

La mediación obligatoria para determinados asuntos civiles y mercantiles

Ramón Herrera de las Heras

Profesor titular de Derecho Civil
Universidad de Almería

Abstract*

Tras la aprobación de la Directiva 2008/52/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de mayo de 2008, sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles, se abrió la puerta a la posibilidad de establecer la mediación con carácter obligatorio para determinados asuntos. Aunque no son muchos los países de la Unión Europea que han optado por ella, los resultados que se han producido en este sentido son importantes. En nuestro País se incluyó la mediación obligatoria en el Anteproyecto que precedió a la Ley 5/2012, pero finalmente no fue aprobado. Este trabajo trata de analizar las bondades y los problemas que plantea este sistema, aportando algunas recomendaciones para su posible implantación futura.

After the adoption of Directive 2008/52 / EC of the European Parliament and of the Council of 21 May 2008 on certain aspects of mediation in civil and commercial matters, is open the possibility of mediation mandatory for certain matters. Although not many countries in the European Union that have chosen it, the results that have occurred in this regard are important. In our country the mandatory mediation was included in the draft bill that preceded the Law 5/2012, but was not finally approved. This paper attempts to analyze the benefits and the problems this system, providing some recommendations for possible future implementation.

Title: Mandatory mediation system for civil and commercial issues

Palabras clave: Mediación obligatoria, tutela judicial, autonomía de la voluntad

Key words: Mandatory mediation, judicial protection, will autonomy

Sumario

1. Introducción.
2. La mediación.
 - 2.1. Concepto de mediación y su origen obligatorio en España
 - 2.2. La mediación como un procedimiento eficaz
3. La mediación obligatoria
 - 3.1. Los tipos de mediación obligatoria
4. El caso italiano y francés
5. Límites a la mediación obligatoria.
6. Críticas planteadas la implantación de la mediación obligatoria y sus posibles respuestas.
7. Conclusiones
8. Bibliografía

1. Introducción.

No cabe duda de que las tasas de litigiosidad en España son históricamente altas. No obstante, los esfuerzos realizados estos últimos años por el Gobierno y todos los agentes implicados en el sistema judicial empiezan a dar los primeros frutos. Sin ir más lejos, el pasado mes de junio de 2016 el Consejo General del Poder Judicial anunció que en el primer trimestre del presente año se ha reducido en un 42% la entrada de asuntos en la jurisdicción penal como consecuencia, principalmente, de la última modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal¹. Ya se avanzó en este sentido el año anterior, en el que según el informe de "*Situación de los órganos judiciales en el año 2015*" que la Sección de Estadística del Poder Judicial publicó el mes de marzo, se confirmó que los asuntos ingresados en la justicia se redujeron en un 3,2%². Y esa reducción se produjo en todos los órdenes, salvo en la jurisdicción civil que se incrementaron en un 6,9% hasta alcanzar los 1.972.116 asuntos. Sin embargo, en el informe sobre el primer trimestre de este año, ya se han empezado a notar algunas de las últimas reformas en el ámbito civil, como la Ley de Jurisdicción Voluntaria, que comienzan a conseguir bajar algo esta tasa. Así, en la jurisdicción civil el número de asuntos ingresados en el primer trimestre de 2016 fue de 474.629, lo que representa un descenso interanual del 8,4% -muy lejos aún del 42% del ámbito penal-.

Tampoco podemos obviar el hecho de que la duración media de resolución de los procedimientos en la jurisdicción civil y mercantil va, según el último informe del Consejo General del Poder Judicial ya mencionado, desde los 7 meses de los juzgados de primera instancia hasta los 40 de los de lo mercantil.

Todos estos creo que son motivos más que suficientes para plantearse la necesidad de introducir nuevas medidas que redujesen la ingente carga de asuntos menores -entiéndaseme cuando digo menores como una cuestión solo de cuantía económica- que saturan en ocasiones los juzgados de lo civil en nuestro País, así como reducir los plazos de resolución y costes del procedimiento.

Todos los agentes del sistema judicial son conscientes de los miles de asuntos de cuantías muy pequeñas que se producen anualmente. Y es que un litigio en el que se ventile una diferencia entre demandante y demandado de 2.500€ puede suponer, en ocasiones, un periodo de resolución muy similar a otro de una cuantía infinitamente superior³. Y ante eso hay que intentar poner remedio. Una de esas medidas es la posibilidad de establecer, en

¹ Consejo General del Poder Judicial, (2016). *Informe sobre la situación de los órganos judiciales en el primer trimestre de 2016*. [online] Available at: (<http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Temas/Estadistica-Judicial/Actividad-judicial-por-territorio/Actividades-a-nivel-nacional/Datos-nacionales-primer-trimestre-2016>) [Accessed 29 Sep. 2016].

² Consejo General del Poder Judicial, (2015). *Situación de los órganos judiciales en el año 2015*. [online] Available at: (<http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Temas/Estadistica-Judicial/Actividad-judicial-por-territorio/Actividades-a-nivel-nacional/Datos-nacionales--2015>) [Accessed 29 Sep. 2016].

³ De hecho, según el último informe del Consejo General del Poder Judicial "La justicia paso a paso", del año 2015, el número de procesos monitorios ingresados en 2015 fue de 657.057, frente a los 563.000 de 2014

determinados asuntos civiles y mercantiles, la mediación con carácter obligatorio previa al acceso al juicio con el objetivo, entre otros, de reducir la carga de litigiosidad y aumentar la calidad de la justicia⁴. Como señala MARTÍ MINGARRO, el objetivo que debe guiar la implantación de la mediación debe de ser el de “*drenar, antes de que tomen estado judicial la solución de aquellas controversias que puedan traerse al foro del arbitraje, la mediación o cualesquiera otros medios alternativos que pudieran llegarse a disponer.*”⁵ O dicho de otro modo, el impulso de la mediación se establece como una estrategia para mejorar las condiciones de la justicia civil⁶

Les expondré, con un caso real muy reciente en el tiempo, por qué creo que el Gobierno ha de impulsar la mediación obligatoria sobre la que profundizaré en este trabajo. No hace mucho acompañé a mis alumnos de tercero del grado en Derecho a una audiencia previa en un juzgado almeriense que trataba un procedimiento civil. El caso versaba sobre una sociedad que había arrendado a una importante empresa del sector eléctrico varias fincas con decenas de hectáreas con el fin de establecer un parque solar. A cambio de ello, esta empresa pagaría una suma de dinero a la sociedad. Resulta que los demandantes eran copropietarios de un 20% de una de las fincas arrendadas, que contaba aproximadamente con 1.800 metros cuadrados. Le reclamaban estos al arrendador y al arrendatario la suma correspondiente a lo que tendrían que haber percibido por el arrendamiento de sus tierras en los últimos 6 años, que no llegaba a los 6.000€. Durante la audiencia previa se presentaron, y el juez admitió, informes periciales respecto a la ubicación de la finca y coste del terreno, así como se solicitaron diversas testificales. La sentencia se dictó casi un año después de la presentación de la demanda, estimando ésta y condenando a la eléctrica y a la sociedad al pago de 1.000€. El coste para la administración fue elevado, tanto como lo hubiera sido un pleito similar en el que lo que se estuviese dirimiendo fuesen millones de euros. El tiempo de resolución largo, y el coste para las partes, incluyendo informes periciales, abogados, procuradores, etc... muy alto. ¿No es lógico que la administración establezca una alternativa para casos como este? ¿No hubiese sido más lógico llegar a un acuerdo por las partes? Si existiese la mediación obligatoria para estos casos, ¿cuántos procedimientos similares se podrían haber evitado en nuestro país? A intentar dar respuesta a estas preguntas dedicaré este trabajo.

⁴ Hay autores que sostienen que este objetivo de reducir la carga de trabajo de los juzgados no ha de ser el argumento principal en favor de la promoción de la mediación. Así, entre otros, CONFORTI defiende que “*la preocupación principal del Estado no debería ser descongestionar los juzgados y tribunales, sino incorporar la mediación al sistema de justicia de forma tal de no generar las tensiones*”. No deja de ser un objetivo loable, pero no podemos olvidar una cuestión básica como es el hecho de que la reducción de la carga de trabajo en aquellos asuntos de cuantías inferiores redundaría en una mayor calidad de la justicia. No hablamos solo de la reducción de la carga de trabajo en los juzgados, sino en la mejora del propio sistema. Vid. CONFORTI, O.D.: “La sesión informativa obligatoria en la mediación intrajudicial en España”, en *Diario La Ley*, 23 de febrero de 2015

⁵ MARTÍ MINGARRO, L.: “La mediación civil y mercantil en la nueva Ley 5/2012, de 6 de julio”, en *Revista jurídica de Castilla y León*, nº29, 2013. Pág. 14

⁶ TROCKER, N., y DE LUCA, A.: *La mediazione civile alla luce della Direttiva 2008/52/CE*, Florencia University Press, 2011. Págs. 165-166

2. La mediación.

2.1. Concepto de mediación y su origen obligatorio en España

Define el artículo 3.a de la Directiva 2008/52/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de mayo de 2008, sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles a la mediación como “*un procedimiento estructurado, sea cual sea su nombre o denominación, en el que dos o más partes en un litigio intentan voluntariamente alcanzar por sí mismas un acuerdo sobre la resolución de su litigio con la ayuda de un mediador*”. La doctrina española también la califica como un proceso voluntario sobre la resolución de un litigio que cuenta con la ayuda de un mediador⁷.

Posteriormente veremos cómo, en mi opinión, a pesar de tratarse de un procedimiento voluntario, ésta tiene cabida y no se contradice con la implantación de la mediación obligatoria, aunque ya avanzo que lo que es obligatorio es someterse al procedimiento de la mediación y no el llegar a un acuerdo en él. Se ha llegado a afirmar que, pese a que mediación y obligatoriedad parecen conceptos antitéticos, diversos ordenamientos jurídicos la han integrado en su sistema de resolución extrajudicial de conflictos, obligando a las partes a iniciar el procedimiento voluntario de mediación.⁸

Así pues, no va en contra de su naturaleza, bien al contrario, es un impulso a la misma. La mediación, por lo tanto, se caracteriza por, además de ser un proceso voluntario, por el hecho de que el mediador no tiene la capacidad para decidir sobre el resultado del conflicto, sino que son las partes implicadas en él las que alcanzan, con la ayuda de aquel, el acuerdo, eso sí, mediante su asistencia personal a la misma.⁹

En un sentido parecido la Ley 5/2012, de 5 de marzo, de mediación en asuntos civiles y mercantiles define la mediación como “*aquel medio de solución de controversias, cualquiera que sea su denominación, en que dos o más partes intentan voluntariamente alcanzar por sí mismas un acuerdo con la intervención de un mediador.*”¹⁰ Es pacífico entre la doctrina que la mediación tiene como base, al igual que sucede en el arbitraje, la autonomía de la voluntad de las

⁷ ALVAREZ SACRISTÁN, I.: “Aproximación a la mediación prejudicial que viene”. *Diario La Ley*. Nº 7088. Sección Tribuna. 8 Enero 2009. La Ley 41498/2008. CALVO SOLER, R.: “Quo vadis mediación?”. Cap. 17 del libro “Materiales del Libro Blanco de la mediación en Cataluña”. Generalitat de Cataluña. 2009. Pompeu Casanovas, Leonardo Díaz, Jaume Magre, Marta Poblet (Eds). Pág.: 217 y ss.

⁸ GINEBRA MOLINS, E, y TARABAL BOSCH, J.: “La obligatoriedad de la mediación derivada de la voluntad de las partes: las cláusulas de mediación”, en *Revista para el análisis del derecho*, N.4, 2013, pág. 6

⁹ BLANCO CARRASCO, M.: “La alternativa de la mediación en conflictos de consumo: presente y futuro”, en *Anuario Jurídico y Económico Escurialense*, XLII 2009, pág. 135

¹⁰ Destaca Palao Moreno la importancia de la autonomía de la voluntad en el real decreto ley 5/2012, de 5 de marzo, de mediación en asuntos civiles y mercantiles al señalar que “*la autonomía de la voluntad de las partes constituye, hoy por hoy, un elemento fundamental en la gestión jurídica de las controversias internacionales en materia civil y mercantil*”. PALAO MORENO, G., “Autonomía de la voluntad y mediación en conflictos transfronterizos en el real decreto ley 5/2012”, en *Diario la Ley*, núm. 7847.

partes implicadas en el conflicto.¹¹ Podemos definir esta autonomía como el poder reconocido a toda persona para conformar libremente una relación jurídica, siempre que, como señala el artículo 1255 del Código Civil, no sea contraria a las leyes, a la moral ni al orden público. La autonomía de la voluntad, como defiende MALUQUER, “*siempre ha sido entendida como el poder de autodeterminación de la persona que marca su propia independencia y libertad y que le faculta en todo lo relativo a la disposición, uso y goce de sus propios derechos y facultades, e incluso sobre la creación, modificación y extinción de los mismos*”¹². En una clásica formulación, DE CASTRO la define como aquel poder complejo reconocido a la persona para el ejercicio de sus facultades, sea dentro del ámbito de libertad que le pertenece como sujeto de derechos, sea para crear reglas de conducta para sí y en relación con los demás, con la consiguiente responsabilidad en cuanto actuación en la vida social¹³.

Existe un consenso generalizado en que la mediación puede llegar a jugar un valioso papel a la hora de encontrar una solución satisfactoria a determinadas controversias al margen de los tribunales. Como ha afirmado el reciente informe del Parlamento Europeo sobre la implantación de la mediación para asuntos civiles y mercantiles el modelo de mediación obligatoria se ha demostrado generador de resultados positivos, basándose entre otras cosas en el éxito que ha obtenido este sistema en Italia dónde el número de mediaciones que finalizan con acuerdo superan las 200.000 al año¹⁴. Este espectacular aumento se produjo única y exclusivamente cuando la mediación se convirtió en una condición previa al acceso al procedimiento judicial para determinados litigios. Así, afirma el informe del Parlamento, “*la forma más efectiva de poner la mediación en el mapa de los litigantes de la Unión Europea pasa por establecer una regulación normativa que vaya más allá de la simple invitación a los litigantes civiles y comerciales para reunirse con un mediador primero.*” O dicho de otra manera más clara, para que se aumente el número de mediaciones en los países miembros no basta con iniciativas que fomenten y permitan éstas, sino que tienen que venir acompañadas de la obligatoriedad, en el sentido que ahora veremos, de las mismas.

Históricamente en España no sería la primera vez que se impondría la mediación con carácter obligatorio, puesto que ya la Constitución de 1812, paradigma de la filosofía liberal

¹¹ Como afirma Cazorla González, “*la autonomía de la voluntad de las partes es el núcleo fundamental a la hora de resolver un conflicto bajo cualquiera de las diferentes alternativas de resolución extrajudicial de conflictos, sobre todo en aquellas donde la solución la aportan ellos*”. Cfr. CAZORLA GONZÁLEZ, M.J., “La mediación de consumo en el arbitraje institucional”, *2009 workshop internacional sobre adr/odrs. construyendo puentes: marco jurídico y principios*. Universitat Oberta de Catalunya (UOC), internet interdisciplinary institute (in3), 15 de septiembre de 2009. (<http://www.uoc.edu/symposia/adr/>) [artículo en línea].

¹² 10 “*Con ello –continúa– se explica la autonomía como un poder de autorregulación de intereses propios que lleva a cabo el mismo titular y que le legitima para llevar a cabo la organización de sus compromisos a su plena libertad, en correspondencia a sus propios intereses y en el marco de la regulación establecida por el propio ordenamiento jurídico*”. MALUQUER MONTES, C., “Oferta pública de sometimiento al sistema arbitral”, en *Estudios sobre consumo* N° 59, Madrid, 2001, p. 182.

¹³ Cfr. DE CASTRO, F., *El negocio jurídico*, Tecnos, Madrid, 1967, p. 11.

¹⁴ Parlamento Europeo, (2014). *Rebooting' the Mediation Directive: Assessing the Limited Impact of its Implementation and Proposing Measures to Increase the Number of Mediations in the EU*. [online] Available at: ([http://www.europarl.europa.eu/thinktank/es/document.html?reference=IPOL-JURI_ET\(2014\)493042](http://www.europarl.europa.eu/thinktank/es/document.html?reference=IPOL-JURI_ET(2014)493042)) [Accessed 18 May 2016].

que inspiraba nuestro país por entonces, así lo establecía para los asuntos civiles¹⁵. El artículo 282 de la Constitución de 1812 señalaba que “*El alcalde de cada pueblo ejercerá en él el oficio de conciliador, y el que tenga que demandar por negocios civiles o por injurias, deberá presentarse a él con este objeto*”. Por lo tanto, incluso se hacía mención a la conciliación o mediación, que como queda claro se convertía en una obligación previa a la presentación de una demanda por actos civiles e incluso penales. No podemos olvidar que, aunque fuese con escasa aplicación práctica la mediación –o conciliación como era denominada realmente- fue obligatoria como presupuesto procesal hasta bien entrada la década de los 80.

En nuestro sistema actual, como ahora estudiaremos, la mediación no es obligatoria en materia civil, ni si quiera en el ámbito del consumo –aunque sí lo sea su ofrecimiento para que las partes puedan acogerse a ella como recoge el artículo 38 del Real Decreto 231/2008-. Pero sí lo es la conciliación, por ejemplo, para determinados asuntos penales. Así, antes de presentar una querrela por un delito de injurias o calumnias será necesario que se celebre un acto de conciliación entre las partes, según se recoge en el artículo 804 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.¹⁶

2.2. La mediación como un procedimiento eficaz

Como ya he puesto de manifiesto en alguno de mis trabajos, fue acertada la decisión del legislador constituyente de incluir en el primer párrafo del artículo 51 de la Constitución Española una mención expresa de la exigencia de que la defensa de los derechos de los consumidores y usuarios se lleve a cabo “*mediante procedimientos eficaces*” puesto que esta inclusión no hace sino resaltar el carácter fundamental que las cuestiones procedimentales tienen en materia de protección a los consumidores. así, podemos señalar que el arbitraje y la mediación se configuran, efectivamente, como procedimientos eficaces de protección de los consumidores.¹⁷ Así lo reconocía ya en 1993 el Libro Verde sobre el acceso de los Consumidores a la justicia en el que se afirmaba que los medios de resolución extrajudicial de conflictos son *mecanismos que permiten mejorar el acceso a la justicia de los ciudadanos*. Y estos procedimientos eficaces son los que deben guiar también la política legislativa en éste ámbito, puesto que, como hemos señalado, el largo periodo en resolver un litigio y su alto coste van contra los intereses tanto de los ciudadanos como de la propia administración.

El Real decreto 231/2008 que trata sobre el arbitraje en materia de consumo, dedica su artículo 38 a la mediación que, aunque no llega a definirla, sí que sienta los principios que

¹⁵ Para un estudio detallado del arbitraje en la Constitución de 1812 puede consultarse la obra *La jurisdicción arbitral en la Constitución de Cádiz*. MERCHÁN ÁLVAREZ, A., “La jurisdicción arbitral en la Constitución de Cádiz”, *Materiales para el estudio de la Constitución de 1812*, CANO BUESO, J. (ed.), Parlamento de Andalucía/Tecnos, Sevilla, 1989, pp. 465-479.

¹⁶ Señala el mencionado artículo 804 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal que “*No se admitirá querrela por injuria o calumnia inferidas a particulares si no se presenta certificación de haber celebrado el querellante acto de conciliación con el querrellado, o de haberlo intentado sin efecto.*”

¹⁷ Vid. HERRERA DE LAS HERAS, R. y PÉREZ FERRER, F.: “The legal protection of consumers in the Spanish legal system”, en *Le Corti Umbre* Vol. 5, 2014

deben regir en ella. Además, y en esto es en lo que tiene relación con nuestro trabajo, se establece la obligación de informar a los consumidores de la posibilidad de, antes de acudir al arbitraje, someterse a una mediación voluntaria. Durante años he ejercido como mediador del Tribunal de Arbitraje de Consumo de la Diputación Provincial de Almería y, en mi experiencia, puedo afirmar que el número de mediaciones se incrementó de manera notable y el porcentaje de acuerdos en las mismas también lo hizo. Y eso que tan solo se trataba de una mera información, que ni si quiera incluía una sesión informativa. Este es otro de los motivos por los que soy defensor de la implantación de la mediación obligatoria para determinados asuntos civiles y mercantiles.

3. *La mediación obligatoria*

La ya mencionada Directiva 2008/52/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de mayo de 2008, sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles abrió la puerta a la posibilidad de establecer la mediación con carácter obligatorio, aunque pocos países lo han hecho. Tan solo Italia la ha introducido de manera decidida. Eslovenia y Holanda han legislado sobre lo que se podría denominar como una mediación cuasi-obligatoria, en la que son los órganos judiciales los que pueden reclamar a las partes llevar a cabo una mediación. En cambio Reino Unido llegó a exigir la mediación durante un periodo de tiempo corto para controversias por debajo de una cuantía determinada, pero fue retirado. Parece que Francia está también decidida a probar la mediación obligatoria en determinados asuntos, como ahora comentaremos. Otros países han apostado por la implantación de la asistencia obligatoria a una sesión informativa con escaso éxito.

En España se produjo la trasposición de la Directiva 2008/52 mediante la Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles que estableció de forma clara en su artículo 6 el carácter voluntario de ésta. Pero no podemos olvidar que el anteproyecto de Ley sí que recogía la obligatoriedad de la mediación como un presupuesto para admitir cualquier proceso judicial posterior. A esto me referiré algo más adelante.

Es cierto que a través de la Ley 5/2012 se ha intentado dar un importante impulso a la mediación, permitiendo que esta tenga lugar con carácter previo al procedimiento o incluso ya iniciado este, en la audiencia previa. Incluso se aprobaron medidas como la suspensión de los plazos de prescripción de derechos y caducidad de acciones en tanto dure el proceso, así como el reconocimiento del necesario carácter ejecutivo a los acuerdos alcanzados. Pero no podemos ocultar que son muy bajos los conflictos civiles y mercantiles resueltos, ya no solo a través de la mediación, sino a por cualquier medio extrajudicial de resolución de conflictos porque está costando mucho extender la cultura necesaria para su desarrollo.¹⁸ Según los datos del informe del Parlamento Europeo sobre la implantación de la mediación civil y mercantil en España no se llega a las 2.000 mediaciones anuales, mientras que en aquellos países en los que se ha implantado de forma obligatoria el número es muy superior, llegando incluso a las 200.000 como es el caso de Italia. Incluso nos encontramos en el vagón de cola en cuanto al valor medio de las mediaciones que es, en nuestro País,

¹⁸ MARTÍ MINGARRO, L.: "La mediación civil... Op. Cit. Pág. 12

inferior a 25.000€ frente a los más de 100.000€ de países como Holanda. Ya sostenía con acierto el informe en el que se hacían comentarios sobre la obligatoriedad de la mediación del Instituto Español para la Mediación, de abril de 2010, que ésta, su obligatoriedad, era esencial puesto que, de lo contrario, *"el proceso de mediación quedaría como marginal y no llegará a conseguir los objetivos de aligerar la carga judicial"*.

¿Por qué creemos que sería bueno el establecimiento de una mediación obligatoria? Son múltiples las bondades de este sistema, pero principalmente señalaría que es bueno tanto para las partes en conflicto como para la propia administración de la justicia. Básicamente señalaría que la implantación de la mediación obligatoria no solo mejoraría la calidad de la justicia, sino ahorraría tiempo y dinero a los ciudadanos. Ya lo establecía la propia Directiva 2008/52 en su Exposición de Motivos al afirmar que *"la mediación puede dar una solución extrajudicial económica y rápida a conflictos en asuntos civiles y mercantiles, mediante procedimientos adaptados a las necesidades de las partes."*

Parte de la doctrina española ha mantenido también esta posición al afirmar que *"es preciso que se insista en la idea de seguir por la línea por la que ya giraba el Proyecto de ley - obligatoriedad de la mediación- que caducó en la anterior legislatura y en el que se apuntaba la necesidad de acudir a la mediación civil y mercantil de forma preceptiva cuando se reclamaran hasta 6.000 euros"*¹⁹

Por un lado, el hecho de que el acuerdo sea alcanzado por las partes, produce un evidente beneficio ya estudiados ampliamente por los expertos. Así, por ejemplo, es más probable que los acuerdos obtenidos durante la mediación se cumplan voluntariamente.²⁰ Del mismo modo es más factible que la relación entre las partes en litigio no acabe tan deteriorada como lo podría hacer durante un procedimiento judicial. Señala en este sentido ARMAS HERNÁNDEZ, recogiendo trabajos clásicos de la mediación de LIERT Y SHAPIRO, que es necesario que las partes estén motivadas, porque, cuando así sucede, el respeto a los acuerdos tiene un alto índice de cumplimiento, porque la mediación ayuda a todos a entender el conflicto y su dimensión ideológica.²¹

Por otro, según los datos recogidos en el mencionado informe del Parlamento Europeo - doy la cifra global- un litigio tardaría en resolverse judicialmente 556 días, frente a los 212 días que llevaría la solución a través de la mediación. (510 vs 50 en España)

¹⁹ Por todos MAGRO SERVET, V.: "Análisis sobre medidas necesarias de desarrollo legal y reglamentario de la Ley 5/2012 de mediación civil y mercantil para el éxito del sistema", en *Práctica de Tribunales*, N° 2254-948X, 12 de Marzo de 2013,

²⁰ Según estudios realizados en países con larga tradición en mediación, como Estados Unidos, el índice de cumplimiento de los acuerdos adoptados en mediación es más alto que el cumplimiento de las resoluciones judiciales, una diferencia de un 15%. Vid. (http://www.elderecho.com/tribuna/mercantil/mediacion_civil-mediacion_mercantil_11_695305006.html)

²¹ Vid. ARMAS HERNÁNDEZ, M.: La mediación en la resolución de conflictos, en *Educación*, núm. 32, 2003, pág. 126

Igualmente es importante reseñar la reducción de costes que tendría tanto para los litigantes como para la administración. En este sentido vuelve el informe a destacar el hecho de que el coste global medio de un procedimiento judicial para la administración es de 9.179€, frente a los 6.124€ de la mediación, lo que supone un ahorro medio de costes de alrededor del 35% por ciento a favor de este último sistema. Más llamativo aun es la diferencia en España, puesto que el informe señala que el coste medio del procedimiento judicial es de 8.015€ frente al de la mediación, que es de 1.833€

3.1. Los tipos de mediación obligatoria

Tipos de mediación obligatoria hay varios, pero debemos resaltar dos, aquellos a los que se refiere principalmente el reciente informe del Parlamento Europeo *“Rebooting» the mediation directive: assessing the limited impact of its implementation and proposing measures to increase the number of mediations in the EU”*. El primero de ellos es el de la obligatoriedad de asistir a la sesión informativa que pudiese ofrecerse en los órganos jurisdiccionales, aunque no creo que se pudiese considerar en sí mismo un modelo de mediación obligatoria. El segundo consistente en una mediación obligatoria propiamente dicha, en la que debe al menos intentarse llegar a un acuerdo, pero con la posibilidad de desistir por las partes de la mediación en cualquier momento.

Pero cuando sostengo la conveniencia de introducir la obligatoriedad de la mediación bien como presupuesto para el inicio de algunos procedimientos civiles y mercantiles, bien para la continuación del mismo, no estamos proponiendo que sea obligatorio llegar a un acuerdo durante la misma, puesto que el principio de autonomía de la voluntad no lo permitiría. Lo que sí defendemos es que se establezca por ley la obligatoriedad de intentar ese acuerdo a través de la mediación, bien judicial –iniciado ya el procedimiento- bien extrajudicial, en mi opinión la mejor solución, realizado ante profesionales cualificados-. Si realizado ese intento las partes no llegan a un acuerdo, el litigio podría iniciarse –para el caso de que la mediación hubiese sido extrajudicial y previa- o seguir su curso jurisdiccional –si hubiese tenido lugar iniciado ya el procedimiento-. Lo que es evidente y está fuera de cualquier debate es que la mediación no obliga a las partes en litigio a alcanzar ningún acuerdo. Quizá por eso hay autores que sostienen que este tipo de mediación no va contra un elemento básico de ella, la voluntariedad, sino que la terminología –la de obligatoria-, no es la correcta. Así, lo sostiene VARGAS PÁVEZ, al señalar que *“si uno de los principios fundantes de la mediación es la participación voluntaria de los involucrados en el conflicto, entonces la expresión mediación obligatoria no parece del todo feliz”*.²² Así hace referencia a términos tales como *“comparecencia obligatoria a la mediación”* o, *“mediación involuntaria”*. También VÁZQUEZ DE CASTRO apuesta por un término distinto, como el de *“mediación voluntaria mitigada”*.²³ Pero lo realmente importante, aunque la terminología no debiera ser algo menor, es el contenido del sistema que, como vengo

²² VARGAS PÁVEZ, M.: “Mediación obligatoria: algunas razones para justificar su incorporación”, en *Revista de Derecho*, Vol. XXI, núm. 2, diciembre de 2008. Pág. 192

²³ VÁZQUEZ DE CASTRO.

defendiendo, debería exigir a las partes implicadas en determinados procesos civiles y mercantiles la participación activa y durante un plazo mínimo de tiempo,

Mi experiencia como mediador en el Tribunal de Arbitraje de Consumo de la Diputación de Almería desde el año 2008 indica que un porcentaje muy elevado de los asuntos en los que participamos se resuelven en el acto de mediación, sin necesidad de acudir ni al arbitraje ni al procedimiento judicial. Bien es cierto que la legislación sobre arbitraje de consumo sí establece como obligatoria, no la mediación en sí mismo, pero al menos el ofrecimiento de ésta. Aunque yo sería partidario no solo del ofrecimiento, ni si quiera de la existencia de una sesión informativa sobre la posibilidad de realizar una mediación, sino de ir más allá estableciendo el intento de mediación de forma obligatoria, independiente claro está de la posibilidad de las partes a retirarse de la misma una vez haya sido intentada.²⁴ Y ello, entre otros motivos, porque en los países en los que se ha implantado la sesión informativa obligatoria no ha tenido un aumento significativo del número de mediaciones. Ahora desarrollaré este argumento.

Este fue el sistema que ya proponía el Anteproyecto de ley sobre la materia, aunque finalmente fue retirado. Así, el artículo 7 del mencionado Anteproyecto señalaba que "la mediación es voluntaria sin perjuicio de la obligatoriedad de su inicio cuando lo prevea la legislación procesal". Y era a través de su disposición final tercera la que establecía la obligatoriedad para "*los juicios verbales... a los que alude el apartado 2 del artículo 250 que consistan en una reclamación de cantidad, no se refieran a alguna de las materias previstas en el apartado 1 del mismo artículo y no se trate de una materia de consumo, será obligatorio el intento de mediación de las partes en los seis meses anteriores a la interposición de la demanda*".²⁵ Es decir, no consistía en una sesión informativa, sino que era necesario el mismo intento de mediación. Tanto es así que el anteproyecto preveía que "*no se admitirán las demandas en que se reclame una cantidad si no se acompañase acta o documento acreditativo del intento de mediación en los seis meses anteriores a su interposición*".

Un sistema parecido ya se ha instaurado en nuestro país, concretamente en Cataluña. En el desarrollo de su derecho foral el parlamento catalán aprobó la Ley 20/2014 en la que se introduce la obligatoriedad de acudir a la mediación –en algunos casos incluso al arbitraje– con carácter previo a la reclamación judicial para los casos de ejecución hipotecaria de la vivienda habitual cuando esta sea consecuencia del incumplimiento del deudor.²⁶

Mención especial se hizo en el informe del Parlamento Europeo a la necesidad de establecer esta mediación obligatoria para "*las partes más fuertes*" como las entidades financieras o las

²⁴ Esta es la misma propuesta que realiza el Parlamento Europeo en su informe acerca de la implantación de la mediación civil y mercantil, en el que señala que "*los datos sugieren claramente que la mediación obligatoria, con opción de exclusión, es la preferida*."

²⁵ También se pretendía potenciar la mediación electrónica, que hubiese sido obligatoria en los casos de reclamaciones inferiores a los 300 euros

²⁶ Sobre esta materia se puede consultar PÉREZ DAUDÍ, V.: "Aspectos procesales de la mediación preceptiva en los procesos hipotecarios", en Diario La Ley, N° 8541, 18 de Mayo de 2015

compañías de seguros. Al hilo de esta sugerencia surge también un nuevo planteamiento, y es el relacionado con los contratos en masa, una institución que sería conveniente se incluyese en este tipo de mediación. Solo tenemos que pensar, por ejemplo, lo sucedido con las preferentes o las cláusulas suelo. ¿Cuánto dinero se habría ahorrado el Estado y los contribuyentes si se hubiesen sometido a mediación la mayoría de los casos que afloraron en los últimos años en nuestro País? Sin duda fue una gran idea el establecimiento del arbitraje por parte del Ministerio de Sanidad y Consumo, por lo que no deberíamos olvidar el incluir esta opción en una futura legislación nacional.

Un elemento importante y que tampoco podemos olvidar es, por un lado, cómo acreditar el intento de mediación y, por otro, de llegarse a un acuerdo cómo ha de formalizarse. En ambos casos me inclino por recoger tanto los acuerdos que se alcancen como los intentos de mediación en escritura pública, con el objetivo de dotarlos de eficacia ejecutiva. El primero de ellos serviría para obligar a las partes a cumplir el acuerdo, mientras que el segundo serviría para acreditar el intento de mediación y, por consiguiente, acceder al procedimiento judicial mediante la correspondiente demanda.

Ya hacía mención sobre ello el Consejo de Estado en el mencionado informe acerca del Anteproyecto de Ley, en el que solicitaba, en la línea de la ya manifestado anteriormente por el Consejo General del Poder Judicial, *“arbitrar fórmulas como la protocolización ya sea otras formas de documento público que, en todo caso, permitirían articular un control de la conformidad a Derecho de todos los acuerdos de mediación y garantizar su fiel conservación, lo que además reforzaría la idea de la no exigencia a los mediadores de los conocimientos técnico-jurídicos.”*

Este extremo ya se recoge en la Ley de Jurisdicción Voluntaria en la que cualquier persona podrá solicitar al notario la realización de una conciliación, siempre que los conflictos sean de Derecho privado, y no medien intereses públicos o especialmente protegidos. Así se establece en la mencionada Ley que los acuerdos que se alcance, que tendrán fuerza ejecutiva, serán recogidos en escritura pública.

4. El caso italiano y francés

Como hemos venido poniendo de manifiesto el país de la Unión Europea donde se ha implantado la mediación obligatoria con mejores resultados ha sido en Italia. Lo hizo originalmente a través del decreto legislativo de 4 de marzo de 2010, n.28²⁷. Aunque no ha estado exenta tampoco de problemas, como la declaración de inconstitucional de algunos de los preceptos de su legislación que hizo que ésta se suspendiera entre 2012 y 2013²⁸. Así, es importante señalar que la Sentencia n. 272 de 6 de diciembre de 2012 del Tribunal Constitucional italiano impulsó una reforma de la mediación obligatoria que la han hecho compatible con la salvaguarda de la tutela judicial efectiva, también reconocida en la

²⁷ Adaptada a los requerimientos del Tribunal Constitucional italiano por el Decreto Legislativo n. 69 del 2013

²⁸ Sentencia de la Corte costituzionale n° 272/2012, del 24 de octubre de 2012

Constitución italiana. Así se han pronunciado los tribunales italianos al afirmar que la nueva mediación obligatoria es compatible con el mencionado derecho a la tutela judicial efectiva.

La legislación italiana estableció tres tipos distintos de mediación obligatoria, dependiendo de algunas circunstancias.²⁹ La primera de ellas se refiere a la obligatoriedad de la mediación cuando existiesen cláusulas contractuales o estatutarias que así lo señalaran. Para estos casos la legislación señala que, de no producirse la mediación, la demanda que versase sobre la materia referida no sería admitida a trámite.³⁰ La segunda es la mediación judicial, que es la que puede exigir un juez durante un procedimiento ya iniciado y fuera de las materias que ya se establecen como obligatorias por la propia Ley. Y por último, la que más relación tiene con este trabajo, aquella mediación que se impone con carácter obligatorio y *ex ante* del inicio de procedimiento judicial alguno que el juez estaría obligado a rechazar por tratarse de materias recogidas por la legislación como obligatorias³¹. Así, es evidente que en el país transalpino se han establecido con claridad las materias en las que es obligatorio iniciar la mediación –en las que las partes han de ser asistidas por un abogado– que van más allá de los asuntos relativos a la contratación civil y mercantil. De este modo, además de los arrendamientos, la responsabilidad contractual y alguna extracontractual, así como los contratos bancarios y de seguros se incluyen materias relacionadas con los pactos de familia, sucesiones o con los derechos reales.

El inicio de la mediación se establece como un presupuesto necesario y esencial para presentar la correspondiente demanda ante los juzgados. Así, el juez no admitirá a trámite aquella demanda que verse sobre las materias mencionadas anteriormente y en las que el demandante y demandado no hayan realizado la mediación obligatoria. En este sentido los plazos de la demanda se calcularán en base a la fecha de la solicitud el inicio de la mediación. Cabe también la posibilidad que el juez, tras una valoración del caso pueda, una vez iniciado el procedimiento, solicitar a las partes que se sometan al procedimiento de la mediación.

Es cierto, sin embargo, que la mediación establecida no es incondicional, sino que, como sucede en otros países y es en mi opinión recomendable, esa obligatoriedad viene mitigada o atenuada por varias circunstancias.

En primer lugar por la que es una de sus características principales: la limitación de su duración. Se establece un límite máximo de tres meses –anteriormente fueron cuatro, pero con la reciente reforma tras el fallo del Tribunal Constitucional se ha reducido–, lo que va en la línea aquí sostenida sobre la necesidad de que la mediación no sea únicamente un

²⁹ Sobre esta materia es muy clarificadora la obra de VILANI. Vid. VILANI, M.: “Brevi note sull’attuale assetto della mediazione civile obbligatoria”, en *osservatorio costituzionale*, abril 2015

³⁰ Así lo establece el artículo 5.1 bis del decreto legislativo de 4 de marzo de 2010, n.28

³¹ Tanto es así que se configura como una condición de admisión a trámite de la demanda: “non possono essere interpretate in senso estensivo (v. Cass. 967/04), deve ritenersi che se il procedimento di mediazione dura più di 3 mesi le parti sono libere di iniziare il giudizio di merito”.

medio para reducir la carga de trabajo de la administración de justicia –que también, sino que otorgue ventajas a los ciudadanos que se acojan a ella, como la rapidez y el ahorro de costes³². En segundo lugar porque la demanda ya sí será admitida a trámite, a pesar de que no hayan transcurrido los tres meses mencionados, si se produce el inicio de la mediación y esta finaliza sin acuerdo. En tercer y último lugar, porque si las partes deciden no seguir con el procedimiento de mediación este habrá sido gratuito.³³ Podemos por lo tanto afirmar que la introducción de la mediación obligatoria en Italia ha contado con medidas que han incentivado su implantación, como las ahora mencionadas.

Pero también hemos de señalar que se introdujeron otras medidas que lo que pretenden es penalizar con la imposición de las costas en caso de que el fallo coincida con la propuesta de acuerdo que se hubiese realizado por parte del mediador.³⁴ Esto, como señala VÁZQUEZ DE CASTRO, ha generado fuertes críticas, pero no deja de ser una posibilidad a tener en cuenta por el legislador español.³⁵ Así, hay autores que, a pesar de no mostrarse favorables a la implantación de un sistema de mediación obligatoria, sostienen que *“no parece descabellada la opción de sancionar a aquel litigante temerario que, aun teniendo razón, ha malgastado inútilmente los recursos del Estado en promover un litigio que a todas luces se hubiera resuelto pacíficamente por los cauces de la mediación”*.³⁶ Parece ir esta opinión en la línea de la Sentencia de 26 de enero de 2015 del Juzgado de Primera Instancia núm. 52 de Barcelona en la que, como posteriormente veremos con mayor detenimiento, se sancionó por mala fe procesal a una de las partes en litigio con el fundamento de que se había producido abuso del derecho al no utilizar la tutela judicial efectiva como último recurso, existiendo otros métodos de resolución de conflictos.

Otra novedad que me parece interesante es que la introducción en Italia de la mediación obligatoria se ha realizado con un carácter experimental. Esto no quiere decir que se lleve a cabo solo en determinados juzgados o materias, sino que se ha establecido un periodo de cuatro años en el que la mediación será obligatoria –hasta el próximo año 2017- tras el cual las partes implicadas en este sistema podrán evaluar el éxito, los problemas y las necesidades de mejora que se requieran.

³² Hemos de tener en cuenta, como señala RUVOLO, que este plazo de tres meses no se puede interpretar de manera flexible, pues si la mediación supera el mencionado plazo, las partes son libres de iniciar el procedimiento. Vid. RUVOLO, M.: *La mediazione obbligatoria*. In: *La semplificazione del processo tra norme e prassi*, Roma, 2015.

³³ Artículo 5 bis del decreto legislativo de 4 de marzo de 2010, n.28

³⁴ Artículo 13 del Decreto Legislativo núm. 28, de 4 de marzo de 2010

³⁵ VÁZQUEZ DE CASTRO, E. y GARCÍA VILLALUENGA, L.: “La mediación civil en España: luces y sombras de un marco normativo”, en *Política y Sociedad*, núm. 50, 2013. Pág. 93

³⁶ CORREA DEL CASSO, J.P.: “Valoración crítica de la Directiva 2008/52/CE sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles y de su trasposición en algunos ordenamientos jurídicos Europeos”. en *La mediación en asuntos civiles y mercantiles. La transposición de la Directiva 2008/52 en Francia y en España*, HUALDE MANSO, T. (Dir.), Ed. La Ley, 2012, Pág 31 y ss

Pero, ¿cuáles pueden ser las causas del éxito de la mediación obligatoria en Italia? No cabe duda de que son múltiples los factores que a ello han contribuido, incluyendo la mentalidad de la sociedad italiana. Pero no cabe duda de que el hecho de incluir medidas sancionadoras, por un lado, e incentivadoras por otro, tienen mucho que ver en ello.

Comencemos por las primeras, por las sancionadoras por el abandono de la mediación. La primera medida que se establece en esta línea es que si alguna de las partes no participa en la mediación sin motivo justificado para ello, el artículo 8.4 bis permite al juez que, durante el futuro procedimiento, establezca la carga de la prueba e incluso una sanción pecuniaria. Algunos autores han criticado, no sin cierta razón, el hecho de que es muy incierto y subjetivo el determinar que se considerará “*sin motivo justificado*”.³⁷ Lo mismo sucede, como ahora veremos, en el caso francés.

La segunda es más novedosa, pues se establece en el artículo 13.1. que si, a la conclusión del proceso, la sentencia coincide con la propuesta realizada por el mediador no podrá reclamar las costas del procedimiento, bien al contrario, será condenado a las mismas a favor de la otra parte, incluso de la propia mediación.

Por lo que respecta a Francia, el pasado 11 de marzo de 2015, se aprobó el Decreto de simplificación del procedimiento civil sobre la comunicación electrónica y la resolución amistosa de conflictos. El legislador francés ha optado por incentivar a las partes a resolver los conflictos a través de medios extrajudiciales, especialmente de la mediación³⁸. Así, una de las medidas tomadas ha sido que para que la demanda sea admitida a trámite será necesario, para determinados asuntos, acreditar “*los procedimientos realizados para llegar a una solución amistosa de la controversia*” por las partes.”³⁹ Es cierto que no se exige el haber llevado a cabo la mediación en sí, sino que lo que es necesario es acreditar los intentos previos de resolución del conflicto antes de la presentación de la demanda. Quizá por eso VÁZQUEZ DE CASTRO ha definido a este sistema francés como una mediación voluntaria mitigada.

Pero también es cierto que da un amplio margen de discrecionalidad a los jueces, puesto que el artículo 157 del Código Procesal francés les permite que “*si no se justifica, al inicio del procedimiento y de conformidad con los arts. 56 y 58, los procedimientos realizados para llegar a un arreglo amistoso de la controversia*” puede proponerle a las partes la realización de una mediación. Es cierto que esto último es discrecional para el juez –no está obligado a proponerlo– y para las partes, porque si llega a hacerlo no estarán obligadas a someterse a él. Pero para este último caso ya estaríamos hablando de una mediación intrajudicial y no extrajudicial como venimos defendiendo en este trabajo. Lo que sí es obligatorio es el hecho

³⁷ VACCARI, M.: *Media-conciliazione e funzione conciliativa del giudice*, in (www.iudicium.it)

³⁸ MERELLES PÉREZ, M.: “Nuevas fórmulas para fomentar la mediación”, en *Diario La Ley*, Nº 8646, 16 de noviembre de 2015, pág. 7

³⁹ Así lo establecen los arts. 55, 56, 58 y 127 del Código Procesal Civil francés

de acreditar los esfuerzos previos realizados para resolver el conflicto antes de la presentación de la demanda.

5. *Límites a la mediación obligatoria.*

Esa mediación obligatoria, como es lógico, tiene que tener ciertos límites. Unos vienen impuestos por los asuntos relativos que afecten a derechos y obligaciones no disponibles por las partes, como por otro lado ya se recoge en el artículo 2.1 de la Ley 5/2012. Por lo tanto, nos encontraremos ante materias indisponibles, como aquellas que giran en torno a los derechos fundamentales –la libertad, el honor, la seguridad, etc.–, aquellas sobre las que ha recaído ya sentencia judicial firme o las que traten sobre la filiación, tutela o incapacitación, entre otras. En la misma línea, el Convenio de Nueva York, al que España se adhirió en 1977, limita la autonomía de la voluntad, en el sentido de establecer un control judicial sobre ésta, lo que constituye un elemento más de seguridad jurídica que supone el control judicial sobre la autonomía de la voluntad.

Otro, sin duda, por la propia autonomía de la voluntad ya mencionada puesto que una cosa es que sea obligatorio el intento de mediación y otra muy distinta que las partes tengan que llegar a un acuerdo durante la misma. Así, en base a este principio básico del derecho privado cualquiera de las partes podrá poner fin a la mediación en cualquier momento. Así se recogía ya en el Anteproyecto que precedió a la Ley 5/2012 en cuyo artículo 7.3 se establecía que "*nadie está obligado ni a mantenerse en el procedimiento de mediación ni a concluir un acuerdo*". Hemos de señalar que la libertad de las partes de abandonar el proceso en cualquier momento –siempre que este se haya iniciado ya- o de alcanzar o no un acuerdo durante el mismo no admite ninguna duda.⁴⁰

Algunos han querido hacer ver que el carácter obligatorio que venimos pregonando es contrario a este principio. Nada más lejos de la realidad. Como sostuvo el Consejo de Estado en su informe sobre el Anteproyecto de Ley de Mediación para Asuntos Civiles y Mercantiles, el hecho de que se imponga la mediación en determinados procesos judiciales "*es compatible con el principio de voluntariedad que se proclama de la mediación*". Y ello en base a que, como ya hemos señalado, las partes son enteramente libres para mantenerse y para concluir un acuerdo.

En este sentido hay que hacer una apreciación, puesto que se puede poner fin al procedimiento en cualquier momento, pero tendrían que ser las partes las que lo hiciesen, y no el mediador. Así lo afirmó el informe sobre el anteproyecto de Ley de mediación para asuntos civiles y mercantiles del Consejo de Estado que señalaba que "*choca con la propia esencia de la mediación el hecho de que sea el mediador quien decida poner fin a la mediación y no las partes*"

Y un tercero, que debe venir dado por la cuantía de los procedimientos, puesto que parece lógico que si uno de los objetivos de la implantación de la mediación obligatoria es la

⁴⁰ GINEBRA MOLINS, E, y TARABAL BOSCH, J.: "La obligatoriedad de la mediación derivada de la voluntad de las partes: las cláusulas de mediación", en *Revista para el análisis del derecho*, N.4, 2013, pág. 7

disminución de los casos en litigio para dotar de una mayor calidad al resto, se debe establecer cuáles son los que podrían quedar afectados por este sistema en base a una cuantía máxima.

6. *Críticas planteadas la implantación de la mediación obligatoria y sus posibles respuestas.*

No podemos obviar que el establecimiento de un sistema de mediación obligatoria encuentra ciertas críticas y son muchos los que se han pronunciado en contra de ella. Sirva a modo de ejemplo, entiendo que significativo, la postura de PASCUAL ORTUÑO, Magistrado de la Audiencia de Barcelona y uno de los fundadores del Grupo Europeo de Magistrados por la Mediación, cuando afirma que *“la obligatoriedad no es un método adecuado y pronto se convierte en un trámite burocrático que, como tal, se desprestigia.”*⁴¹ DE LA OLIVA SANTOS ha afirmado en este sentido que *“el porcentaje de conciliaciones exitosas no alcanzaban el 1% de los litigios civiles y mercantiles (...) Lo que la experiencia había demostrado es que quienes estaban resueltos a demandar lo hacían, bien una vez agotados por su cuenta los intentos de llegar a un acuerdo, bien por no estar dispuestos a acuerdo de ninguna clase, sino determinados a obtener una concreta sentencia favorable.”*⁴² Estas afirmaciones son evidentemente ciertas, aunque en mi opinión no podemos resignarnos a que los resultados sean los mismos hoy que en los años ochenta. Así sería en el caso en el que la norma reprodujese la recogida en la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881. Pero estoy convencido que, adoptando las medidas adecuadas, no tendría por qué ser así. La Ley 15/2005, de 8 de julio, por la que se modifican el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de separación y divorcio hizo, con un simple cambio legislativo, que lo que antes era más habitual -la separación- se convirtiese en anecdótico unos meses después.

Ahora bien, para evitar que la mediación se convierta en un trámite burocrático y que corramos el riesgo de que produzca los efectos contrarios al aumentar los trámites y plazos de resolución de los litigios, se tendrían que establecer medidas paralelas que incentivasen la mediación obligatoria entre las partes. No tenemos más que fijarnos en Italia donde, como ya he puesto de manifiesto, el éxito del sistema obligatorio ha sido rotundo gracias, no solo a su obligatoriedad, sino a los beneficios que las partes obtienen por el mero hecho de acogerse a ella. Así definiendo que la obligatoriedad debe de ir acompañada de medidas de información, formación, concienciación e incentivación de la mediación. En este sentido se han manifestado algunos autores italianos, que una vez conocida la experiencia mantienen que una mediación limitada solo al objetivo de reducir la carga judicial acaba por convertirse en un procedimiento ineficaz, por lo que se necesita un proceso rápido, eficiente que esté acompañado por otras medidas colaterales.⁴³ Así se hizo en Italia con

⁴¹ ORTUÑO, P. (2014). *La mediación devuelve a los ciudadanos la posibilidad de gestionar sus conflictos.* (<http://www.diariojuridico.com/la-mediacion-devuelve-a-los-ciudadanos-la-posibilidad-de-gestionar-sus-conflictos/>)

⁴² DE LA OLIVA SANTOS, A.: *Mediación y Justicia: síntomas patológicos*, Otrosí, núm 8, 2011., El Notario del Siglo XXI, núm 39, septiembre-octubre 2011. Pág. 10

resultados muy satisfactorios puesto que no solo aumentó el número de mediaciones obligatorias, lo que era absolutamente lógico, sino que se multiplicaron las voluntarias.

Otra de las principales críticas que se le hace al establecimiento de la mediación obligatoria con carácter previo al acceso a la justicia es que se trataría de un retroceso respecto a la tutela judicial efectiva garantizada por el artículo 24 de la Constitución Española.⁴⁴ Hay autores que sostienen que el establecer como obligatoria la asistencia a una audiencia informativa sobre mediación, vinculada esta al inicio del procedimiento, estaría atentando contra el derecho de libre acceso a la jurisdicción⁴⁵

Es cierto que se trata de un tema polémico, y sobre el que se ha escrito mucho⁴⁶, pero, en cambio yo coincido con CONFORTI, que resuelve bien este tema, en que ésta no es ejercitable sin más, sino sólo por los cauces legalmente establecidos, por lo que sería perfectamente plausible establecer un requisito previo de acceso a la jurisdicción, en este caso realizar con carácter previo una mediación, por lo que no afectaría al acceso a la jurisdicción.⁴⁷ Es destacable el fundamento con el que un juez de Barcelona sancionó por mala fe procesal a una de las partes en litigio al afirmar, entre otras cosas, que se abusa de ella “cuando –la tutela judicial efectiva– no se utiliza como último recurso sino como primero, siendo como es que hay otros métodos de resolución de conflictos”⁴⁸ Va más allá aun la Sentencia, puesto que llega a afirmar que resulta sancionable no acudir a otros métodos como la mediación, cuando existe una “desproporción enorme entre lo que se discute y lo que cuesta que se discuta” existiendo alternativas, como la mediación, cuyo uso evitaría muchos de los casos que colapsan los Tribunales⁴⁹. No comparto la decisión del juzgador, pero sí su intención. Ahora, para que pudiese ser sancionable, entiendo, sería necesario que se implantase la mediación civil obligatoria. Entonces sí, se podría abrir la puerta o bien a la no admisión a trámite o, en una versión aún más atrevida y que me genera ciertas dudas, de la mala fe procesal.⁵⁰

⁴³ Vid. VILLANI, M.: “Brevi notte sull’attuale assetto della mediazione civile obbligatoria”, en *Osservatorio costituzionale*, abril, 2015

⁴⁴ Así lo hace, entre otros, MANZANARES SAMANIEGO en su voto particular en el *Informe* del Consejo de Estado sobre el Anteproyecto de la Ley de Mediación en Asuntos Civiles y Mercantiles

⁴⁵ MARTÍN DIZ, F.: “Retos de la mediación como complemento al proceso judicial en una sociedad globalizada.” Los retos del Poder Judicial ante la sociedad globalizada. Actas del IV Congreso Gallego de Derecho Procesal (I Internacional) A Coruña, 2 y 3 de junio de 2011, Agustín Jesús Pérez-Cruz Martín (dir.), Xulio Ferreiro Baamonde (dir). A Coruña: Universidade, 2012, p. 131-146.

⁴⁶ Especialmente interesante es la monografía: TORRES OSORIO, E.: *La mediación a la luz de la tutela judicial efectiva*, Ed. Universidad de Salamanca, 2013

⁴⁷ CONFORTI, O.D.: “La sesión informativa obligatoria en la mediación intrajudicial en España”, en *Diario La Ley*, 23 de febrero de 2015

⁴⁸ Sentencia de 26 de enero de 2015 del Juzgado de Primera Instancia núm. 52 de Barcelona

⁴⁹ MERELLES PÉREZ, M.: “Sanción por mala fe procesal por no intentar la mediación”, en *Diario La Ley*, N° 8490, 27 de febrero de 2015, pág. 3

⁵⁰ Aunque no deja de ser ciertamente audaz y bien intencionada la argumentación del juzgador cuando afirma en la Sentencia mencionada que “acudir a la mediación o a otro sistema extrajudicial de resolución de conflictos no es obligatorio en España, como sí lo es en Italia para casos como el presente, pero el proceder con

El mismo dilema se planteó en Italia, pero el legislador ha entendido, y así lo han refrendado posteriormente los tribunales italianos, que el hecho de establecer la inadmisión a trámite de la demanda hasta que se produzca la mediación, o el inicio de la misma, salvaguarda el derecho de los ciudadanos a la tutela judicial efectiva.⁵¹

Sobre esta materia tuvo oportunidad de pronunciarse el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en su Sentencia de 18 de marzo de 2010 en la que viene a afirmar que la obligatoriedad del establecimiento de un procedimiento de mediación previo al ejercicio de una acción judicial no vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva. Pero para ello impone cuatro circunstancias que han de darse de forma simultánea, a saber: 1) Que no sea obligatorio llegar a un acuerdo; 2) Que no implique un retraso sustancial a la vía judicial; 3) Que suspenda los plazos de prescripción, y 4) Que no ocasione gastos, o que sean de escasa entidad.

En este sentido, MANZANARES SAMANIEGO, en su voto particular en el informe del Consejo de Estado sobre el Anteproyecto de la Ley de Mediación en Asuntos Civiles y Mercantiles afirmaba que *“la obligatoriedad de la mediación redundaría sin duda en un menor trabajo de los tribunales pero a cambio de crear un nuevo cuerpo funcionarial o cuasi funcionarial cuyo mantenimiento no correría a cargo del Estado sino, en último término, de los ahora compelidos a recurrir a sus servicios.”* No comparto esta afirmación como elemento que invalide la instauración de la mediación obligatoria, puesto que, como señala BARONA VILAR, aunque el Estado no puede incurrir en una dejación, por motivos presupuestarios, de la Justicia en manos privadas, eso no significa que la mediación extrajudicial *“sirva”* a la Justicia, lo que es, en determinadas condiciones, perfectamente posible.⁵²

Otro tema que puede preocuparnos a la hora de implantar el sistema es el analizar con detenimiento todo lo referente a la suspensión de las actuaciones, puesto que es un tema delicado que, utilizado de forma abusiva puede suponer una ralentización de la resolución del litigio. Señala SOLETO MUÑOZ que *“es posible la suspensión de las actuaciones, sin embargo, tal como se ha observado en los proyectos piloto llevados a cabo en distintas ciudades españolas, la suspensión de las actuaciones es un elemento en contra de la aceptación de las partes de acudir a la mediación, pues en la mayoría de los casos quieren ver su asunto zanjado lo antes posible”*⁵³.

rectitud, bajo criterios de ética y responsabilidad social no depende de que la ley lo imponga, sino de que los ciudadanos y empresas empiecen a ser conscientes de los beneficios y perjuicios que producen en la causa pública y actúen consecuentemente”

⁵¹ VILANI, M.: “Brevi note sull’attuale assetto della mediazione civile obbligatoria... Op. Cit. Pág. 6

⁵² BARONA VILAR, S.: “Integración de la mediación en el moderno concepto de *Acces to Justice*”, en *Revista para el análisis del derecho*, nº4, 2014.

⁵³ Vid. SOLETO MUÑOZ.: “La mediación: método de resolución alternativa de conflictos en el proceso civil español”, en *Revista Eletrônica de Direito Processual*, Volume III

7. Conclusiones

En base a todo lo expuesto he de manifestar mi posición favorable a la implantación de una mediación obligatoria para determinados asuntos civiles y mercantiles, basada en las siguientes conclusiones:

- El alto nivel de litigiosidad existente en España es difícilmente sostenible para un sistema que pretende ser eficaz y dar un servicio de calidad a los ciudadanos.
- Este sistema no debe de ser implantado para cualquier tema civil o mercantil, sino que tendrían que establecerse algunos límites, además de los obvios sobre materias indisponibles para las partes. Así, la cuantía podría configurarse como un elemento clave a la hora de filtrar los casos que deberían pasar por una mediación obligatoria
- Tanto el sistema italiano como el francés son sistemas acertados que están dando sus frutos. En mi opinión, después del estudio realizado, debería tratarse de una mediación extrajudicial cuyo intento real tendría que ser probado para que, de no haberse producido acuerdo, se admitiese a trámite la correspondiente demanda.
- Entiendo que el establecimiento de esta mediación obligatoria para determinados asuntos civiles y mercantiles tiene que ir necesariamente acompañada de medidas no solo disuasorias, sino también incentivadoras de ésta como hace, por ejemplo, el sistema italiano. Así, podría hablarse de la gratuidad del procedimiento, por un lado, frente a penalizar con la imposición de las costas en caso de que el fallo coincida con la propuesta de acuerdo que se hubiese realizado por parte del mediador.
- Afirmino que, como he defendido a lo largo del trabajo, el establecimiento de una mediación de carácter obligatorio no vulnera ni el principio de autonomía de la voluntad ni la tutela judicial efectiva. Sobre la primera me reafirmo en que una cosa es que sea obligatorio el intento de mediación y otra muy distinta que las partes tengan que llegar a un acuerdo durante la misma. Y por lo que respecta a la tutela judicial efectiva sostengo que el hecho de establecer un requisito previo de acceso a la jurisdicción, como se hace ya en otros países de Europa, no afectaría al acceso a la jurisdicción.

8. Bibliografía

BARONA VILAR, S.: "Integración de la mediación en el moderno concepto de *Access to Justice*", en *Revista para el análisis del derecho*, nº4, 2014.

BELLO JANEIRO, D.: "La mediación y el arbitraje en la propiedad intelectual.", en *Estudios Jurídicos en Homenaje al Profesor José María Miquel* / coord. por Luis Díez-Picazo y Ponce de León, Vol.1, 2014 (Volumen I), págs. 551-577

CAZORLA GONZÁLEZ, M.J., "La mediación de consumo en el arbitraje institucional", 2009 *workshop internacional sobre adr/odrs. construyendo puentes: marco jurídico y principios*. Universitat Oberta de Catalunya (UOC), internet interdisciplinary institute (in3), 15 de septiembre de 2009. (<http://www.uoc.edu/symposia/adr/>) [artículo en línea].

CONFORTI, O.D.: "La sesión informativa obligatoria en la mediación intrajudicial en España", en *Diario La Ley*, 23 de febrero de 2015

CONFORTI, O.D.: "La sesión informativa obligatoria en la mediación intrajudicial en España", en *Diario La Ley*, 23 de febrero de 2015

DE CASTRO, F., *El negocio jurídico*, Tecnos, Madrid, 1967, p. 11.

MALUQUER MONTES, C., "Oferta pública de sometimiento al sistema arbitral", en *Estudios sobre consumo* Nº 59, Madrid, 2001

MARTÍ MINGARRO, L.: "La mediación civil y mercantil en la nueva Ley 5/2012, de 6 de julio", en *Revista jurídica de Castilla y León*, nº29, 2013

MERCHÁN ÁLVAREZ, A., "La jurisdicción arbitral en la Constitución de Cádiz", *Materiales para el estudio de la Constitución de 1812*, CANO BUESO, J. (ed.), Parlamento de Andalucía/Tecnos, Sevilla, 1989

MILLANI, M.: "Brevi note sull'attuale assetto della mediazione civile obbligatoria", en *Osservatorio costituzionale*, abril, 2015

PALAO MORENO, G., "Autonomía de la voluntad y mediación en conflictos transfronterizos en el real decreto ley 5/2012", en *Diario la Ley*, núm. 7847

SOLETO MUÑOZ.: "La mediación: método de resolución alternativa de conflictos en el proceso civil español", en *Revista Eletrônica de Direito Processual*, Volume III

TROCKER, N., y DE LUCA, A.: *La mediazione civile alla luce della Direttiva 2008/52/CE*, Florencia University Press, 2011

VACCARI, M.: *Media-conciliazione e funzione conciliativa del giudice*, in www.iudicium.it

VILANI. Vid. VILANI, M.: "Brevi note sull'attuale assetto della mediazione civile obbligatoria", en *osservatorio costituzionale*, abril 2015