

ACTUALIDAD **civil**

 **NÚM. 7-8** · JULIO-AGOSTO 2019

Director: Xavier O'Callaghan Muñoz

Actualidad Civil 7-8/2019

Derechos reales

A fondo

- Una visita inesperada: el tercer poseedor hipotecario, *Álvaro Perea González*

Derecho de contratos

Debate jurídico

- Nulidad de un pacto de bonificación de renta en un contrato de arrendamiento de vivienda, coordinado por *Alejandro Fuentes-Lojo Rius*, con *María Pilar Ledesma Ibáñez*, *Elga Molina Roig*, *Patricia Brotons Carrasco* y *Alejandro Fuentes-Lojo Lastres*

A fondo

- El nuevo marco normativo de los contratos de arrendamiento de vivienda concertados con personas jurídicas, *Inmaculada Llorente San Segundo*

Análisis de jurisprudencia

- Construcción *ex novo* de piscinas o instalaciones análogas en el régimen de la propiedad horizontal: Análisis de algunas resoluciones judiciales que parecen cuestionar el mantenimiento de la doctrina jurisprudencial relativa a la necesaria unanimidad, *José Arturo Pérez Miralles*

Persona y derechos

A fondo

- Alcance de la responsabilidad de los padres por los daños causados por sus hijos menores, *Susana Martínez del Toro*
- La sustitución del sistema de tutela de autoridad por uno basado en el apoyo en la toma de decisiones que afectan a las personas discapacitadas. Una reforma que está pero que nunca llega, *Vanessa García Herrera*
- El valor del consentimiento en la determinación de la filiación en la reproducción asistida, *Esther Alba Ferré*

Análisis legislativo

- El vértigo de la mediación obligatoria, *Julio Carlos Fuentes Gómez*

Derecho digital

Nuestra biblioteca

- Recensión Legal Tech. La transformación digital de la abogacía



Análisis legislativo

El vértigo de la mediación obligatoria

Julio Carlos Fuentes Gómez

Administrador Civil del Estado y doctorando en Derecho Procesal en ICADE, Universidad Pontificia Comillas

Resumen: *El siguiente trabajo analiza la reforma de la Ley de mediación en asuntos civiles y mercantiles plasmada en el anteproyecto de ley de impulso de la mediación. Una reforma con aspectos positivos, pero también con lagunas que deberían corregirse a lo largo de la tramitación. Más allá de las reformas legales, se propone seguir estudiando la dinámica que la mediación puede provocar a los procesos civiles, como herramienta de gestión procesal. Más allá de la letra de la ley es preciso consolidar prácticas efectivas que permiten una solución del conflicto más rápida, más eficaz y con menos costes.*

Palabras clave: Mediación, proceso, juez, abogados y procuradores, mediador, medidas cautelares, homologación judicial.

Abstract: *The following work analyzes the reform of the Law of Mediation in Civil and*

Mercantile Matters embodied in the draft law on the promotion of mediation. A reform with positive aspects, but also with gaps that should be corrected throughout the process. Beyond the legal reforms, it is proposed to continue studying the dynamics that mediation can provoke in civil processes, as a procedural management tool. Beyond the letter of the law, it is necessary to consolidate effective practices that allow a quicker, more efficient and cheaper solution to the conflict.

Keywords: Mediation, process, judge, lawyers and solicitors, mediator, precautionary measures, judicial homologation.

I. Los contornos de la mediación

Toda institución tiene una vida más o menos dinámica más allá del corsé que supone siempre su regulación. Esa vitalidad se manifiesta en costumbres, usos o prácticas, que se traducen en matices cuyo conocimiento es imprescindible para entender el funcionamiento real de cualquier institución.

El equilibrio entre el peso de la regulación y el de las prácticas o costumbres no es igual en todos los casos. Uno de los supuestos en los que esa relación se rompe a favor de las prácticas es la mediación, que como una tarea de pacificación de las relaciones sociales en todas sus formas existe desde siempre de manera informal, regida por normas no escritas.

El auge de la mediación en las últimas décadas ha estado ligado a los problemas a los que se enfrenta la resolución de conflictos en sede judicial en, prácticamente, todos los países. Ello ha supuesto la aparición de sucesivas regulaciones de esta institución, tanto en normas internacionales, como son las leyes modelo de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI/UNCITRAL) (1), o de la Unión Europea, como de los distintos Estados e, incluso, a nivel regional, como es el caso español.

La incorporación de la Directiva 2008/52/CE, de 21 de mayo, sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles dio lugar a la aprobación de la Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles (en adelante, Ley de Mediación). Esta ley respondió a un doble propósito: por un lado, establecer el régimen general de la mediación en España y, por otro, regular la mediación dentro de las normas procesales civiles.

A pesar de que durante la tramitación de esa ley se planteó la posibilidad de recoger algunos supuestos de mediación obligatoria (2), la versión final respetó lo que se consideraron los perfiles más puros de esta institución y, en especial, su voluntariedad. Y ello por convicción de quienes impulsaron la aprobación de esa ley después de haber tratado de comprender el sentido de esta institución, tras escuchar a muchos mediadores, pero, también, porque la información de la que entonces se disponía no permitía tener un conocimiento ni siquiera aproximado de cuántos eran los mediadores, su formación o su especialidad, como datos mínimos para adoptar tal decisión.

Sin embargo, el objetivo de la ley de reconducir hacia la mediación una parte de la litigiosidad de nuestros tribunales se ha visto en gran parte frustrado. Algo que no solo ha tenido lugar en nuestro país, sino con carácter general en toda la Unión Europea, en la que los asuntos resueltos en el ámbito de la mediación no alcanzan ni el uno por ciento de todos los que terminan en los tribunales. Este pobre resultado se ha producido con independencia de las distintas opciones que han adoptado los Estados miembros al incorporar la Directiva 2008/52/CE, de 21 de mayo de 2008, en sus respectivos ordenamientos internos (3).

Los estudios de la Unión Europea (4) revelan el escaso éxito que en la promoción de la mediación han tenido diversas medidas que, *a priori*, se pensó que tendrían un impacto positivo, entre las cuales se podrían señalar las siguientes:

- el nivel de protección de la confidencialidad,
- el papel proactivo de los jueces,
- el establecimiento de estándares de formación y calidad,
- los incentivos económicos,

- la obligación de los abogados de informar a sus clientes acerca de la posibilidad de recurrir a la mediación, o
- la imposición de la obligación de los litigantes a asistir a una sesión informativa de mediación antes de presentar una demanda.

Lo que esto nos pone de manifiesto es que la generalización del recurso a la mediación no se ha conseguido, al menos hasta ahora, mediante reformas legales sin más. Pero también es cierto que una modificación normativa puede contribuir al mejor funcionamiento de una institución, para lo cual debe partir de su comprensión y de tomar en consideración todos los factores que la rodean. Una tarea que requiere un gran cuidado por parte legislador. Este es el reto que ahora tenemos por delante en España, una vez que se ha impulsado desde el Ministerio de Justicia la tramitación del anteproyecto de ley de impulso de la mediación (en adelante APLIM).

II. La cuestión principal: la obligatoriedad de la mediación

En la naturaleza de la mediación hay una cuestión esencial, que es su voluntariedad, relacionada directamente con la autonomía de la voluntad, con la libertad de los ciudadanos, no solo de vincularse por medio de los contratos, sino también de resolver las diferencias que surjan en su desenvolvimiento mediante el acuerdo, que siempre será voluntario.

A partir de aquí debe quedar claro que la llamada obligatoriedad de la mediación solo puede referirse a la obligación de asistir a una sesión informativa o la de iniciar de buena fe una mediación, pero nunca puede significar un deber de alcanzar un acuerdo.

Así lo explican quienes defienden dar un paso más en la regulación de la mediación en la que no se trata de abandonar la voluntariedad intrínseca a esta institución, sino de incorporar incentivos a su utilización. Es lo que la doctrina ha llamado la «voluntariedad mitigada» de la mediación (5) , que también se manifestó en el informe sobre la implementación de la Directiva de Mediación del Parlamento Europeo del 29 de noviembre de 2016 (6) .

Ya enumeramos diversas medidas legislativas que se han adoptado en los países de nuestro entorno para impulsar el recurso a la mediación, entre los cuales estaba la obligación de asistir a una sesión informativa o el intento de mediación como presupuesto de admisibilidad de la demanda, medida destacada del APLIM. A esta decisión se confía la implantación de un cambio paulatino en la cultura de la resolución de conflictos, en la que se espera que la negociación entre las partes cobre cada vez más importancia.

La llamada obligatoriedad de la mediación solo puede referirse a la obligación de asistir a una sesión informativa o de iniciar de buena fe una mediación

El modelo de la Ley de Mediación, ciertamente no ha conseguido que esa implantación de la mediación sea significativa en relación con los asuntos que se resuelven por los jueces. Sus normas son razonables y ponderadas, pero su utilización ha sido en gran parte desconocida.

Más allá de la norma, lo que se pone de manifiesto es que una de las claves del conflicto está en la decisión de cómo resolverlo, que muchas veces es capaz de empeorar las cosas. Por ello, la mediación lleva en sí el germen de un cambio necesario en la forma de gestionar las situaciones de confrontación. Este cambio se sustenta en la responsabilidad de las partes en conflicto en su resolución, en tomar conciencia de cuáles son sus intereses y tomar las decisiones oportunas, sí con el asesoramiento y el apoyo de sus abogados, sí con la garantía que suponen los tribunales, pero a sabiendas de que

la solución depende de ellos. Algo muy sencillo, pero que trastoca lo que ha sido la forma tradicional de resolver las controversias entre nosotros.

Ante esta situación, se entenderá como un acierto que el legislador adopte medidas que refuercen el recurso a la mediación, lo cual no significa que esta operación no esté exenta de riesgos que podrían malograr los objetivos. El conocimiento de la realidad, el debate y el acuerdo

serán decisivos para que la reforma que se ha puesto en marcha resulte un éxito.

El reto al que tendría que responder el procedimiento que culmine con la aprobación de esa futura ley de impulso a la mediación, debe servir a los fines de conseguir la mejor norma posible (clara en el lenguaje, discutida en sus opciones y decantada por la mejor de ellas, participada y consensuada) y plantearse en qué casos y en qué forma se debe llevar a las partes a plantearse la posibilidad de que una mediación sea la mejor forma de resolver su controversia.

En principio, las formas de reconducir a las partes en conflicto a mediación de manera obligada son dos fundamentalmente:

a) La previsión de una serie de casos en los que es necesario que las partes acudan a una sesión informativa, sea antes de iniciar el proceso o durante su tramitación, y

b) La atribución al juez de la facultad de obligar a las partes a asistir a una sesión informativa o incluso que inicien una mediación de buena fe, cualquiera que sea la materia sobre la que recaiga el conflicto siempre que sea derecho dispositivo.

En ambos casos será necesario que la Ley de Enjuiciamiento Civil (en adelante, LEC) recoja una serie de normas que permitan que el proceso y la mediación se complementen, respetando las especialidades propias de cada esfera.

Desde el punto de vista de la psicología del conflicto, debemos destacar que el establecimiento de esta obligatoriedad tendría la misma eficacia que la previsión de cláusulas de mediación en los contratos: evitar la impresión de que la parte que propone a la otra esta forma de resolver la controversia está en situación de inferioridad o piensa que perdería un pleito. Unas consideraciones que en muchas ocasiones disuaden a las partes de llevar a cabo una mediación, por temor a aparentar mostrar debilidad en la defensa de las propias posiciones.

III. La obligatoriedad de las sesiones informativas

Las sesiones informativas se configuraron en la Ley de Mediación con carácter facultativo, puesto que se permite a las partes iniciar una mediación sin necesidad de este trámite. Este es el momento en el que el mediador explica a las partes en qué consiste la mediación. También es la oportunidad de convencer a las partes de que esta es la forma más eficaz de resolver la controversia. Algo que está en la naturaleza de la sesión informativa y que algunos tratan de reforzar hablando de sesión informativa y sesión exploratoria. Una distinción absolutamente prescindible, sin que parezca operativo repetir un trámite que ya permite atender ese objetivo.

Si se consolida la propuesta de convertir en obligatorias las sesiones informativas en determinados casos, la cuestión que debe resolver la futura ley es en qué momento deberán llevarse a cabo. Podría pensarse que existen tres opciones principales:

a) Que la sesión informativa se configure como un requisito de admisibilidad de la demanda, celebrándose con anterioridad al inicio de un proceso;

b) Que se celebre después de presentadas la demanda y la contestación a la demanda; o

c) Que tenga lugar después de presentada una demanda sucinta.

a) La primera de estas opciones es la que recoge el APLIM. Antes de iniciar un proceso judicial se ha de intentar una mediación en una serie de supuestos que no se recogen en la LEC, sino en la Ley de Mediación, y que siguen de cerca la Guía práctica para la mediación intrajudicial del Consejo General del Poder Judicial.

Dicha obligatoriedad se refuerza con dos previsiones en materia de costas procesales. La primera para cuando no resulte preceptiva la intervención de abogado y procurador no se haya acudido al intento de mediación. Y la segunda, más contundente, para impedir que la parte que no asista injustificadamente a un intento de mediación pueda obtener un pronunciamiento favorable en materia de costas.

Dentro de estas disposiciones en materia de costas procesales, cabría la opción de recuperar la propuesta de que

De las opciones posibles, el APLIM contempla la sesión informativa como requisito de admisibilidad de la demanda

el demandado vencido en juicio no sea condenado en costas si el demandante interpuso la demanda incumpliendo la cláusula de mediación previamente pactada entre aquellos (7) . Una previsión que completaría la reforma del artículo 394 de la LEC prevista en el APLIM.

De esta previsión se han de objetar las siguientes cuestiones:

1º) En primer lugar, que la determinación de los asuntos en los que sea obligatorio intentar una mediación no se encuentre en la propia LEC. Esto podría dar a entender que no

se trata de una cuestión propia del Derecho procesal y como tal regulado en exclusiva por el Estado. La consecuencia podría ser la aparición de nuevos supuestos en las leyes que en esta materia puedan dictar las Comunidades Autónomas generando una disparidad contraria a la seguridad jurídica.

2º) En segundo lugar, la cuestión que no parece bien resuelta es hablar de sesiones informativas y de intento de mediación, que parecen significar lo mismo. El APLIM habla de «intento de mediación», sin aclarar si ello supone la obligación de asistir a una sesión informativa, la de iniciar de buena fe una mediación o simplemente preguntarse las partes si lo intentan y dejan constancia de su decisión. Quizás, lo más razonable sea pedir a las partes que acudan a una sesión informativa y que dejen constancia de las razones por las que no deciden iniciar una mediación. Pero el legislador debe aclarar cuál es la actuación que exige a las partes para que estas puedan iniciar el pleito.

b) Otra posibilidad de configurar las sesiones obligatorias sería la exigir su celebración después de que se haya presentado tanto la demanda como la contestación a la demanda. Sin embargo, esta opción resulta poco operativa en la medida en que, a esas alturas, las partes ya han desarrollado buena parte de la carga procesal que exige un litigio. Por otra parte, poca actividad judicial se ahorraría la Administración de Justicia.

c) Y la tercera opción sería que en los casos en que se exija esta nueva carga, la sesión informativa obligatoria o el intento de mediación tenga lugar después de presentada una demanda sucinta. Es cierto que, en este caso, la Administración de Justicia se pone en marcha, pero, a cambio, hay una cierta supervisión judicial de las sesiones informativas, así como más posibilidades de sancionar a la parte que no quiera asistir a esa sesión. Con ello se puede otorgar más rigor a estas sesiones al proporcionar algunas herramientas al juez para asegurar su efectividad. Además, la propia obligatoriedad del trámite puede inducir a las partes a intentar la mediación con anterioridad a la realización de cualquier trámite procesal, siendo válida y sin obligarse a su repetición si la mediación no lograra el acuerdo que resuelva el conflicto.

Lo que acabamos de esbozar de manera resumida debería ser objeto de un cuidadoso análisis que permitiera al legislador elegir la opción que mejor se acomode al sistema judicial español, entendido en un sentido amplio que tome en consideración la utilidad que puede proporcionar no solo a los tribunales, sino también a abogados y procuradores.

IV. La derivación a la mediación durante el proceso

La segunda forma de incentivar la mediación consiste en aumentar las facultades del juez para derivar el pleito a una mediación, superando la situación actual en la que el tribunal solo puede «instar» a las partes a que acudan a una sesión informativa. En este sentido, la regulación actual cae en la ambigüedad y ha sido interpretada de manera dispar por los diferentes tribunales, desde quienes no han hecho uso alguno de esta previsión, a los que entendían que se trataba de una mera sugerencia a las partes, a quienes sí consideran que las partes deben cumplir esa decisión del juez, aunque luego no haya un control de su actuación.

Superar esta situación mediante una reforma legislativa exigiría delimitar con claridad cuáles son esas facultades que se conceden al juez y que obligarían a las partes, bien a asistir a una sesión informativa, bien a iniciar de buena fe una mediación (lo mismo que hoy implica la

existencia de un acuerdo o pacto de sometimiento a mediación). Junto a ello se debería sancionar a las partes que incumplan la decisión de derivación por parte del tribunal y prever también la pérdida del reconocimiento de las costas a quien desatienda la derivación a mediación.

Estas previsiones son las que incidirían en la dirección a la que apunta la Ley de mediación, pero otorgándole herramientas para su efectividad de las que hoy carece, y concibiendo la mediación como un instrumento de gestión procesal.

Los jueces pueden apoyarse en la mediación para resolver el litigio, orientando a las partes hacia el acuerdo cuando consideren que es una solución más adecuada a la vista de las circunstancias del caso. Las posibilidades que así se abren dentro del proceso permitirán al tribunal acelerar la finalización del pleito, o diseccionar el conflicto derivando a mediación solo parte de él, así como orientar los informes periciales que se puedan practicar en forma más cooperativa que de confrontación, o incluso recurrir a la mediación como fórmula capaz de evitar los problemas que frecuentemente se producen en la fase de ejecución de la sentencia, entre otras muchas opciones.

En esta línea de configuración de la mediación dentro del proceso, el APLIM incorpora algunas previsiones de interés. Es el caso de la regla de no suspensión del proceso cuando tenga lugar esa derivación a mediación, salvo que las partes lo soliciten. También la facultad que se reconoce a los tribunales de segunda instancia de derivar a mediación cuando no se hubiere acordado ya por el tribunal de primera instancia y funden su decisión «en circunstancias objetivas que hagan previsible llegar a un acuerdo de mediación». Solo un breve comentario en relación con esta última previsión y es que las circunstancias que rodean la derivación a la mediación pueden cambiar de una instancia a otra por lo que la derivación (fallida) en una instancia a mediación quizás no deba impedir que en segunda instancia se haga una segunda derivación.

También merecen una valoración positiva las modificaciones del APLIM que refuerzan la mediación como posible solución a las acciones de pago de deuda garantizadas por hipoteca que recaigan en la vivienda habitual del deudor o de su familia, o las ejecuciones hipotecarias en el mismo supuesto. Y lo mismo cabe decir del reforzamiento del papel de la mediación en los procesos de familia, en especial, en las separaciones y divorcios.

Una de las cuestiones más complicadas de la regulación de la derivación a mediación es la decisión de cómo van a elegir las partes a su mediador. Una determinación que considero que nunca debe adoptar el tribunal. Lo adecuado sería dejar a las partes esa decisión, si es posible sin intervención alguna por parte del tribunal.

Una de las cuestiones más complicadas de la regulación de la derivación a mediación es la decisión de cómo van a elegir las partes a su mediador

Estos últimos años, en algunos tribunales se han organizado servicios de derivación a mediación que han funcionado razonablemente bien, a partir de los convenios que ha celebrado el Consejo General del Poder Judicial. Sería necesario conocer el funcionamiento real de todas las opciones que se han puesto en marcha en las distintas sedes judiciales para que el legislador abordara la regulación de esta delicada cuestión. Aquí se hallaría una de las claves para el éxito de una reforma como la planteada.

La reforma también representa una oportunidad para reforzar el Registro de Mediadores e Instituciones de Mediación del Ministerio de Justicia, mediante una mejora del acceso a la información de los profesionales (cuya experiencia debería constar de manera acreditada en este registro) y de las

entidades. Lo que no sería aconsejable son las designaciones aleatorias en las que no hubiera margen de decisión de las partes.

V. Otras reformas necesarias

Si el legislador aborda las cuestiones que tratamos, necesariamente deberá abordar otras para asegurar el éxito de la reforma.

Acierta el APLIM al modificar el plazo concedido para firmar un acta de inicio de una mediación desde que se solicitaba a efectos de suspensión del plazo de prescripción y de caducidad de acciones, constatado que resulta insuficiente el de quince días que hoy aparece en el artículo 4 de la Ley de mediación. Lo mismo cabe decir de la previsión de las medidas cautelares a adoptar por un tribunal cuando las partes hubieran iniciado una mediación extrajudicial que les impida abrir un proceso civil (o que no deseen hacerlo), pero hay cuestiones que requieren de un aseguramiento. Ambas medidas ya venían barajándose y resulta positivo que, por fin, se promueva su modificación al objeto de incrementar la seguridad jurídica y la eficacia de la mediación.

No obstante, hay todavía algunas lagunas en el APLIM que su tramitación debería ir incorporando.

Sin duda, la primera es la de reforzar la figura del mediador, su profesionalidad, y con ello la calidad de la mediación. Es imprescindible contar con mediadores bien formados, con experiencia profesional y especializados.

El prestigio de los mediadores será una de las claves que lleve a que las partes planteen que pueden contar con una fase intermedia entre la negociación que hayan llevado a cabo y el proceso o el arbitraje, que les puede proporcionar la solución que necesitan. Es en este marco de confianza en los mediadores como profesionales que pueden ayudar a resolver el conflicto, unido a las dudas razonables de cuál vaya a ser el fallo de una sentencia o de un laudo arbitral, en el que se producirá un aumento de los asuntos resueltos en una mediación.

Aquellos mediadores a los que acudan las partes, bien como requisito previo para iniciar un pleito, o bien por derivación judicial, deben estar bien formados y preparados, como condición necesaria. Sin embargo, no todos los cursos de formación en mediación que se han desarrollado estos años han reunido la calidad suficiente, en especial en lo relativo a proporcionar conocimientos prácticos y habilidades que resultan imprescindibles para su trabajo. A ello se une el dato del pequeño número de mediaciones que ha impedido a muchos mediadores acumular experiencia.

Junto a lo anterior las derivaciones desde los juzgados deben hacerse siempre atendiendo a criterios de especialización. El APLIM habla de cualificación adecuada en función de la naturaleza del conflicto, pero eso es algo distinto de la especialización, que habría de asegurarse de manera expresa por la ley.

Otra razón más para limitar la intervención de los tribunales en la designación de los mediadores y, en general, en la conformación de lo que vaya a ser cada mediación es la variedad de casos que se darían y si no se estarían limitando las opciones de llevar a cabo la mejor mediación para cada conflicto. Solo a modo de ejemplo, cabe señalar que la derivación a mediación por un juez no debe impedir una comediación si las circunstancias del conflicto lo aconsejan.

Por otro lado, también se deben atajar las patologías detectadas estos años. Entre ellas, la que aquellos tribunales que únicamente derivaban a mediación si era gratuita para las partes, generando una situación claramente injusta en la que se niega a unos profesionales la retribución que corresponde a su trabajo. Es por ello que debiera valorarse la conveniencia de fijar unos aranceles que aseguren una retribución digna de los mediadores y que tenga en cuenta la complejidad de los distintos casos y el trabajo que llevan a cabo.

Sería conveniente reforzar las garantías de la mediación atendiendo a algunas críticas que de manera muy fundada se han puesto de manifiesto estos años. Nos referimos en concreto a lo escrito por Teresa Armenta Deu (8) con una rúbrica sugerente: «decisión *individual, contractualización y privatización de la justicia*». Esta autora señala que la derivación a mediación puede suponer una disminución de gastos para el Estado, pero no para las partes. Se ha de dar la razón a esta reflexión en la medida en que la mediación puede concluir en un desacuerdo que obligue a las partes a iniciar un pleito, incrementando el tiempo de resolución de su controversia y los recursos empleados. Por ello, la futura reforma debe poner todos los medios para aumentar la calidad de las mediaciones, reforzando la preparación de los mediadores.

La profesora Armenta Deu subraya que en la mediación «*debe garantizarse la concurrencia de la autonomía de la voluntad, libre, voluntariamente manifestada, y con conocimiento informado*». La forma de asegurar esta garantía es a través de las sesiones informativas, cuya regulación debería

avanzar no solo en la línea de explorar las posibilidades de una mediación, sino también, y con carácter previo, en proporcionar a las partes una explicación clara y con todas las garantías de lo que implica para ellas la mediación.

En la sesión informativa se ha de concienciar a las partes de los límites al proceso que conlleva la mediación, en aspectos tan relevantes como la imposibilidad de presentar una demanda mientras no se dé por terminado el procedimiento de mediación. Se ha de advertir a las partes del significado del principio de confidencialidad, así como de los límites que la mediación puede conllevar para la actividad probatoria en un proceso posterior sobre esa misma cuestión, lo que debería tenerse en cuenta a la hora de decidir qué actuaciones periciales se van a llevar a cabo en el procedimiento de mediación. Las partes han de ser advertidas de que su permanencia en la mediación es voluntaria, siendo siempre posible su abandono para solicitar a los tribunales la resolución de la controversia. Lógicamente, las partes deben conocer cuáles serán los costes de no alcanzar un acuerdo que evite el pleito posterior.

La sesión informativa, si no se ha hecho antes, representa también la ocasión de que los mediadores se acerquen al conflicto y no admitan procedimientos de mediación para asuntos para los que no resultan adecuados. Se trata así de un filtro de los asuntos que también contribuirá a generar confianza en la mediación.

Una de las críticas a las que se va a enfrentar una reforma como la planteada es que se impone una carga a los ciudadanos que verán encarecido su derecho a la tutela judicial efectiva, lo cual será cierto si la mediación no es eficaz en un número elevado de casos.

Para que los ciudadanos no vean encarecido su derecho a la tutela judicial efectiva, habrá que elevar la eficacia de la mediación

Por esto, el reto de incrementar el recurso a la mediación tanto como fórmula capaz de resolver las controversias sin necesidad de iniciar un pleito, y también como herramienta capaz de facilitar la resolución de un proceso judicial, seguirá requiriendo de otras medidas, entre las que no estaría de más llevar a cabo por los poderes públicos campañas de difusión. Además, la asunción de esta forma de resolución de los conflictos por parte de los profesionales, que se conciencien de su utilidad, tendrá gran importancia para su éxito. No en vano, de abogados y procuradores dependerá que las partes sepan los costes y las incertidumbres que conlleva un proceso en un país con una tasa de litigiosidad elevada y uno de los ratios de número de jueces por habitantes más bajos de nuestro entorno, y de las alternativas que les ofrece el ordenamiento

jurídico.

La formación de los abogados y procuradores también constituye una pieza clave para lograr esos objetivos. Estos profesionales, así como muchas empresas y entidades de todo tipo, acostumbran a elaborar «mapas» de riesgos de las diferentes formas de resolver los conflictos. Se deben valorar todas las opciones para la resolución de controversias, y siempre que las circunstancias lo permitan se debe dar una oportunidad a la negociación y a la mediación, antes de acudir al arbitraje o al proceso.

VI. El reto de la vinculación entre la mediación y el proceso

La mediación está llamada a una relación estrecha con el proceso, al que no se deja de lado (a diferencia del arbitraje), pese a las diferencias entre ambas instituciones. De ahí que sería más correcto hablar de la mediación no como un sistema alternativo, sino complementario al jurisdiccional.

La Ley de Mediación tuvo la precaución de impedir que se iniciara un proceso cuando existiera una cláusula de mediación o estuviera en marcha un procedimiento de mediación. Con ello se evitó que la demanda se convirtiera en un elemento de presión durante estas negociaciones, lógicamente sin impedir que se decida su terminación y se recurra a los tribunales. Precisamente, este el único supuesto para el que se estableció una condena en costas en la reforma que la Ley de

Mediación llevó a cabo en la LEC. Así, el artículo 395.1 de la LEC dispone, con una redacción un tanto confusa, la imposición de costas a quien presente una demanda si ya se hubiera iniciado una mediación.

A la inversa, nunca un proceso sobre una cuestión regulada por derecho dispositivo va a impedir el recurso a la mediación, a iniciativa de las partes o previa «sugerencia» del juez.

Algunos autores defienden la existencia de una «*rigurosa correspondencia*» entre mediación y proceso (9), planteamiento que ahora se comparte desde la convicción de que esta es una de las líneas en cuya investigación debe profundizarse.

La mediación necesita del proceso como vía para proteger los derechos de las partes (10), incluidos los casos en los que la mediación tenga lugar mientras se desarrolla un proceso. Esto supondrá separar cada esfera, especialmente por parte de los tribunales, que han de respetar las reglas y principios de la mediación y, de manera especial, la confidencialidad los jueces deben también salvaguardar y que conlleva un límite a los interrogatorios o pruebas que se quisieran llevar a cabo en el proceso.

La mediación tendrá su sede natural fuera del tribunal y no será administrada por jueces ni por letrados de la administración de justicia. La tarea de todos ellos será facilitar la derivación de los asuntos a mediación cuando lo estimen apropiado y, en su caso, facilitar su acceso.

La mediación, como sostenemos, puede constituir una gran ayuda para el proceso judicial, que ganará en eficiencia al permitir una reducción de costes y una resolución más consistente, que responda en mayor medida a los verdaderos intereses de las partes. La doctrina subraya, con acierto, que, mientras la jurisdicción atiende a la tutela de los derechos, la mediación se centra en la resolución de los conflictos (11). Pero también se debe destacar que la mediación no puede desligarse de un fin de hacer justicia, si se quiere más equitativa, más fundada en la realidad concreta de las partes, que en normas más o menos abstractas, pero también los derechos deben ser salvaguardados en la mediación. Algo que normalmente no se explica...

La relación de los tribunales con la mediación se produce principalmente en cuatro momentos: a) en la derivación a mediación, b) con la adopción de medidas cautelares durante la misma, c) en la homologación del acuerdo alcanzado en la mediación que tiene lugar durante el proceso y d) en la ejecución de los acuerdos de mediación.

a) La derivación por el juez a mediación, a la cual nos hemos referido, requiere que nuestros jueces tengan formación en esta materia y que el sistema judicial en su conjunto se implique desde el principio en la mejor resolución de cada asunto que tiene entrada en el juzgado. El hecho de que exista un catálogo de asuntos, materias o cuestiones susceptibles de derivar a mediación, facilitará este planteamiento a los tribunales.

La Ley de mediación dispuso que en las audiencias previas de los juicios ordinarios y en las vistas de los verbales estuviera en manos del juez el plantear a las partes la posibilidad de recurrir a una mediación. Con ello se abre la puerta a que la mediación sea un elemento estructural que acompañe al proceso civil.

Por lo que se refiere a la regulación del juicio ordinario, se prescribe que, en la convocatoria a la audiencia previa, se informe a las partes de que pueden recurrir a una negociación o una mediación, debiendo explicar en la audiencia qué han decidido y por qué sobre esta cuestión. Y en su celebración, el tribunal debe valorar, en atención a la naturaleza del conflicto, la conveniencia de invitar a las partes a que recurran a una mediación. En este supuesto, además de esta invitación, el tribunal instará a las partes a que asistan a una sesión informativa que les permita valorar la conveniencia de iniciar una mediación.

Esta misma previsión se extiende a los procesos verbales y, como consecuencia de la aplicación supletoria del mismo, también a los procesos especiales sobre capacidad, filiación, matrimonio y menores de la LEC, como prevé su artículo 753. Se modificaron, así, los artículos 440 y 443.

El artículo 8 de la Ley 10/2012, de 20 de noviembre, por la que se regulan determinadas tasas en el ámbito de la Administración de Justicia y del Instituto Nacional de Toxicología y Ciencias Forenses estableció como incentivo de la mediación la devolución al demandante del 60 por 100 de la tasa abonada a la iniciación del proceso cuando se alcance un acuerdo que ponga fin al mismo.

Tanto el artículo 415 como el 443 de la LEC contemplan la posibilidad de que sean las partes, y no el tribunal, quienes decidan acudir a una mediación. En estos casos, terminada la mediación sin acuerdo cualquiera de las partes podrá solicitar que se alce la suspensión y se señale fecha para la continuación de la audiencia o la vista.

Hoy por hoy, esta normativa tiene todavía una práctica irregular siendo previsible que, poco a poco, se vaya adoptando una postura más activa por los tribunales, que se verá reforzada con la aprobación del APLIM, que incorporará a la LEC un nuevo capítulo que regule la derivación a la mediación intrajudicial. Así, frente a la situación actual en la que son las partes las que deciden iniciar una mediación dentro del proceso, a partir de ese momento el juez, mediante providencia, tendrá a su alcance la facultad de ordenar «la derivación a un procedimiento de mediación».

Sería deseable que propuestas como las incluidas en la Guía para la medición intrajudicial (2016) del Consejo General del Poder Judicial tuvieran un mayor grado de implantación. Estas medidas se apoyan en unidades judiciales que se ocuparían de la derivación a mediación y en el reconocimiento de las posibilidades de derivación a mediación en el proceso civil, y que se concretan en tres momentos:

- La primera tendría lugar durante el período que transcurre desde que las partes han sido emplazadas hasta la fecha de la audiencia previa o de la vista del juicio verbal. Así lo propondría la citación del letrado de la Administración de Justicia.

- La segunda correspondería al juez en el acto de la audiencia previa o de la vista, según se trate del juicio ordinario o verbal, respectivamente.

- Finalmente, también *«en la parte dispositiva de las resoluciones judiciales definitivas que se dicten (autos o sentencias), a la vista de las circunstancias del litigio, el juez o magistrado podrá incluir un párrafo en que se ofrezca a las partes la posibilidad de acudir a mediación para resolver cualquier discrepancia que subsista entre ellas en relación con lo resuelto, su interpretación o ejecución, convocándolas, si el caso lo aconseja, a una sesión informativa sobre mediación»*.

b) Otro vínculo de los tribunales con la mediación tendrá lugar cuando se adopten medidas cautelares al tiempo que se desarrolla el procedimiento de mediación.

La adopción de estas medidas en una mediación puede tener lugar al margen del proceso. El problema al que se enfrenta este caso es que, hoy por hoy, la LEC exige que se presente una demanda en el plazo de 20 días desde su adopción para que aquellas no queden sin efecto (artículo 730.2 de la LEC), mientras que la Ley de Mediación prohíbe la presentación de la demanda cuando entre las partes exista una cláusula de mediación o se hubiera iniciado este procedimiento. Contradicción que el APLIM tiene el propósito de resolver.

Hemos de configurar la mediación, no como un sistema alternativo, sino complementario al jurisdiccional

La otra posibilidad es que las medidas cautelares se soliciten y adopten (o no) al mismo tiempo que tiene lugar una mediación intrajudicial. Estas medidas darían a las partes garantías de la eficacia de la sentencia que se dictará si la mediación no finalizara con un acuerdo, pero su objeto es ajeno a la mediación, puesto que su fin es asegurar la eficacia del proceso. La iniciación de la mediación, con suspensión del proceso principal, no impedirá la adopción de las medidas cautelares. Así se prevé en relación con la presentación de una declinatoria (artículo 64.2 de la LEC), y también en virtud de su tramitación separada una vez que se solicita por alguna de las partes a través del procedimiento que regulan los artículos

730 a 738 de la LEC.

La duda que se plantea es que las medidas cautelares, aun sirviendo de garantía a las partes de cara a la eficacia del proceso mientras lleva a cabo una mediación, podrían no ser neutrales para esta. Y en este sentido se ha destacado (12) la incidencia de *«la adopción de la medida en el desarrollo del procedimiento de mediación en cuanto que ya se cuenta con un primer juicio — ciertamente indiciario y provisional— que da un mayor respaldo a una de las partes»*. Esto nos situaría ante *«un elemento más de la correlación de fuerzas en el procedimiento de mediación»*.

Estas observaciones ponen de manifiesto la incidencia que en la mediación tienen las medidas cautelares, tanto en su solicitud por alguna de las partes como en su aprobación por el tribunal (13).

c) Cuando se desarrolle una mediación intrajudicial y la misma finalice con un acuerdo, nos encontraremos con otro momento de relación del tribunal con esta institución en el caso de que las partes soliciten la homologación del acuerdo alcanzado.

El apartado 4 del artículo 25 de la Ley de Mediación dispone que: «cuando el acuerdo se hubiere alcanzado en una mediación desarrollada después de iniciar un proceso judicial, las partes podrán solicitar del tribunal su homologación de acuerdo con lo dispuesto en la Ley de Enjuiciamiento Civil».

El artículo 415 de la LEC reconoce a las partes que alcancen un acuerdo en una mediación intrajudicial la posibilidad de desistir del proceso o de solicitar del tribunal que homologue lo acordado. El artículo 443 de la LEC prevé lo propio cuando se trate de un proceso verbal.

La mediación es la misma haya o no un proceso judicial iniciado, pero la obtención del título ejecutivo es distinta en uno y otro caso. En el acuerdo alcanzado en una mediación intrajudicial, la intervención del mediador queda en un segundo plano, a diferencia del acuerdo convertido en título ejecutivo en virtud de la intervención de un notario (14). En la homologación judicial, el tribunal no efectúa ningún control o supervisión de la mediación, puesto que no hay previsión legal alguna de que se le deban presentar las actas de inicio y finalización de aquella, sino simplemente su acuerdo. El juez verificará la concurrencia de los requisitos de capacidad jurídica y el poder de disposición de las partes o de sus representantes debidamente acreditados.

Los efectos de este acuerdo homologado judicialmente son los de la transacción judicial. De acuerdo con la LEC, ese acuerdo podrá impugnarse por las causas y en la forma que se prevén para la transacción judicial, las cuales se encuentran en el Código Civil que recoge solo los supuestos de error, dolo, violencia, falsedad de documentos o descubrimiento de nuevos documentos cuando haya habido mala fe. Ello supone un control limitado y tasado por parte del tribunal sobre esos acuerdos, favoreciendo la autonomía de la voluntad para la resolución de la controversia.

La intervención de tribunal habría de ser la de validar esos acuerdos alcanzados en una mediación intrajudicial, confirmando la confianza que se puso en la mediación cuando se produjo la derivación judicial a mediación y favoreciendo esta forma de terminación del proceso, mucho menos gravosa para la maquinaria de la Administración de Justicia.

d) El último momento en la vinculación de los tribunales a la mediación, tendrá lugar cuando se vayan ejecutar los acuerdos correspondientes. En este punto es indiferente que la mediación discurriera de manera paralela al proceso o al margen de este.

Con relación a la mediación intrajudicial, el artículo 415 de la LEC dice que «el acuerdo homologado judicialmente [...] podrá llevarse a efecto por los trámites previstos para la ejecución de sentencias y convenios judicialmente aprobados».

El artículo 517 de la LEC contempla como títulos ejecutivos diferentes, entre otros, los acuerdos de mediación que hayan sido elevados a escritura pública de acuerdo con la Ley de Mediación, y las resoluciones judiciales que aprueben u homologuen transacciones judiciales y acuerdos logrados en el proceso. En esta segunda categoría estarían los acuerdos alcanzados en una mediación intrajudicial. En cualquier caso, el régimen de ejecución de estos títulos no presenta diferencias sustanciales.

La fase ejecutiva es la garantía última de la eficacia de la mediación y, en ocasiones, quizás una nueva oportunidad para otra mediación en la que sean las propias partes quienes remuevan las causas que impidieron el cumplimiento de un acuerdo. Pero también será tarea de los tribunales asegurar en esta fase el cumplimiento de los acuerdos de mediación, cerrando las garantías legales de la institución.

VII. Conclusiones

Sirvan las reflexiones que se han hecho aquí para alertar de la importancia de este momento para la mediación. La reforma legal en marcha supone una apuesta decidida por la mediación, tratando de acelerar una implantación que de otra forma sería más lenta e incierta.

El legislador tiene por delante el reto de hacer más atractivo de lo que ha sido hasta ahora el recurso a la mediación como fórmula para la resolución de los conflictos, lo cual exigirá una reforma de cierta amplitud precedida del necesario debate.

De lo que conocemos, personalmente, soy más escéptico del efecto que haya de tener la generalización de las sesiones informativas o el inicio de la mediación como requisito para proceder judicialmente. Habrá que estar especialmente atentos en que no se convierta en un trámite inútil y rutinario, como lo fue la conciliación previa hasta el año 1984. En cambio, otras modificaciones incluidas en el APLIM abren un campo de gran interés para nuestro Derecho procesal y para todos los profesionales.

En este terreno es donde, de nuevo, el éxito de la mediación no estará solo en la regulación, sino en las prácticas que se vayan desarrollando, en la capacidad de vislumbrar la mejor solución en cada caso, sin imposiciones contraproducentes que solo harían poco atractiva la mediación, lo cual no es fácil en un país en el que el acceso a la justicia no tiene un coste comparable al de los países de nuestro entorno.

Por ello, la apertura a la mediación de nuestra Administración de Justicia, más allá de las reformas legales y en las líneas que se vienen promoviendo, facilitará que los jueces encuentren, en su difícil tarea, una ayuda que por otro lado no van a recibir. Y lo mismo cabe decir de los demás profesionales que actúan ante los tribunales.

De esta forma, el impulso de la mediación que se pretende pasa por su reconocimiento por la sociedad como una verdadera alternativa al proceso judicial para la solución de controversias, lo que supondrá que, de manera creciente, se recurra cada vez más a ella. La vitalidad de la mediación reside en su práctica y los usos, que son los que determinarán la confianza que genere en los ciudadanos, y sin los cuales cualquier reforma legal siempre quedará incompleta.

NOTAS

- (1) Primero la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Conciliación Comercial Internacional, de 2002, y más reciente la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Mediación Comercial Internacional y Acuerdos de Transacción Internacionales Resultantes de la Mediación, de 2018 y que modificó la anterior.
- Ver Texto
- (2) Sobre esta cuestión *vid.* «El marco jurídico de la mediación: una perspectiva desde el procedimiento de elaboración de la Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles», Arymedia (coord.) *Manual de la Mediación Civil y Mercantil y su práctica on-line*, Sepín, Madrid, 2014, pp. 21-43.
- Ver Texto
- (3) Algunos Estados optaron por su aplicación únicamente para litigios transfronterizos, lo que supuso la institución de un régimen regulatorio dual, mientras que otros Estados han aplicado las disposiciones de la Directiva también a disputas domésticas.
- Ver Texto
- (4) Entre estos informes cabe destacar los del Parlamento Europeo de 2011 con el título «Quantifying the cost of not using mediation – a data analysis» (<http://www.europarl.europa.eu/document/activities/cont/201105/20110518ATT19592/20110518ATT19592EN.pdf>) y el de 2014, «Rebooting the mediation Directive: assessing the limited impact of its implementation and proposing measures to increase the number of mediations in the EU» (<http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/etudes/join/2014/493042/IPOL->

JURI_ET(2014)493042_EN.pdf).

Ver Texto

(5) GARCÍA VILLALUENGA, L y VÁZQUEZ DE CASTRO, E, «La mediación a debate en Europa ¿Hacia la voluntariedad mitigada», *Anuario de Mediación y Solución de Conflictos*, n.º 3, Reus, 2015, pp. 21-36.

Ver Texto

(6) *Vid.* conclusión n.º 3, y recomendaciones 11 a 15 (http://www.europarl.europa.eu/doceo/document/A-8-2017-0238_ES.html).

Ver Texto

(7) HERRERO PÉREZAGUA, J.F., «El juez y la mediación» en BONET NAVARRO, A. (director), *Proceso civil y mediación, su análisis en la Ley 5/2012, de mediación en asuntos civiles y mercantiles*, Thomson-Aranzadi, Navarra, 2013, p. 42.

Ver Texto

(8) ARMENTA DEU, T., «Derivas de la justicia: una reflexión abierta», *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, n. 66-67, febrero -marzo 2017, pp. 24-26.

Ver Texto

(9) BONET NAVARRO (director), CALATAYUD SIERRA, HERRERO PEREZAGUA y LÓPEZ SÁNCHEZ: *Proceso civil y mediación, su análisis en la Ley 5/2012, de mediación en asuntos civiles y mercantiles*. op. cit.

Ver Texto

(10) «Presentación» en BONET NAVARRO (director): *Proceso civil y mediación, su análisis en la Ley 5/2012, de mediación en asuntos civiles y mercantiles*. op. cit., p. 23.

Ver Texto

(11) BONET NAVARRO (director), *Proceso civil y mediación, su análisis en la Ley 5/2012, de mediación en asuntos civiles y mercantiles*. op. cit., p. 33.

Ver Texto

(12) Por HERRERO PEREZAGUA, «El juez y la mediación», en BONET NAVARRO (dir.), *Proceso civil y mediación, su análisis en la Ley 5/2012, de mediación en asuntos civiles y mercantiles*, op. cit., p. 71.

Ver Texto

(13) CARRETERO MORALES, E., *La mediación civil y mercantil en el sistema de justicia*. Dickinson, Madrid, 2016. En una línea similar este autor cita a FAJARDO MARTOS cuando desaconseja la mediación en el caso de que sea necesaria la adopción de medidas cautelares, en su ponencia «La posición del abogado en el proceso de mediación», disponible en <http://www.congresomediacion.es/pdf/PAULINO%20FAJARDO.pdf>.

Ver Texto

(14) CALATAYUD SIERRA, A., «La ejecución de lo acordado en mediación», en Bonet Navarro (dir.), *Proceso civil y mediación, su análisis en la Ley 5/2012, de mediación en asuntos civiles y mercantiles*, op. cit., p. 159.

Ver Texto