariedad como principio de la mediación

Sumario

-

El trabajo que se presenta tiene como objetivo analizar el nuevo escenario que se plantea para la mediación en nuestro país diez años después de su incorporación a nuestro Ordenamiento Jurídico. Para ello, analizaremos las dos últimas propuestas legislativas que intentan dar un impulso a la mediación para su incorporación práctica definitiva.

El primero de los textos a los que nos referiremos, el Anteproyecto de Ley de Impulso de la Mediación, pretendía la instauración de un sistema de mediación “obligatoria mitigada” como paso previo a la vía judicial.

En segundo lugar, debemos referirnos necesariamente al Anteproyecto de Ley de Medidas de Eficiencia Procesal del Servicio Público de Justicia, este nuevo texto supone el tránsito de un sistema tradicional de administrar justicia, hacia la incorporación de fórmulas extrajudiciales que persiguen la garantía del derecho a justicia, para ello, se propone el intento previo de conciliación a través de cualquiera de los métodos autocompositivos previstos (como la mediación), como paso previo a la vía judicial.

Abstract

-

The work presented aims to analyze the new scenario for mediation in our country ten years after its incorporation into our legal system. To this end, we will analyse the last two legislative proposals that seek to give a boost to mediation for its definitive practical incorporation.

The first of the texts to which we shall refer, the Preliminary Draft Law on the Promotion of Mediation, sought the establishment of a system of “compulsory mediation mitigated” as a preliminary step to judicial proceedings.

Secondly, we must necessarily refer to the Draft Law on Procedural Efficiency Measures of the Public Service of Justice, this new text implies the transit of a traditional system of administration of justice, the incorporation of out-of-court formulae that seek to guarantee the right to justice, to this end, the previous attempt of conciliation is proposed through any of the self-monitoring methods envisaged (such as mediation), as a preliminary step to the judicial process.

Title: *The abandonment of voluntary mediation in Spain*

-

Palabras clave: mediación, principios, obligatoriedad, masc

Keywords: *mediation, principles, mandatory, masc*

-

-

1. ***Cuestiones previas***
2. ***Situación actual de la mediación***
3. ***Propuestas legislativas para el impulso de la mediación***
 - 3.1 El Anteproyecto de Ley de Impulso de la Mediación
 - 3.2 El Anteproyecto de Ley de Medidas para la Eficiencia Procesal
4. ***¿Es conveniente la imposición de la mediación?***
5. ***Conclusiones***
6. ***Bibliografía***

-

Este trabajo se publica con una licencia Creative Commons Reconocimiento-No Comercial 4.0 Internacional 

1. Cuestiones previas

La situación actual de la Administración Judicial en España está lejos de ser idílica, ya desde hace tiempo ésta viene aquejada de una honda crisis como consecuencia de la escasez de medios personales y materiales y, por añadidura, la excesiva litigiosidad que reina en nuestro país, como veremos más adelante. Por otro lado, a esta situación de la Administración de Justicia, debemos tener en cuenta la falta de cultura pro-acuerdo en nuestra sociedad, en este sentido, el conjunto de la ciudadanía es reacia al mero intento de consensuar una solución cuando surge un conflicto, judicializando todo.

A la situación expuesta hasta ahora, debemos añadir la declaración de emergencia sanitaria y el consiguiente estado de alarma a través del Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19. La declaración del estado de alarma y las medidas sanitarias adoptadas a fin de contener el avance de la pandemia, supuso la suspensión de todas las actuaciones judiciales –salvo las consideradas urgentes-. Sin duda, una situación que ha contribuido a un empeoramiento de la situación general de nuestros Juzgados y Tribunales. La suspensión de todas las actuaciones procesales tuvo como consecuencia directa el retraso a la hora de tramitar los asuntos pendientes. Además, debemos tener en cuenta que se han interpuesto nuevos asuntos, muchos de ellos derivados de la propia crisis sanitaria¹.

Este retraso de los Juzgados y Tribunales a la hora de finalizar los asuntos planteados suponen un menoscabo en la calidad de la Justicia de los ciudadanos y, en consecuencia, una sensación de insatisfacción por parte del conjunto de la ciudadanía sobre la administración judicial, por ello, es necesaria la incorporación de mecanismos judiciales o extrajudiciales que pongan fin a este deterioro de la calidad de la Justicia.

Precisamente, con ocasión de la crisis sanitaria, como acertadamente señala la profesora BARONA VILAR, se busca “regenerar una Justicia agónica que requiere un replanteamiento de transformación del modelo paradigmático de Justicia”², planteándose como una ocasión única para modernizar y lograr una justicia más eficiente y al servicio de los ciudadanos. Precisamente eso es lo que se pretende alcanzar desde los distintos órganos judiciales, quienes desde el comienzo de la pandemia han venido desarrollando políticas legislativas cuyo objetivo es modernizar el sistema de justicia existente.

Creemos conveniente en este momento hacer un repaso de las cifras para entender mejor la justificación de la pretendida norma. En concreto, debemos referirnos a los datos de los asuntos

¹ Debemos tener en cuenta el gran número de despidos y las consecuencias jurídicas y económicas derivadas de los mismos. Por ejemplo, uno de los ámbitos dónde más problemas surgió fue en el de familia por la imposibilidad de algún progenitor de hacer frente al pago de la pensión de alimentos a la que tiene que hacer frente por la reducción de ingresos.

Otro supuesto relacionado con la familia fue el cumplimiento del régimen de visitas a los menores de edad, en estos casos, las limitaciones de movilidad para contener la expansión del COVID, supusieron necesariamente el incumplimiento de los periodos de visitas previstos en el Convenio Regulador.

En muchos de las situaciones presentadas, fue precisa la intervención de los órganos jurisdiccionales para reconducir todas las cuestiones planteadas, sin tener en cuenta la existencia de mecanismos extrajudiciales que resultarían de plena aplicación por su rapidez a la hora de resolver los conflictos planteados.

² Silvia BARONA VILAR (2020), “Justicia civil post-coronavirus, de la crisis a algunas reformas que se avizoran”, *Actualidad jurídica iberoamericana*, nº 12 bis, 2020, pág. 784.

planteados ante los Juzgados y Tribunales en los últimos años para comprobar la cultura litigiosa presente en nuestro país.

En cuanto a la situación general de los órganos judiciales, en el conjunto de todas las jurisdicciones, desde el año 2016 vemos como el número de asuntos planteados mantiene una tendencia ascendente. De este modo, durante el año 2016 se incoaron un total de 5.813.137, en el 2017, se judicializaron un total de 5.873.689 asuntos con un incremento del 1,1% respecto al año anterior. La tendencia desde entonces, como decimos, es al alza, planteándose en 2018 un total de 5.993.828 asuntos, un incremento del 3% respecto al año de referencia (2016). Por último, las últimas cifras de las que disponemos, en 2019 se plantearon ante los Tribunales un total de 6.279.302 asuntos, un 4,8% más que los ingresados en 2018, incrementándose en el orden jurisdiccional civil un 10%³. Esta tendencia alcista en relación con el número de asuntos planteados supone, inevitablemente, un retraso en los plazos de resolución y, en consecuencia, un menoscabo en la calidad del servicio de justicia a los ciudadanos.

De lo expuesto hasta ahora, podemos concluir que resulta imprescindible impulsar los denominados Métodos Adecuados de Solución de Conflictos (MASC), entre los que destaca especialmente la mediación, para ello, además de las propuestas legislativas adoptadas, consideramos necesaria la creación de políticas sociales que conciencien al conjunto de la población y, especialmente, a los operadores jurídicos, sobre las bondades de estos MASC, superando la falta de cultura negociadora que reina en nuestra sociedad. Además, resulta imprescindible dotar de recursos económicos y personales para apostar decididamente por estos mecanismos, para ello, creemos que es conveniente la formación en este campo, así como la celebración de reuniones científicas sobre los mecanismos extrajudiciales de resolución de conflictos o, incluso con la realización de campañas publicitarias desde los distintos poderes públicos, únicamente de esta forma se podrá superar la idea de juridificar todo.

2. Situación actual de la mediación

La mediación, como método de resolución de conflictos es consustancial al nacimiento de la humanidad, de hecho, podemos encontrarnos con distintas manifestaciones de esta institución en épocas como la romana o la griega. Estas culturas comenzaron a utilizar fórmulas similares a la mediación, atraídos por la flexibilidad de este instrumento de solución de conflictos y la sencillez de su utilización. Como veremos, son muchas las ventajas que se presentan a la hora de resolver las controversias surgidas en la sociedad por medio de la mediación, como, por ejemplo, el ahorro de costes para las partes.

En el seno de la Unión Europea surgen numerosas iniciativas que propugnan y recomiendan a los Estados Miembros la implantación de la mediación como mecanismo alternativo y complementario de la mediación a la vía judicial, con la consiguiente agilización procesal y mejora de la calidad del sistema judicial de cada Estado Miembro.

La primera referencia en la UE a la necesidad de incorporar métodos alternativos de resolución de conflictos será la Recomendación nº 7/1981 del Comité de Ministros a los Estados Miembros del Consejo de Europa, relativas a medidas tendentes a facilitar el Derecho de Acceso a la Justicia.

³ Sobre la situación general de la justicia, puede consultarse el siguiente enlace: <https://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Temas/Estadistica-Judicial/Estudios-e-Informes/Panoramica-de-la-Justicia/> (última consulta: 18/04/2021).

Con ella se animaba a los Estados Miembros a crear medidas diferentes y/o complementarias que contribuyesen a mejorar el acceso a la justicia como solución a los problemas de lentitud, complejidad y coste económico del proceso tradicional. Este instrumento normativo instaba a las partes a que participasen activamente a la hora de resolver las cuestiones litigiosas que se fuesen planteando.

Más tarde, la Recomendación nº 12/1986, del Comité de Ministros a los EEMM, para que éstos adoptasen las medidas oportunas para reducir la sobrecarga de trabajo de sus Tribunales, en esta línea, este texto incentiva la utilización de los mecanismos de resolución alternativa de conflictos, mencionando entre ellos, a la mediación, si bien, referida exclusivamente al ámbito civil y mercantil.

Siguiendo con el íter histórico de la mediación en la UE, uno de las normas que marcó un punto de inflexión sobre la mediación fue la Recomendación 98 (1) relativa a la mediación familiar. Este instrumento normativo, recomendaba fervientemente la instauración de la mediación en los EEMM para su aplicación a los conflictos familiares, donde cobran especial relevancia los beneficios de los MASC (menor coste económico, mayor participación del ciudadano en la resolución de los conflictos que le afectan o para reconducir, en la medida de lo posible, la crisis de la Justicia).

Este camino que ahora expusimos brevemente, culminó con publicación de la Directiva Europea de 2008 sobre mediación en asuntos civiles y mercantiles (Directiva 2008/52/CE, de 21 de mayo, del Parlamento Europeo y del Consejo, sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles), instrumento que consideramos el más importante hasta el momento para la promoción de métodos alternativos y, más en concreto, de la mediación.

Ya dentro de nuestras fronteras, el camino hacia la instauración definitiva de la mediación vino de la mano de la legislación emanada por las Comunidades Autónomas. En ellas se legisló en un primer momento sobre la mediación, si bien quedaba circunscrita al ámbito familiar exclusivamente. Las CCAA, amparadas en la Recomendación 98 (1), arriba referida, y en el art. 39 de la CE -protección de la familia e infancia- y de las competencias asumidas en sus respectivos Estatutos de Autonomía en materia de servicios sociales o asistenciales⁴, comenzaron a publicar leyes específicas sobre mediación familiar.

En el ámbito estatal, se dictó la Ley 5/2012, de 6 de julio de mediación en asuntos civiles y mercantiles, así como el Real Decreto 980/2013, de 13 de diciembre, por el que se desarrollan determinados aspectos de dicha ley, se dictaban con la vocación decidida de asentar la mediación como instrumento de autocomposición eficaz de controversias entre las partes, en lo que se refiere al Derecho Privado, en el ámbito de sus relaciones de derecho disponible⁵.

⁴ Faustino CAVAS MARTÍNEZ y Carmen SÁNCHEZ TRIGUEROS (2005), "La distribución de competencias entre el Estado y las comunidades autónomas en materia de trabajo, empleo y protección social: una sinopsis", *Anales de Derecho*, nº 23, Universidad de Murcia, 2005, págs. 103-128.

⁵ Sobre esta cuestión, siguiendo a la profesora FERNÁNDEZ LÓPEZ, puede deberse a dos razones fundamentales. Por un lado, desde el punto de vista de la sociología, deriva en la escasa aplicación de los sistemas de mediación en nuestro país, por las causas ya expresadas anteriormente en este trabajo, tanto fuera como dentro del proceso, producto de la escasa cultura mediadora frente a la instaurada "cultura de la confrontación", en cuanto que una vez surge un conflicto, los implicados optan por acudir a los Tribunales, al considerarse la única vía posible, ya sea por imposición social o normativa.

A pesar de las medidas legislativas hasta ahora expuestas y el lapso de tiempo transcurrido desde la aprobación de cada una de estas normas, la mediación todavía no ha conseguido demostrar su operatividad en nuestro país a la hora de resolver conflictos frente a la vía contenciosa de resolución de conflictos, siendo poco frecuente el recurso a este instituto de resolución de conflictos en primer término. De hecho, desde la implantación de la mediación en nuestro país, afloraron proyectos pilotos para la utilización de la mediación en sede judicial, éstos terminaron por desaparecer consecuencia de la merma de recursos económicos y la falta de concienciación de los ciudadanos. Las cifras de conflictos que se someten al proceso tradicional siguen siendo muy superiores al número de mediaciones llevadas a cabo en nuestro país, tanto en el seno del proceso como previamente a la interposición de la demanda, pese a las numerosas ventajas que presenta la mediación.

Destaca el papel asumido por las autonomías⁶, en este sentido, han adoptado, siempre que las competencias asumidas en materia judicial lo han permitido, nuevas políticas legislativas tendentes a la potenciación de la mediación todos los órdenes jurisdiccionales. Para que quede constancia de este punto, podemos mencionar el importante papel desarrollado desde las CCAA de Navarra, Cataluña y la Comunidad Valenciana, ésta última ha incorporado definitivamente la mediación a través de la creación de centros de mediación en todos los órdenes jurisdiccionales⁷.

A las dificultades señaladas, se une la importante labor que está llevando a cabo la Unión Europea reservando un apartado a los sistemas extrajudiciales de resolución de conflicto y en mayor medida a la mediación. El Parlamento Europeo en su Informe de 27 de junio de 2017, sobre la aplicación de la Directiva 2008/52/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 mayo 2008⁸,

Por otro lado, desde una perspectiva jurídico-procesal, afloran los problemas de compatibilidad entre el proceso y la mediación, pues nuestro proceso judicial se basa en los principios de legalidad -este principio general del Derecho supone, de un lado, la primacía de la ley y el sometimiento de los poderes públicos, Estado y particulares a la Constitución y el resto de normas del Estado, y de otro lado, en relación sobre todo con el Derecho penal, constituye una garantía de seguridad y certeza jurídica, pues es esencial que el hecho enjuiciado fuese previamente reconocido por la Ley- y seguridad jurídica como manifestaciones de la tutela judicial efectiva, María Amaya, FERNÁNDEZ LÓPEZ (2015), *La mediación en procesos por violencia de género*, Aranzadi, Pamplona, págs. 15 y ss.

⁶ El éxito de las políticas gubernativas a favor de la implantación de la mediación destaca también en la Rioja, siendo ésta la CCAA con menor tasa de litigiosidad en detrimento de la utilización de mecanismos extrajudiciales de resolución de conflictos (véase, https://www.20minutos.es/noticia/4657660/0/servicio-mediacion-del-ejecutivo-regional-convierte-a-la-rioja-en-la-comunidad-con-la-menor-tasa-de-litigiosidad/?utm_source=whatsapp.com&utm_medium=socialshare&utm_campaign=mobile_web, última consulta: 17/05/2021).

Aragón es otra de las CCAA que en los últimos años apuesta definitiva por la mediación, su objetivo es imponerla en todos los órdenes jurisdiccionales, véase, <https://www.aragondigital.es/2021/04/09/aragon-pretende-impulsar-la-mediacion-como-un-instrumento-judicial-obligatorio/> (última consulta: 17/05/2021).

⁷ Puede consultarse la nueva norma valenciana de mediación en el siguiente enlace: https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2019-966 (última consulta: 17/05/2021).

⁸ Pueden consultarse las conclusiones del Parlamento Europeo sobre la aplicación de la Directiva de Mediación en el siguiente enlace: https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/A-8-2017-0238_ES.html?redirect#title2 (última consulta: 01/05/2021).

hace suya la petición de la Comisión que recomienda a los Estados miembros intensificar sus esfuerzos por fomentar y alentar el recurso a la mediación.

El primer intento de imposición de la mediación se realizó en el año 2019 a través del Anteproyecto de Ley de Impulso de la Mediación. El legislador en este texto apostaba decididamente por la mediación, imponiéndola con carácter previo al acceso a la vía judicial en determinados asuntos. Esta propuesta legislativa, como veremos más adelante, suponía el abandono del modelo de mediación vigente hasta el momento en nuestro país, basado en la voluntariedad de las partes para “obligarlas” a, al menos, un intento previo de mediación, con la asistencia obligatoria a una sesión informativa y exploratoria.

Más tarde, ya en 2020, fueron muchas las voces que se manifestaron a favor de la incorporación de la mediación de forma definitiva en nuestro OJ para dar a los ciudadanos una solución rápida y eficaz de todos los conflictos que se avecinaban como consecuencia de la pandemia sanitaria e, incluso, para mitigar el colapso a los que están sometidos los Tribunales. Sin embargo, este impulso de la mediación no debe ser entendida como un mecanismo válido con el que hacer frente a la crisis sanitaria vivida, la mediación debe propugnarse como una medida de futuro que debe asentarse como método de resolución de conflictos al que las partes confíen su utilidad.

En este sentido, el 15 de diciembre de 2020, el Consejo de Ministros aprobó el Anteproyecto de Ley de Medidas de Eficiencia procesal del servicio público de justicia, en él se destaca la necesidad de implementar mecanismos eficaces que permitan hacer frente a las dificultades que se plantean en el correcto funcionamiento de los Juzgados y Tribunales. Con el se pretende dar solución a los ciudadanos y que la Administración les garantice un servicio de Justicia público que resulte eficiente y justo para todos los ciudadanos.

En todo caso, ambos Anteproyectos apuestan por cambiar el modelo de mediación que hasta ahora regía en nuestro Ordenamiento Jurídico, de manera que se configura obligatoriamente un intento previo de negociación, esta negociación puede ser realizada a través de la mediación. Esta actividad previa debe realizarse antes de acceder a la vía judicial constituyendo, por tanto, un requisito procesal de obligado cumplimiento para la admisibilidad de la demanda y el consiguiente inicio de la actividad jurisdiccional. Debemos señalar que en ningún caso se obliga a las partes a finalizar esta actividad negocial con acuerdo, pudiendo abandonarla en el momento que estimen oportuno, como tendremos ocasión de señalar y analizar pormenorizadamente.

Las propuestas legislativas pro-mediación no se circunscriben en exclusiva al orden jurisdiccional civil, en el ámbito penal, debemos es preciso hacer referencia al Anteproyecto de LECrim, recientemente informado al Consejo de Ministros (24/11/2020), en él el legislador opta decididamente por introducir mecanismos alternativos al ejercicio exclusivo de la jurisdicción para la resolución de los conflictos en el orden jurisdiccional penal⁹, siguiendo la estela de los fallidos Anteproyectos de reforma de la LECrim del año 2011 y en la Propuesta de Código procesal de 2013. Consideramos necesaria esta reforma legislativa, pues resulta necesario dotar de regulación legal todas las mediaciones que hasta ahora se vienen realizando a través de los

⁹ Para un estudio de la mediación en el orden jurisdiccional penal, véase, Inés Celia IGLESIAS CANLE, Ana Isabel GONZÁLEZ FERNÁNDEZ y Arián GONZÁLEZ PÉREZ (2020), “Derecho de defensa en el proceso penal español y violencia sobre la mujer. Especial referencia a la violencia sexual” en María José BRAVO BOSCH (Dir.), *Feminización y Justicia*, Tirant lo Blanch, Valencia, págs. 279-345.

Protocolos del Consejo General del Poder Judicial y que han mostrado unos resultados magníficos¹⁰.

3. Propuestas legislativas para el impulso de la mediación

3.1 El Anteproyecto de Ley de Impulso de la Mediación

El ALIM es la respuesta a las peticiones del Simposio “Tribunales y Mediación: balance de un año de vigencia de la Ley 5/2012”, impulsado por GEMME y Consejos Generales del Poder Judicial, Abogacía, Notariado y Cámaras de Comercio de España. Sus conclusiones parten del análisis de las dificultades para el desarrollo de la mediación en nuestro país. En este Simposio se propuso la creación de medidas que pongan en valor la mediación para que el conjunto de la ciudadanía conozca esta institución y la considerasen una opción a tener en cuenta para la resolución de los conflictos.

El objetivo propuesto con el anteproyecto que ahora analizamos, como se desprende de la Exposición de Motivos, es “articular formulas abiertas y flexibles que contribuyan decididamente a implantar la mediación como institución complementaria de la Administración de la Justicia y a incrementar su difusión y presencia en el desenvolvimiento de las relaciones jurídicas entre particulares”. Todo ello, para impulsar definitivamente la mediación en España. El legislador considera que la mejor forma de conseguirlo es a través de la implementación y establecimiento de normas procesales con este fin.

Entre las medidas pretendidas con el ALIM destaca el abandono de la voluntariedad vigente hasta el momento para la implementación de una “obligatoriedad mitigada”, siguiendo otros modelos de derecho comparado, como el italiano¹¹. A pesar de ello, las partes no quedan obligadas a finalizar la mediación con la consecución de un acuerdo¹².

Para la introducción del nuevo modelo de mediación, el ALIM modifica sustancialmente la LEC, introduciendo diecisiete apartados en los que se responde al deseo del legislador de impulsar la mediación a través de la denominada “obligatoriedad mitigada”, así como la derivación a

¹⁰ Entre otros, puede verse, Alberto José OLALDE ALTAREJOS (2018), “La percepción de los equipos de justicia restaurativa del servicio de mediación intrajudicial de Euskadi sobre el protocolo de funcionamiento”, *Oñati Socio-legal Series* [online], 9 (4), 2018, págs. 494-518.

¹¹ Giampaolo IMPAGNATIELLO (2014), “La mediazione civile in Italia” en Inés Celia IGLESIAS CANLE (Coord.), *Mediación, Justicia y Unión Europea*, Tirant lo Blanch, Valencia, págs. 157-185, Ennio CAVUOTTO (2014), “La nueva mediación obligatoria en Italia” en Inés Celia IGLESIAS CANLE (Coord.), *Mediación, Justicia y Unión Europea*, Tirant lo Blanch, Valencia, págs. 299-310, Inés Celia IGLESIAS CANLE (2019), *Situación actual de la Justicia en España e Italia desde una perspectiva constitucional*, Tirant lo Blanch, Valencia, págs. 130 y ss.

¹² La incorporación de esta obligatoriedad mitigada nos transporta, en cierta medida, a la originaria incorporación de la mediación a nuestro OJ, pero, en el Proyecto de 2011, se hacía mención a ella en términos de complementariedad, de modo que en el precitado Proyecto se refería a ella en los siguientes términos: “se regula la facultad de las partes para disponer del objeto del juicio y someterse a mediación y se exige que con carácter previo al proceso las partes hayan intentado resolver su conflicto a través de la mediación en los juicios verbales de reclamación de cantidad”. Esta referencia quedaba patentado en el art. 7 de la proyectada norma, así, se establece la voluntariedad de la mediación, salvo, que en la legislación procesal se prevea la obligatoriedad de su inicio.

mediación cuando el Tribunal lo estime conveniente. En ambos casos, se trata de lograr una solución más ágil y efectiva que el proceso tradicional.

Fueron muchos los detractores de la instauración de esta obligatoriedad mitigada de la mediación por cuanto que supondría un merma en los derechos de los justiciables, especialmente en lo referido al derecho de acceso a los Tribunales, protegido en el art. 24 CE, sobre esta cuestión volveremos más adelante.

La propuesta del ALIM 2019, como ya pusimos de manifiesto, ofrece dos variantes de mediación obligatoria. La primera de ellas, de carácter extrajudicial se trata de que en determinadas materias o procesos sea necesario que las partes reciban información clara y precisa de la mediación, así como de su procedimiento y de los beneficios de esta figura frente a la vía judicial. En este sentido, deberá celebrarse previamente a la interposición de la demanda una sesión informativa y exploratoria del conflicto. A pesar de ser un requisito procesal necesario para acceder a la vía judicial no supone la obligación concluir todo el procedimiento de mediación, ni mucho menos se trata de obligar a las partes a la consecución de un acuerdo¹³.

Para la adecuación de la norma a esta obligación, se modifica el art. 266 de la LEC, dónde se propone que, junto con la demanda, deba acompañarse “1º. La certificación o copia simple del acta levantada por el mediador en la que necesariamente se hará constar, además de los extremos previstos en la regulación sobre mediación en asuntos civiles y mercantiles, las circunstancias en las que tuvo lugar la convocatoria de las partes interesadas o, en su caso, la falta de justificación a la inasistencia de las partes, en los casos en que ésta debe ser perceptivamente intentada con carácter previo a la presentación de la demanda”.

En todo caso, como ya pusimos de manifiesto, esta “obligatoriedad” previa a la vía judicial, supone la asistencia y celebración de una sesión informativa y exploratoria –que se pueden celebrar el mismo día-, dentro de los seis meses anteriores a la presentación de la demanda. Será precisa la asistencia personal de las partes o, en el caso de las personas jurídicas, de su representante legal o persona con poder para transigir¹⁴, sin que en ningún caso las partes estén obligadas a la finalización con éxito de la mediación.

Las materias por las que es necesaria esta primera sesión de mediación quedan recogidas en el modificado art. 6, quedando las partes libres para decidir someterse o no a mediación en las restantes. En concreto, es necesario el intento de mediación en:

- Medidas que se adopten con ocasión de la declaración de nulidad, separación o divorcio o las relativas a la guarda y custodia de los hijos menores o alimentos en procesos de familia

¹³ Justifica el propio ALIM en su exposición de motivos que con esta obligación no se conculca el derecho a la tutela judicial efectiva, pues en todo caso queda garantizado el derecho de acceso a la jurisdicción; tampoco se vulnera el principio de voluntariedad que debe regir a la mediación, pues en ningún caso se exige solucionar los conflictos de esta forma. Con ello también se cumplen con los requisitos establecidos por nuestro Tribunal Constitucional y el Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

¹⁴ Con el objetivo de garantizar la especialización de los mediadores tanto en las materias que con carácter previo, se obliga a una primera sesión informativa y para aquellos casos de derivación judicial a mediación, se prevé la obligatoriedad de la inscripción de los mediadores e instituciones de mediación en un Registro dependiente del Ministerio de Justicia o, en su caso, en los registros habilitados en las distintas CCAA.

- Responsabilidad extracontractual (que no sean causa de un hecho de la circulación) y por negligencia profesional
- Sucesiones y división judicial del patrimonio
- Conflictos societarios en entidades mercantiles
- Propiedad horizontal y en comunidades de bienes
- Derechos reales sobre cosa ajena
- Contratos de distribución, agencia, franquicia, suministro de bienes y servicios siempre que hayan sido objeto de negociación individual
- Reclamaciones de cantidad, entre personas físicas –que no sean de consumo– inferiores a 2.000€
- Defectos constructivos derivados de un contrato de arrendamiento de obra
- Protección de los derechos al honor, intimidad o a la propia imagen
- Procesos arrendaticios (únicamente aquellos que deban ventilarse a través del juicio ordinario)

El propio articulado del Proyecto incorporaba el mecanismo a la hora de elección del mediador para las partes, distinguiendo si se trata de la mediación preprocesal o intrajudicial. Para el primer caso, quien pretenda formular demanda, designará bien directamente o a través de una institución de mediación al mediador o mediadores que figuren inscritos en el Registro de Mediadores e Instituciones de mediación dependiente del Ministerio de Justicia o bien de las CCAA en las que existan convenios suscritos o de colaboración. En el supuesto de la mediación intrajudicial, el Tribunal concede un plazo de 5 días para que las partes, de común acuerdo, designen a un mediador o institución de mediación para la celebración de las sesiones.

Por otro lado, entre las medidas adoptadas para mejorar el tratamiento de la mediación, destaca la exención de costas procesales a la parte que acude a mediación en detrimento del “castigo” a aquella posición procesal que, sin justificación, no acude a la sesión obligatoria de mediación. Del mismo modo se prevé la posibilidad de acordar medidas cautelares en caso de que exista acuerdo o pacto en la mediación.

En cuanto a la mediación intrajudicial, una vez analizado el caso concreto, el Juez que está conociendo el asunto considere que la cuestión ante él planteada sea mediable y, en ese momento, derive a las partes a mediación, siempre y cuando no se haya intentado con carácter previo al proceso. La medida legislativa propuesta con este fin se previene la modificación del Capítulo IX de la LEC, que llevaría por título “De la mediación por derivación judicial”, para la derivación a mediación de un procedimiento durante la primera y segunda instancia de un proceso declarativo.

Sobre el principio de confidencialidad también se refiere el ALIM estableciendo que todos los documentos que formen parte de la mediación están sujetos a este principio sin que en ningún caso puedan ser fuente de prueba en un procedimiento posterior. Sin embargo, no será confidencial la información de qué parte o partes no acudieron a la sesión informativa y, en su caso, exploratoria.

Se pretende la puesta en marcha de una Comisión de Seguimiento del Impulso de la Mediación, como observatorio para analizar la aplicación de las medidas y las repercusiones jurídica y económicas derivadas de la aplicación práctica de la proyectada norma, de manera que este órgano colegiado, una vez analizado todo lo relativo a su aplicación, evalúe las modificaciones que en su caso sean necesarias.

Finalmente, en cuanto a la reforma de la LAJG, se introduce la mediación entre las materias incluidas en el este derecho fundamental en coherencia con la apuesta del legislador por este mecanismo de resolución de conflictos.

3.2 El Anteproyecto de Ley de Medidas para la Eficiencia Procesal

Al inicio de este trabajo nos hemos referido a las deficiencias presentes en el actual modelo de Justicia existente en nuestro país, que no ha sido modificado desde hace décadas. Este hecho impide ofrecer a los ciudadanos un servicio público de justicia de calidad, tal como se deriva de la CE. Amén de lo expuesto, este modelo no resulta suficiente para responder de forma ágil, flexible, rápida, accesible y económicamente adecuada, debiendo adaptarse además a la sociedad post-pandemia¹⁵.

En el contexto enunciado se enmarca el Anteproyecto de Medidas de Eficiencia Procesal (en adelante, AMEP), que vamos a analizar en este momento. El AMEP plantea distintas medidas de eficacia organizativa y eficiencia procesal que cumplen con el objetivo de modernizar y adecuar el modelo tradicional de justicia vigente en la actualidad a los nuevos tiempos que se corren¹⁶.

De la Exposición de Motivos del AMEP se desprende que el objetivo del mismo consiste en “afianzar que el acceso a la justicia suponga la consolidación de derechos y garantías de los ciudadanos y ciudadanas; que su funcionamiento como servicio público se produzca en condiciones de eficiencia operativa; y que la transformación digital de nuestra sociedad reciba traslado correlativo en la Administración de Justicia”. En esta tesitura surge la necesidad de introducir mecanismos eficientes que permitan hacer frente al previsible incremento de litigiosidad derivado de la propia pandemia y, además, recuperar el pulso de la actividad judicial reanudados los plazos y términos procesales en suspenso desde marzo a mayo de 2020.

El AMEP se estructura en tres grandes grupos de reforma, a los efectos de este trabajo, únicamente nos vamos a referir al primer bloque de medidas legislativas propuestas, que son las referidas a la introducción de los Medios Adecuados de Solución de Controversias (MASC)¹⁷.

¹⁵ Silvia BARONA VILAR (2020), “Justicia civil post-coronavirus...”, pág. 785.

¹⁶ El propio Ministro de Justicia, Juan Carlos Campo Moreno, en la rueda de prensa posterior a la publicación del Anteproyecto, destacaba la necesidad de crear un nuevo instrumento normativo que contribuya en la mejora del servicio público de justicia, de forma que se debe incorporar un nuevo texto que se centre «en el ciudadano y poniendo al ciudadano en el centro de toda la gestión», únicamente de este modo se conseguiría el ansiado objetivo de adecuar la Administración a los tiempos actuales. Puede consultarse el contenido íntegro de la rueda de prensa en la que se pone de manifiesto la justificación de la publicación del Anteproyecto de Ley de Medidas de Eficiencia Procesal en el siguiente enlace: <https://www.lamoncloa.gob.es/consejodeministros/ruedas/Paginas/2020/rpcm15122020.aspx> (última consulta: 18/04/2021).

¹⁷ Los restantes bloques de reforma se refieren a la modificación de la legislación procesal en todos los órdenes jurisdiccionales, a fin de agilizar los procesos planteados en cada uno de los órdenes

Se entiende por MASC “cualquier tipo de actividad negocial a la que las partes de un conflicto acuden de buena fe con el objeto de encontrar una solución extrajudicial al mismo, ya sea por sí mismas o con la intervención de un tercero neutral” (art. 1 AMEP). Ahora nos vamos a referir fundamentalmente a la mediación, institución que venimos analizando a lo largo de este artículo.

Se establece un amplio elenco de MASC que favorece a las partes la libre elección de los mismos con el fin anteriormente referido de dar un nuevo enfoque a nuestro tradicional modelo de Justicia. En este sentido, se contempla la actividad negocial, la conciliación privada, la oferta vinculante confidencial, la opinión del experto independiente, la mediación, así como cualesquiera otros procedimientos previstos en la legislación especial (consumo). Con todo, se potencia el uso de la mediación, significando la vigencia de la LM y el RD 980/2012, por el que se desarrollan determinados aspectos de esta Ley siendo la Ley que ha de regir en todos los procedimientos de mediación.

Siguiendo la estela iniciada por el ALIM, que las partes intenten la consecución de un acuerdo a través de uno de estos mecanismos, supondrá un requisito inexcusable antes de la interposición de la correspondiente demanda. Para considerar cumplido este requisito, será necesario, además, que exista identidad entre el objeto de la negociación y el objeto del litigio, independientemente de que las pretensiones sobre él puedan variar. La iniciativa para acudir a los MASC puede proceder de una de las partes o de ambas de común acuerdo previamente al proceso judicial (mediación extrajudicial), o bien, por una decisión judicial de derivación a las partes a este tipo de medios de solución de conflictos (mediación intrajudicial).

En todo caso, las partes no podrán acudir a un MASC de los previstos en el AMEP, ni aún por derivación judicial, los conflictos que afecten a derechos y obligaciones que no estén a disposición de las partes en virtud de la legislación aplicable ni los que versen sobre alguna de las materias excluidas de la mediación conforme a lo dispuesto en el artículo 87 ter de la LOPJ, sin perjuicio de la posible aplicación de los medios adecuados de solución de controversias a los efectos y medidas previstos en los artículos 102 y 103 del CC.

Esta actividad negocial previa a la presentación de la demanda no constituirá un requisito de procedibilidad cuando el objeto del proceso se refiera a la tutela judicial civil de derechos fundamentales, la adopción de las medidas previstas en el artículo 158 del CC o cuando se solicite autorización para el internamiento forzoso por razón de trastorno psíquico conforme a lo dispuesto en el artículo 763 de la LEC.

La proyectada Ley modifica el art. 266 de la LEC para prever que habrá de acompañarse a la demanda el documento acreditativo de la actividad negocial previa a la vía judicial (tanto la mediación como cualquiera de los otros MASC previstos en el AMEP). También modifica el artículo 399 en su apartado 3, sobre el contenido de la demanda, y el apartado 2 del artículo 403

jurisdiccionales de forma eficiente y eficaz, reforzando la seguridad jurídica a los justiciables, como ya pusimos de manifiesto cuando hablamos de la justificación de este Anteproyecto. Finalmente, por último, va encaminado a las reformas procesales encaminadas a la transformación digital, de esta forma, se pretende evitar los desplazamientos a las sedes judiciales con la consiguiente reducción de costes, permitiendo que la tramitación de los distintos procedimientos sea más ágil. Con las medidas pretendidas en este ámbito, se pretende poner fin al camino emprendido por la Ley 18/2011 y adaptar el sistema judicial español al resto de países de nuestro entorno.

sobre su inadmisión en caso de que no conste acreditado este intento de negociación previo obligatorio.

Para dar cumplido este requisito, de acuerdo con el art. 7 AMEP, se distingue si intervino un tercero neutral o no. En este último caso, “la acreditación podrá cumplirse mediante cualquier documento firmado por ambas partes en el que se deje constancia de la identidad de las mismas, la fecha, el objeto de la controversia, y la determinación de la parte o partes que formularon propuestas iniciales. En su defecto, podrá acreditarse el intento de negociación mediante cualquier documento que pruebe que la parte requerida ha recibido dicha propuesta y en qué fecha, y que ha podido acceder a su contenido íntegro”.

De existir la intervención de este tercero neutral en el desarrollo de las negociaciones, éste deberá expedir, a petición de cualquiera de las partes, de un documento en el que necesariamente debe constar la siguiente información:

- a) La identidad del tercero, su cualificación, colegio profesional o institución a la que pertenece
- b) La identidad de las partes.
- c) El objeto de la controversia.
- d) La fecha de la reunión o reuniones mantenidas.
- e) La declaración solemne de que las dos partes han intervenido de buena fe en el proceso, para que surta efectos ante la autoridad judicial correspondiente.

En caso de inasistencia de la parte requerida o si ésta rechaza la invitación a acudir a mediación, se hará constar, determinando la forma en la que se ha realizado la citación efectiva, la justificación de hacerse realizado, así como la fecha de recepción de la misma. En el supuesto de que sea el propio promotor de la negociación el que no comparece, se hará constar documentalmente tal circunstancia, expidiéndose un justificante en este sentido.

Con carácter general, las partes son libres para decidir acudir o no asistidas de un Abogado a un procedimiento de mediación, no obstante, esta asistencia técnica sí será perceptiva cuando se acuda a la formulación de una oferta vinculante o se acuda a la conciliación privada o a la mediación, siempre que el conciliador o el mediador no sea profesional del derecho (art. 2 AMEP). En todo caso, si la cuantía no supera los 2.000€ o si una Ley lo contempla de manera expresa, no será obligatorio para las partes acudir con abogado.

La Ley prevé distintos mecanismos para conseguir los fines previstos con la instauración de esta actividad negociadora previa, en cuanto a los efectos de los plazos, la solicitud inicial de una de las partes interrumpirá la prescripción y suspenderá la caducidad de la acción, contando éstos desde la fecha en la que de la recepción de la solicitud por algún medio fehaciente que permita tener constancia de la efectiva recepción de la solicitud por la parte contraria. La reanudación de este cómputo se reiniciará treinta días después a contar desde la fecha de recepción de la notificación de la primera sesión de mediación, todo ello a pesar de que ésta no se llegue a realizar o no se obtenga una respuesta a la misma por escrito.

En cualquier caso, la interrupción o suspensión se prolongará hasta la fecha de la firma del acuerdo o, en caso contrario, hasta la finalización del procedimiento de mediación.

Si la propuesta de mediación no obtiene respuesta o bien, tras la celebración de las sesiones de mediación no se consigue llegar a ningún acuerdo, las partes deberán interponer en el plazo de tres meses la correspondiente demanda, a contar desde la recepción de la propuesta inicial o desde la finalización del procedimiento de mediación sin avenencia. Si en este periodo ninguna de las partes presenta la correspondiente demanda para la tutela de sus intereses, deberá instar un nuevo procedimiento de mediación si su deseo es instar de nuevo la acción judicial.

En relación con el acuerdo deberá quedar constancia de las concesiones adoptadas en un documento, firmado por los intervinientes, dónde se hará constar la identidad y el domicilio de las partes y, en su caso, la identidad del tercero neutral que haya intervenido en el procedimiento, el lugar y la fecha de celebración de la negociación o mediación.

De la misma manera, la tercera persona interviniente, dejará constancia de las obligaciones asumidas por cada parte y que las mismas han sido adoptadas en el seno de un procedimiento ajustado a la legalidad vigente. Este acuerdo tendrá el valor de cosa juzgada para las partes, no pudiendo presentar demanda con igual objeto.

Para que el acuerdo alcanzado tenga valor de título ejecutivo debemos hacer referencia a dos situaciones diferentes. El primero de ellos se refiere a la posibilidad de que las partes asuman recíprocamente el compromiso de elevar el acuerdo suscrito a escritura pública¹⁸. La segunda posibilidad se refiere a la posibilidad contemplada en la legislación o, de proceder el acuerdo de un procedimiento de mediación intrajudicial, en ese caso, las partes podrán solicitar del propio tribunal su homologación.

Asimismo, se contempla la posibilidad de que el acuerdo de mediación deba producir efectos fuera de nuestras fronteras, en estos supuestos, además de la necesaria elevación a escritura pública, se deberá dar cumplimiento a los requisitos que, en su caso, puedan exigir los convenios internacionales en que España sea parte y las restantes normas de la UE.

Tal como se establece ya en la vigente LM, contra lo convenido en el acuerdo que ponga fin al conflicto únicamente se podrá plantear la acción de nulidad por las causas que invalidan los contratos (art. 10.2 AMEP).

También es objeto de regulación el deber de confidencialidad de lo tratado en cualquier MASC. La regla general establecida en la proyectada norma es que ninguno de los intervinientes podrá revelar información, ni la obtenida a través de la prueba documental ni oral, conocida a través de esta actividad negocial previa.

En cualquier caso, la vulneración de este deber de confidencialidad, generará la correspondiente responsabilidad conforme a lo previsto en el OJ. Ahora bien, se contemplen tres excepciones a esta regla general, de forma casi idéntica a la LM vigente (art. 6 AMEP):

a) Cuando todas las partes de manera expresa y por escrito se hayan dispensado recíprocamente o al tercero neutral del deber de confidencialidad.

¹⁸ En este caso, los gastos notariales serán sufragados según lo acordado por ellas, en defecto de acuerdo para la asunción de estos gastos, serán satisfechos por aquella que solicite su elevación, sin perjuicio de la repercusión que, en su caso, pudiera producirse en el proceso de ejecución en materia de costas previsto en los arts. 241.6º y 539 LEC.

b) 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 artículo 245 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil.

c) Cuando, mediante resolución judicial motivada, sea solicitada por los jueces del orden jurisdiccional penal.

En cuanto a los honorarios de los profesionales intervinientes, la proyectada Ley también hace mención a este extremo, distinguiendo si las partes acuden acompañadas de sus abogados, en cuyo caso deben ser ellas mismas las que abonen sus honorarios. Distingue también si interviene un tercero neutral, en este caso, sus honorarios profesionales serán objeto de acuerdo previo con las partes intervinientes. Si la parte requerida para participar en el proceso negociador no rehúsa su intervención, deberá el requirente abonar íntegramente los honorarios devengados hasta ese momento por el tercero neutral.

Se regulan también la mediación desarrollada por medios telemáticos en el proyectado artículo 5. De este modo, las partes podrán acordar que todas o alguna de las actuaciones de negociación puedan celebrarse por medios telemáticos, de videoconferencia u otro medio análogo de transmisión de la voz o imagen, eso sí, debe garantizarse el respeto a las normas previstas en la LM. Recogiendo la misma previsión que en la vigente LM, se establece que la mediación electrónica será preferente para las reclamaciones de cantidad que no excedan de 600€.

Para actuar como mediador, será preciso cumplir una serie de requisitos, de esta forma, será perceptiva su inscripción en el Registro de Mediadores e Instituciones de Mediación dependiente del Ministerio de Justicia o, en su caso, en los registros de mediadores habilitados por las Comunidades Autónomas, como ya se preveía en el ALIM y como reza la propia LM. En cuanto su elección para actuar como tal, puede ser de común acuerdo entre los intervinientes o, a falta de consenso, se contempla la posibilidad de que sea una de las partes la que escoja a este profesional. En los supuestos de derivación judicial, de no haber acuerdo entre las partes, se nombrará a uno de la lista de mediadores que exista ante el Tribunal Superior de Justicia, la Audiencia Provincial o el Decanato de los juzgados unipersonales.

Finalmente, destaca la previsión contenida en el art. 4.3 AMEP que prevé que, los Tribunales tomen en consideración a los efectos de costas e imposición de multas o sanciones de las previstas en la LEC, la actitud de las partes en esta negociación previa respecto a la solución amistosa y el eventual abuso del servicio de Justicia. Como vemos, nace en este cuerpo legal el concepto de abuso del servicio de justicia, refiriéndose a la utilización fraudulenta del mismo.

En definitiva, con este Anteproyecto de Ley se pretende poner solución al número de conflictos planteados en sede judicial que podrían tener una mejor solución en vía extrajudicial, sin colapsar aún más los Tribunales y contribuyendo a mejorar este servicio público de justicia. Sin duda, es una apuesta arriesgada del legislador que veremos si obtiene los resultados esperados.

4. ¿Es conveniente la imposición de la mediación?

Las propuestas legislativas en materia de mediación analizadas en el epígrafe anterior ha supuesto reavivar en la doctrina viejos debates sobre la vulneración de la tutela judicial efectiva en cuanto que limita este derecho en su vertiente de derecho de acceso a la jurisdicción protegido en el artículo 24 de la CE, en cuanto que “limitan de manera injustificada, irrazonable y desproporcionada” el ejercicio a este derecho fundamental.

Como sabemos, el modelo de mediación vigente hasta el momento se caracterizaba por la libertad de elección de las partes de acudir voluntariamente a este mecanismo de resolución de conflictos. Con el abandono de esta idea de mediación, ya avanzamos que se deja atrás esta voluntariedad para imponer su utilización como paso previo necesario a la demanda correspondiente ante los órganos del orden jurisdiccional civil¹⁹. Se trata de una medida que resulta de suma controversia en la doctrina por lo anteriormente apuntado brevemente.

Sus detractores anteponen el principio de voluntariedad que debería regir en cada uno de los MASC a la imposición ope legis de cualquier intento de mediación previo a la interposición de la demanda. Esta medida legislativa, para los partidarios de su no introducción en el OJ, entienden que es una medida contradictoria con la propia naturaleza de este mecanismo de gestión de conflictos, en cuanto que con ella se busca un acuerdo de consenso entre las partes, imposible de alcanzar si se omite esta voluntariedad a la hora de acceder a mediación.

A pesar de ello, en nuestra opinión únicamente estaríamos en un escenario contrario a los principios inherentes de la mediación si se nos obliga a concluir finalmente el procedimiento de mediación en su integridad. Únicamente en ese supuesto quedaría en entredicho este principio esencial de la mediación²⁰.

E, incluso, yendo más allá de los efectos de la mediación en el proceso, son muchos los que se posicionan en contra de la opción legislativa elegida por cuanto que no va a tener los fines esperados, lejos estamos aún de tener concienciada al conjunto de la ciudadanía sobre las ventajas ofrecidas por los diversos mecanismos adecuados de resolución de conflictos o métodos extrajudiciales, por ello, su imposición no parece recomendable. En este sentido, una de las voces más representativas en materia de mediación, como es BARONA VILAR, entiende que no es recomendable, independientemente de la mayor o menor entidad del asunto sobre el que se pretende la tutela del Estado, en tanto que “desde la libertad es mucho más factible el éxito, en cuanto el acuerdo será el producto de un acto voluntario de opción, acudiendo a la mediación por considerar que es el mejor de los medios para solventar las disputas”. En esta tesitura, prosigue, añadiendo que “en cualquier circunstancia, se trata de una mediación obligatoria, que cuanto menos, resulta poco atractiva si lo que se pretende es favorecer la cultura de la mediación desde la decisión de acudir a la misma desde la libertad”²¹.

Otros autores afirman que “la norma que regule la mediación no ha de ser la de convertir los tribunales en última ratio ni la de solucionar la sobrecarga de trabajo de nuestros tribunales”, en

¹⁹ Rafael HINOJOSA SEGOVIA (2021), “Los medios adecuados de solución de controversias en el Anteproyecto de Ley de Medidas de eficiencia procesal del servicio público de justicia”, *La Ley mediación y arbitraje*, nº 5, 2021, pág. 5.

²⁰ Esta es la postura que adopta algún miembro de la doctrina, imponer la obligatoriedad de una primera sesión informativa, sin obligarle a mantenerse en ella si no es la voluntad de los implicados y siempre que se reserve al ámbito de la autonomía de la voluntad de los sujetos enfrentados la decisión de someterse a esta vía de solución de controversias, de continuar en ella o de concluir con acuerdo (véase, Eduardo SERRANO GÓMEZ (2014), “Artículo 6. Voluntariedad y libre disposición” en Leticia GARCÍA VILLALUENGA. y Carlos ROGEL VIDE (Dir.), *Mediación en asuntos civiles y mercantiles. Comentarios a la Ley 5/2012*, Reus, Madrid, págs. 103 a 104.

²¹ Silvia BARONA VILAR, “La mediación...”, *Op. Cit.*, págs. 44 y 48. En el mismo sentido se manifiesta, Gema VALLEJO PÉREZ (2019), *Métodos alternativos de resolución de conflictos en Derecho Romano. Especial referencia a la mediación*, Dykinson, Madrid, pág. 229.

este sentido, entiende que las normas que se dicten deben responder al objetivo de fomentar esta institución “con el fin de que los ciudadanos resuelvan sus conflictos de forma consensual, dialogada, flexible, confidencial y libremente”, en concreto la fórmula elegida por el legislador, no lo lograría, se entiende que el único modo de conseguirlo es a través de la educación de la ciudadanía y la imposición de la mediación con carácter previo a la vía judicial no cumpliría este fin, ya que únicamente se lograría con la educación de la ciudadanía²².

Cuestión distinta son aquellos casos cuyo origen viene de una derivación judicial, en estos casos, la autonomía de la voluntad no quedaría menoscabada, ello sucede en los casos de mediación intrajudicial, de la que nos ocuparemos en los siguientes epígrafes. Sería el caso, por ejemplo, de los supuestos de nulidad matrimonial, separación o divorcio en los que se impliquen menores de edad, en estos supuestos, el interés superior del menor ha de prevalecer sobre cualquier otro consagrado en la CE y el CC.

En este sentido, autores como SOLETO MUÑOZ consideran que establecer la obligatoriedad del intento de mediación en los supuestos contenciosos de familia que impliquen a menores de edad es defendible jurídica y constitucionalmente, de forma que la previsión procedimental quedaría completamente justificada. La obligatoriedad de esta primera sesión informativa, como prosigue la autora, puede ser positiva, incluso prevé la posibilidad de adelantarse a la hora de admitir la demanda a trámite, con excepciones como en supuestos de violencia²³.

Sobre la obligatoriedad de la mediación también han tenido la ocasión de manifestarse el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, entre otras, la Sentencia de 18 de marzo de 2010 (STJUE C-317/2008)²⁴, en esta sentencia ya dictaminó que el hecho de que una norma interna disponga la obligatoriedad de acudir a un método ADR antes de ejercer una acción judicial no vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva, siempre que no desemboque en una decisión vinculante para las partes, que no suponga un retraso sustancial en la vía judicial ni un sobrecoste adicional y que no suspenda la prescripción de los correspondientes derechos.

²² María Victoria SÁNCHEZ POS (2019), “Hacia un modelo de obligatoriedad mitigada de la mediación. Comentario breve al Anteproyecto de Ley de Impulso de la Mediación” en Fernando JIMÉNEZ CONDE y Rafael BELLIDO PENADÉS, *Justicia: ¿garantías “versus” eficiencia?*, Tirant lo Blanch, Valencia, págs. 929-930.

²³ La admisión de la demanda de nulidad, separación o divorcio que impliquen hijos menores, quedaría supeditada a la presentación con la misma de un documento firmado por un mediador en el que se refleje el intento de mediación por el demandante, ello contribuiría a facilitar el acceso a mediación, quedando, en todo caso, garantizada la privacidad, el control de las partes y su independencia respecto a la petición inicial durante todo el desarrollo del procedimiento de mediación.

En este sentido, prosigue en su exposición, haciendo mención a que “probablemente la solución más adecuada estribe en fomentar positivamente el acceso a las formas de resolución alternativa de las disputas, favoreciendo el acceso a la mediación de forma privada, apoyando su uso a través de instrumentos no represores, sino de publicidad, y transmitiendo confianza en la institución de mediación, o incluso implantando la necesidad de la presentación de planes de parentalidad conjuntos”, Helena SOLETO MUÑOZ (2017), “La mediación conectada con los Tribunales” en Helena SOLETO MUÑOZ, (Dir.), *Mediación y resolución de conflictos: técnicas y ámbitos*, Tecnos, Madrid, pág. 394 y sigs.

²⁴ TJUE. Sentencia de 18 de marzo de 2010, Rosalba Alassini contra Telecom Italia Spa (C-317/08), Filomena Califano contra Wind SpA (C-318/08), Lucia Anna Giorgia Iacono contra Telecom Italia Spa (C-319/08) y Multiservice Srl contra Telecom Italia SpA (C-320/08), ECLI:EU:C:2010:146.

De hecho, la reiterada jurisprudencia del Alto Tribunal Europeo ha señalado que, si bien es cierto que el hecho de imponer como obligatoria la mediación (o cualquier otro método de resolución de conflictos) como requisito de admisibilidad de la acción judicial, afecta al derecho fundamental de la tutela judicial efectiva, pero sin embargo, como recoge el CGPJ en el informe al ALIM, no hace imposible su ejercicio en la medida que, en ningún caso se priva a las partes de acudir posteriormente a un proceso judicial para la protección de sus derechos, además, este procedimiento extrajudicial no debe impedir un retraso sustancial a efectos de una ulterior reclamación judicial, con otros requisitos esenciales tales como, no ocasionar gastos significativos a las partes, no impedir la adopción de medidas cautelares, que no se prevea únicamente la celebración por la vía electrónica o, por último, que suspenda los plazos de prescripción y caducidad²⁵.

En la línea de defensa del intento obligatorio de mediación, ya se ha manifestado el Consejo General del Poder Judicial, en su «Guía práctica para implementar la mediación intrajudicial», en ella reconoce que la voluntariedad de la mediación no es incompatible con la obligatoriedad de asistir a una primera sesión informativa previa al comienzo del proceso, incluso hace alusión a que la no asistencia a esta sesión informativa puede ser considerada como “*conducta contraria a la buena fe procesal, dado que supone rechazar sin fundamento una oportunidad ofrecida por el juzgado desde una perspectiva de una mejor solución*”²⁶.

5. Conclusiones

En definitiva, los Anteproyectos anteriormente analizados, cumplen con todos y cada uno de los requisitos jurisprudenciales señalados, por tanto, a nuestro parecer, desde el punto de vista de la tutela judicial efectiva, estaríamos dentro de los límites previstos y la imposición obligatoria de la mediación como requisito de admisibilidad de la demanda no supone merma alguna en derechos procesales de quien solicita tutela judicial. De hecho, las propias partes pueden acudir a posteriori a la vía judicial, no quedando privada a acudir a ella en caso de que fracase este intento negociador.

Además, creemos, que con la situación actual de la Administración de Justicia, acudir previamente a la mediación supone una mayor rapidez a la hora de resolver todos aquellos conflictos que se planteen, ya que no siempre va a ser necesaria una ulterior actuación judicial, quedando rápidamente resuelta nuestra controversia sin necesidad de colapsar la Administración de Justicia con peticiones que se pueden resolver a través de otros mecanismos, redundando en beneficio del conjunto de la ciudadanía.

De hecho, en la propia Directiva de Mediación del año 2008, se preveía la posibilidad de que los Estados Miembros incorporasen esta institución con carácter obligatorio siempre y cuando no impida a los justiciables el acceso a la jurisdicción (art. 5 Directiva de Mediación).

En definitiva, coincidiendo plenamente con CARRETERO MORALES, partiendo de la consideración de que en muchos casos los litios trascienden más allá de cuestiones jurídicas, el

²⁵ Sobre este punto, véase, Vicente PÉREZ DAUDÍ (2019), “La imposición de los ADR ope legis y el derecho a la tutela judicial efectiva”, *InDret*, nº 2, págs. 18-20.

²⁶ VV.AA. (2019), *Guía para la práctica de la mediación intrajudicial*, Consejo General del Poder Judicial, pág. 12.

proceso judicial no siempre se plantea como el método más adecuado para dar una respuesta eficaz a los conflictos²⁷. Sin duda, el mero intento de solucionar la controversia a través de la mediación supondrá lograr la ansiada eficiencia de la Administración de Justicia, haciendo que la Administración sea más rápida y eficaz a la hora de dar respuesta a los conflictos que necesariamente requieran su intervención, sin ser susceptibles de solución a través de estos métodos ajenos al sistema judicial, todo ello, garantizando el derecho a la tutela judicial efectiva inherente a los ciudadanos en los términos arriba referidos.

Por añadidura, la imposición como obligatoria de la mediación con carácter previo a la vía judicial debe venir acompañada necesariamente de programas formativos sobre mediación que consideren los beneficios de su aplicación frente a otros mecanismos de resolución de conflictos. Debe primar el diálogo frente a la confrontación y ello únicamente se consigue educando, por lo que es fundamental crear fórmulas y programas con este fin.

6. Bibliografía

Silvia BARONA VILAR (2020), “Justicia civil post-coronavirus, de la crisis a algunas reformas que se avizoran”, *Actualidad jurídica iberoamericana*, nº 12 bis (2020).

Faustino CAVAS MARTÍNEZ y Carmen SÁNCHEZ TRIGUEROS (2005), “La distribución de competencias entre el Estado y las comunidades autónomas en materia de trabajo, empleo y protección social: una sinopsis”, *Anales de Derecho*, nº 23, Universidad de Murcia (2005).

Emiliano CARRETERO MORALES (2019), “¿Puede contribuir el nuevo modelo de “obligatoriedad mitigada” de la mediación a mejorar la eficiencia del proceso civil? Breve análisis del Anteproyecto de Ley de Impulso de la Mediación” en Fernando JIMÉNEZ CONDE y Rafael BELLIDO PENADÉS, *Justicia: ¿garantías “versus” eficiencia?*, Tirant lo Blanch, Valencia.

Ennio CAVUOTTO (2014), “La nueva mediación obligatoria en Italia” en Inés Celia IGLESIAS CANLE (Coord.), *Mediación, Justicia y Unión Europea*, Tirant lo Blanch, Valencia.

María Amaya, FERNÁNDEZ LÓPEZ (2015), *La mediación en procesos por violencia de género*, Aranzadi, Pamplona.

Rafael HINOJOSA SEGOVIA (2021), “Los medios adecuados de solución de controversias en el Anteproyecto de Ley de Medidas de eficiencia procesal del servicio público de justicia”, *La Ley mediación y arbitraje*, nº 5, 2021.

Inés Celia IGLESIAS CANLE (2019), *Situación actual de la Justicia en España e Italia desde una perspectiva constitucional*, Tirant lo Blanch, Valencia.

Inés Celia IGLESIAS CANLE, Ana Isabel GONZÁLEZ FERNÁNDEZ y Arian GONZÁLEZ PÉREZ (2020), “Derecho de defensa en el proceso penal español y violencia sobre la mujer. Especial

²⁷ Emiliano CARRETERO MORALES (2019), “¿Puede contribuir el nuevo modelo de “obligatoriedad mitigada” de la mediación a mejorar la eficiencia del proceso civil? Breve análisis del Anteproyecto de Ley de Impulso de la Mediación” en Fernando JIMÉNEZ CONDE y Rafael BELLIDO PENADÉS, *Justicia: ¿garantías “versus” eficiencia?*, Tirant lo Blanch, Valencia, pág. 588.

referencia a la violencia sexual” en María José BRAVO BOSCH (Dir.), *Feminización y Justicia*, Tirant lo Blanch, Valencia.

Fernando MARTÍN DIZ (2010), *La mediación: sistema complementario de Administración de Justicia*, Consejo General del Poder Judicial, Centro de documentación judicial.

Alberto José OLALDE ALTAREJOS (2018), “La percepción de los equipos de justicia restaurativa del servicio de mediación intrajudicial de Euskadi sobre el protocolo de funcionamiento”, *Oñati Socio-legal Series* [online], 9 (4), 2018.

Vicente PÉREZ DAUDÍ (2019), “La imposición de los ADR ope legis y el derecho a la tutela judicial efectiva”, *InDret*, nº 2 (2019).

María Victoria SÁNCHEZ POS (2019), “Hacia un modelo de obligatoriedad mitigada de la mediación. Comentario breve al Anteproyecto de Ley de Impulso de la Mediación” en Fernando JIMÉNEZ CONDE y Rafael BELLIDO PENADÉS, *Justicia: ¿garantías “versus” eficiencia?*, Tirant lo Blanch, Valencia.

Eduardo SERRANO GÓMEZ (2012), “Artículo 6. Voluntariedad y libre disposición” en Leticia GARCÍA VILLALUENGA. y Carlos ROGEL VIDE (Dirs.), *Mediación en asuntos civiles y mercantiles. Comentarios a la Ley 5/2012*, Reus, Madrid.

Helena SOLETO MUÑOZ (2017), “La mediación conectada con los Tribunales” en Helena SOLETO MUÑOZ, (Dir.), *Mediación y resolución de conflictos: técnicas y ámbitos*, Tecnos, Madrid.

Gema VALLEJO PÉREZ (2019), *Métodos alternativos de resolución de conflictos en Derecho Romano. Especial referencia a la mediación*, Dykinson, Madrid.

VV.AA. (2019), *Guía para la práctica de la mediación intrajudicial*, Consejo General del Poder Judicial.