



UNIVERSIDAD DE LA RIOJA

TRABAJO FIN DE ESTUDIOS

Título

Los Medios Adecuados de Solución de Controversias (MASC) en la jurisdicción civil y mercantil. Novedades a la luz del Anteproyecto de Ley de Medidas de Eficiencia Procesal del Servicio Público de Justicia de 2020.

Autor/es

JORGE NALDA GIRAUTA

Director/es

PEDRO MARÍA GARCIANDÍA GONZÁLEZ y SILVIA LANDA OCÓN

Facultad

Escuela de Máster y Doctorado de la Universidad de La Rioja

Titulación

Máster Universitario en Acceso a la Abogacía

Departamento

DERECHO

Curso académico

2021-22



Los Medios Adecuados de Solución de Controversias (MASC) en la jurisdicción civil y mercantil. Novedades a la luz del Anteproyecto de Ley de Medidas de Eficiencia Procesal del Servicio Público de Justicia de 2020., de JORGE NALDA GIRAUTA

(publicada por la Universidad de La Rioja) se difunde bajo una Licencia Creative Commons Reconocimiento-NoComercial-SinObraDerivada 3.0 Unported. Permisos que vayan más allá de lo cubierto por esta licencia pueden solicitarse a los titulares del copyright.

© El autor, 2022

© Universidad de La Rioja, 2022
publicaciones.unirioja.es
E-mail: publicaciones@unirioja.es

TRABAJO FIN DE MÁSTER

Los Medios Adecuados de Solución de Controversias (MASC) en la jurisdicción civil y mercantil. Novedades a la luz del Anteproyecto de Ley de Medidas de Eficiencia Procesal del Servicio Público de Justicia de 2020.

The Adequate Means of Conflict Resolution (MASC) in the Civil and Commercial Jurisdiction. Novelties in light of the 2020 Draft Law on Procedural Efficiency Measures of the Public Service of Justice.

AUTOR:

JORGE NALDA GIRAUTA

TUTORES:

Prof. Dr. PEDRO MARÍA GARCIANDÍA GONZÁLEZ

Catedrático de Derecho Procesal de la Universidad de la Rioja

SILVIA LANDA OCÓN

Mediadora y Abogada del ICAR

**MÁSTER DE ACCESO A LA ABOGACÍA
ESCUELA DE MÁSTER Y DOCTORADO (EMYDUR)**



AÑO ACADÉMICO 2021/2022

RESUMEN: El movimiento de los “medios alternativos de resolución de conflictos” (ADR) trajo consigo una nueva forma de solución de conflictos de forma alternativa a la otorgada por los tribunales. Ante una jurisdicción civil y mercantil que acrecentó su colapso por la crisis sanitaria de la COVID-19, el recientemente aprobado Anteproyecto de Ley de Medidas de Eficiencia Procesal del Servicio Público de Justicia trabaja en la misma línea al regular los “medios adecuados de solución de controversias” (MASC) como herramientas de consecución de acuerdos. Con la inserción del “requisito de procedibilidad” y el fomento de medidas incentivadoras en la actividad negociadora de las partes, esta normativa intentará frenar las elevadas tasas de litigiosidad por algunas controversias que ya mismamente la vía consensual puede dirimir.

PALABRAS CLAVE: ADR, tribunales, COVID-19, Anteproyecto de Ley de Medidas de Eficiencia Procesal del Servicio Público de Justicia, medios adecuados de solución de controversias, requisito de procedibilidad, actividad negociadora, litigiosidad.

ABSTRACT: The movement of "Alternative Dispute Resolution" (ADR) brought with it a new form of conflict resolution alternative to that granted by the courts. Faced with a civil and commercial jurisdiction that increased its collapse due to the COVID-19 health crisis, the recently approved Draft Law on Procedural Efficiency Measures of the Public Service of Justice works along the same lines by regulating the "adequate means of conflict resolution" (AMCR) as tools for reaching agreements. With the insertion of the "procedural requirement" and the promotion of incentive measures in the negotiating activity of the parties, this regulation will try to brake the high litigation rates for some controversies that the consensual route can even resolve.

KEYWORDS: ADR, courts, COVID-19, Draft Law on Procedural Efficiency Measures of the Public Service of Justice, adequate means of conflict resolution, procedural requirement, negotiating activity, litigation.

INTRODUCCIÓN	1
1. DE LA JURISDICCIONALIZACIÓN AL PROTAGONISMO DE LOS <i>ALTERNATIVE DISPUTE RESOLUTION</i> (ADR) EN LA RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS EN ATENCIÓN A LOS FACTORES DE LA LITIGIOSIDAD Y EL ACCESO A LA JUSTICIA	3
2. EL ANTEPROYECTO DE LEY DE MEDIDAS DE EFICIENCIA PROCESAL DEL SERVICIO PÚBLICO DE JUSTICIA DE 2020 (ALMEP) Y SU TÍTULO I	10
2.1 El Anteproyecto de Ley de Medidas de Eficiencia Procesal del Servicio Público de Justicia de 2020 (ALMEP): objetivos, motivación y estructura.	10
2.2 Un primer acercamiento al Título I del ALMEP: los medios “adecuados” de solución de controversias (MASC).	14
3 LOS MEDIOS ADECUADOS DE SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS (MASC)	19
3.1 Conceptualización y elementos configuradores de los MASC.	19
3.1.1 Libertad y buena fe.	20
3.1.2 Asistencia letrada, honorarios e incentivos.	21
3.1.3 Ámbito de aplicación y disponibilidad de la materia.	22
3.1.4 Intervención del denominado “tercero neutral”.	23
3.1.5 Confidencialidad.	24
3.2 Clasificación de los MASC.	25
3.2.1 La negociación.	26
3.2.2 La conciliación.	26
3.2.3 La oferta vinculante confidencial.	28
3.2.4 La opinión de experto independiente.	29
3.2.5 La cláusula de cierre del artículo 1.3 del ALMEP: la propuesta de los <i>dispute boards</i> .	32
4 EL REQUISITO DE PROCEDIBILIDAD COMO CARACTERÍSTICA ESENCIAL DE LOS MEDIOS ADECUADOS DE SOLUCION DE CONTROVERSIAS (MASC)	34
4.1 El Anteproyecto de Impulso de la Mediación de 2019 (ALIM): especial referencia a la “obligatoriedad mitigada” de la mediación.	34
4.2 La obligatoriedad de la mediación en el modelo italiano como antecedente: comentario a la Sentencia del TJUE de 14 de junio de 2017 (asunto C-75/16 o asunto <i>Menini</i>).	38
4.3 El requisito de procedibilidad del artículo 1.3 del ALMEP.	41

5 EFECTOS PROCESALES TRAS EL USO DE LOS MEDIOS ADECUADOS DE SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS (MASC)	47
5.1 El “cuestionado” valor de cosa juzgada de los acuerdos adoptados bajo los MASC.	47
5.2 La regulación de las costas procesales en el seno de los MASC.	52
5.2.1 Novedades en las reglas del vencimiento objetivo.	52
5.2.2 La exoneración o aminoración de las costas en el artículo 245.5 de la LEC.	56
5.2.3 La multa del artículo 32.5 de la LEC en el ámbito de consumidores.	57
5.2.4 El concepto del “abuso del Servicio Público de Justicia”.	57
5.2.5 La multa del artículo 247 de la LEC.	58
CONCLUSIONES	60
BIBLIOGRAFÍA	63

ÍNDICE DE ABREVIATURAS

Art.	Artículo
ADR	<i>Alternative Dispute Resolution</i>
ALIM	Anteproyecto de Ley de Impulso de la Mediación
ALMEP	Anteproyecto de Ley de Medidas de Eficiencia Procesal del Servicio Público de Justicia
ASEMED	Asociación Española de Mediación
CE	Constitución española de 1978
CC	Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil
CCI	Cámara de Comercio Internacional
CGAE	Consejo General de la Abogacía Española
CGPJ	Consejo General del Poder Judicial
COVID-19	Coronavirus o coronavirus de tipo 2 causante del síndrome respiratorio agudo severo (SRAS-CoV-2)
CUEMYC	Conferencia Universitaria Internacional para el Estudio de la Mediación y el Conflicto
EGAE	Estatuto General de la Abogacía Española
ERE	Expediente de Regulación de Empleo
ERTE	Expediente de Regulación Temporal de Empleo
FIDI	Federación Internacional de Ingenieros Consultores
FIDIC	Contratos de la Federación Internacional de Ingenieros Consultores
GEMME	Grupo Europeo de Magistrados por la Mediación
LEC	Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil
LECr	Real Decreto de 14 de septiembre de 1882 por el que se aprueba la Ley de Enjuiciamiento Criminal
LCS	Ley 50/1980, de 8 de octubre, de contrato de seguro
LJV	Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria
LN	Ley del Notariado de 28 de mayo de 1862
LOPJ	Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial

LPAC	Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas
LSC	Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital
MASC	Medios Adecuados de Solución de Controversias
PYMES	Pequeñas y medianas empresas
RAE	Real Academia Española
TC	Tribunal Constitucional
TJUE	Tribunal de Justicia de la Unión Europea
TS	Tribunal Supremo

INTRODUCCIÓN

La Administración de Justicia de España ha sufrido en los últimos años, esencialmente en el ámbito de lo civil y lo mercantil, un colapso por las elevadas tasas de litigiosidad, acrecentadas recientemente por la crisis sanitaria originada por la COVID-19. Este fenómeno ha jugado un papel protagonista en la pérdida de la calidad de la justicia por la excesiva sobrecarga de trabajo, materializada en el elevado número de demandas por controversias en alquileres, reclamaciones de cantidad, cancelaciones de vuelos o actividades comerciales, entre otras.

La diversa naturaleza y relevancia de los conflictos surgidos en ambos campos genera la posibilidad de optar por la vía tradicional judicial o por la de índole negocial, capaz de gestionar y solucionar el conflicto de una manera amistosa y tendente a evitar la creación de un nuevo pleito. Sin embargo, la preferencia de la “cultura del pleito”, implantada desde hace varios años como única vía a la solución de controversias, ha producido una falta de confianza sobre la “cultura del acuerdo”. Por esta razón se han incrementado exponencialmente los asuntos derivados a los juzgados y tribunales de particulares y empresas, cuya media de resolución se sitúa, según el Consejo General del Poder Judicial, en cuatro largos años.

El 15 de diciembre de 2020, el Consejo de Ministros aprobó el Anteproyecto de Ley de Medidas de Eficiencia Procesal del Servicio Público de Justicia (ALMEP). Se trata de un texto normativo novedoso, no ya sólo debido a su reciente aparición, sino también por su inserción más que idónea en un marco complejo en el cual se encuentra con carácter general la actividad judicial en el siglo XXI; y, de forma más específica, en el ámbito de las consecuencias de índole judicial que está produciendo la presente crisis sanitaria durante estos dos últimos años. El contenido del ALMEP, además de su finalidad reformista de las diversas normas procesales del Ordenamiento jurídico español y la digitalización de la justicia, trata de dar una perspectiva diferente al ciudadano en su manera de entender la función jurisdiccional y la solución de sus conflictos. Gracias a la potenciación de su capacidad negociadora a través de herramientas denominadas “medios adecuados de solución de controversias” (MASC), trata de instaurar, de forma definitiva, una “cultura de la negociación”, a través de la resolución extrajudicial de conflictos, que otras normativas anteriores no pudieron alcanzar en plenitud, y descongestionar en cierta manera la actividad de los tribunales.

Unida a la trascendencia de lo señalado hasta aquí, desde una faceta más personal, mi vocación como futuro letrado en la denominada Abogacía colaborativa me impulsa a dedicar el trabajo a este embrionario Anteproyecto de Ley. Tendente a ofrecer un modelo de justicia más accesible, eficiente y sostenible sobre los asuntos que verdaderamente necesiten ser judicializados, el texto descarga todo tipo de conflicto que la vía extrajudicial pueda tener la oportunidad de dirimir.

A partir de materiales bibliográficos integrados por libros físicos, artículos digitales, jurisprudencia consolidada, informes provenientes de asociaciones judiciales y de profesionales ligados a la materia del presente trabajo; junto a otros documentos oficiales provenientes del Consejo General del Poder Judicial, el Consejo General de la Abogacía Española y el Ministerio de Justicia; en el primero de los capítulos, como punto de partida, se realizará un análisis del tratamiento del fenómeno de los *Alternative Dispute Resolution* (ADR) o “medios alternativos de resolución de disputas” como mecanismos de descongestión de la excesiva litigiosidad en los juzgados y tribunales.

Conectado con lo anterior, en el capítulo segundo se presentará, como marco normativo de referencia del trabajo, el ALMEP, con su correspondiente estructura y los objetivos a cumplir por parte del prelegislador. En este mismo capítulo se centrará el interés, desde un punto de vista general, en el Título I del ALMEP, dedicado a la regulación de los “medios adecuados de solución de controversias” (MASC), siendo este el aspecto más novedoso del Anteproyecto de Ley.

Presentado el Título I del ALMEP de manera panorámica, se comenzará el capítulo tercero con un profundo recorrido de estudio de los MASC, a partir de su conceptualización y los elementos que los configuran desde el artículo 1 al 10. Tratadas las características generales, se desglosarán y explicarán los diversos tipos de MASC que el ALMEP recoge en sus artículos 11 a 15. Entre ellos, ya es posible destacar algunos por su novedad, como sucede con la “oferta vinculante confidencial” o la “opinión de experto independiente” en su inserción o actualización en el ordenamiento jurídico español.

Por su parte, en el capítulo cuarto se pretende tratar, de una forma separada, lo que es, quizás, la característica más esencial al igual que polémica de todo MASC en relación con el derecho a la tutela judicial efectiva: el requisito de procedibilidad del artículo 1.3 del ALMEP. Ello no sin antes dejar plasmados los antecedentes más relacionados con esta característica, plasmados en la “obligatoriedad mitigada” de la mediación, que se

intentó aplicar en su momento con el Anteproyecto de Impulso de la Mediación en 2019, y conectados con el análisis del modelo italiano de la obligatoriedad de iniciar un proceso de mediación antes de optar a la judicialización del conflicto. Se ha de producir su tratamiento con el examen de una memorable Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 14 de junio de 2017 (Asunto C-75/16), también conocida por el asunto *Menini*. El requisito de procedibilidad del artículo 1.3 del ALMEP, como se verá, exige de forma documentada haber acudido a un procedimiento MASC en aras de acreditar el intento de las partes de dirimir el conflicto con carácter previo a la interposición de una demanda en vía civil o mercantil. Incumpliendo esta exigencia, las demandas formuladas deberían ser inadmitidas a trámite.

Finalmente, una vez plasmada la exigencia del ALMEP de acudir a MASC con carácter previo, se estudiarán en el capítulo quinto los efectos procesales derivados de su uso. Se examinará la validez y eficacia que informa el artículo 10 del ALMEP, una vez alcanzado un acuerdo extrajudicial, así como las novedades que se desean introducir en materia de costas procesales en la Ley de Enjuiciamiento Civil (LEC) y de multas dinerarias, cuyo principal parámetro de modulación o interposición es el comportamiento e inclusión manifestado por las partes en el acceso a los MASC. Destaca, como concepto que deberá tenerse en cuenta, el denominado “abuso del Servicio Público de Justicia”, relacionado con algunos otros términos como el abuso de derecho o la mala fe procesal.

1. DE LA JURISDICCIONALIZACIÓN AL PROTAGONISMO DE LOS *ALTERNATIVE DISPUTE RESOLUTION* (ADR) EN LA RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS EN ATENCIÓN A LOS FACTORES DE LA LITIGIOSIDAD Y EL ACCESO A LA JUSTICIA

Desde el siglo XX, en referencia a los países del continente europeo, se destacó una notoria “jurisdiccionalización” de la sociedad debido al aumento de la conflictividad dentro de sus relaciones jurídico-personales. Esto propició un fortalecimiento del Poder Judicial que consiguió asumir todos los ámbitos posibles del conflicto social, sea desde la imposición de penas, la tutela de los derechos fundamentales o las disputas del

ciudadano frente a la Administración, entre otros¹. La “jurisdiccionalización” de las sociedades modernas causó, como si de tentáculos se tratase, una extensión del Poder Judicial hacia todos los ámbitos jurídicos de los actos del justiciable². Todo ello se acompañó con un fortalecimiento del Estado, quizás desde una perspectiva autoritaria marcada por la expansión de los totalitarismos. Esto provocaba que la mejor solución a los conflictos emanados de los ciudadanos era el mismo Estado, el cual ofertaba sus propios órganos jurisdiccionales y procesos³. Incluso en la actualidad, y vista la descripción que establece nuestra Constitución española de 1978 (CE), el proceso judicial es considerado como el método por antonomasia de solución de conflictos (art.3 CE) capaz de garantizar la protección del Estado de Derecho (art. 1.1 CE) y la consecución de la paz social entre los ciudadanos (art.10.1 CE)⁴.

Aunque todo lo anterior se ha predicado de forma más o menos unitaria en los países del ámbito occidental, en España la situación descrita se ha seguido al pie de la letra a lo largo del siglo XX. Se configuró un Poder Judicial rígido y consistente con un carácter excesivamente burocrático y autoritario. Una “superestructura” inaccesible para el ciudadano, gestionada tanto por abogados como por jueces y fiscales. La opinión pública situaba dicho modelo en la palabra “ajusticiar”, la cual emanaba del castigo más que de otra finalidad. Y es que, según ORTUÑO MUÑOZ, las estructuras de antaño que devinieron obsoletas en la sociedad postindustrial siguen sin modernizarse en España como en el resto de los países europeos de nuestro entorno cultural, ante una sociedad del siglo XXI que no sólo necesita una justicia independiente y prestigiada, sino también ágil y útil⁵.

Sin embargo, dentro del marco de conquista de la cual gozó un Poder Judicial garante y poderoso, aparecieron repentinamente un conjunto de factores exógenos en los albores del siglo XX que provocaban la insatisfacción del ciudadano dentro de los tribunales. El número de justiciables que llamaban a las puertas de los tribunales era cada vez más numeroso y la complejidad de los asuntos en ciertos procesos incrementaba cada

¹ BARONA VILAR, Silvia: *Mediación en asuntos civiles y mercantiles en España tras la aprobación de la Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles*, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, p. 32.

² VARONA VILAR, Silvia: *Mediación en asuntos civiles y mercantiles...*, *op.cit.*, p. 33.

³ *Ibidem*, p. 36.

⁴ VÉLEZ TORO, Antonio José: “La huida del proceso civil”, *Revista General de Derecho Procesal Civil* núm. 53, (2021), p. 3.

⁵ ORTUÑO MUÑOZ, Pascual: “Comentarios al Anteproyecto Ley de Eficacia Procesal”, *LA LEY mediación y arbitraje*, núm.7, *Sección Tribuna*, Wolter Kluwer, (2021), p. 2.

vez ante el avance de la sociedad tecnológica. Esto desembocó en un aumento de la litigiosidad, lo que necesariamente propició la búsqueda de otros mecanismos externos a los órganos jurisdiccionales. Durante este episodio apareció el movimiento de los *Alternative Dispute Resolution* (ADR) como búsqueda de la “desconflictivización del conflicto”⁶.

La litigiosidad anteriormente mencionada como causa de aparición de los ADR, ha llegado a ser tratada como un factor perjudicial que debía de ser sustraído necesariamente del sistema. A lo anteriormente expuesto se comparten las palabras de YÁÑEZ DE ANDRÉS en relación al conflicto y la litigiosidad: “lo que trasciende detrás de la litigiosidad no es sino una eclosión de conflictos surgidos en el seno de modernas sociedades en las que las personas y las empresas interactúan cada vez más intensamente, produciéndose más abusos, y los ciudadanos son cada vez más conscientes de los derechos e intereses legítimos que le rodean, y el problema está en otorgar las respuestas adecuadas a ella”⁷. El ámbito de la conflictología es muy amplio y es evidente la existencia de una litigiosidad que *a priori* pueda ser únicamente producida por un proceso judicial con todas las garantías, el cual motive su respuesta jurídicamente e imponga condenas. Pero no se puede olvidar que pueden ubicarse otros mecanismos más adecuados para la salvaguarda de intereses en juego, pues siempre aparecen conflictos de urgente solución, a la par que complejos que exceden de lo estrictamente jurídico⁸.

Metiéndonos de lleno en el encaje de los ADR, se debe traer a colación la denominada *Critical Legal Studies*, surgida en la Universidad de Harvard. En sus líneas de trabajo se situaban los ADR junto con el “movimiento de libre acceso a la justicia”, que tendía a garantizar sobre el ciudadano la posibilidad de acceder a cualquier medio que real y efectivamente pudiese solventar su controversia de forma alternativa a los tribunales⁹. Pero si hemos de establecer un hito histórico en su aparición, debemos trasladarnos a finales de los años sesenta del siglo XX en Estados Unidos. Tras su extensión por los países del *Civil Law*, los ADR adquirieron gran impronta dentro de los Estados miembro de la Unión Europea, y su éxito canalizó con la presentación por parte

⁶ VARONA VILAR, Silvia: *Mediación en asuntos civiles y mercantiles...*, *op.cit.*, pp. 37-38.

⁷ YÁÑEZ DE ANDRÉS, Aquilino: “Efectividad de la justicia y litigiosidad”, *Diario La Ley*, núm. 9933, Sección Tribuna, Wolters Kluwer, (2021), pp. 1-3.

⁸ ORTUÑO MUÑOZ, Pascual: “Comentarios al Anteproyecto...”, *op.cit.*, pp. 3-4.

⁹ VARONA VILAR, Silvia: *Mediación en asuntos civiles y mercantiles...*, *op.cit.*, pp. 39-40.

de la Comisión de las Comunidades Europeas del Libro Verde¹⁰ sobre Medidas Alternativas de solución de conflictos en el ámbito del Derecho Civil y Mercantil¹¹.

El impulso de los ADR se debió a varias razones: en primer lugar, el colapso de los tribunales o sedes judiciales fruto de la anteriormente mencionada litigiosidad en la búsqueda de solución de conflicto entre particulares; en segundo lugar, el sentimiento cada vez mayoritario de la necesidad de mecanismos privados de resolución de conflictos entre particulares para evitar acudir a una institución judicial que padecía cada vez de mayor descontento entre la ciudadanía; y en tercer lugar, la imposibilidad en esencia del sistema de poder asegurar a los ciudadanos un acceso a la justicia, a partir de un abanico de vías que pudieran desplegarse para la obtención de tal tutela¹². Por lo tanto, el recurso excesivo a los órganos jurisdiccionales fue una realidad que provocó que el ciudadano acudiese a estos mecanismos para solventar sus intereses de una manera más rápida y menos costosa que el proceso judicial¹³.

La asunción de los ADR es resultado también de la globalización como fenómeno de la segunda mitad del siglo XX. Esto supuso una cierta conexión entre tribunales internacionales que comparten sus experiencias y formas de trabajar, con jueces provenientes del modelo anglosajón, menos formalista que el de la Europa continental. Gracias a ello, se aportaron conjuntamente visiones de la justicia y técnicas de comprensión de la realidad, junto con la perspectiva de la denominada “Justicia Comunitaria”, que valora la dimensión humanista y social de la misma¹⁴. A partir de ahí, se fue manifestando la necesidad de hallar fórmulas o técnicas que tiendan a efectivizar la justicia y garantizar la participación e integración ciudadana en la gestión y resolución de sus propios conflictos¹⁵.

Cierto es que en muchos casos una solución acordada es preferible a lo que puedan otorgar los tribunales, y más aún cuando se pueden ahorrar costes y tiempo, pero tal

¹⁰ Describe COELLO PULLIDO, Ángela (en *El Juego de la Mediación*, Editorial José María Bosch, Barcelona, 2016, p. 49), el Libro Verde sobre las modalidades alternativas de solución de conflictos en el ámbito del Derecho Civil y Mercantil, “el cual centra su atención en el análisis del auge de los ADR y de las medidas concretas que sería conveniente adoptar al respecto. A partir de tal momento, dichos sistemas han venido adquiriendo un auge relevante en los Estados europeos, procediéndose a promulgar normas en tales materias”.

¹¹ *Ibidem*, pp. 48-49.

¹² VARONA VILAR, Silvia: *Mediación en asuntos civiles y mercantiles...*, *op.cit.*, pp. 40-41.

¹³ COELLO PULLIDO, Ángela: *El Juego de la Mediación*, *op.cit.*, p. 48.

¹⁴ ORTUÑO MUÑOZ, Pascual: “Comentarios al Anteproyecto...”, *op.cit.*, pp. 2-3.

¹⁵ VARONA VILAR, Silvia: *Mediación en asuntos civiles y mercantiles...*, *op.cit.*, pp. 49-50.

preferencia debe ser valorada por el propio ciudadano justiciable. No hay que olvidar que la tutela judicial efectiva es un derecho fundamental establecido en el artículo 24 CE, y la Administración de Justicia debe procurar atender tales necesidades desde la manera más eficiente posible¹⁶. Desde la perspectiva del artículo 24 de la CE, solo es adecuada la respuesta otorgada por los órganos jurisdiccionales, pues así está configurado el modelo de acceso a la misma en virtud del artículo 117.1 CE¹⁷. Pero gracias a la libre determinación de los ciudadanos sobre sus derechos e intereses, también permite que puedan dar solución a sus conflictos a través de acuerdos, los cuales no comprometan el derecho de acceso a los tribunales¹⁸.

A pesar del carácter “alternativo” de la cual gozan los ADR, se debe entender que dichos métodos no son sólo alternativos ni sólo complementarios al proceso judicial. Se da una doble situación, pues algunas veces operarán como vías complementarias al ámbito jurisdiccional y otras se establecerán como auténticas alternativas al mismo¹⁹. Por ejemplo, se contemplan en nuestro país algunos ADR como la mediación, como herramienta complementaria a la vía judicial al igual que compatible²⁰ con esta última²¹. Sobre esta cuestión, se atreve a reflexionar GONZÁLEZ MARTÍN que los ADR, y poniendo a la mediación como ejemplo, “no es una alternativa a lo judicial, sino que es incluso una herramienta adecuada de la tutela judicial efectiva y ya nadie duda de que forma parte de la misma en la búsqueda de la mejora de las relaciones interpersonales y la desaparición de la beligerancia”²².

El artículo 1.1 CE²³ establece claramente como valores superiores del Ordenamiento jurídico la libertad y a la propia justicia y la posibilidad de administración

¹⁶ LÓPEZ SÁNCHEZ, Javier: “El carácter general del requisito de procedibilidad de haber acudido a un medio adecuado de solución de controversias: a propósito del procedimiento monitorio”, *Revista General de Derecho Procesal*, núm.55, (2021), p. 7.

¹⁷ MARTÍN DIZ, Fernando: “Del derecho a la tutela judicial efectiva hacia el derecho a una tutela efectiva de la justicia”, *Revista Europea de Derechos Fundamentales*, Salamanca, (2014), p. 164.

¹⁸ LÓPEZ SÁNCHEZ, Javier: “El carácter general del requisito de procedibilidad...”, *op.cit.*, p. 8.

¹⁹ Y así lo establece el artículo 19.1 LEC: “*los litigantes están facultados para disponer del objeto del proceso (...) y podrán someterse a mediación o arbitraje (...) excepto cuando la ley lo prohíba o establezca limitaciones por razones de interés general o en beneficio de tercero*”.

²⁰ Operante a partir de la Ley 5/2012, de 6 de julio, la cual modificó el artículo 415 LEC: “*Las partes de común acuerdo podrán también solicitar la suspensión del proceso de conformidad con lo previsto en el artículo 19.4, para someterse a mediación o arbitraje*”.

²¹ COELLO PULLIDO, Ángela: *El Juego de la Mediación*, *op.cit.*, pp. 53-55.

²² ARGUDO PÉREZ, José Luis (dir.): *Mediación y tutela judicial efectiva. La Justicia del siglo XXI*, Editorial Reus y Gobierno de Aragón, Madrid, 2019, p. 43.

²³ Un ejemplo de este avance lo mostró en su momento el Fundamento jurídico cuarto de la Sentencia del Tribunal Constitucional 176/1996, de 11 de noviembre, ECLI:ES:TC:1996:176, sobre el sometimiento al

de la misma desde la libertad de elección. Es por ello que se necesita un derecho fundamental “integrador” que vaya más allá de la tutela judicial efectiva y que acoja otras posibilidades además del modelo jurisdiccional²⁴. Optar por la vía de los tribunales es, al fin y al cabo, un modo de disponer del derecho privado, consecuencia del respeto a la autonomía de la voluntad. Pero también lo es utilizar cualquier tipo de ADR legalmente establecido, siempre y cuando los conflictos están entablados por la disponibilidad de su materia²⁵. Unido a ello, el artículo 117 de la CE recoge el principio de “unidad jurisdiccional” creadora de la reserva de jurisdicción, capaz de excluir a cualquier otra autoridad diferente de los juzgados y tribunales de ostentar la potestad jurisdiccional para dirimir conflictos. Sin embargo, ningún sector doctrinal en la actualidad sostiene que tal precepto implique la imposibilidad de que puedan existir otros sistemas alternativos. Tal interpretación restrictiva no se puede asumir en un mundo global en el cual tales sistemas están plenamente aceptados como instrumentos de resolución de conflictos²⁶.

No debe olvidarse la importancia de la realización de un estricto juicio de ponderación al hablar de la carencia de carácter absoluto²⁷ del derecho a la tutela judicial efectiva. Esto sirve para entender la posibilidad de la inserción de este tipo de mecanismos junto a las actuaciones de los tribunales atendiendo al fin perseguido, que en este caso no es más que la solución de un conflicto acorde a sus intereses que pueda prescindir del pronunciamiento de los órganos jurisdiccionales²⁸.

Insertándonos en concreto dentro del ámbito de lo civil, ya se ha ido hablando de una suerte de “huida” del proceso judicial. A partir de las sucesivas reformas, se va dando cada vez más paso a la autonomía de la voluntad en el uso de estas herramientas de manera complementaria al proceso judicial, como manera de prevenir y disminuir la sobrecarga

arbitraje de manera que “(...) no cabe entender que, por el hecho de someter voluntariamente determinada cuestión litigiosa al arbitraje de un tercero, quede menoscabado el derecho a la tutela judicial efectiva.

²⁴ MARTÍN DIZ, Fernando: “Del derecho a la tutela judicial efectiva...”, *op. cit.*, p. 172.

²⁵ SAN CRISTÓBAL REALES, Susana: “Sistemas alternativos de resolución de conflictos: negociación, conciliación, mediación, arbitraje, en el ámbito civil y mercantil”, *Anuario Jurídico y Económico Escorialense*, núm. 46, (2013), pp. 51-52.

²⁶ PÉREZ-UGENA COROMINA, María: “Garantía del derecho a la tutela judicial efectiva en los sistemas principales de resolución de conflictos alternativos: arbitraje y mediación”, *Estudios de Deusto*, vol. 62, núm. 1, Bilbao, 2014, p. 160.

²⁷ Y así lo entiende el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, en Sentencia de 15 de junio de 2006, asunto C-28/05, describiendo en su párrafo 75 que “los derechos fundamentales, a los que pertenece el respeto del derecho de defensa, no constituyen prerrogativas absolutas, sino que pueden ser objeto de restricciones siempre y cuando estas respondan efectivamente a objetivos de interés general (...) habida cuenta del objetivo perseguido (...)”.

²⁸ PÉREZ DAUDÍ, Vicente: “La imposición de los ADR ope legis y el derecho a la tutela judicial efectiva”, *Revista para el análisis del derecho InDret*, Barcelona, (2019), vol. 2, pp. 11-12.

de los asuntos en sus juzgados y tribunales. Existe pues, una suerte de renuncia del ciudadano a la tutela de los tribunales ante la primacía por parte del legislador del principio dispositivo y la libre disponibilidad de los derechos²⁹. Si las partes deciden voluntariamente renunciar al derecho a someterse a la jurisdicción y utilizar cualesquiera sistemas alternativos de solución de conflictos, tal renuncia no debe conllevar una situación real de indefensión³⁰. Sea como fuere, y sin contar con aquellos supuestos que el Ordenamiento jurídico no permite gestionar al ciudadano por su propia voluntad, se debe abandonar la idea de que la tutela judicial efectiva sea únicamente la ofertada por los tribunales de justicia, ya que también interaccionan y complementan otros instrumentos reconocidos legalmente³¹. El derecho a la tutela judicial efectiva, se encamina hacia un nuevo rumbo en sentido amplio hasta convertirse en una suerte de “tutela efectiva de la justicia”, capaz de superar aquellas posiciones que defienden a ultranza a los órganos jurisdiccionales como únicos capaces de dirimir conflictos. Se necesita una Administración de Justicia integradora y que no necesariamente signifique ello eliminar el proceso judicial como piedra angular del sistema³².

El asentamiento del arbitraje, la pujanza de la mediación o la exploración de modelos novedosos como la evaluación neutral del experto independiente, son indicios que demuestran que en efecto la justicia está mutando³³. Esto significa que el Estado no debe solo ofrecer un sistema de justicia que permita una tutela efectiva, sino que también, y a partir de lo dispuesto en el artículo 9.2 CE, debe promover la libertad de forma real³⁴. Y es que la tutela judicial efectiva dentro de la convivencia con los ADR, debe conseguir expandirse hasta llegar a otorgar un derecho a una “tutela extrajudicial efectiva”, como ya señala el propio Anteproyecto de Ley de Medidas de Eficiencia Procesal del Servicio Público de Justicia (ALMEP)³⁵.

²⁹ VÉLEZ TORO, Antonio José: “La huida del proceso civil”, *op.cit.*, pp. 3-4 y 6-7.

³⁰ PÉREZ-UGENA COROMINA, María: “Garantía del derecho a la tutela judicial efectiva...”, *op.cit.*, p. 159.

³¹ VARONA VILAR, Silvia: *Mediación en asuntos civiles y mercantiles...*, *op.cit.*, pp. 55-56.

³² MARTÍN DIZ, Fernando: “Del derecho a la tutela judicial efectiva...”, *op.cit.*, pp. 166-167.

³³ *Ibidem*, p.163.

³⁴ PÉREZ-UGENA COROMINA, María: “Garantía del derecho a la tutela judicial efectiva...”, *op.cit.*, p. 161.

³⁵ TORRE SUSTAETA, María Victoria: “La mediación obligatoria: redefiniendo los métodos alternativos de resolución de conflictos”, *Diario La Ley*, núm. 9853, Sección Plan de Choque de la Justicia, Wolters Kluwer, (2021), p. 3.

2. EL ANTEPROYECTO DE LEY DE MEDIDAS DE EFICIENCIA PROCESAL DEL SERVICIO PÚBLICO DE JUSTICIA DE 2020 (ALMEP) Y SU TÍTULO I

Actualmente, los ciudadanos comienzan a demandar un perfil del profesional del Derecho más evolucionado, adaptado a las nuevas necesidades sociales, y que acredite una base multidisciplinar más allá de los conocimientos jurídicos. Enfocándonos en la figura del abogado, en tiempos se tenía la idea de que el mejor era el que más pleitos ganaba. Sin embargo, los ciudadanos desean encontrar aquel que consiga la mejor solución, esto es, la más “eficiente” acorde a sus intereses. Este es un motivo más que lógico para la potenciación y mayor uso por parte del jurista de los “medios adecuados de solución de controversias” (MASC) que plantea el ALMEP³⁶.

2.1. El Anteproyecto de Ley de medidas de eficiencia procesal del Servicio Público de Justicia de 2020 (ALMEP): objetivos, motivación y estructura.

El día 15 de diciembre de 2020 fue aprobado en el seno del Consejo de Ministros el Anteproyecto de Ley de medidas de eficiencia procesal del Servicio Público de Justicia (ALMEP), el cual reside en el conglomerado de arquitectura jurídica previsto por el Ministerio de Justicia en el Plan “Estrategia Justicia 2030” y conectado con el “Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia” y el Plan de la Unión Europea “*Next Generation*”³⁷.

La Administración de Justicia española sufre desde tiempos pasados insuficiencias estructurales, las cuales han dificultado la posibilidad de otorgar respuestas ágiles y eficaces a su actividad. Todo esto se ha visto agravado por las consecuencias económicas y sociales producidas por el *coronavirus* (COVID-19). El “estado de hibernación” en que quedó sumida la justicia durante los primeros meses de confinamiento, supuso un incremento de la litigiosidad (procedimientos por ERTE o relativos al ámbito familiar, entre otros) en el seno de nuestros juzgados y tribunales, los

³⁶ PICÓ Y JUNOY, Joan; PÉREZ DAUDÍ, Vicente; NAVARRO VILLANUEVA, Carmen; CERRATO GURILA, Eilisabet (dir.): *Enseñanza del Derecho en tiempos de crisis. Nuevos retos docentes del Derecho Procesal*. En concreto, capítulo de CARRETERO MORALES, Emiliano: “La importancia del estudio de los medios adecuados de solución de controversias en el ámbito del Derecho Procesal Civil al amparo del Anteproyecto de Ley de medidas de eficiencia procesal del servicio público de Justicia”, Editorial Bosch Procesal, Barcelona, 2021, p. 415.

³⁷ *Ibidem*, pp. 416-417.

cuales ya estaban saturados de por sí antes de decretarse el primer estado de alarma por el Ejecutivo español el 14 de marzo del año 2020³⁸. A pesar de que el ALMEP incluye la crisis generada por la COVID-19³⁹ como uno de los factores clave, el Consejo General del Poder Judicial (CGPJ), manifiesta su oposición a tal afirmación en su Consideración General vigésima del Informe sobre el ALMEP⁴⁰.

Desde tiempo ya se venía advirtiendo a los Estados miembro sobre la problemática del derecho a la tutela judicial efectiva, y sobre las exigencias que el acceso a la misma requiere, entre las cuales se encuentra la necesidad de aplicar métodos alternativos de resolución, así como la digitalización de los procedimientos y la gestión correcta de los juzgados y tribunales. En este sentido conviene destacar como antecedente un estudio realizado por el Departamento de Política del Parlamento Europeo para los Derechos de los Ciudadanos y Asuntos Constitucionales. Dicho documento destaca que en un gran número de países, entre los cuales se encuentra España, padecen de dos grandes problemas: en primer lugar, una organización desfasada del sistema judicial, carente de recursos financieros, tecnológicos, materiales y humanos además de una limitación en el acceso a la información y falta de transparencia; y en segundo lugar, un preocupante obstáculo legal y procedimental traducido en formalismos procesales excesivos, normas rígidas en materia de notificación y una ausencia de tribunales especializados y carentes de mecanismos alternativos de solución de controversias⁴¹.

³⁸ CALAZA LÓPEZ, Sonia: “Ejes esenciales de la justicia post-COVID”, *Diario La Ley*, núm. 9737, Sección Plan de Choque de la Justicia, (2020), pp. 1-2.

³⁹ Dispone el ALMEP en el párrafo sexto del apartado I de su Exposición de Motivos: “*A dicha situación se añade la necesidad coyuntural de introducir mecanismos eficientes que resultan imprescindibles para acoger el previsible incremento de la litigiosidad en los próximos tiempos y para recuperar el pulso de la actividad judicial a la reanudación de los plazos y términos procesales tras la terminación del primer estado de alarma declarado como consecuencia de la pandemia COVID-19 (...)*”.

⁴⁰ Acuerdo adoptado por el Pleno del CGPJ en reunión de 22 de julio de 2021 por el que se aprueba el Informe sobre el Anteproyecto de Ley de medidas de eficiencia procesal al servicio público de Justicia, p.6. Texto disponible en: <https://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Poder-Judicial/Consejo-General-del-Poder-Judicial/Actividad-del-CGPJ/Informes/Informe-al-Anteproyecto-de-Ley-de-medidas-de-eficiencia-procesal-del-Servicio-Publico-de-Justicia>. Según el CGPJ “*No puede soslayarse, ante todo, el marcado carácter coyuntural que presenta la norma proyectada, vinculada a la situación de crisis sanitaria y a la afectación del sistema de justicia por razón de ella (...)* Se ha de recordar que el legislador ya dotó al ordenamiento jurídico de instrumentos normativos para hacer frente a esta situación coyuntural (el Real Decreto-ley 16/2020, de 28 de abril, de medidas procesales y organizativas para hacer frente al COVID-19 en el ámbito de la Administración de Justicia, primero, y la Ley 3/2020, de 18 de diciembre, después. Es cuestionable, pues, la articulación de medidas procesales de forma reactiva a una situación coyuntural (...)”.

⁴¹ TUSET VARELA, Damián: “La justicia descentralizada como sistema de resolución alternativa de conflictos”, *Revista Aranzadi de Derecho y Nuevas Tecnologías*, núm.54, (2020), p. 1.

Sin embargo, las soluciones que se deseaban impulsar fueron reflejadas de forma simbólica, pues no se ha llegado a cumplir materialmente el objetivo de fomento de la mediación del artículo primero de la Directiva 2008/52/CE⁴². En respuesta a los problemas analizados por el Departamento de Política del Parlamento Europeo para los Derechos de los Ciudadanos y Asuntos Constitucionales, el ALMEP se enfoca en reformas que tienen el objetivo de conseguir que el acceso a la justicia suponga una verdadera garantía y eficiencia operativa, el fomento de una verdadera cultura del acuerdo a través de la potenciación de los MASC con carácter previo en la jurisdicción civil, además de la aplicación del avance digital en la Administración de Justicia⁴³.

Como estructura, además de la Memoria de Análisis de Impacto Normativo que complementa al ALMEP, los objetivos del mismo son clasificados en tres grandes Títulos que conforman el ámbito material del mismo: En primer lugar, el Título I, incluye en nuestro Ordenamiento jurídico los denominados “medios adecuados de solución de controversias” (MASC) como freno a la ralentización judicial y a la litigiosidad; en segundo lugar, el Título II, de los artículos 16 a 19, regula la modificación de las leyes procesales para mejorar la eficacia en los cuatro órdenes jurisdiccionales; finalmente, el Título III, impulsa medidas para la transformación digital del Servicio Público de Justicia a través de la adaptación de las nuevas tecnologías de la información y la comunicación, entre las que se destaca la realización de determinadas actuaciones judiciales por medios telemáticos. Para ello, el artículo 20 del ALMEP se encarga de modificar la Ley 18/2011, de 5 de julio, reguladora del uso de las tecnologías de la información y la comunicación en la Administración de Justicia. Todo ello se cierra con nueve disposiciones adicionales, tres disposiciones transitorias, una disposición derogatoria y diez disposiciones finales⁴⁴.

PIÑAR GUZMAN valora la estructura anteriormente desglosada del ALMEP. Denota la clara diferenciación de los tres asuntos que se abordan: los MASC, la eficiencia procesal propiamente dicha, y la transformación digital dentro de la Administración de Justicia. Sin embargo, aporta la necesidad de “desgajar” los MASC y convertirlos en una

⁴² ANDRÉS AUCEJO, Eva: “Sistemas de Resolución Alternativa de Conflictos (ADR) en derecho tributario español y comparado. Propuestas para Latinoamérica y España”, *Revista Derecho del Estado*, núm.17, (2016), p. 8-12.

⁴³ Ministerio de Justicia, Secretaría de Estado de Justicia: *Memoria del Análisis de Impacto Normativo. Anteproyecto de Ley de Medidas de Eficiencia Procesal del Servicio Público de Justicia*, pp. 1-2. Texto disponible en: <https://www.mjusticia.gob.es/es/AreaTematica/ActividadLegislativa/Documents/MAIN%20APL%20Eficiencia%20Procesal.pdf>.

⁴⁴ *Ibidem*, pp. 3 y 8-9.

suerte de proyecto legislativo propio, debido a la magnitud del cambio normativo que se desea realizar⁴⁵. En líneas similares se pronuncia SANTANA TRUJILLO, el cual propone la posibilidad de dividir cada bloque del ALMEP por separado, pues se ocupa de tres temas que *a priori* demuestran ser heterogéneos, lo cual merece un tratamiento individualizado. Aprovecha, asimismo, para destacar sobre el ALMEP una deficiencia en la técnica legislativa, pues mientras que en el Título I el articulado introduce normas de nueva creación e independientes en las que se introducen los MASC, en los Títulos II y III los preceptos se limitan a modificar leyes ya existentes, como la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, entre otras, lo que complicará el manejo del texto durante el transcurso del tiempo⁴⁶. La estructura tampoco caló de forma positiva en el Grupo Europeo de Magistrados por la Mediación (GEMME) sin perjuicio de reconocer el esfuerzo por demostrar las máximas de agilización, eficacia y eficiencia del ALMEP. Entiende dicha Asociación que debiera haber existido una tarea de distinción entre ambos bloques⁴⁷.

Analizando el contenido jurídico que posee el ALMEP como futura regulación con rango normativo de ley ordinaria, se adecúa a los principios de buena regulación contenidos en el artículo 129.1 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (LPAC). En cuanto a lo establecido en el orden constitucional de competencias, el ALMEP es congruente con el orden constitucional, en estricto respeto y cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 149.1 de la CE, concretamente en sus reglas 6^a, 7^a, 8^a, 11^a, 13^a y 14^a. Finalmente, económica y presupuestariamente, la norma tendrá un impacto económico positivo, sin efectos significativos ni restrictivos sobre la competencia, lo que supone un efecto directo dentro de los Presupuestos Generales del Estado, además de estimarse que la norma tendrá impacto positivo en las PYMES, los autónomos, la familia y la infancia⁴⁸.

⁴⁵ PEREA GONZÁLEZ, Álvaro; ALAYA FERNÁNDEZ, Rosalía; PIÑAR GUZMÁN, Blas; SANTANA TRUJILLO, José Aitor; ESCUDERO MORATALLA, José Francisco; QUINTANA GARCÍA, Amparo: “Diálogos para el futuro judicial, *op.cit.*, p. 3.

⁴⁶ *Ibidem*, p. 4.

⁴⁷ Véase el Informe del Grupo de Magistrados por la Mediación (GEMME) en aportaciones al Anteproyecto de Ley de Medidas de Eficiencia Procesal del Servicio Público de Justicia, página 5: “*aun considerando la loable intención del prelegislador y dando por hecho su notable esfuerzo, observamos que el articulado del Anteproyecto persigue la agilización, eficacia y eficiencia de la justicia sin distinguir con claridad entre medidas procesales, métodos de resolución y medidas de transformación digital, aunque aparentemente se regulen de forma separada*”.

⁴⁸ Ministerio de Justicia, Secretaría de Estado de Justicia: *Memoria del Análisis de Impacto Normativo...*, *op.cit.*, pp. 4-6.

2.2. Un primer acercamiento al Título I del ALMEP: los medios “adecuados” de solución de controversias (MASC).

Como se explicó anteriormente, el ALMEP gira sobre dos otros ejes como son la agilización de los procesos en todos los órdenes jurisdiccionales y la transformación digital de la justicia. Sin embargo, el Título I del ALMEP es considerado como el principal y más novedoso. Su Título I ofrece un desglose de quince artículos distribuidos en tres Capítulos. El primero de ellos, que entronca los ocho primeros artículos, regula el concepto y caracterización de los MASC (art.1); la asistencia letrada en dichos mecanismos (art.2); su ámbito de aplicación (art.3); los efectos de la apertura bajo estos medios (art.4); la especialidad de los métodos telemáticos (art.5); la confidencialidad como uno de los principios esenciales (art.6); la acreditación del intento de negociación (art.7) y los honorarios (art.8) de los intervinientes bajo el uso de los MASC. El segundo Capítulo, un tanto más breve, analiza los efectos y formalización de un acuerdo bajo los MASC (art.9) con la consiguiente eficacia y validez de tales avenencias (art.10). Finalmente, el tercer Capítulo entronca las diversas modalidades de MASC (art.11) como la conciliación (art. 12) y sus funciones (art.13), la oferta vinculante confidencial (art.14) y la opinión de experto independiente (art.15).

La justicia, y más en concreto a consecuencia de la pandemia con la que convive a día de hoy la sociedad española, gira en torno a seis parámetros esenciales: digitalización, simplificación, dinamización, universalización, externalización y humanización. Sobre estos dos últimos parámetros, se puede argumentar la incorporación de los MASC. Por un lado, la externalización de la justicia tiende a garantizar la derivación del conflicto a profesionales distintos a los tribunales. Gracias a su humanización, se acerca la misma al ciudadano, dotándole de un papel protagonista.⁴⁹

Ya hace más de nueve años que entró en vigor la Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles. Supuso la incorporación de esta tipología de ADR autocompositivo de forma definitiva, la cual afectó al marco procesal civil⁵⁰. El Servicio Público de Justicia debe ser capaz de dar visibilidad a la posibilidad de solventar un conflicto a través de la vía consensual, y no de la judicial. A partir de tal logro, la elección por el ciudadano del medio más adecuado, aporta calidad a la justicia y reporta

⁴⁹ CALAZA LÓPEZ, Sonia: “Ejes esenciales de la justicia post-COVID”, *op.cit.* pp. 3 y11.

⁵⁰ PICÓ Y JUNOY, Joan; PÉREZ DAUDÍ, Vicente; NAVARRO VILLANUEVA, Carmen; CERRATO GURILA, Eilisabet (dir.): *Enseñanza del Derecho en tiempos de crisis...*, *op.cit.*, p. 417.

satisfacción al ciudadano⁵¹. Sobre estos objetivos, ha tenido ya oportunidad de pronunciarse el Parlamento Europeo bajo Informe relativo a la transposición de la Directiva 2008/52/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de mayo, sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles, reafirmando en la incapacidad de conseguir de forma plena en las sociedades europeas una férrea “cultura del acuerdo”⁵².

Es por ello que el ALMEP en su Título I, trata de potenciar sobre el Servicio Público de Justicia la cultura negociadora entre las partes, directamente entre las mismas o ante un “tercero neutral” a través de herramientas que reducen el conflicto social y evitan la sobrecarga de los tribunales⁵³. Todo ello lo ha confirmado el CGPJ, el cual destaca la importancia de potenciar los mecanismos extrajudiciales como otra vertiente en el acceso a la justicia⁵⁴. En similares palabras se pronunciaba, posteriores días a la aprobación en Consejo de Ministros del ALMEP, el que en su momento era ministro de Justicia, Juan Carlos Campos Moreno. Sostiene la importancia de la aparición de esta futura normativa en lo que respecta a los MASC. Se persigue un doble objetivo: por un lado, el aumento de la sostenibilidad al reducir la litigiosidad, y por el otro, la promoción de una suerte de cohesión social a través de nuevas formas de resolución de conflictos desde el diálogo y la negociación⁵⁵.

⁵¹ ESCUDERO MORATALLA, José Francisco: “Negociación, solución de conflictos: conciliación, mediación...”, *Diario La Ley*, núm.9794, Sección Plan de Choque de la Justicia, Wolters Kluwer, (2021), p. 4.

⁵² Véase Informe del Parlamento Europeo de fecha 26 de junio de 2017(A8-0238/2017) sobre la aplicación 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, resaltando en su conclusión segunda de dicho documento: “ (...) constata la existencia de dificultades relativas al funcionamiento en la práctica de los sistemas nacionales de mediación, vinculadas principalmente a la tradición del proceso contradictorio y a la falta de una cultura de mediación en los Estados miembros, el bajo nivel de conocimiento de la mediación en la mayoría de ellos (...)”. Texto disponible en: https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/A-8-2017-0238_ES.html.

⁵³ ESCUDERO MORATALLA, José Francisco: “Negociación, solución de conflictos...”, *op.cit.*, pp. 1-2.

⁵⁴ Plasmó el CGPJ bajo Comunicado por el Día Europeo de la Mediación a fecha de 21 de enero de 2021: “(...) uno de los desafíos del Servicio Público de la Justicia en nuestro tiempo es el de mejorar el acceso a un sistema apropiado de resolución de controversias sin restringir el Derecho Fundamental de Tutela Judicial efectiva y el acceso a la Justicia. Garantizar tal sistema se ha convertido en una nueva vertiente o dimensión del Derecho de acceso a la Justicia en el marco del espacio de libertad, seguridad y justicia de la Unión Europea, y es también, por lo tanto, una obligación de las Administraciones Públicas del Estado Español, teniendo en cuenta que, en ambos ámbitos, el Derecho de Acceso a la Justicia no solo abarca la vía judicial sino también a los métodos extra judiciales, intra judiciales o intra procesales, de resolución de litigios. Los métodos de solución de controversias deben ser, por tanto, considerados por el conjunto de los ciudadanos como un importante beneficio de cara al acceso a la Justicia, la reducción de sus costes y la duración de los procedimientos”.

⁵⁵ Así argumentaba la incorporación de los MASC el anterior ministro de Justicia Juan Carlos Campos Moreno en Comisión de Justicia celebrada el 21 de diciembre de 2020; Diario de Sesiones del Congreso de

El ALMEP, en la vertiente de los MASC, sustituye al caducado Anteproyecto de Ley de Impulso de la Mediación de 2019 (ALIM), el cual incorporaba en el ámbito de determinadas materias, la obligatoriedad previa de iniciar una sesión informativa de mediación antes de acudir al procedimiento. Se adelanta que el ALMEP sigue la estela del anterior, si bien amplía el marco de posibilidades, y se olvida del mecanismo exclusivo de la mediación, englobándolo todo ello en los MASC⁵⁶. PIÑAR GUZMAN valora la ambición del presente ALMEP frente al ALIM. El primero de ellos desea abarcar muchos otros mecanismos además de la mediación. Resalta que el aspecto en el cual debe incidir el nuevo Anteproyecto de Ley, es conseguir realmente recuperar la capacidad negociadora de las partes, así como la de los letrados en la “Abogacía colaborativa”⁵⁷.

El Título I del ALMEP aparece como una suerte de regulación tendente a producir un aumento de la satisfacción y confianza del ciudadano en la Administración de Justicia gracias a la atribución sobre el mismo de un mayor protagonismo en la asunción de sus propios problemas, en la cual deberán incidir jueces y tribunales en sus tareas de fomento hacia técnicas y prácticas de negociación⁵⁸. FERNÁNDEZ ALAYA, Magistrada y presidenta del Grupo Europeo de Magistrados por la Mediación (GEMME), destaca el carácter “rompedor” con el que se pretende dar un vuelco al modelo de justicia en nuestro país, si se plasma como trascendente la idea de entroncar la utilización de los MASC con la cultura de paz, la participación ciudadana y la cohesión social en una democracia avanzada⁵⁹.

los Diputados, núm. 254, XIV Legislatura, Comisión de Justicia, Sesión núm. 15, 2020, p.3: *“Imaginad que en los juzgados civiles y mercantiles se pide a las partes con carácter previo al litigio que intenten negociar y pactar por sí mismas o por mediación de un tercero, añadir incentivos económicos y procesales para esa negociación. El resultado es que una parte, aún no sabemos cuántos, no llegan a juicio. El conflicto se resuelve antes, de manera más ágil y más efectiva, pero, sobre todo —y estarán de acuerdo conmigo—, más satisfactoria. Señalé en la presentación del anteproyecto que, si logramos resolver por esta vía uno de cada cuatro conflictos, podemos obtener una reasignación de recursos estimada en 380 millones de euros. Eso es eficiencia, eficiencia cuantificada. Tras sus intervenciones, si lo estiman oportuno, podré ofrecer más datos y detalles sobre el análisis empírico que soportan estas afirmaciones y nuestras políticas públicas en la materia y otras medidas que se ponen en marcha en esta ley”*.

⁵⁶ GALDOS, Alejandra; SANZ, Milagros: “Los abogados ante los MASC: el Anteproyecto de Ley de medidas de eficiencia procesal”, *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm.977, (2021), p. 1.

⁵⁷ PEREA GONZÁLEZ, Álvaro; ALAYA FERNÁNDEZ, Rosalía; PIÑAR GUZMÁN, Blas; SANTANA TRUJILLO, José Aitor; ESCUDERO MORATALLA, José Francisco; QUINTANA GARCÍA, Amparo: “Diálogos para el futuro judicial...”, *op.cit.*, pp. 7-8.

⁵⁸ Ministerio de Justicia, Secretaría de Estado de Justicia: *Memoria del Análisis de Impacto Normativo...*, *op.cit.*, pp. 7-8.

⁵⁹ PEREA GONZÁLEZ, Álvaro; ALAYA FERNÁNDEZ, Rosalía; PIÑAR GUZMÁN, Blas; SANTANA TRUJILLO, José Aitor; ESCUDERO MORATALLA, José Francisco; QUINTANA GARCÍA, Amparo: “Diálogos para el futuro judicial...”, *op.cit.*, p. 2.

De una forma más crítica, LORCA NAVARRETE muestra su visión acerca del carácter “eficiente” del ALMEP dentro de la regulación de los MASC. Según el autor, estas herramientas, como modelo que ya anteriormente se legisló y que no gozó de mucho éxito, se justifican en un obstinado “eficientismo” procesal, pero no del Servicio Público de Justicia⁶⁰, sino del servicio privado de Justicia, siendo esto, a su entender, una notable característica del ALMEP. Se produce una suerte de enaltecimiento de la esfera individual y no de la del Estado en el tratamiento del conflicto. Para ello se remonta, con un lenguaje sobrecargado y decorado, a las máximas de la Ilustración y el proceso codificador para desembocar en la idea del fomento de la faceta negociadora del individuo y el objetivo de disminución de sobrecarga en los tribunales⁶¹. A ello, se debe sumar que el ALMEP trata de potenciar lo que se conoce como “Derecho colaborativo”, mecanismo en el que las partes junto con sus abogados, tratan de alcanzar en equipo una solución extrajudicial al conflicto, con la premisa de que los letrados que intervengan posteriormente no podrán defenderles si el procedimiento se judicializa⁶².

En virtud de la consecución de un Servicio Público de Justicia sostenible, también se ha llegado a pronunciar la Asociación Judicial Francisco de Vitoria. Valora en su Informe los objetivos que el ALMEP plantea para lograr tal fin. A su entender, no es el Servicio Público de Justicia el que puede ser mejorado a través de los MASC (los cuales son aceptados satisfactoriamente por esta Asociación), sino en realidad el ejercicio de la potestad jurisdiccional al que se refiere el artículo 117 de la CE. A juicio de esta asociación, lo que el ALMEP denomina “Servicio Público de Justicia” no deja de ser la “administración de la Administración de Justicia” como conjunto de medios instrumentales colocados al servicio de jueces y magistrados para el correcto desempeño de la potestad jurisdiccional. En definitiva, se concluye con que el Servicio Público de

⁶⁰ Dispone la Exposición de Motivos del ALMEP, en el párrafo primero del apartado I: “*No hay duda de que en algunos puntos del sistema puede haber déficit de recursos que haya que corregir, pero no parece que esta sea la causa principal de nuestros problemas crónicos, derivados más bien de la escasa eficiencia de las soluciones que sucesivamente se han ido implantando para reforzar la Administración de Justicia como servicio público*”.

⁶¹ LORCA NAVARRETE, Antonio María: “El compulsivo eficientismo procesal del servicio privado de justicia del anteproyecto de ley de medidas de eficiencia procesal del servicio público de justicia”, *Revista vasca de Derecho Procesal y Arbitraje*, vol. 33, núm.2, (2021), pp. 161-162.

⁶² LALAGUNA, Marta: “Anteproyecto de ley de medidas de eficiencia procesal: ¿será 2021 el año de los MASC y la mediación civil y mercantil?”, *Referencias Jurídicas CMS. Artículos de fondo*, (2021), p. 2.

Justicia no puede alcanzar nunca un nivel de eficacia procesal, porque el proceso es pura jurisdicción, ajena al Servicio Público⁶³.

Según LORCA NAVARRETE, el prelegislador apela hacia un movimiento denominado como “Justicia deliberativa” en el modelo de Justicia privada. No es un monopolio de los cuerpos judiciales ni de la abogacía, sino del conjunto de la sociedad civil, por lo que nuevamente se vuelve a interpretar que es el individuo y no el Estado quien debe proporcionar la justicia. Todo ello provoca que la jurisdicción civil se considere, con carácter general, como un subsistema de resolución de controversias, subsidiado por la justicia privada de los MASC⁶⁴. En similares argumentos, el CGPJ, ha tenido la oportunidad de pronunciarse sobre la situación de equilibrio entre los MASC, la tutela jurisdiccional y la sostenibilidad del Servicio Público de Justicia por parte del ciudadano. En su Consideración General vigésimo primera del Informe sobre el ALMEP, se interpreta sobre el espíritu del mismo que a partir de la inserción de estas herramientas, la actividad de los tribunales sufre un desvanecimiento hacia un segundo plano por el carácter “adecuado” de los MASC como mecanismo resolutorio de conflictos⁶⁵.

Finalmente, resulta interesante la crítica que realiza LORCA NAVARRETE al Título I en cuanto “gran bloque de reformas”⁶⁶ anunciado por el ALMEP, que trata únicamente de quince artículos. Desmiente tanto de que se trate de una tarea de legislar de manera novedosa y relevante en cuanto a cantidad y calidad, como de que se considere una inserción, por primera vez, de dichos mecanismos de solución de conflictos al modelo judicial español. Ante esto, se aprecia una contradicción, pues el prelegislador del

⁶³ Asociación Judicial Francisco de Vitoria: *Informe sobre el Anteproyecto de ley de medidas de eficiencia procesal en el servicio público de Justicia (medios adecuados de solución de controversias)*, pp.2-3. Texto disponible en: <http://www.ajfv.es/informe-ajfv-anteproyecto-de-ley-de-medidas-de-eficiencia-procesal-del-servicio-publico-de-justicia/>.

⁶⁴ LORCA NAVARRETE, Antonio María: *El compulsivo eficientismo procesal del servicio privado de justicia del anteproyecto de ley de medidas de eficiencia procesal del servicio público de justicia*, *Revista vasca de Derecho Procesal y Arbitraje*, vol. 33, núm.2, (2021), pp. 163-164.

⁶⁵ Acuerdo adoptado por el Pleno del CGPJ en reunión de 22 de julio de 2021, *op.cit.*, p.6. El CGPJ argumenta que “frente a los MASC, la vía jurisdiccional aparece postergada, en un segundo plano, como último remedio de solución de conflictos (...) con el riesgo de ver degradada su función constitucional, cuya relevancia se relativiza. La finalidad de generalizar estos mecanismos no reside, entonces, en servir de instrumento eficiente (...) sino en constituir el mecanismo adecuado para solucionar conflictos en las relaciones jurídico-privadas (...) respecto de la cual la jurisdicción se presenta como remedio de último recurso (...)”.

⁶⁶ Dispone la Exposición de Motivos del ALMEP en el párrafo primero del apartado II: “El Título I de la ley contiene un gran bloque de reformas, concretamente las que se refieren a la inserción en nuestro ordenamiento jurídico, al lado de la propia jurisdicción, de otros medios adecuados de solución de controversias, como medida que, más allá de la coyuntura de ralentización inicial y previsible incremento posterior de la litigiosidad como consecuencia de la pandemia y la declaración del estado de alarma, se considera imprescindible para la consolidación de un servicio público de Justicia sostenible”.

ALMEP reconoce⁶⁷, que ya existe la Ley 5/2012 como solución a los fines que se pretenden⁶⁸. El autor considera que el ALMEP trabaja en un material normativo ya legislado, en vigor, consolidado y conocido por los estudiosos del Derecho Procesal. Lo único que trata de forma novedosa es la introducción de una nueva sigla, como es MASC, la cual se une a los ya conocidos ADR o la “resolución externa de disputas” (EDR)⁶⁹.

3. LOS MEDIOS ADECUADOS DE SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS (MASC)

3.1. Conceptualización y elementos configuradores de los MASC.

El artículo 1 del ALMEP establece la definición de los MASC: “*Se entiende por medio adecuado de solución de controversias cualquier tipo de actividad negocial a la que las partes de un conflicto acuden de buena fe con el objeto de encontrar una solución extrajudicial al mismo, ya sea por sí mismas o con la intervención de un tercero neutral*”. Tradicionalmente se ha utilizado la denominación de “sistemas de solución extrajudicial de conflictos”, ADR (*Alternative Dispute Resolution*) o MASC como “métodos alternativos de solución de conflictos”. Mientras que la terminología ADR obedece a una influencia de corte anglosajona, la que ofrece el ALMEP no sigue tal esencia, aunque en los últimos tiempos y sobre todo en Estados Unidos, se comenzó a utilizar la denominación ADR como “*Adequate Dispute Resolution*”, es decir, “sistemas adecuados de solución de conflictos” o la de MASC, como “métodos adecuados de solución de controversias”. El prelegislador escogió la denominación MASC, pero en lugar de utilizar “métodos” optó por “medios”, obedeciendo a lo establecido en el Diccionario de la Real Academia Española de la Lengua (RAE)⁷⁰ en comparación de ambos términos⁷¹.

⁶⁷ Dispone la Exposición de Motivos del ALMEP en el párrafo séptimo del apartado II: “*La Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles, (...) nacieron con la vocación decidida de asentar en nuestro país la mediación como instrumento de autocomposición eficaz de controversias surgidas entre sujetos de Derecho privado en el ámbito de sus relaciones de derecho disponible*”.

⁶⁸ LORCA NAVARRETE, Antonio María: *El compulsivo eficientismo procesal...*, op.cit., p. 162.

⁶⁹ *Ibidem*, p. 161.

⁷⁰ Según la RAE, el término “*medio*” en su Aceptación 11ª se define como “*cosa*”, o instrumento en este caso, “*que puede servir para un determinado fin*” mientras que “*método*” se recoge, en su Aceptación 4ª, como “*procedimiento que sirve en las ciencias para hallar la verdad y enseñarla*”.

⁷¹ HINOJOSA SEGOVIA, Rafael: “Los medios adecuados de solución de controversias en el Anteproyecto de ley de medidas de eficiencia procesal del servicio público de justicia”, *LA LEY mediación y arbitraje*, núm.5, Sección Tribuna, Wolters Kluwer, (2021), p. 2.

A juicio de HINOJOSA SEGOVIA, la definición otorgada por el ALMEP sobre estos mecanismos es incorrecta. A la hora de equiparar terminológicamente los MASC como cualquier tipo de “actividad negocial”. Ello obedece a que la negociación en sí misma siempre ha sido considerada como uno de los sistemas alternativos de solución de conflictos. Entiende el autor que es mezclar el género con la especie, cuando es más acertado utilizar el término “sistema”, “mecanismo” o “instrumento”⁷². Así pues, la negociación como metodología individualizada, se ha definido como una comunicación en el que las partes intentan llegar a un acuerdo sobre un asunto en disputa, con el objetivo de conseguir una ventaja que no podrían obtener mediante una acción unilateral⁷³. En similares términos se pronuncia PIÑAR GUZMÁN, destacando que a lo largo del ALMEP, se usan terminologías dispares como “MASC”, “actividad negocial” o “intento de negociación”, para referirse a la misma realidad. Concluye con que se necesita un esfuerzo de unificación en la nomenclatura para aportar claridad y evitar confusión⁷⁴.

3.1.1. Libertad y buena fe.

El ALMEP en su artículo 1.2⁷⁵ garantiza, *a priori*, la libertad de las partes en el uso de los MASC, siempre en estricto respecto a lo establecido en el artículo 6.2 del Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil (CC)⁷⁶. Sirviéndonos de los principios informadores de la mediación, y ligando los conceptos de libertad y voluntariedad, nadie reside en la obligación de permanecer en el procedimiento al igual que tampoco a llegar a un acuerdo de forma extrajudicial⁷⁷. A ello se une el principio de buena fe de las partes recogido en la misma definición del artículo 1.1⁷⁸ del ALMEP, el cual otorga a las mismas la posibilidad de acudir a dichos mecanismos de forma pactada

⁷² HINOJOSA SEGOVIA, Rafael: “Los medios adecuados de solución de controversias...”, *op.cit.*, p.5.

⁷³ MARTÍNEZ PALLARÉS, José Ignacio: “Negociación, proceso y procedibilidad. Métodos, herramientas y conexiones funcionales”, *Revista General de Derecho Procesal*, núm. 55, (2021), p. 5.

⁷⁴ PIÑAR GUZMÁN, Blas: “Trece observaciones sobre el Anteproyecto de Ley de medidas de eficiencia procesal del servicio público de Justicia”, colaboración en el blog *Almacén de Derecho*, p. 5. Artículo disponible en: <https://almacenederecho.org/medios-adecuados-de-solucion-de-controversias-masc>.

⁷⁵ Dispone el artículo 1.2 ALMPEP que “*las partes son libres para convenir o transigir, a través de estos medios, sobre sus derechos e intereses, siempre que lo acordado no sea contrario a la ley, a la buena fe ni al orden público. Las partes pueden alcanzar acuerdos totales o parciales. (...)*”.

⁷⁶ Dispone el artículo 6.2 del Código Civil que “*la exclusión voluntaria de la ley aplicable y la renuncia a los derechos en ella reconocidos sólo serán válidas cuando no contraríen el interés o el orden público ni perjudiquen a terceros*”.

⁷⁷ HUALDE MANSO, Teresa: *La mediación en asuntos civiles y mercantiles. La transposición de la Directiva 2008/52 en Francia y España*, Editorial LA LEY Grupo Wolters Kluwer, Madrid, 2013, pp. 89-92.

⁷⁸ Dispone el artículo 1.1 ALMEP la buena fe de las partes al acudir a un MASC: “*(...) cualquier tipo de actividad negocial a la que las partes de un conflicto acuden de buena fe (...)*”.

y trabajar libremente sobre el conflicto con el fin de lograr un acuerdo viable, sea total o parcial⁷⁹.

3.1.2. Asistencia letrada, honorarios e incentivos.

El ALMEP establece en su artículo 2.1⁸⁰ el carácter facultativo de la asistencia letrada en el uso de los MASC. No obstante, se dispone en el artículo 2.2 del ALMEP el carácter obligatorio en casos en los cuales se deba de cumplir el requisito de procedibilidad del artículo 1.3 del ALMEP o cuando exista un supuesto de derivación judicial cuando se esté en alguno de los siguientes casos: a) Cuando se acuda a la formulación de una oferta vinculante; b) Cuando se acuda a la conciliación privada o a la mediación, siempre que el conciliador o el mediador no sea profesional del derecho. Sin embargo, en los dos supuestos enumerados, no será preceptiva la asistencia letrada cuando la cuantía del asunto controvertido no supere los dos mil euros o bien cuando una ley lo exceptúe expresamente. Por la asistencia letrada al proceso negociador, el ALMEP dispone en su artículo 8.1 los honorarios que las partes deberán abonar por los servicios prestados. Así pues, en beneficio tanto del profesional como de las partes, se añade el artículo 6 de la Ley 1/1996, de 10 de enero, de Asistencia Jurídica Gratuita, un nuevo apartado 11, gracias a la Disposición Final primera del ALMEP ⁸¹, fijándose como honorarios las actuaciones de los abogados en procedimientos negociadores bajo MASC cuando así legalmente se disponga⁸².

Los incentivos fiscales anteriormente mencionados, han sido valorados por MARTINEZ PALLARÉS, en relación al ejercicio actual de la abogacía, como insuficientes. Destaca la necesidad de que la actividad del abogado deba ser “debidamente remunerada” en su intervención bajo MASC, tal y como ordena la Exposición de Motivos del ALMEP, dada la carga de trabajo sobre el profesional de cara a la evaluación sobre la

⁷⁹ GARCÍA VILLALUENGA, Leticia: “La mediación a través de sus principios. Reflexiones a la luz del Anteproyecto de Ley de Mediación en asuntos civiles y mercantiles”, *Revista General de legislación y jurisprudencia*, núm.4, (2010), pp. 725-726.

⁸⁰ Dispone el artículo 2.1 ALMEP: “Las partes podrán acudir a cualquiera de los medios adecuados de solución de controversias asistidas de abogado”.

⁸¹ Así, el derecho a la asistencia jurídica gratuita, comprende también “los honorarios de los abogados que hubieren asistido a las partes, cuando acudir a los medios adecuados de solución de controversias sea presupuesto procesal para la admisión de la demanda, resulte de la derivación judicial acordada por los jueces o tribunales o sea solicitada por las partes en cualquier momento del procedimiento, siempre que tal intervención de los abogados sea legalmente preceptiva o cuando, no siéndolo, su designación sea necesaria para garantizar la igualdad de las partes”.

⁸² HINOJOSA SEGOVIA, Rafael: “Los medios adecuados de solución de controversias...”, *op.cit.*, p. 16.

elección de los MASC más idóneos en virtud de los intereses de las partes o la preparación de complejos procesos de negociación con anterioridad a la interposición de la demanda⁸³.

3.1.3. *Ámbito de aplicación y disponibilidad de la materia.*

Las disposiciones del Título I del ALMEP son de aplicación a los asuntos civiles y mercantiles, incluyendo, además, los conflictos transfronterizos. Quedan excluidas⁸⁴, en todo caso, las materias laboral, penal y concursal, así como los asuntos en los cuales aparezca una entidad perteneciente al Sector Público. Seguidamente, el ALMEP menciona algunos MASC y la regulación en la cual se encuentran recogidos. Así por ejemplo, la mediación se regirá, por la Ley 5/2012; la conciliación ante Notario se regirá por lo dispuesto en el Capítulo VII del Título VII de la Ley del Notariado de 28 de mayo de 1862, más en concreto en sus artículos 81⁸⁵ a 83, y en defecto de lo allí previsto, por las disposiciones del ALMEP⁸⁶; otros como la conciliación ante el registrador, se regirá por lo establecido en el Título IV BIS del Decreto de 8 de febrero de 1946 por el que se aprueba la nueva redacción oficial de la Ley Hipotecaria, con la referencia en el artículo 103 bis⁸⁷, y en defecto de lo allí previsto, por las disposiciones del ALMEP⁸⁸.

A su vez, se establece que los conflictos que versen sobre materias no disponibles⁸⁹ por las partes no podrán ser sometidos a las disposiciones relativas al uso de los MASC para dirimir el conflicto, ni incluso por derivación judicial. No obstante, sí que podrán ser de aplicación en relación con los efectos y medidas de los artículos 102

⁸³ MARTÍNEZ PALLARÉS, José Ignacio: “Abogados en tiempos de MASC. Entre la oportunidad y los trenes a ninguna parte”, *LA LEY mediación y arbitraje*, núm.8, Wolters Kluwer, (2021), pp. 21-22.

⁸⁴ Véase lo establecido en el artículo 3. 2º del ALMEP.

⁸⁵ Dispone el artículo 81.1 de la Ley del Notariado: “*Podrá realizarse ante Notario la conciliación de los distintos intereses de los otorgantes con la finalidad de alcanzar un acuerdo extrajudicial*”.

⁸⁶ Véase lo dispuesto en el artículo 3. 4º ALMEP.

⁸⁷ Dispone el artículo 103 bis de la Ley Hipotecaria: “*Los Registradores serán competentes para conocer de los actos de conciliación sobre cualquier controversia inmobiliaria, urbanística y mercantil o que verse sobre hechos o actos inscribibles en el Registro de la Propiedad, Mercantil u otro registro público que sean de su competencia, siempre que no recaiga sobre materia indisponible, con la finalidad de alcanzar un acuerdo extrajudicial*”.

⁸⁸ Véase lo dispuesto en el artículo 3. 5º ALMEP.

⁸⁹ A sensu contrario, SAN CRISTÓBAL REALES en “Sistemas alternativos de resolución de conflictos...”, *op.cit.*, p. 16, argumenta que “*la disponibilidad del asunto se fundamenta en la naturaleza del derecho subjetivo, en la titularidad particular del mismo, en la autonomía de la voluntad de los ciudadanos y su libertad, coincidiendo con los derechos y facultad sobre los cuales es posible transigir de acuerdo al artículo 1814 del Código Civil, al amparo a su vez de la garantía que ofrece la Ley de Enjuiciamiento Civil al reconocer expresamente el poder de disposición de las partes del objeto del juicio y su consiguiente renuncia, desistimiento, allanamiento, sometimiento a mediación o arbitraje o transacción sobre el mismo, salvo en los casos limitados por el interés general o beneficio de tercero (artículo 19.1 LEC, modificado por la Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles)*”.

(relativo a los efectos de las medidas provisionales por demanda de nulidad, separación y divorcio) y 103 (relativo a las medidas provisionales por demanda de nulidad, separación y divorcio) del CC. En ningún caso podrán aplicarse los MASC a conflictos que versen sobre alguna de las materias excluidas de la mediación conforme a lo dispuesto en el artículo 87 ter de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial (LOPJ), encargado de regular las competencias de los Juzgados de Violencia sobre la Mujer. Finalmente se excluye la actividad negocial entablada por el ALMEP como requisito de procedibilidad cuando se pretenda iniciar un proceso para la tutela judicial civil de derechos fundamentales, la adopción de las medidas reguladas en el artículo 158 del CC a favor de los hijos, además de cuando se solicite autorización para el internamiento forzoso por razón de trastorno psíquico del artículo 753 de la LEC⁹⁰.

3.1.4. *Intervención del denominado “tercero neutral”.*

El ALMEP propone a las partes la posibilidad de acudir a los MASC por sí mismas o a través de un “tercero neutral”⁹¹. Al igual que el principio de voluntariedad recogido en la normativa de mediación, la única referencia en Derecho español al principio de neutralidad viene recogido en el artículo 8 de la Ley 5/2012⁹². Sin embargo, este último artículo no concreta en realidad la tarea neutral (en este caso del mediador) sino que lo realiza de forma más clara el artículo que le precede sobre la imparcialidad⁹³. Este amago de neutralidad transformado en imparcialidad requiere de una gran aptitud del tercero para dirigir el procedimiento manteniendo un conjunto de valores y estándares⁹⁴. Frente a la figura clásica del tercero neutral obligada a no influir o dirigir, han aparecido otras

⁹⁰ HINOJOSA SEGOVIA, Rafael: “Los medios adecuados de solución de controversias...”, *op.cit.*, pp. 6-8.

⁹¹ Dispone el artículo 1.1 ALMEP y el apartado II de su Exposición de Motivos, la posibilidad de acudir a un tercero neutral: “(...) *ya sea por sí mismas o con la intervención de un tercero neutral*”; “(...) *En efecto, se trata de potenciar la negociación entre las partes, directamente o ante un tercero neutral (...)*”.

⁹² Establece el artículo 8 de la Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles: “*Las actuaciones de mediación se desarrollarán de forma que permitan a las partes en conflicto alcanzar por sí mismas un acuerdo de mediación, actuando el mediador de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 13*”.

⁹³ Dispone el artículo 7 de la Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles: “*En el procedimiento de mediación se garantizará que las partes intervengan con plena igualdad de oportunidades, manteniendo el equilibrio entre sus posiciones y el respeto hacia los puntos de vista por ellas expresados, sin que el mediador pueda actuar en perjuicio o interés de cualquiera de ellas.*”

⁹⁴ VIDAL TEIXIDÓ, Antoni: “El tercero neutral y el mediador evaluativo en el Anteproyecto de Ley de medidas de eficiencia procesal”, *LA LEY mediación y arbitraje, núm.5, Sección Novedades de ADR*, Wolters Kluwer, (2021), p. 2.

propuestas de fórmulas híbridas, en las cuales el tercero no solo asiste a las partes para que lleguen a un acuerdo, sino que incluso lo puedan sugerir⁹⁵.

En opinión de VIDAL TEIXIDÓ, la figura del “tercero neutral” dentro del ALMEP no parece que ayude a fijar de forma correcta el principio de la neutralidad⁹⁶. El autor denota la falta de claridad en esta figura, cuestionándose más en concreto si la figura del “tercero neutral” que aparece en el ALMEP corresponde a la mencionada vertiente clásica o, por el contrario, aparece una suerte de “neutralidad evaluativa”. Destaca finalmente una ausencia de concreción de sus funciones, máxime cuando a pesar de lo establecido en la Disposición Adicional tercera del ALMEP⁹⁷, dicha tarea de delimitación no ha sido realizada por el momento por el Ministerio de Justicia⁹⁸. Lo que sí se sabe con certeza es que, en caso de intervención de un “tercero neutral”, sus honorarios profesionales serán objeto de acuerdo previo con las partes. En caso de que una de ellas requerida para participar en la negociación no aceptase la intervención del “tercero neutral” designado unilateralmente por la parte requirente, deberá abonar de forma completa los honorarios devengados por el “tercero neutral” hasta tal momento⁹⁹. Unido a ello, el ALMEP posibilita que la Administración competente sufrague el coste de dicha intervención de forma total o parcial sobre aquellos que no puedan asumir tales gastos¹⁰⁰.

3.1.5. Confidencialidad.

El artículo 6 del ALMEP entronca el principio de confidencialidad del “tercero neutral” y de las partes. Se debe destacar que este principio y deber está recogido en el ALMEP en los mismos términos que en la normativa de mediación¹⁰¹. Se trata de un principio informador del procedimiento que permite una negociación franca entre las partes. El objetivo consiste en generar un clima de amplia discreción y confianza en la

⁹⁵ VIDAL TEIXIDÓ, Antoni: “El tercero neutral y el mediador evaluativo...”, *op.cit.*, p. 4.

⁹⁶ *Ibidem*, p. 3.

⁹⁷ Establece la Disposición Adicional tercera del ALMEP: “A propuesta del Ministerio de Justicia, el Gobierno remitirá a las Cortes Generales, en el plazo de un año desde la entrada en vigor de esta ley, un proyecto de ley que regule el estatuto del tercero neutral interviniente en cualquiera de los medios adecuados de solución de controversias, incluyendo un régimen de incompatibilidades y de infracciones y sanciones para el caso de incumplimiento de las obligaciones y deberes establecidos en dicho estatuto”.

⁹⁸ *Ibidem*, p. 5.

⁹⁹ Véase el artículo 8.2 del ALMEP.

¹⁰⁰ Véase la Disposición adicional primera del ALMEP.

¹⁰¹ Véase el artículo 9 de la Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles.

documentación aportada entre las mismas y así producir en el debate un intercambio rico de información para conocer sus respectivas posiciones¹⁰².

El principio de confidencialidad que regula el ALMEP impide que tanto las partes como el “tercero neutral” en un procedimiento MASC estén obligados a declarar o aportar documentación relativa a un procedimiento de mediación en un procedimiento judicial o en un arbitraje, excepto: cuando las partes de manera expresa y por escrito les dispensen del deber de confidencialidad y cuando, mediante resolución judicial motivada, sea solicitada por los jueces del orden jurisdiccional penal¹⁰³. La única novedad que trae consigo el ALMEP en esta cuestión, es añadir una nueva excepción al deber de confidencialidad, siendo en este caso en materia de tasación de costas o exoneración de las mismas¹⁰⁴. Mediando incumplimiento del deber de confidencialidad, el ALMEP establece, al igual que la normativa en mediación, la existencia de una suerte de responsabilidad contractual prevista en los artículos 1.101 y siguientes del CC, en cuanto a la intervención de asesores, expertos o peritos, profesionales intervinientes en los MASC¹⁰⁵.

3.2. Clasificación de los MASC.

A pesar de que no se trate en este apartado la mediación de forma individualizada al no figurar de manera concreta en el articulado del ALMEP, es relevante dejar plasmadas las alegaciones que se presentaron sobre el ALMEP por la Conferencia Universitaria Internacional para el Estudio de la Mediación y el Conflicto (CUEMYC). Aunque coinciden en parte con la Exposición de Motivos del ALMEP, la filosofía que subyace en el mismo provoca una desvalorización de la mediación como forma principal de solución de controversias además de un menoscabo en la labor de profesionales y defensores de este ADR. La CUEMYC no pretende sostener que la mediación sea el único medio de resolución de controversias, ni tampoco la “panacea absoluta”. Sin embargo, entienden que además de promover otras metodologías colaborativas, el ALMEP debería haber sido más riguroso con esta institución a través de su articulado y demostrar coherencia en la necesidad de, según la Exposición de Motivos del ALMEP, “*asentar en*

¹⁰² MARTÍNEZ PALLARÉS, José Ignacio: “El principio de confidencialidad en la mediación, una delimitación conceptual obligada”, *Revista General de Derecho Procesal*, núm.44, (2018), pp. 6-7.

¹⁰³ *Ibidem*, p. 11.

¹⁰⁴ Dispone el ALMEP una nueva excepción al deber de confidencialidad en el artículo 6.2.b): “*Cuando se esté tramitando la impugnación de la tasación de costas y solicitud de exoneración o moderación de las mismas según lo previsto en el artículo 245 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil*”.

¹⁰⁵ MARTÍNEZ PALLARÉS, José Ignacio: “El principio de confidencialidad...”, *op.cit.*, p. 13.

nuestro país la mediación”¹⁰⁶. En definitiva, alega la CUEMYC conclusión, que el ALMEP no ha conseguido asumir el reto de poner en valor instituciones como la mediación para consolidarla e impulsarla, sino que la presenta junto con otros MASC poco conocidos al mismo nivel¹⁰⁷.

3.2.1. *La negociación.*

Aunque no venga reflejada dentro del Título I, la negociación debe interpretarse como una tipología MASC. La negociación se define como un proceso de comunicación entre dos o más partes enfrentadas que pretenden gestionar la controversia de forma conjunta a partir de una confrontación directa. La negociación está caracterizada esencialmente por la interacción y comunicación entre las partes; en segundo lugar, se precisa de la libre elección de este procedimiento por las partes; y, en tercer lugar, es necesaria una suerte de relación de poder equilibrada entre las partes. El proceso de negociación existe desde que se admite por las partes el denominado “convenio de negociar”¹⁰⁸ y que, en caso de conflicto, las mismas deben de asumir personalmente la tarea de resolverlo. Dentro de las dos categorías de negociación existentes, como son la negociación distributiva y la integrativa, puede encajar de mejor forma en el ALMEP la segunda, atendiendo a la razón de reparto de beneficios que resume la estrategia “ganar-ganar”¹⁰⁹.

3.2.2. *La conciliación.*

Sin perjuicio de que en este mismo grupo podemos encajar como MASC la conciliación notarial¹¹⁰ y la conciliación registral¹¹¹, los artículos 12 y 13 del ALMEP regulan una figura de nueva creación, denominada “conciliación privada”¹¹². El ALMEP exige estar inscrito y activo en un Colegio de abogados, procuradores, graduados sociales, notarios, registradores de la propiedad, o bien estar inscrito como mediador en sus

¹⁰⁶ Conferencia Universitaria Internacional para el estudio de la Mediación y el conflicto (CUEMYC): “Posicionamiento y alegaciones al Anteproyecto de Ley de medidas de eficiencia procesal del servicio público de Justicia”, p. 4.

¹⁰⁷ *Ibidem*, p. 9.

¹⁰⁸ Puede aparecer dentro de un contrato o no, y puede formar parte de una cláusula escalada o no. La libertad de forma predomina en el pacto de negociar, bastando únicamente con que quede fijado el compromiso de las partes, al aceptarlo, de negociar el conflicto.

¹⁰⁹ VÁZQUEZ GOMEZ-ESCALONILLA, Laura: “Consideraciones generales sobre los MASC en Derecho Español”, *Revista Internacional de Estudios de Derecho Procesal y Arbitraje*, núm.1, (2016), pp. 27-31.

¹¹⁰ Véase el artículo 3.4 del ALMEP.

¹¹¹ Véase el artículo 3.5 del ALMEP.

¹¹² Véase el artículo 12.1 del ALMEP.

registros correspondientes; ser imparcial; y en caso de que en el conflicto sea parte una sociedad profesional, deberá seguir los requisitos regulados en la Ley 2/2007, de 15 de marzo, además de acreditarse la oportuna inscripción en el Registro de Sociedades Profesionales¹¹³. La persona conciliadora, la cual deberá aceptar expresa y documentadamente su cometido o encargo profesional¹¹⁴ de forma leal, objetiva, neutral e imparcial, desarrollará tareas de presidencia, gestión, información y aportación de propuestas de solución a las partes¹¹⁵.

Con carácter general, la conciliación es un medio de resolución de conflictos de carácter autocompositivo, análogo a la mediación, en el cual la parte conciliadora, en diálogo permanente con las partes, aproxima posiciones con las mismas para conseguir llegar a un acuerdo o “transacción”¹¹⁶. El legislador procesal estableció como obligatorio este acto en la LEC de 1881, mientras que en la LEC del año 2000 figura como expediente de Jurisdicción Voluntaria¹¹⁷. La naturaleza jurídica de este mecanismo ha sido muy debatida por su complejidad, pues mientras hay quienes afirman que se trata de un auténtico proceso, (tesis procedimentalista), otros entienden que no hay tal al carecer de demanda y sentencia como elementos característicos del procedimiento. Se ha llegado incluso a discutir la asimilación de la conciliación a la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria (LJV), al ser característica principal de esta normativa la ausencia de controversia. Por otro lado, hay quienes defienden que únicamente este modelo desemboca en una avenencia o convenio (tesis contractualista), como si de un negocio jurídico se tratase, ligado a la figura de la transacción¹¹⁸.

Comenzando por la vía notarial de la conciliación, a pesar de los beneficios que pudiera ofrecer, por el momento está prácticamente inexplorada. Es un expediente que tiene como objetivo poner fin a una controversia privada mediante la presencia del notario siempre que versen sobre materias disponibles¹¹⁹. El artículo 82 de la LN se refiere a la escritura pública como modo de formalizar la avenencia entre las partes o, por el

¹¹³ Véase el artículo 12.2 del ALMEP.

¹¹⁴ Véase el artículo 12.3 del ALMEP.

¹¹⁵ Véase los artículos 12.4 y 13 del ALMEP.

¹¹⁶ DÍAZ FRAILE, Juan María: “La nueva regulación de la conciliación registral. Exégesis práctica del artículo 103 bis de la Ley Hipotecaria”, *Boletín del Colegio de Registradores*, núm.34, (2016), p. 1638.

¹¹⁷ RODRÍGUEZ PRIETO, Fernando: “La vía notarial: una nueva oportunidad para la conciliación”, *Revista El Notario del Siglo XXI*, núm.65, Madrid, (2018), p. 1.

¹¹⁸ DÍAZ FRAILE, Juan María: “La nueva regulación de la conciliación registral...”, *op.cit.*, p. 1639.

¹¹⁹ SANTOS MARTÍNEZ, Alberto Manuel: “La conciliación tras la entrada en vigor de la Ley 15/2015, de 2 de julio, de jurisdicción voluntaria”, *Revista jurídica de Castilla y León, Sección de Derecho Procesal*, (2016), p. 26.

contrario, que la conciliación se intentó sin efecto. A ello se debe sumar lo dispuesto en el artículo 83 de la LN, el cual dota de efectos ejecutivos a la escritura. Se aconseja que en este tipo de expedientes de conciliación notarial, el proceso se refleje en un acta *ad hoc* en la que se indique el requerimiento de inicio, las notificaciones y en su caso, la aceptación de la contraparte, las sesiones celebradas y, por último, el acuerdo alcanzado o las circunstancias de no haberlo logrado¹²⁰.

Respecto del expediente de conciliación registral, se plantean serias dudas de aplicación normativa, lo que conlleva el recurso a la analogía. En concreto, en la primera fase denominada como “solicitud”, cabe aplicar analógicamente el artículo 141 de la LJV, sobre los requisitos del escrito de solicitud. Posteriormente, pueden aplicarse las normas registrales propias, especialmente las relativas al libro de entrada en el cual deberá consignarse la presentación de la solicitud de conciliación. En la segunda fase de “admisión, señalamiento y citación”, se recomienda dejar constancia del acuerdo de admisión bajo un “acta de iniciación” del expediente de conciliación en la cual aparezca la aceptación de las reglas que pueda promover el Colegio de Registradores¹²¹. En caso de incomparecencia, puede aplicarse de forma analógica los apartados segundo y tercero del artículo 144 de la LJV, el cual regula las reglas del desistimiento presunto por incomparecencia del solicitante o del requerido sin alegar justa causa. La última fase o “celebración del acto de conciliación”, se caracteriza por ser más flexible que en otros expedientes de conciliación, como la judicial. El registrador, imparcial y neutral, deberá certificar la avenencia bajo un documento de naturaleza transaccional con los antecedentes del expediente, además de otro tipo de incidencias surgidas durante el mismo¹²².

3.2.3. *La oferta vinculante confidencial.*

El artículo 14 del ALMEP desarrolla la “oferta vinculante confidencial” como el método más novedoso. Gracias a este MASC, cualquier persona puede formular una propuesta vinculante a la otra, obligándole a cumplir el contenido de la misma de forma irrevocable¹²³. Se debe dejar constancia de la identidad del oferente, la fecha de la

¹²⁰ RODRÍGUEZ PRIETO, Fernando: “La conciliación notarial y su forma documental. Orientaciones de la Resolución de la Dirección General de 18 de octubre de 2017”, *Revista el Notario del Siglo XXI*, núm.77, (2018), pp. 154-155.

¹²¹ DÍAZ FRAILE, Juan María: “La nueva regulación de la conciliación registral...”, *op.cit.*, p. 1647.

¹²² *Ibidem*, pp. 1648-1649.

¹²³ Véase el artículo 14.1 del ALMEP.

recepción efectiva por la otra parte, así como el contenido de la oferta, todo ello bajo el deber de estricta confidencialidad¹²⁴. En caso de ser la oferta vinculante rechazada en el plazo de un mes, se abre la vía de ejercicio de acciones judiciales, al haberse cumplido correctamente con el requisito de procedibilidad¹²⁵. Cuando la oferta vinculante no hubiera sido aceptada por la otra parte y la resolución judicial sea sustancialmente similar al contenido de dicha propuesta, se podrá solicitar la exoneración del pago de costas o la moderación de su cuantía¹²⁶. La oferta vinculante confidencial, según PIÑAR GUZMAN, no puede ser considerada como un método con entidad suficiente para resolver un conflicto a pesar de tener cierto elemento de presión en la negociación. Opina igualmente que este modelo es el trasunto de la denominada *Calderbank letter*¹²⁷ dentro del Derecho anglosajón¹²⁸. A partir de una estructura formal casi idéntica a la oferta vinculante confidencial, el principal beneficio del modelo de la *Calderbank letter* es incentivar a las partes a considerar sus posiciones en una fase temprana al procedimiento y a crear una suerte de ofertas sensatas y constructivas tendentes a llegar a un acuerdo. Gracias a ello, se evita una exposición a una severa condena en costas en la resolución judicial cuando el resultado del acuerdo era más beneficioso que lo dictada con posterioridad al procedimiento¹²⁹.

3.2.4. *La opinión de experto independiente.*

El artículo 15 del ALMEP regula la “opinión de experto independiente”. A pesar de que el ALMEP no lo contempla expresamente, cabe la posibilidad de que las partes

¹²⁴ Véase artículos 14.1.II y 14.2 ALMEP.

¹²⁵ Véase el artículo 14.3 del ALMEP.

¹²⁶ Véase artículo 14.4 del ALMEP.

¹²⁷ LONGRIGG, William: “The argument for a return to the Calderbank regime”, Revista *Family Law*, vol.49, núm.4, (2019), p. 369, traducción realizada al idioma español: La *Calderbank letter* recibe su nombre de una disputa económica matrimonial entre el Sr. y la Sra. Calderbank (Calderbank v. Calderbank, 1976, Fam.93). La esposa, dentro del procedimiento relativo al inmueble conyugal, ofreció una oferta económica al esposo superior a la del juicio, la cual rechazó. El pleito final condenó a la esposa al pago de diez mil libras esterlinas al esposo. Esta resolución fue recurrida por la misma alegando que no debería asumir las costas del proceso cuando le han rechazado una oferta razonable con anterioridad al pleito. Desde aquel entonces, se interesó que debía de existir una fórmula (en la cual se introduce la partícula “sin perjuicio de las costas” o *save as costs*) acorde a los comportamientos realizados durante las negociaciones previas, esto es, si la parte que rechazaba una oferta mayor a la obtenida en la resolución judicial, debía de correr con el riesgo de pagar no solo sus propias costas, sino también las de la otra parte.

¹²⁸ PEREA GONZÁLEZ, Álvaro; ALAYA FERNÁNDEZ, Rosalía; PIÑAR GUZMÁN, Blas; SANTANA TRUJILLO, José Aitor; ESCUDERO MORATALLA, José Francisco; QUINTANA GARCÍA, Amparo: “Diálogos para el futuro judicial. XIX, Medios Adecuados de Solución de Controversias (MASC)”, *Diario La Ley*, núm.9793, Wolters Kluwer, (2021), p. 18.

¹²⁹ LONGRIGG, William: “The argument for a return...”, *op.cit.* p. 370.

deleguen la designación como experto independiente en una institución¹³⁰. Las partes pueden designar mutuamente un experto independiente con el fin de que emita una valoración de carácter no vinculante a partir de toda la documentación y pruebas recabadas¹³¹. La obligatoriedad de remitir toda la información y pruebas es un acierto siempre que se interprete en la necesidad de que cada parte “comparezca” y motive su posición bajo un procedimiento contradictorio¹³². Todo ello finaliza con la redacción de un dictamen, de carácter técnico-jurídico acorde a su capacitación profesional, que deberá ser emitido con anterioridad al procedimiento judicial o durante la tramitación del mismo de forma confidencial¹³³, a tenor de lo dispuesto en el artículo 16 del Reglamento de Decisión de Experto de la Organización Mundial de la OMPI. Aceptadas las conclusiones del dictamen, se formalizará el acuerdo en conformidad con lo dispuesto en los artículos 9 y 10 del ALMEP¹³⁴ y en caso contrario, el experto designado extenderá a las partes un certificado de intento de avenencia a efectos de cumplir con el requisito de procedibilidad¹³⁵.

La dirimencia por experto (*expert determination*) es un método alternativo y heterónimo de resolución de conflictos más eficiente incluso que el arbitraje o los denominados *dispute boards* que se tratarán con posterioridad. Es recomendable como método atractivo y económico para las partes tanto para situaciones técnicas como jurídicas¹³⁶, la cual ya viene reconocida en el Considerando nº 11 de la Directiva 2008/52/CE¹³⁷. El dictamen dirimente suele tener normalmente carácter vinculante, pero siguiendo lo dispuesto en el ALMEP, cabe la posibilidad de que las partes quieran dotar

¹³⁰ PIÑAR GUZMÁN, Blas: “La dirimencia por experto en el Derecho español”, LA LEY mediación y arbitraje, núm.7, Wolters Kluwer, (2021), p. 11.

¹³¹ Véase lo dispuesto en el artículo 15.1 del ALMEP.

¹³² PIÑAR GUZMÁN, Blas: “La dirimencia por experto...”, *op.cit.*, p. 12.

¹³³ Véase lo dispuesto en el artículo 15.2 del ALMEP.

¹³⁴ Véase lo dispuesto en el artículo 15.3 del ALMEP.

¹³⁵ Véase lo dispuesto en el artículo 15.4 del ALMEP.

¹³⁶ TERKILDSEN, Dan; SVANTE HANSEN, David: “Expert Determination in Merger and Acquisition Disputes”, *Comparative Law yearbook of international business*, núm.37, (2015), pp. 203-204, traducción realizada al idioma español.

¹³⁷ Dispone el Considerando nº11 de la Directiva 2008/52/CE: “La presente Directiva no debe aplicarse a las negociaciones precontractuales ni a los procedimientos de carácter cuasi jurisdiccional como determinados mecanismos de conciliación judicial, los sistemas aplicables a las reclamaciones de consumo, el arbitraje, y la determinación por experto, y tampoco a los procesos administrados por personas u órganos que formulan recomendaciones formales, ya sean jurídicamente vinculantes o no, sobre la solución del conflicto”.

al dictamen de un carácter no vinculante y sirva así como medio probatorio en un futuro procedimiento judicial¹³⁸.

Este modelo convive con otros ADR casi idénticos, más atribuibles al ámbito mercantil del comercio internacional. Cabe mencionar en primer lugar, la denominada *neutral evaluation* en la cual un tercero “evaluador”, generalmente un juez jubilado o abogado experto en la materia, se encarga de emitir un informe no vinculante a través de una evaluación objetiva, previa identificación de puntos fuertes y débiles de ambas partes; en segundo lugar, el *Fact-Finding* o Peritaje, en el cual el tercero o *fact-finder* aclara la situación a través de un informe de avenencia no vinculante con recomendaciones para las partes; y en tercer lugar, se destaca la *adjudication* como procedimiento inserto entre los ADR más tradicionales o el arbitraje, en el cual el tercero o *adjudicator* toma una decisión vinculante para las partes con un pronunciamiento de naturaleza contractual y provisional en materia de contratos de construcción¹³⁹.

La modalidad del artículo 15 del ALMEP se suele encontrar en el ámbito mercantil. Un ejemplo es el denominado “dictaminador arbitral en la valoración de acciones o participaciones” establecido en el artículo 353.1º del Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital (LSC) para casos de separación y exclusión de socios, al igual que para la valoración de acciones por los socios sobrevivientes o por la sociedad en el derecho de adquisición de participaciones del socio fallecido. Es competente el registrador mercantil para el nombramiento de un experto independiente¹⁴⁰.

En el ámbito civil resulta de interés el “dictamen dirimente en los seguros contra daños”. En el ámbito de los contratos de seguros, los artículos 38 y 39 de la Ley 50/1980, de 8 de octubre, de contrato de seguro (LCS), establecen la dirimencia por experto ante un siniestro cubierto por un seguro contra daños de forma preceptiva y con carácter excluyente a la vía judicial, cuando asegurado y asegurador no se ponen de acuerdo sobre el importe y forma de indemnización. Cada parte designa un perito, y se reflejará en un acta las causas del siniestro, valoración de los daños y otras circunstancias influyentes. En caso de no alcanzar acuerdo, se designa un tercer especialista, y deberán los tres

¹³⁸ PIÑAR GUZMÁN, Blas: “La dirimencia por experto...”, *op.cit.*, p. 3.

¹³⁹ MACHO GÓMEZ, Carolina: “Los ADR Alternative Dispute Resolution en el comercio internacional”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, núm.5, (2013), pp. 409-413.

¹⁴⁰ PIÑAR GUZMÁN, Blas: “La dirimencia por experto...”, *op.cit.*, pp. 6-7.

expertos emitir un dictamen pericial dirimente, por unanimidad o mayoría en el plazo señalado por las partes, y, en su defecto, a los treinta días desde su nombramiento¹⁴¹.

Finalmente, fuera de España la figura del experto independiente es uno de los sistemas más habituales en Estados Unidos en el sector sanitario ante negligencias médicas, caracterizadas por ser asuntos legalmente complejos, con multitud de partes y gran cantidad de pruebas documentales. En la situación actual de pandemia, esta figura podría jugar un papel muy importante en el ámbito sanitario nacional, tanto en aspectos del personal al servicio de la Salud, como en las relaciones entre el profesional y el paciente. En España, ya se ha comenzado a usar este modelo en el Servicio Madrileño de Salud, en la gestión de reclamaciones sanitarias con la intervención de un doble experto especializado (jurídico y perito médico) el cual asesora a las partes en la gestión del conflicto¹⁴².

3.2.5. *La cláusula de cierre del artículo 1.3 del ALMEP: la propuesta de los dispute boards.*

A pesar de que el ALMEP desglose los diversos MASC a lo largo de los artículos 11 a 15, el catálogo es abierto al establecerse como cláusula de cierre¹⁴³ la posibilidad de incorporar otras herramientas a las ya reguladas. Por analizar un ámbito concreto a la par que complejo, el sector de la construcción e ingeniería es un caso relevante. En muchas ocasiones, las resoluciones judiciales sobre estos conflictos imponen responsabilidades salomónicas que a nadie convence. Aunque la mediación puede constituirse como un medio bastante efectivo de resolución de conflictos, dentro de los sectores mencionados existe un elevado componente técnico y no resultaría del todo fructífera. Por otro lado, la figura del experto independiente podría devenir necesaria en este sector, pero únicamente ante contratos que están ya en vigor o conflictos ya surgidos, por lo que se precisa una figura que actúe con anterioridad al nacimiento del mismo¹⁴⁴.

¹⁴¹ PIÑAR GUZMÁN, Blas: “La dirimencia por experto...”, *op.cit.*, pp. 8-9.

¹⁴² AGUILAR OLIVARES, Yolanda: “El nuevo Anteproyecto de ley de medidas de eficiencia procesal del servicio público de justicia y su repercusión en la protección frente a los conflictos sanitarios”, *LA LEY mediación y arbitraje*, núm.5, Sección Novedades de ADR, Wolters Kluwer, (2021), pp. 4-5.

¹⁴³ Así lo dispone el artículo 1.3. II del ALMEP: “(...) cualquier otro tipo de actividad negocial no tipificada legalmente pero que cumpla lo previsto en el apartado anterior y permita dejar constancia de la recepción por la parte requerida de la propuesta de negociación (...)”.

¹⁴⁴ ALANDETE, Belén: “Implementar los dispute boards en España, ¿por qué no?”, *DIARIO La Ley*, núm. 9821, Sección Tribuna, Wolters Kluwer, (2021), p. 1.

Desde la cultura anglosajona, se pueden sustraer los denominados *dispute boards* o “juntas de resolución de conflictos”, de gran trayectoria dentro del comercio internacional, debidamente sistematizados en los contratos FIDIC¹⁴⁵. A lo largo del desarrollo de un proyecto u obra pueden surgir conflictos de índole técnica como deficiencias, retrasos o malas ejecuciones, y acudir ante las decisiones vinculantes del director de obra o *Engineer* no es la mejor solución, dada su carencia de condición de tercero imparcial¹⁴⁶. Ello generaba que en muchos casos los errores en las obras se hagan evidentes en el momento de ejecución de las mismas, momento en el cual el *Engineer* cumple funciones de dirección y control¹⁴⁷.

Como alternativa a lo anterior, los *dispute boards* son comités encargados de resolver las disputas de una manera ágil, constituidos desde el inicio del contrato de obras y permanentemente compuestos por uno o tres miembros que conocen en profundidad el contrato celebrado y la ejecución del mismo. Ayudan de manera informal a las partes a resolver las desavenencias emitiendo recomendaciones o decisiones de obligado cumplimiento sobre la disputa planteada¹⁴⁸. Los miembros del *dispute board* deben ser independientes a las partes, característica relevante si se tiene en cuenta que esta herramienta fue creada para vencer la tan debatida imparcialidad del *Engineer*. Para garantizar dicha independencia, los miembros del *dispute board* deben firmar la denominada “declaración de independencia” para el ejercicio de sus funciones, resumidas en tareas de visita y revisión al proyecto de obra cada tres o cuatro meses¹⁴⁹.

La incorporación en España de los *dispute boards* no debería ser excesiva ni complicada, gracias al principio de la autonomía de las partes y la fuerza vinculante de los contratos que se presenta dentro del marco jurídico español. Ayudaría que las instituciones arbitrales o de mediación realizaran tareas de divulgación de estas

¹⁴⁵ La *International Federation of Consulting Engineers*, en inglés, es una Federación de ingenieros y consultores que llevan décadas potenciando distintos modelos de contratos, los cuales hoy en día son los más utilizados a nivel internacional. Sus contratos son regidos por colores, entre los cuales se destacan en este caso el *Red Book*, relativo a los contratos de obra y el *Yellow Book* relativo a los proyectos de obra.

¹⁴⁶ ALANDETE, Belén: "Implementar los dispute boards...", *op.cit.*, p. 2.

¹⁴⁷ RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, Maximiliano: “Resolución de disputas en el contrato internacional de construcción: la labor del *engineer* y de los *dispute boards*”, *Revista Mercatoria*, vol.5, núm.2 (2006), pp. 6-7.

¹⁴⁸ *Ibidem*, pp. 8-9.

¹⁴⁹ *Ibidem*, pp. 13-14.

herramientas, sobre todo ante unos momentos en los cuales el ALMEP se encuentra en la fase de recepción de propuestas y alegaciones¹⁵⁰.

4. EL REQUISITO DE PROCEDIBILIDAD COMO CARACTERÍSTICA ESENCIAL DE LOS MEDIOS ADECUADOS DE SOLUCION DE CONTROVERSIAS (MASC)

4.1. El Anteproyecto de Impulso de la Mediación de 2019 (ALIM): especial referencia a la “obligatoriedad mitigada” de la mediación.

Con anterioridad a la existencia del ALMEP y sus MASC, se debe traer a colación como hito cronológico en esta materia el Anteproyecto de Ley de Impulso de la Mediación del 2019 (ALIM). El 11 de enero de 2019, el Gobierno de España presentó el ALIM con el fin de promover la mediación como alternativa a la vía judicial. Aunque la Ley 5/2012 fue el primer paso en la implantación de la mediación en España, la Exposición de Motivos del ALIM argumenta que *“no se ha conseguido desarrollar la potencialidad augurada desde su gestación”*¹⁵¹. En dichos momentos, e incluso en nuestros días, la mediación no es la práctica más habitual elegida por las partes y operadores jurídicos para la resolución de disputas¹⁵². Es por ello que el ALIM, respondiendo a las mencionadas recomendaciones sobre la Directiva 2008/52/CE, se convirtió en una oportunidad de impulso de la mediación en el ámbito jurídico¹⁵³.

La propuesta normativa, que se estructura en tres artículos, dos Disposiciones Adicionales, una Disposición Transitoria y dos Disposiciones Finales, descansa sobre tres vías de actuación a través de tres artículos: En primer lugar, la modificación de la Ley 1/1996, de 10 de enero, de Asistencia Jurídica Gratuita, para introducir la mediación como una prestación más en la justicia gratuita; en segundo lugar, la modificación de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, con el fin de adaptar aspectos del procedimiento a las novedades del ALIM; finalmente, la modificación de la propia Ley

¹⁵⁰ ALANDETE, Belén: "Implementar los dispute boards...", *op.cit.*, p. 3.

¹⁵¹ Así lo dispone el párrafo tercero del apartado I de la Exposición de Motivos del ALIM.

¹⁵² BERENQUER O'SHEA, Pablo: "Anteproyecto de Ley de Impulso de la Mediación", *Actualidad jurídica Aranzadi*, núm.954, (2019), pp. 1-2.

¹⁵³ Ministerio de Justicia. Secretaría General Técnica: *Memoria de Impacto Normativo del Anteproyecto de Ley de impulso de la Mediación*, p. 7. Texto disponible en: https://www.mjusticia.gob.es/es/AreaTematica/ActividadLegislativa/Documents/1292430896290-Memoria_de_Analisis_de_Impacto_Normativo_Mediacion.PDF.

5/2012, cuya novedad más relevante es la incorporación del principio de “obligatoriedad mitigada” en lugar del de plena voluntariedad¹⁵⁴.

Siguiendo líneas anteriores, la reforma e instrumento más peculiar que trajo consigo el ALIM fue el establecimiento de la anteriormente comentada “obligatoriedad mitigada” en contraposición al modelo de voluntariedad de la Ley 5/2012. Con esta novedad se exigía sobre las partes la recepción, a través de un mediador, de información clara y precisa sobre esta tipología de ADR, su procedimiento o los beneficios frente al recurso tradicional¹⁵⁵ de los tribunales¹⁵⁶. Esta iniciativa legislativa, en palabras de MARTÍN DIZ, fue valorada como “una elección de política legislativa procesal que requiere de máxima prudencia y técnica legislativa al circundar la línea de constitucionalidad en relación con el derecho a la tutela judicial efectiva, pues condiciona el acceso a los órganos judiciales para algunas materias de derecho privado a partir de un requisito previo de admisibilidad”¹⁵⁷.

La exigencia de acceso a una sesión informativa no lo era de todos los procedimientos existentes. En primer lugar, se podían encontrar aquellas relaciones jurídicas en las cuales existía un trato habitual entre las partes, como procedimientos matrimoniales, derechos reales o arrendamientos. En segundo lugar, aquellos asuntos en los cuales la elevada discrecionalidad ocasionara inseguridad en el resultado del juicio, como las indemnizaciones por negligencia profesional o los contratos de obras. Finalmente, el tercer y último bloque se refería a asuntos que por su escasa relevancia debía evitarse el juicio, como por ejemplo las reclamaciones de cantidad inferiores a dos mil euros¹⁵⁸. La nota común sobre ambas materias, era la permisibilidad de acudir a las sesiones informativas con anterioridad (extrajudicialmente) o durante la fase judicial por derivación del juez (intrajudicialmente). Sin embargo, el ALIM no contempló la

¹⁵⁴ Consejo General de la Abogacía Española (CGAE): *Informe 2/2019 en relación al Anteproyecto de Impulso de la Mediación*, 2019, p. 62. Texto disponible en: <https://www.abogacia.es/wp-content/uploads/2020/11/INFORMES-COMISION-JURIDICA-2019-CON-PORTADA.pdf>.

¹⁵⁵ Justifica así el ALIM en el párrafo segundo del apartado I de su Exposición de Motivos: “Al mismo tiempo, la eficacia de este tipo de sistemas alternativos de resolución de conflictos, actuaría como expectativa coadyuvante para reducir los altos niveles de litigiosidad que actualmente España ostenta contribuyendo a concebir los órganos de la Administración de Justicia como un recurso subsidiario para la resolución de los litigios”.

¹⁵⁶ SAAVEDRA GUTIÉRREZ, María: “Comentarios al Anteproyecto de Ley de Impulso a la mediación”, *Revista para el análisis del Derecho InDret*, vol.3, (2019), p. 5.

¹⁵⁷ MARTÍN DIZ, Fernando: “Nuevos escenarios para impulsar la mediación en derecho privado: ¿conviene que sea obligatoria?”, *Diario La Ley, Práctica de Tribunales*, núm.7068, Wolters Kluwer, (2019), pp. 9-10.

¹⁵⁸ Ministerio de Justicia. Secretaría General Técnica: *Memoria de Impacto Normativo del Anteproyecto...*, *op.cit.*, p. 9.

posibilidad de dirigirse hacia una mediación en fases de ejecución¹⁵⁹ al no considerarse proporcionada cuando ya existe una decisión judicial que ha resuelto el conflicto¹⁶⁰.

Sobre el concepto de la “obligatoriedad mitigada”, se llegaron a acuñar otras denominaciones. Se propuso la fórmula de la denominada “voluntariedad modulada”, como término más acorde a los fines del ALIM además de preventivo ante la posible colisión con el principio de voluntariedad, con las salvedades que la Directiva 2008/52/CE permite¹⁶¹. Aun siendo la obligación a la que aludía el prelegislador una suerte de “impulso de la mediación”, no es menos cierto que también lo es incentivar la voluntad con el recibimiento de información en una sesión informativa¹⁶², en la que la única obligación recae en la figura del mediador a la hora de informar a las partes¹⁶³. En otras palabras, no se está proponiendo la obligatoriedad de llegar a un acuerdo durante la fase de la mediación, puesto que el principio de la autonomía de la voluntad de las partes no lo permite¹⁶⁴. La Exposición de Motivos en su apartado IV argumenta que este presupuesto procesal necesario para acceder a la vía judicial garantiza en todo caso el acceso a la vía judicial si no se llegara a acordar el inicio de la mediación, a fin de que los tribunales sólo tengan que ocuparse de aquellos conflictos que no hayan podido ser solucionados de otra forma¹⁶⁵. Este recurso obligatorio a la mediación configurado como requisito de procedibilidad y no de prejudicialidad. Dentro de esta exigencia, el ALIM no

¹⁵⁹ Así lo dispone la Exposición de Motivos del ALIM en su apartado IV.

¹⁶⁰ MERELLES PÉREZ, Manuel: “Comentarios al Anteproyecto de Ley de Impulso de la Mediación”, *Diario La Ley*, núm. 9374, Sección Tribuna, Wolters Kluwer, (2019), p. 4.

¹⁶¹ CUCARELLA GALIANA, Luis Andrés: “Principios relativos a las partes en la mediación”, *Diario La Ley, Práctica de Tribunales*, núm. 98-99, Wolters Kluwer, (2012), p. 6. Establece el autor que el principio de voluntariedad, regulado en el artículo 3.1 a) de la Directiva 2008/52/CE y en el artículo 6.1 de la Ley 5/2012, de 6 de julio, permiten a las partes en conflicto las que deciden voluntariamente iniciar el procedimiento de mediación, permitiendo la Directiva que los ordenamientos nacionales puedan prever que la misma sea sugerida o incluso ordenada por un juez, al igual que dota de una permisión al ordenamiento jurídico de configurarla como obligatoria, sin impedir en este último caso el acceso a los tribunales. Sin embargo, el legislador de la Ley 5/2012, de 6 de julio, optó por la mediación completamente voluntaria, lo cual contrastaba con el pretendido proyecto de Ley de mediación de 29 de abril de 2011, el cual establecía como preceptivos los intentos de mediación en procedimientos de reclamación de cantidad.

¹⁶² La sesión informativa, como una de las fases del procedimiento de mediación, aparece regulada en el artículo 17 de la Ley 5/2012, de 6 de julio. Se trata de una reunión del mediador con las partes en la cual, en el ejercicio de sus deberes como profesional y a tenor de lo dispuesto en el artículo mencionado, “(...)debe de informar a las partes de las posibles causas que puedan afectar a su imparcialidad, de su profesión, formación y experiencia, así como de las características de la mediación, su coste, la organización del procedimiento y las consecuencias jurídicas del acuerdo que se pudiera alcanzar, así como del plazo para firmar el acta de la sesión constitutiva” una vez el mediador haya recibido la solicitud de inicio de un procedimiento de mediación.

¹⁶³ MERELLES PÉREZ, Manuel: “Comentarios al Anteproyecto de Ley de Impulso...”, *op.cit.*, p. 3.

¹⁶⁴ TORRE SUSTAETA, María Victoria: “Mediación obligatoria en tiempos de crisis: hacia una nueva fórmula de administrar y garantizar el derecho a justicia”, *Diario La Ley mercantil*, núm.71, Wolters Kluwer, (2020), p. 5.

¹⁶⁵ MARTÍN DIZ, Fernando: “Nuevos escenarios para impulsar la mediación...”, *op.cit.*, p. 10.

contempló en su articulado la necesidad de dejar plasmada la propuesta de acuerdo intentada sin efecto con el objetivo de conocer el contenido rechazado e imponer las costas procesales acorde a los comportamientos de las partes¹⁶⁶.

Sea como fuere, el ánimo del prelegislador español de potenciar la mediación con la “obligatoriedad mitigada” no gozó del éxito que tanto se esperaba. Según el Consejo General de la Abogacía Española (CGAE), parece razonable pretender descargar a los juzgados y tribunales civiles del conocimiento de ciertos asuntos que puedan resolverse por otros métodos más ágiles y económicos. Ahora bien, entienden que el prelegislador no puede intentar solucionar el problema del colapso judicial mediante la imposición obligatoria de una sesión informativa, sino a partir de una reorganización de la planta judicial bajo dotaciones económicas junto a una tarea de persuasión a la ciudadanía de las bondades que esta institución posee¹⁶⁷. Según otro informe del CGAE emitido en febrero del año 2019, la ocurrencia de la obligatoriedad de la mediación debería haber sido merecedora de un sosegado análisis, más incluso cuando ocurrió algo parecido en la Ley 34/1984, de 6 de agosto, de reforma urgente de la LEC, la cual derogó la obligatoriedad¹⁶⁸ de la conciliación previa a los pleitos civiles tras el fracaso de dicho carácter preceptivo¹⁶⁹.

Sin embargo, lo que venía siendo considerado como algo novedoso sobre el ALIM debe ser matizado con respecto a la realidad normativa anterior. Así, ya sea en el Anteproyecto de Ley de Mediación de 2010 o en el Proyecto de Ley de Mediación de 2011, se partió de la premisa de instaurar un modelo voluntario, sin perjuicio de la obligatoriedad de su inicio¹⁷⁰. Esto daba a entender la existencia de una suerte de compatibilidad de la mediación obligatoria con el principio de voluntariedad propio de la mediación, siempre que el carácter preceptivo únicamente se quede en la realización de la sesión informativa por las partes¹⁷¹.

¹⁶⁶ TORRE SUSTAETA, María Victoria: “Mediación obligatoria en tiempos de crisis...”, *op.cit.*, p. 9.

¹⁶⁷ Consejo General de la Abogacía Española (CGAE): *Informe 2/2019...*, *op.cit.*, p.70.

¹⁶⁸ Dispone la Exposición de Motivos de la Ley 34/1984, de 6 de agosto, de reforma urgente de la Ley de Enjuiciamiento Civil: “(...) *conferir al acto de conciliación, que, como demuestra la experiencia, ha dado resultados poco satisfactorios, un carácter meramente facultativo (...)*”.

¹⁶⁹ Consejo General de la Abogacía Española (CGAE): Informe de alegaciones sobre el Anteproyecto de Impulso de la Mediación, 2019, pp. 2-3. Texto disponible en: <https://www.abogacia.es/wp-content/uploads/2020/07/Alegaciones-Anteproyecto-Impulso-Mediacion.pdf>.

¹⁷⁰ Disponía el artículo 7.1 tanto del Anteproyecto como del Proyecto de Ley de mediación: “*cuando lo prevea esta ley o la legislación procesal*”.

¹⁷¹ PÉREZ MORIONES, Aránzazu: “El Anteproyecto de Ley de Impulso de la Mediación: en particular, la regulación de la mediación obligatoria mitigada”, *Diario La Ley*, núm. 9360, Sección Tribuna, (2019), p.9.

Finalmente, el ALIM, con el ánimo de crear una aceptación generalizada de la mediación, introdujo un conjunto de medidas de índole económica, calificados como “incentivos fiscales”, a través de la incorporación de la mediación como prestación incluida en la asistencia jurídica gratuita o la ausencia de condena en costas a favor de la parte que no hubiera acudido de forma injustificada¹⁷².

4.2. La obligatoriedad de la mediación en el modelo italiano como antecedente: comentario a la STJUE de 14 de junio de 2017 (asunto C-75/16 o asunto *Menini*).

El establecimiento de la “obligatoriedad mitigada” en el ALIM trae como origen jurisprudencial un asunto relevante sobre el cual se pronunció el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE): La Sentencia de 14 de junio de 2017 (asunto C-75/16 o asunto *Menini*). Esta resuelve una petición de decisión prejudicial solicitada por el Tribunal Ordinario de Verona, tras un procedimiento que versaba sobre el pago del saldo deudor (tras la concesión de un crédito) de una cuenta corriente titularidad de Livio Menini y María Antonia Rampanelli frente al Banco Popolare Società Cooperativa. Parte de la cuestión prejudicial, en lo que interesa, tuvo por objeto la interpretación de la Directiva 2013/11/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de mayo de 2013, relativa a la resolución alternativa de litigios en materia de consumo y de la Directiva 2008/52/CE, en comparación con la normativa italiana que regula el recurso obligatorio a la mediación como requisito de admisibilidad de la demanda judicial en determinados litigios¹⁷³.

Cabe destacar que Italia transpuso la Directiva 2008/52/CE en su Ordenamiento jurídico a través del Decreto Legislativo del año 2010, núm. 28 (*Gazzetta Ufficiale*, 5.3.2010, núm. 53)¹⁷⁴ estableciendo en su artículo 5 la sesión informativa de mediación como condición previa para iniciar un procedimiento judicial en determinadas materias como herencias, cuestiones familiares, o préstamos, entre otras. Sin embargo, se generó una completa oposición sobre dicha normativa, desembocando en su declaración de inconstitucionalidad por parte de la *Corte Costituzionale* en su Sentencia 272/2012 de

¹⁷² PÉREZ MORIONES, Aránzazu: “El Anteproyecto de Ley de Impulso de la Mediación...”, *op.cit.*, p.9.

¹⁷³ PÉREZ MORIONES, Aránzazu: “Mediación obligatoria previa al ejercicio de la acción judicial en litigios promovidos por consumidores: a propósito de la STJUE de 14 de junio de 2017 (Asunto C-75/16), *Diario La Ley*, núm. 9076, Sección Doctrina, Wolters Kluwer, (2017), pp. 1-3.

¹⁷⁴ Texto disponible en <https://www.gazzettaufficiale.it/eli/gu/2010/03/05/53/sg/pdf>.

6 de diciembre¹⁷⁵ (*Gazzeta Ufficiale*, 12.12.2012)¹⁷⁶. La *Corte Costituzionale* aun así no se pronunció en cuanto al fondo del asunto, es decir, sobre si una norma podía establecer la obligatoriedad de la mediación en tales materias o si era contrario al principio de la tutela judicial efectiva. Tanto fue, que con posterioridad al pronunciamiento se dictó el Decreto Ley de 21 de junio de 2013, núm. 69 o Decreto *del fare*, el cual restauró el proceso de mediación como condición de admisibilidad de la demanda, modelo que en la actualidad continúa en Italia¹⁷⁷. Posteriormente, la normativa de 2013 disciplinó como novedad una suerte de mediación “delegada”, que de facultativa se transformaba en obligatoria. En su artículo 5.2 apartado d), se permitía al juez en su fase procesal de apelación, y valorando la naturaleza de la causa enjuiciada, no sólo invitar a las partes a proceder a la mediación, sino a disponer directamente el inicio del procedimiento alternativo¹⁷⁸.

Como se destacó en capítulos anteriores, el Parlamento Europeo emitió en 2014 el Informe titulado “*Rebooting the Mediation Directive: Assesing the limited impacto of its implementation and proposing measures to increase the number of mediations in the EU*”, cuya conclusión esencial era que la principal medida a adoptar para potenciar la mediación era dotarla de un carácter obligatorio en todos los Estados miembro, sin que en ningún momento se menoscabase la tutela judicial efectiva¹⁷⁹. A pesar del elogio al modelo italiano, y en palabras de IGLESIAS CANLE, “aunque el procedimiento civil en Italia sufría de una duración excesiva, la mediación no rindió de la forma esperada, quizás por la ambiciosa apuesta de su carácter obligatorio, totalmente contrario a la esencia de la institución de la mediación”¹⁸⁰.

Continuando con la Sentencia, el TJUE dejó fuera de toda duda la posibilidad de que un Estado miembro establezca la obligatoriedad de participación en un procedimiento de resolución alternativa. Dicho órgano confirmó que lo relevante no es el carácter facultativo o preceptivo de la mediación, sino la preservación de la posibilidad de acceso al sistema judicial¹⁸¹. Es por ello, y según el sustraído párrafo quincuagésimo

¹⁷⁵ Texto disponible en <https://www.gazzettaufficiale.it/eli/gu/2012/12/12/289/sg/pdf>.

¹⁷⁶ CHÉLIZ INGLÉS, María del Carmen: “La UE y la armonización de la regulación en materia de mediación: ¿hacia una mediación obligatoria en todos los Estados miembros?”, *Revista de Estudios Europeos*, núm.71, (2018), p. 198.

¹⁷⁷ *Ibidem*, p. 199.

¹⁷⁸ *Ibidem*, p. 130.

¹⁷⁹ *Ibidem*, p. 202.

¹⁸⁰ IGLESIAS CANLE, Inés Celia: *Situación actual de la Justicia en España e Italia...*, *op.cit.* p. 132.

¹⁸¹ PÉREZ MORIONES, Aránzazu: “Mediación obligatoria previa...”, *op.cit.*, pp. 6-8.

segundo de la Sentencia analizada, el hecho de que la norma italiana, “no sólo haya establecido un procedimiento de mediación extrajudicial, sino que, además, haya dispuesto la obligatoriedad de utilizarlo con anterioridad del ejercicio de una acción judicial, no compromete la consecución del objeto de la Directiva 2013/2011”¹⁸².

El TJUE en el párrafo sexagésimo primero de dicha Sentencia, establece un conjunto de condicionantes en la compatibilidad de la mediación obligatoria previa con el derecho a la tutela judicial efectiva: que el procedimiento no conduzca a una decisión vinculante para las partes; no implique un retraso sustancial a efectos del ejercicio de una acción judicial; no interrumpa la prescripción de los correspondientes derechos; no ocasione gastos, y si los ocasiona, no sean excesivos para las partes; que la vía electrónica no constituya el único medio de acceso al procedimiento extrajudicial, además de que puedan adoptarse medidas de carácter provisional en supuestos excepcionales cuando la situación así lo exija¹⁸³. A pesar de que de forma condicionada se acepte la mediación obligatoria previa como requisito de admisibilidad, el TJUE afirmó que sí resulta contrario a la normativa europea que, en el marco de la mediación, las partes (en este caso consumidores) deban ser asistidos por abogado y que sólo puedan retirarse del procedimiento de mediación si demuestran que exista una causa justa para ello¹⁸⁴.

Cabe destacar que el establecimiento de una norma nacional conforme a la cual las partes únicamente puedan retirarse de un procedimiento de mediación alegando una causa justificada que sustente su decisión (bajo el riesgo de ser sancionados en el proceso judicial posterior) constituye una restricción del derecho al acceso al sistema judicial contrario a la Directiva 2013/2011, en virtud del artículo 9.2.a). Es decir, una eventual retirada del consumidor en el procedimiento de mediación no puede ocasionar consecuencias desfavorables en el proceso judicial siguiente¹⁸⁵.

¹⁸² Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Sala Primera) de 14 de junio de 2017, *Asunto C-75/16 Menini y Rampanelli*, ECLI:EU:C:2017:457, apartado 52, p. 13.

¹⁸³ *Ibidem*, p. 14.

¹⁸⁴ SILVA DE LAPUERTA, Rosario: “No es contraria al Derecho Comunitario la normativa nacional que obliga al consumidor a acudir a un procedimiento de mediación previo a la vía judicial”, *Diario la Ley*, núm.9009, Sección Jurisprudencia, Wolters Kluwer, (2017), p. 16.

¹⁸⁵ OROMI I VALL-LLOVERA, Susana: “La mediación de consumo como requisito de admisibilidad del proceso judicial según el TJUE (Comentario a la Sentencia del TJUE, Sala 1º, de 14 de junio de 2017, *Asunto C-75/16, Livio Menini y María Antonia Rampanelli/Banco Popolare Società Cooperativa*” en JIMENEZ CONDE, Fernando: *Adaptación del Derecho Procesal español a la normativa europea y a su interpretación por los tribunales*, Editorial Tirant lo Blanch, 2018, p. 466.

Aunque el modelo italiano haya sido el más analizado a efectos de la inserción obligatoria, observando el Derecho comparado encontramos más ejemplos que han seguido la misma estela. En Grecia, desde 2018 se optó por la implantación de la mediación obligatoria en asuntos de daños derivados de accidentes de tráfico, propiedad intelectual o reclamación de minutas de abogados. En Noruega, desde 1991 se instauró la obligación de acudir al menos a una sesión informativa en separaciones o divorcios en parejas con hijos menores de 16 años. En Nueva York, desde 2014 la Corte Suprema implantó la mediación obligatoria en materia mercantil con el objetivo de vencer a la resistencia de los abogados para optar a la mediación como forma de solución de litigios comerciales, con la siguiente regla: uno de cada cinco asuntos que entrasen semanalmente en la Corte, eran sometidos obligatoriamente a mediación, sin necesidad de llegar a un acuerdo. Y finalmente, en Australia, como modelo más “radical”, los tribunales derivan a mediación (o cualquier otro mecanismo extrajudicial) de forma obligatoria, con o sin el consentimiento de las partes¹⁸⁶.

4.3. El requisito de procedibilidad del artículo 1.3 del ALMEP.

El artículo 1.3 del ALMEP entabla lo que es quizás, la característica más relevante y polémica dentro de la regulación de los MASC. Así pues, y concretamente dentro de la jurisdicción civil, *“se considerará requisito de procedibilidad acudir previamente a algún medio adecuado de solución de controversias para que sea admisible la demanda. Para entender cumplido este requisito habrá de existir una identidad entre el objeto de la negociación y el objeto del litigio, aun cuando las pretensiones sobre dicho objeto pudieran variar”*.

El ALMEP establece así un nuevo requisito de procedibilidad consistente en haber alcanzado una solución negociada a la cuestión litigiosa con anterioridad de acudir a un procedimiento judicial. Este último sólo queda abierto cuando el intento de negociación fue fallido a partir de los MASC regulados en los artículos 11 y siguientes del ALMEP, o por cualquier otro modelo de actividad negocial no contemplada. Se deberá dejar constancia documental, según dispone el artículo 7 del ALMEP¹⁸⁷, de la propuesta de

¹⁸⁶ MARTIN DIZ, Fernando: “Nuevos escenarios para impulsar la mediación en derecho privado: ¿conviene que sea obligatoria?”, *Práctica de tribunales: Revista de Derecho procesal civil y mercantil*, núm. 137, (2019), p. 14.

¹⁸⁷ Dispone el artículo 7 del ALMEP la acreditación del intento de negociación: *“A los efectos de poder acreditar que se ha intentado una actividad negocial previa y que se ha cumplido el requisito correlativo de procedibilidad, dicha actividad negocial deberá ser recogida documentalmente”*.

negociación, fecha, contenido e identidad de la parte proponente¹⁸⁸. Junto al artículo 7 del ALMEP, la Disposición Adicional octava del ALMEP establece de forma definitiva en la reforma la determinación del momento “preprocesal” suficiente para probar o acreditar la actividad negocial. En este sentido, y más en concreto dentro de la mediación, el prelegislador se debatía entre dos opciones: establecer como requisito suficiente haber acudido a la sesión informativa ante el mediador, o, por otro lado, y dando un paso más, desarrollar el procedimiento íntegro de mediación. A pesar de la merma del principio de voluntariedad que supondría la segunda opción, se ha llegado a preferir como mejor opción para acreditar el requisito de procedibilidad, puesto que la fijación de la sesión informativa podría burlar a la preceptividad de la mediación obligatoria¹⁸⁹.

Sobre la redacción de este artículo, la Asociación Española de Mediación (ASEMED) en su Informe de propuestas de modificación del ALMEP, realizó matizaciones en virtud del requisito de procedibilidad. En el primer apartado del artículo 1.3 del ALMEP, propusieron añadir en los requisitos exigidos, “*la identificación de todos los intervinientes*”¹⁹⁰. Entiende la ASEMED que debe identificarse a todos los participantes, incluidos abogados y otros profesionales denominados por el ALMEP como “terceros neutrales”. Asimismo, entienden que debe concretarse la expresión “*aun cuando las pretensiones sobre dicho objeto pudieran variar*”. Ello obedece, según la ASEMED, a los casos en los cuales se termina un proceso de negociación sin acuerdo. Si las pretensiones solicitadas en el juicio varían, esto puede llegar a afectar a la tutela judicial efectiva y al derecho de las partes a acudir al mismo con los medios de prueba que puedan valerse, debido al límite establecido en el artículo 6.2 del ALMEP¹⁹¹. La ASEMED también se pronuncia sobre el segundo apartado del artículo 1.3 del ALMEP y la forma documental del acuerdo. Entienden que es innecesario la existencia de un documento acreditativo que avale el intento de negociación, pues para eso ya está el

¹⁸⁸ LÓPEZ SÁNCHEZ, Javier: “El carácter general del requisito de procedibilidad...”, *op.cit.*, p. 25.

¹⁸⁹ TORRE SUSTAETA, María Victoria: “La mediación obligatoria: redefiniendo los métodos alternativos de resolución de conflictos”, *Diario La Ley*, núm. 9853, Sección Plan de Choque de la Justicia, Wolters Kluwer, (2021), p. 8.

¹⁹⁰ La propuesta que ofrece la Asociación Española de Mediación sobre el primer apartado del artículo 1.3 del ALMEP se configuraría de la siguiente manera: “(...) *Para entender cumplido este requisito habrá de existir una identidad entre el objeto de la negociación y el objeto del litigio, el método de solución de conflictos escogido y la identificación de todos los intervinientes, aun cuando las pretensiones sobre dicho objeto pudieran variar*”.

¹⁹¹ Asociación Española de Mediación (ASEMED): *Informe de propuestas de modificación del Anteproyecto de Ley de medidas de eficiencia procesal del servicio público de Justicia*, pp.5.6. Texto disponible en: <https://www.ammediadores.es/nueva/wp-content/uploads/2021/02/Aportaciones-anteproyecto-LEY-MEDIDAAS-DE-EFICIENCIA-PROCESAL-AMM-Mediatio-Pactum-Sinformia-Mediacion-Solucion.pdf>.

escrito de demanda. Ello supone el acompañamiento de un documento más a la demanda que no cumple los requisitos de la CE para entender que un proceso de solución extrajudicial se ha llevado con todas las garantías¹⁹².

Sobre la posible afección al derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, el Tribunal Constitucional (TC) ya se ha pronunciado de forma clara sobre la configuración del mismo, como puede comprobarse, por ejemplo, en el Fundamento jurídico segundo de su Sentencia 115/1999, de 14 de junio¹⁹³, lo que en un principio excluiría la posibilidad de optar por el establecimiento de un requisito de procedibilidad previo a la acción judicial. Sin embargo, se debe destacar la Sentencia del TC 140/2016, de 21 de julio, y más en concreto lo que arguye en su Fundamento jurídico quinto. Recuerda que las condiciones o requisitos previos encaminados a la vía judicial deben de ser sometidos al “canon de proporcionalidad”, el cual determine si el requisito de procedibilidad es una medida idónea, necesaria y proporcionada¹⁹⁴.

En virtud de lo anterior, el CGPJ en su Informe sobre el ALMEP analiza desde sus puntos 41 a 49 la proporcionalidad e idoneidad del requisito de procedibilidad. En cuanto a la proporcionalidad de la medida, el intento previo bajo MASC no es calificado como excesivo, al ser un aplazamiento de la intervención judicial por un tiempo máximo de tres meses. Sin embargo, merece un mayor detenimiento sobre el punto de vista de la idoneidad de la medida de fomento de la actividad negociadora. A juicio del CGPJ, la opción del prelegislador de establecer la obligatoriedad en el intento bajo MASC carece de antecedentes y experiencia sólida asentada en asuntos civiles y mercantiles¹⁹⁵.

¹⁹² Asociación Española de Mediación (ASEMED): *Informe de propuestas de modificación...*, *op.cit.*, p. 7.

¹⁹³ Así, el Fundamento jurídico segundo de la Sentencia del TC 115/1999, de 14 de junio, ECLI:ES:TC:1999:115, argumenta que “Este Tribunal ha declarado reiteradamente (...) que el derecho a la tutela judicial efectiva, que se reconoce en el art. 24.1 C.E., comprende, primordialmente, el derecho de acceso a la jurisdicción, es decir, el derecho a provocar la actividad jurisdiccional que desemboque en una decisión judicial, por lo que el derecho a obtener de los Jueces y Tribunales una resolución razonada y fundada en Derecho sobre el fondo de las pretensiones oportunamente deducidas por las partes en el proceso se erige en un elemento esencial del contenido del derecho a la tutela judicial efectiva (...) Es, así, el derecho a la tutela judicial un derecho prestacional de configuración legal, cuyo ejercicio y prestación están supeditados a la concurrencia de los presupuestos y requisitos procesales, que, en cada caso, haya establecido el legislador, que no puede, sin embargo, fijar obstáculos o trabas arbitrarios o caprichosos que impidan la tutela judicial efectiva garantizada constitucionalmente”.

¹⁹⁴ Informa el Fundamento jurídico quinto de la Sentencia del TC 140/2016, de 21 de julio, ECLI:ES:TC:2016:140: “(...) De esta manera, «el derecho a la tutela judicial efectiva puede verse conculcado por aquellas normas que impongan condiciones impeditivas u obstaculizadoras (del acceso a la jurisdicción), siempre que los obstáculos legales sean innecesarios y excesivos y carezcan de razonabilidad y proporcionalidad respecto de los fines que lícitamente puede perseguir el Legislador en el marco de la Constitución» (...)”.

¹⁹⁵ Acuerdo adoptado por el Pleno del CGPJ en reunión de 22 de julio de 2021, *op.cit.*, pp. 17-20.

Concluye el CGJP que en el ámbito del proceso civil, la naturaleza de los conflictos es de muy diversa calidad, y no todos son igualmente susceptibles de resolverse bajo los MASC. Además, a pesar de la amplia libertad de elección del catálogo de MASC que ofrece el ALMEP, no se promueven aquellos que son más proclives (como la mediación) a generar resultados. Por ello, la idoneidad se ve frustrada al existir una falta de discriminación entre medios que carecen de suficiente experiencia junto con los que sí gozan de ella¹⁹⁶.

El requisito de procedibilidad del ALMEP modifica varios artículos de la LEC. Concretamente, se añade un párrafo segundo al apartado tercero del artículo 399 de la LEC¹⁹⁷, indicando que se hará constar en la demanda la descripción del proceso de negociación previo llevado a cabo, junto con la manifestación de los documentos que justifiquen que se acudió a los MASC. Conviene destacar también otro artículo modificado, como es el 264 de la LEC, el cual añade un nuevo cuarto apartado¹⁹⁸, en referencia a la exigencia del “*documento que acredite haber intentado la actividad negocial previa a la vía judicial cuando la ley exija dicho intento como requisito de procedibilidad*”. Todo lo anterior se relaciona con la modificación que experimenta el artículo 403.2 de la LEC¹⁹⁹, el cual informa sobre la inadmisión de aquellas demandas que no acompañen los documentos pertinentes que muestren que se ha “intentado la actividad negocial exigida”²⁰⁰. Aunque el artículo 403.2 de la LEC a los cauces del juicio ordinario, en relación al juicio verbal no se ha proyectado modificar precepto alguno. No obstante, la aplicación de lo relativo al requisito de procedibilidad sobre la vía del juicio verbal resulta clara, al ser un procedimiento que se inicia por demanda, máxime cuando la doctrina entiende que el artículo 403 de la LEC se atribuye como norma general para todos los procesos de la orden civil²⁰¹.

La exigencia del recurso previo a los MASC como requisito de procedibilidad es, según MARTINEZ PALLARÉS, tan perfectamente admisible en nuestro Ordenamiento jurídico e incluso conforme al Derecho de la Unión Europea, al igual que perfectamente

¹⁹⁶ Acuerdo adoptado por el Pleno del CGPJ en reunión de 22 de julio de 2021, *op.cit.*, p. 21.

¹⁹⁷ Véase el artículo 18 apartado quincuagésimo del ALMEP.

¹⁹⁸ Véase el artículo 18 apartado trigésimo séptimo del ALMEP.

¹⁹⁹ Véase el artículo 18 apartado quincuagésimo primero del ALMEP.

²⁰⁰ MARTÍNEZ DEL TORO, Susana: “Modificaciones en el juicio ordinario y verbal en el Anteproyecto de Ley de medidas de eficiencia procesal del servicio público de Justicia. Arts. 249 y 250 LEC”, *Diario La Ley, Práctica de tribunales*: núm.151, Wolters Kluwer, (2021), p. 5.

²⁰¹ LÓPEZ SÁNCHEZ, Javier: “El carácter general del requisito de procedibilidad...”, *op.cit.*, p. 27.

“inútil” al fin pretendido, pues puede convertirse en un simple trámite burocrático a sortear. La voluntariedad debería ser consustancial a cualquier proceso de negociación, y aunque sea posible forzar con los MASC a la obtención de un acuerdo contrario a intereses, no es deseable que así sea. Si (según lo que establece la Exposición de Motivos del ALMEP) “antes de entrar en el templo de la justicia, se ha de pasar por el templo de la concordia”, no debe ser en condiciones en las cuales la justicia quede profanada. El autor apuesta por crear “conexiones funcionales” entre los procesos de negociación y un eventual proceso civil. a través de un cambio en la concepción del procedimiento civil, capaz de crear un ambiente de cooperación leal entre las partes, los abogados y el propio juez²⁰². Como ejemplo de cooperación previo al procedimiento judicial, se puede destacar el modelo de Reglas Europeas del Proceso Civil²⁰³, en vigor desde el 20 de septiembre de 2020, el cual recoge en su regla 51 (*Rule 51. Duty to promote consensual resolution and effective management*) el deber de las partes de buscar una solución consensuada y temprana del conflicto, y en el peor de los casos, permitir una gestión y conocimiento más depurado y eficiente del conflicto de cara al futuro procedimiento judicial²⁰⁴.

Las asociaciones judiciales se han llegado a pronunciar en sus Informes sobre el requisito de procedibilidad. Así, la Comisión de Derecho Privado de Juezas y Jueces para la Democracia, considera perjudicial el establecimiento del requisito del artículo 1.3 del ALMEP ya que, aunque se establecen garantías como la interrupción de la prescripción, la estricta exigencia del requisito de procedibilidad dificulta el acceso a la tutela judicial efectiva²⁰⁵. Al debate se suma la Asociación Judicial Francisco de Vitoria. Aunque nada objeta sobre la idea de establecer algún que otro filtro para evitar que accedan a los tribunales conflictos que por su objeto u otras características puedan solucionarse sin ellos, entiende que no se garantiza la sostenibilidad del sistema de justicia civil pretendida a través de un simple “peaje de acceso”²⁰⁶.

Según TORRE SUSTAETA, una verdadera reestructuración del sistema debería pasar por una desburocratización de la vía judicial y no por una burocratización de la

²⁰² MARTÍNEZ PALLARÉS, José Ignacio: “Negociación, proceso y procedibilidad...”, *op.cit.*, p. 30.

²⁰³ Disponible en: <https://www.unidroit.org/english/governments/councildocuments/2020session/cd-99-b/cd-99-b-10-rev-e.pdf>.

²⁰⁴ *Ibidem*, p. 31.

²⁰⁵ Juezas y Jueces para la Democracia. Comisión de Derecho Privado: *Informe de aportaciones al Anteproyecto de ley de medidas de eficiencia procesal del servicio público de Justicia*, p. 1. Texto disponible en: <http://www.juecesdemocracia.es/wp-content/uploads/2021/02/INFORME-JJpD-al-Anteproyecto-de-Ley-de-Eficiencia-Procesal-Febrero-2021.pdf>.

²⁰⁶ Asociación Judicial Francisco de Vitoria: *Informe sobre el Anteproyecto...*, *op.cit.*, pp. 7-8.

extrajudicial con la incorporación del requisito de procedibilidad. Se debe apostar por acercar la figura del juez al ciudadano, y dotar al proceso de un espacio más informal y humanizado. Teniendo en cuenta las bondades y prejuicios que genera la obligatoriedad de algunos MASC como la mediación, muchos conflictos podrían resolverse a partir de las garantías que ofrece el ALMEP, siempre que exista una verdadera cultura jurídica de convivencia en la Administración de Justicia tanto de medios judiciales como extrajudiciales, sin que el colapso de los primeros y la imposición bajo el desconocimiento de los segundos generen un detrimento en los intereses del justiciable²⁰⁷.

Durante el tiempo de pandemia, la jurisdicción civil fue una de las más atascadas en el momento en el cual se levantó la suspensión de las actuaciones judiciales no urgentes debido a la elevada litigiosidad causada. Frente a la aparición de tales problemas debido al COVID-19, la única respuesta aportada ha sido la adopción de parámetros de derivación obligatoria a los MASC previo ejercicio de acciones judiciales²⁰⁸. En propuesta de MAGRO SERVET, alternativamente al requisito del artículo 1.3 del ALMEP, sería fijar por resolución judicial la derivación obligatoria a la mediación. Ello permitiría instalar en la organización judicial un auténtico “respirador” en relación a la carga de trabajo recibida, y permitir que estos se dediquen a aquello donde realmente resulta imposible el recurso a los MASC. El autor plantea establecer una retroactividad en una suerte de “Ley de mediación obligatoria” necesaria en este momento de crisis a los procedimientos que ya se encuentran en trámite, a fin de permitir que el juez, dictando un auto, establezca la necesidad de recurrir a la mediación intrajudicial antes de la prosecución del procedimiento. Por tanto, la vía judicial queda como subsidiaria de todo asunto totalmente mediable, esencialmente en materia contractual o familiar²⁰⁹, y así cumplir con los objetivos que ya propuso en su momento el CGPJ en su *Guía de la práctica de la mediación intrajudicial*: “Es una necesidad para abandonar la Justicia decisionista y pasar a la Justicia reparadora, para minimizar los impactos negativos de tiempo, coste económico y costes emocionales que los enfrentamientos judiciales

²⁰⁷ TORRE SUSTAETA, María Victoria: “La mediación obligatoria...”, *op.cit.*, pp. 11-12.

²⁰⁸ MAGRO SERVET, Vicente: “La Ley de mediación obligatoria para resolver conflictos civiles ante la crisis originada por el Coronavirus”, *Diario La Ley*, núm. 9618, Sección Plan de Choque de la Justicia, Wolters Kluwer, (2020), pp. 1.

²⁰⁹ *Ibidem*, pp. 7-8.

producen en los ciudadanos y para agilizar el crédito retenido en las largas contiendas judiciales”²¹⁰.

5. EFECTOS PROCESALES TRAS EL USO DE LOS MEDIOS ADECUADOS DE SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS (MASC)

5.1. El “cuestionado” valor de cosa juzgada de los acuerdos adoptados bajo los MASC.

El artículo 10 del ALMEP regula la validez y eficacia de un acuerdo logrado en una actividad negociadora. En el apartado primero se informa que, sobre las materias susceptibles de ser sometidas a dichos procedimientos, el acuerdo puede versar sobre una parte o sobre la totalidad de la controversia, el cual goza de valor de cosa juzgada. Consiguientemente, una vez alcanzado el acuerdo entre las partes, el mismo debe ser elevado a escritura pública u homologado judicialmente, según lo previsto en el apartado sexto del artículo 9 del ALMEP²¹¹. El documento que recoja la avenencia entre las partes contendrá la identidad de las mismas, el domicilio, el lugar y fecha de la suscripción del contrato, las obligaciones que en el seno del acuerdo deben acatar las partes además de la legalidad que ha seguido el procedimiento. En caso de actuación de un “tercero neutral”, también deberá aparecer su identidad²¹², además de la copia de todas las actas de las sesiones celebradas²¹³. Los gastos notariales, en caso de que las partes se compelen recíprocamente a elevar el acuerdo a escritura pública, serán sufragados en la forma que dispongan. En defecto de acuerdo, serán abonados por aquel que solicitó la elevación del documento a escritura pública²¹⁴.

El ALMEP atribuye a lo acordado en la actividad negociadora el mismo efecto que el artículo 1816 del CC otorga al contrato de transacción: la autoridad de cosa juzgada²¹⁵. Se quiere circunscribir todo acuerdo bajo MASC a la eficacia civil de la

²¹⁰ Texto disponible en <https://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Temas/Mediacion/Guia-para-la-practica-de-la-Mediacion-Intrajudicial/>.

²¹¹ Dispone el apartado sexto del artículo 9 del ALMEP: “*Cuando así lo exija la Ley o el acuerdo se hubiere alcanzado en un proceso de negociación al que se hubiera derivado por el tribunal en el seno del proceso judicial, las partes podrán solicitar del tribunal su homologación*”.

²¹² Véase el apartado primero del artículo 9 del ALMEP.

²¹³ Véase el párrafo segundo del apartado tercero del artículo 9 del ALMEP.

²¹⁴ Véase el párrafo primero del apartado tercero del artículo 9 del ALMEP.

²¹⁵ EZURMENDIA ÁLVAREZ, Jesús: *Reflexión contemporánea sobre la cosa juzgada. Comparación entre los modelos de Civil Law y Common Law*, Editorial Bosch Procesal, Barcelona, 2021, p. 45. Según

transacción, reforzando la eficacia de “lo acordado” a partir del empleo de la expresión “valor de cosa juzgada”, más allá del mero “carácter vinculante”²¹⁶ que ya prevé la mediación en sus acuerdos. Remata el artículo 10 del ALMEP con la prohibición de que las partes “puedan presentar demanda con igual objeto”²¹⁷.

Según TAMAYO HAYA, la transacción es un contrato consensual, bilateral, sinalagmático y oneroso²¹⁸ en el que, ante las disputas surgidas entre particulares por el mantenimiento de disparidad de criterios, estos deciden en el ejercicio de su libertad y autonomía de la voluntad, sustituir la potestad jurisdiccional de los tribunales de justicia por el arreglo pactado de sus intereses mediante concesiones recíprocas. A pesar de su parentesco con la mediación o la conciliación, la transacción es la máxima manifestación del poder de autorregulación de las partes en la disponibilidad de sus derechos²¹⁹.

La expresión “valor de cosa juzgada entre las partes” usada tanto en el ALMEP como en la transacción del artículo 1816 del CC, sólo pone de manifiesto una suerte de novación de una situación jurídica concreta, en la cual el resultado de lo transigido se impone sobre las partes por la fuerza vinculante del contrato celebrado. La alusión al valor de cosa juzgada se refiere solamente a los efectos civiles que desprende el contrato siguiendo la máxima del *pacta sunt servanda*. En segundo lugar, el contrato de transacción no impide la incoación o prosecución de un proceso judicial, debido a que lo transigido carece de relevancia procesal más allá de la que puede aportar al proceso un contrato entre los litigantes, el cual pueda influir en la decisión final adoptada por el juez.

EZURMENDIA ÁLVAREZ, “la cosa juzgada proporciona un sistema de cierre del sistema de litigación, permitiendo que las partes que han obtenido una sentencia sobre una determinada disputa no puedan volver a litigar dicho asunto nuevamente”.

²¹⁶ Dispone el apartado tercero del artículo 23 de la Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles que “*el mediador informará a las partes del carácter vinculante del acuerdo alcanzado y de que pueden instar su elevación a escritura pública al objeto de configurar su acuerdo como un título ejecutivo*”.

²¹⁷ NARANJO RODRÍGUEZ, Jessica: “El valor de cosa juzgada de los acuerdos adoptados en el seno de los medios adecuados de solución de controversias (MASC) previstos en el Anteproyecto de Ley de medidas de eficiencia procesal del servicio público de Justicia”, *Diario La Ley*, núm.9862, Sección Tribuna, Wolters Kluwer, (2021), p. 2.

²¹⁸ Fundamento jurídico tercero y Voto Particular del Magistrado Excmo.Sr. D. Xavier O’Callaghan Muñoz, todo ello en virtud de la Sentencia del TS (Sala Primera) 7562/2010, de 26 de noviembre, ECLI:TS:2010:7562: El Tribunal Supremo atribuye a la transacción extrajudicial, una naturaleza y fuerza contractual, que lleva “*en caso de su incumplimiento, a la posibilidad de postularlo extrajudicialmente*”. Se configura pues como “*contrato consensual y sinalagmático definido en el artículo 1809 del Código Civil (...) siendo extrajudicial si se celebra fuera de todo proceso, en un desistimiento o renuncia de acciones o allanamiento, o bien judicial, cuando se incorpora a un proceso y es homologado judicialmente*”.

²¹⁹ LASO CAÑIZARES, Ana; DE PABLO CONTRERAS, Pedro; ORDUÑA MORENO, Francisco Javier; VALPUESTA FERNÁNDEZ, Rosario (dir): *Código Civil comentado*, vol. IV, Editorial Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2016, pp. 1031 y 1032.

Por tanto, del mismo modo que la transacción no obsta la existencia de un proceso judicial, lo acordado en los MASC, tampoco²²⁰.

Esta cuestión ya ha sido tratada por el TS. Considera que la relación que se intenta atribuir en el artículo 1816 del CC al efecto de cosa juzgada de la transacción no es en integridad exacta. Es por ello que “*en tanto no se acredite alguna causa de nulidad del acuerdo, las partes quedan vinculadas en los términos transigidos (...), por lo que se genera un vínculo obligacional cuyo cumplimiento está sujeto a las reglas generales de los contratos*”. Asimismo, informa de que sobre la relación de la eficacia de cosa juzgada que el artículo 1816 del CC atribuye a la transacción, “*no será lícito exhumar pactos o cláusulas, vicios o defectos, posiciones o circunstancias afectantes a las relaciones jurídicas cuya colisión o incertidumbre generó el pacto transaccional (...)*” concluyendo el TS con que la “*eficacia vinculante del acuerdo transaccional no puede confundirse con el efecto de cosa juzgada previsto en el artículo 222 de la LEC, y no queda vedada la posibilidad de discutir en sede judicial la validez del contrato de transacción (...)*”²²¹.

Y es que el problema más singular en esta situación es la casi idéntica relación de los efectos de cosa juzgada entre la transacción y la sentencia. Según DÍEZ-PICAZO, al lado de la visión contractual de la transacción, hay otra que aparece con claridad que es capaz de aproximar la *lex privata* surgida de un acuerdo transaccional a una sentencia que las propias partes se dictan autocomponiendo el conflicto. A partir de ahí, pueden homologarlo judicialmente y llevarlo a efecto por los trámites de la ejecución de sentencias en virtud del artículo 517.3 de la LEC. En definitiva, según el autor, hay una suerte de estructura bifronte: por una parte, los creadores de la transacción están obligados a respetar el conjunto de obligaciones establecidas (*exceptio pacti*); por la otra, se ha creado un instrumento similar a la sentencia que les impide replantear en sede judicial el mismo asunto terminado por transacción como título ejecutivo²²².

A día de hoy, únicamente se acepta que la expresión legal contiene un arcaísmo semántico con el que se expresa la regla general de la eficacia obligatoria de los contratos. Más allá de este efecto, la transacción no es equiparable a la sentencia firme. No vincula en procesos futuros, pues la transacción como contrato es el objeto del proceso, no su

²²⁰ NARANJO RODRÍGUEZ, Jessica: “El valor de cosa juzgada...”, *op.cit.*, p. 3.

²²¹ Fundamento jurídico noveno de la Sentencia del TS (Sala Primera) 1238/2018, de 11 de abril, ECLI:ES:TS:2018:1238.

²²² DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, Luis: “Algunas notas sobre el contrato de transacción”, *Anales de la Real Académica de jurisprudencia y legislación*, núm. 2011, (2011), p. 23.

medio de resolución. A pesar de ser reiterado en varias ocasiones, no existe una *·exceptio litis per transactionem finitae* de tipo perentorio, sino un fundamento de la demanda o contestación a la misma, que es el contrato transaccional, y cuya resolución pertenece al fondo de la controversia. Sin embargo, y a pesar de la improcedencia que tiene incrustar la expresión “autoridad de cosa juzgada”, la transacción (al igual que los acuerdos de mediación) tiene una fuerza vinculante más intensa que el resto de los contratos a la hora de impugnarla por error²²³.

En la misma línea opina TAMAYO HAYA al entender que la transacción no produce efectos de cosa juzgada. Aunque reconoce un parecido funcional entre transacción y sentencia, ni su condición jurídica ni su alcance son los mismos. La expresión del artículo 1816 del CC es una “metáfora” porque nada se ha juzgado en la transacción, como acto de autonomía privada y no como un juicio al que sustituye. Por todo ello parece preferible considerar que se trata de un nuevo contrato en resolución de dudas de contratos anteriores o relaciones de derecho precedentes y en caso de incumplimiento voluntario de las partes, sólo se podrá acudir a los medios de cumplimiento de un contrato cualquiera, necesitando de un nuevo juicio para su ejecución²²⁴.

Lo que el artículo 10 del ALMEP realiza mediante la “imposibilidad de presentar demanda con igual objeto”, es intentar exportar los efectos propios de la institución de la cosa juzgada en su función negativa, convirtiendo “lo acordado” en los MASC como excepción de índole puramente procesal que pueda “invalidar” un eventual proceso posterior. Se dota al contenido del artículo 10 del ALMEP de un carácter procesal que carece, pues únicamente se piensa en los efectos civiles que de dicho contrato emanan, pero no en una eficacia procesal que imposibilite un futuro proceso²²⁵. El efecto negativo de la cosa juzgada, o también conocido por la doctrina como efecto excluyente de la cosa juzgada, impide cualquier decisión judicial futura sobre la misma cuestión desde un punto de vista objetivo o subjetivo. En opinión de EZURMENDIA ÁLVAREZ, el efecto negativo de la cosa juzgada puede considerarse como “una sanción establecida por el prelegislador a aquel litigante que no ha hecho cabal uso de su derecho en su primer

²²³ BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo: *Comentarios al Código Civil*, Editorial Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2021, p. 2265.

²²⁴ LASO CAÑIZARES, Ana; DE PABLO CONTRERAS, Pedro; ORDUÑA MORENO, Francisco Javier; VALPUESTA FERNÁNDEZ, Rosario (dir): *Código Civil comentado, op.cit.*, pp. 1066-1067.

²²⁵ NARANJO RODRÍGUEZ, Jessica: “El valor de cosa juzgada...”, *op.cit.*, p. 3.

proceso, no posibilitando dobles oportunidades por falta de diligencia en el ejercicio de la acción”²²⁶.

La transacción, del mismo modo que puede practicarse de los acuerdos adoptados en los MASC, vincula a las partes gracias a la regla *pacta sunt servanda*. También vincula procesalmente desde un punto de vista material, sirviendo de base al pleito que pueda incoarse al igual que tenido en cuenta por el órgano jurisdiccional civil siempre que el contrato sea válido. Pero esto nunca puede impedir el acceso a la justicia, como así ocurre con el artículo 10 del ALMEP, el cual excluye toda posibilidad de cuestionar la validez del acuerdo o alegar vicios en el consentimiento de los partícipes en la actividad negocial previa²²⁷. En palabras de NARANJO RODRÍGUEZ, la expresión del artículo 10 del ALMEP “*no pudiendo presentar demanda con igual objeto*” merece ser suprimido del contenido del mencionado artículo. Ello es así debido a que la voluntad de evitar que la controversia llegue a los órganos jurisdiccionales, no puede ser fruto de una legislación que pervierta instituciones procesales como la cosa juzgada mediante el reconocimiento *ex lege* de la vinculación procesal de esta a los acuerdos alcanzados bajo MASC²²⁸.

Finalmente, otro aspecto que suscita polémica sobre la validez de lo acordado, es la limitación en materia de prueba del artículo 6.2 del ALMEP. Sobre la confidencialidad que rige el procedimiento negocial, no sólo priva a las partes de la posibilidad de presentar documentos y pruebas en un futuro procedimiento judicial, sino que además prohíbe expresamente a los tribunales, a partir de una invasión absoluta de sus funciones, la admisión de esa prueba “por aplicación de lo dispuesto en el artículo 283.3 de la LEC”²²⁹. Se trata de un supuesto específico de error aplicado también a la transacción, y trae causa de nulidad si los documentos se ocultaron de mala fe. Todo error que resulta de la aparición de nuevos documentos es irrelevante sin importar el extremo sobre el que recaiga, siempre que no haya existido dolo por la otra parte, salvo que el descubrimiento en realidad revele la “falsedad” de los documentos tenidos en cuenta para transigir²³⁰. Según DIEZ-PICAZO, el punto de partida reside en el artículo 1818 del CC²³¹. Después

²²⁶ EZURMENDIA ÁLVAREZ, Jesús: *Reflexión contemporánea sobre la cosa juzgada*, *op.cit.*, pp. 175-178.

²²⁷ NARANJO RODRÍGUEZ, Jessica: “El valor de cosa juzgada...”, *op.cit.*, p. 4.

²²⁸ *Ibidem*, p.4.

²²⁹ *Ibidem*, p.4.

²³⁰ BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo: *Comentarios al Código Civil*, *op.cit.*, pp. 2267-2268.

²³¹ DIEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, Luis: “Algunas notas...”, *op.cit.*, p.24. Dispone el artículo 1818 del Código Civil que “*el descubrimiento de nuevos documentos no es causa para anular o rescindir la transacción, si no ha habido mala fe*”. El artículo sólo otorga relevancia a la mala fe en el descubrimiento

de la transacción, se pueden descubrir nuevos documentos cuya existencia se ignoraba o que se encontraban retenidos en algún lugar. Estos pueden arrojar nueva información desconocida en el procedimiento de negociación bajo MASC, lo que conllevaría mirar de una forma optimista o pesimista tanto el acuerdo logrado como el futuro pleito²³².

5.2. La regulación de las costas procesales en el seno de los MASC.

El ALMEP ofrece varias modificaciones en materia de costas procesales teniendo en cuenta la actitud de las partes en el uso de los MASC. En opinión de MARTINEZ DE SANTOS, sobre este nuevo diseño aparecen dos problemas: en primer lugar, la modificación de la definición de “costa”, la cual se aleja de la característica de “causalidad” y opta por la de “sanción”, dado que puede producirse una imposición anticipada en el caso la actitud de las partes en un procedimiento MASC; en segundo lugar, al no modificarse el concepto de costa legal del artículo 241 de la LEC, (el cual debería incluir los gastos de funcionamiento de la Administración de Justicia) se habla únicamente de honorarios de profesionales que intervienen en el proceso²³³.

5.2.1. Novedades en las reglas del vencimiento objetivo.

Gracias a estas modificaciones en el sistema del vencimiento objetivo, se han creado acciones positivas para alentar a las partes que se inclinan a favor de los MASC, al igual que acciones negativas para sancionar a aquellas que rehúsen o perjudiquen el éxito de un acuerdo bajo MASC. La reforma procesal sigue manteniendo con carácter general las dos reglas básicas de la condena en costas que han existido en el proceso civil desde tiempos: el criterio del vencimiento total del artículo 394.1 de la LEC y el vencimiento parcial del artículo 394.2 del mismo Texto legal. Así, según la novedad que trae consigo el artículo 394.1.III de la LEC²³⁴, se establece una ausencia de pronunciamiento en costas en favor de la parte vencedora, que convocada a un procedimiento MASC preceptivamente, rehúse expresamente o sin justa causa de

de nuevos documentos, es decir, cuando ha existido una colaboración en la ocultación o retención de documentos, y que ha infringido todo deber de lealtad con la otra parte.

²³² DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, Luis: “Algunas notas...”, *op.cit.*, p. 24.

²³³ MARTÍNEZ DE SANTOS, Alberto: “La regulación de las costas en el Anteproyecto de Ley de medidas de eficiencia procesal del servicio público de Justicia”, *Diario La Ley*, núm.9839, Sección Plan de Choque de la Justicia, Wolters Kluwer, (2021), pp. 1-2.

²³⁴ Dispone así la novedad del artículo 394.1.III de la LEC: “No obstante, cuando sea legalmente preceptivo o lo acuerde el tribunal durante el curso del proceso, no habrá condena en costas a favor de aquella parte que hubiera rehusado expresamente o por actos excluyentes, y sin justa causa, participar en una actividad negocial, mediación o cualquier otro medio adecuado de solución de controversias al que hubiese sido efectivamente convocado”.

participar en una actividad negocial. En segundo lugar, quien gane parcialmente el proceso (que en teoría debería comportar la falta de condena en costas), va a poder ser condenado según el artículo 394.2.II de la LEC²³⁵ al no haber acudido en la misma forma que anteriormente fue expresada²³⁶.

Se debe recordar que sobre el marco del sistema del vencimiento objetivo, ya se parte de aspectos semejantes a lo que desea plantear el ALMEP en sus modificaciones en el régimen de costas procesales en el artículo 394 de la LEC. Así, además de la apreciación por el juzgador de las denominadas “dudas de hecho o derecho”, en los supuestos de estimación parcial de pretensiones, pueden verse desvirtuadas por la apreciación de una temeridad o mala fe producida por el causante del litigio; o bien, si la actitud maliciosa comienza una vez iniciado el procedimiento, se entiende que ha sido, al menos, el causante de gastos innecesarios durante su tramitación. Insiste FUENTES SORIANO en que lo esencial es entender que ambos conceptos constituyen indicadores de causalidad del proceso y de los gastos, como posición en la que se apoya la Jurisprudencia, la cual ha llegado a calificar de “conducta sancionable” toda aquella que habiendo comparecido a un acto de conciliación (atribuible a una actividad negocial) no se avino en dicho procedimiento y obligó a la contraparte a seguir un litigio que quedó “truncado” con anterioridad a la contestación a la demanda, y cuya conducta fue suficiente fundamento para la imposición de costas²³⁷.

En el supuesto de estimación total y parcial, junto al criterio objetivo (el resultado del pronunciamiento) aparece otro subjetivo, pues el hecho de que el tribunal acuerde que las partes acudan a MASC ya implicará un pronunciamiento anticipado sobre las costas. Esto resulta relevante a la vista del requisito de procedibilidad y el criterio del juez, ya que sin haber superado el paso previo de intentar una actividad negocial, no se admitiría a trámite una demanda. Cuestión distinta es que el resultado de la actividad negocial tenga reflejo en las costas, de ahí que el artículo 4.3 del ALMEP advierta que en caso de iniciar un procedimiento judicial con el mismo objeto que el de la previa actividad negocial

²³⁵ Dispone así la novedad del artículo 394.2.II de la LEC: “*No obstante, si la parte demandada no hubiere acudido, sin justa causa que lo justifique, a un intento de mediación u otro de los medios adecuados de solución de controversias, cuando fuere legalmente preceptivo o así lo hubiera acordado el tribunal durante el proceso, se le podrá condenar al pago de las costas, en decisión motivada, aun cuando la estimación de la demanda sea parcial*”.

²³⁶ PICÓ JUNOY, Joan: “MASC y costas procesales en el futuro proceso civil: ¿La cuadratura del círculo?”, *Diario La Ley*, núm.9801, Sección Plan de Choque de la Justicia, Wolters Kluwer, (2021), p. 4.

²³⁷ FUENTES SORIANO, Olga: *Las costas en la nueva LEC*, Editorial Tirant Lo Blanch, Valencia, 2000, pp. 128-136.

intentada sin acuerdo, el tribunal tendrá en consideración la actitud de las partes en la solución amistosa²³⁸.

Analizando el Derecho comparado sobre modelos similares, merece especial referencia las “propuestas de acuerdo” u *offers to settle* utilizadas en las reclamaciones dinerarias de los procesos civiles ingleses. La regla general en materia de imposición de costas se encuentra en el artículo 44 de la Ley Procesal inglesa. A tenor de dicho artículo, los tribunales tendrán en cuenta dos aspectos: el éxito de las pretensiones de las partes y la conducta de las partes a la hora de obtener un acuerdo, sea con anterioridad al comienzo del litigio (*pre-action protocols*) como durante el desarrollo del mismo. Las “propuestas de acuerdo” fijadas en el capítulo 36 de la Ley Procesal inglesa²³⁹, establecen que quien rechace una propuesta de acuerdo tendrá que pagar las costas cuando no logre una sentencia más beneficiosa que la oferta presentada en el acuerdo. Estas gozan de un carácter confidencial, pues las propuestas no son comunicadas al juez hasta que se haya dictado el fallo. Aceptada la “propuesta de acuerdo”, el demandado tiene la obligación de efectuar el pago o el contenido del acuerdo en 14 días desde la aceptación de la oferta. Cumplido esto, se entiende que el demandante se allana y se sobresee el litigio²⁴⁰.

Una resolución bastante ilustrativa en esta materia fue la Decisión del Tribunal de Apelaciones de Inglaterra y Gales de 11 de mayo de 2004 en el asunto *Halsey v. Milton Keynes General NHS Trust*, un proceso de reclamación de una indemnización por negligencia médica. Además de ser una resolución relevante que destacó el papel alentador de la justicia sobre los procedimientos ADR²⁴¹, se realizó la siguiente cuestión al Tribunal: ¿Cuándo debería imponerse una sanción en costas a un litigante ganador que se negó a participar en un ADR? El Tribunal comenzó destacando la conocida regla general, es decir, la imposición de costas a la parte sobre la cual se hubiesen desestimado sus pretensiones. Sin embargo, el órgano destacó la existencia de una suerte de “desplazamiento” de la regla general sobre casos en los cuales la parte vencedora del pleito se negó a acudir a mediación. El Tribunal de Apelación, para decidir si una parte

²³⁸ MARTÍNEZ DE SANTOS, Alberto: “La regulación de las costas...”, *op.cit.*, p. 7.

²³⁹ Disponible en: <https://www.justice.gov.uk/courts/procedure-rules/civil/rules/part36>

²⁴⁰ CORTÉS, Pablo; SOTELO, Fernando: “Negocia o atente a las consecuencias. La condena en costas en los Derechos del *Common Law* y su aplicación en el Proceso Civil Español”, *Revista para el análisis del Derecho InDret*, vol. 4, (2011), pp. 6-10.

²⁴¹ Dispone su párrafo noveno: “Una cosa es alentar a las partes a aceptar la mediación, incluso alentarlas en los términos más enérgicos. Otra es ordenarles que lo hagan. Nos parece que obligar a las partes a someter sus disputas a la mediación sería imponer una obstrucción inaceptable a su derecho de acceso a los tribunales”.

ha actuado de manera “irrazonable” o “injustificada” al rechazar un procedimiento ADR, estableció una serie de parámetros para motivar la condena en costas a una parte u otra: la naturaleza de la disputa; los méritos del caso; la medida en la que se han intentado otros medios de solución de la disputa; si los costes del ADR concreto son desproporcionadamente altos; las demoras en el acceso y desarrollo del procedimiento ADR; y finalmente, la perspectiva razonable de éxito del procedimiento ADR²⁴².

El Tribunal de Apelación se centra en gran medida sobre el último de los factores mencionados para razonar la negativa de una parte a aceptar la invitación a un proceso ADR. Entiende el Tribunal de Apelación que la carga de la prueba sobre las posibilidades de éxito de un ADR recae sobre la parte perdedora, la cual debe demostrar el “carácter injustificado” de la parte ganadora a aceptar un ADR²⁴³, sin perjuicio de que el Tribunal también toma en consideración cuando la parte ganadora, incluso con el estímulo del tribunal, se niega a acudir a la mediación. Concluye que “(...) *cuanto más fuerte sea el estímulo, más fácil será para la parte perdedora cumplir con su carga de demostrar que la negativa de la parte vencedora no fue razonable (...)*”²⁴⁴.

Otro modelo de interés a destacar es el de Estados Unidos con las denominadas “propuestas de sentencia” recogidas en el artículo 68 de la Ley Federal del Procedimiento Civil. No han gozado del impacto deseado debido a que únicamente pueden realizarlas el demandado y no permiten recobrar la totalidad de las costas. Deben hacerse al menos diez días antes de la vista, y a diferencia del modelo inglés, la propuesta se considera automáticamente retirada al cabo del décimo día si no surte efectos. Si la sentencia es menos favorable que la propuesta, la parte que haya rechazado la propuesta no podrá recuperar los honorarios de su abogado ni los intereses sobre la cantidad otorgada por el juez desde el momento en que la propuesta hubiera sido expresada por el demandado²⁴⁵.

²⁴² Decisión del Tribunal de Apelaciones de Inglaterra y Gales (División Civil) (2004) EWCA Civ 576 de 11 de mayo de 2004, Caso núm. B3/2003/1458 y B3/2003/1582.

²⁴³ Dispone su párrafo vigésimo octavo: “(...) *no sería correcto estigmatizar como irrazonable la negativa de la parte vencedora a acceder a la mediación a menos que demostrara que la mediación no tenía perspectivas razonables de éxito. Eso sería inclinar la balanza en contra del derecho de una parte ganadora a rechazar la mediación e insistir en que el tribunal resuelva el conflicto. Nos parece que logra un equilibrio más justo si se coloca en la parte que pierde la responsabilidad de demostrar que había una posibilidad razonable de que la mediación hubiese tenido éxito (...)*”.

²⁴⁴ *Ibidem*, pp. 7- 8.

²⁴⁵ CORTÉS, Pablo; SOTELLO, Fernando: “Negocia o atente a las consecuencias...”, *op.cit.*, pp. 18-19.

5.2.2. *La exoneración o aminoración de las costas en el artículo 245.5 de la LEC.*

La novedad del artículo 245.5 de la LEC reflejada en el apartado trigésimo del artículo 18 del ALMEP, prevé la posibilidad de solicitar la exoneración de las costas o la moderación de su cuantía cumpliendo tres requisitos: haber formulado una propuesta de MASC a la parte vencedora; no haber sido aceptada por la misma; y que el contenido de la propuesta de acuerdo en el procedimiento MASC sea “sustancialmente coincidente” con lo condenado judicialmente²⁴⁶.

De un primer análisis, se puede desprender que esta solicitud es una previsión temporal destinada a paliar las consecuencias de las tasaciones de costas de los procesos en trámite en los que no se ha obligado a las partes a acudir a los MASC. Sin embargo, en aplicación de la Disposición Transitoria primera del ALMEP, todo esto se debe analizar sobre los procedimientos iniciados con posterioridad a la entrada en vigor del ALMEP. MARTINEZ DE SANTOS cuestiona el sentido que tendría volver examinar en una tasación de costas una propuesta de solución cuando ya existe un presupuesto de admisión de la demanda. Igualmente reflexiona el motivo por el cual se concede al ya condenado una suerte de “última oportunidad” para evitar el pago de las costas. Bajo esos cuestionamientos, el autor destaca que el problema a solventar es la posibilidad de admitir esta novedosa impugnación cuando los MASC hubieran accedido al proceso como requisito de procedibilidad o por intervención del juzgado en una Audiencia Previa. Si fuese así, la reforma ya prevé que no habrá pronunciamiento de costas a favor de aquella parte que hubiere rehusado sin justa causa a participar en una actividad negocial. Luego parece dejar claro que si el juez ya ha tenido en cuenta la existencia de un intento previo de solución, no cabría en ningún caso la exoneración ni la moderación de cuantía²⁴⁷.

De admitirse la solicitud de exoneración o limitación, el novedoso artículo 245 bis de la LEC ordena que se dé traslado a la parte favorecida por la condena en costas por el plazo de tres días, y en caso de aceptar, se dictará decreto fijando la cantidad debida. De no aceptarse, se resolverá por el tribunal si son o no procedentes en la cuantía tasada mediante auto sin condena en costas. Dictado el auto que deniegue la exoneración o

²⁴⁶ PICÓ JUNOY, Joan: “MASC y costas procesales...”, *op.cit.*, p. 4.

²⁴⁷ MARTINEZ DE SANTOS, Alberto: “La regulación de la tasación de costas en el Anteproyecto de Ley de Medidas de Eficiencia Procesal del Servicio Público de Justicia (arts. 244,245,245 bis y 246 LEC) y de la multa del art.247 LEC” *Práctica de Tribunales*, núm.151, Wolters Kluwer, (2021), pp. 4-5.

reducción, así como el que hubiese reducido la cuantía de las costas, se procederá a tramitar la impugnación de la tasación de costas por excesivas o indebidas de acuerdo a lo establecido en el artículo 246 de la LEC²⁴⁸.

5.2.3. *La multa del artículo 32.5 de la LEC en el ámbito de consumidores.*

De forma sucinta se ha de destacar la multa que incorpora el artículo 32.5 de la LEC a partir de un segundo párrafo, para litigantes que ostentan la condición de consumidores y opten por valerse de abogado y procurador cuya asistencia no es preceptiva, tras haberse intentado un procedimiento MASC sin éxito. Se podrán incorporar a las costas tanto la cuenta como la minuta de los profesionales sin el límite cuantitativo del tercio de la cuantía establecida para el abogado. Gracias a esta reforma, se incentiva al consumidor que litiga por cantidades pequeñas a llegar a un acuerdo económico, por el riesgo que pudiera suponerle ser vencido en un futuro pleito²⁴⁹.

5.2.4. *El concepto del “abuso del Servicio Público de Justicia”.*

Un novedoso concepto jurídico indeterminado dentro de los procedimientos MASC es el de “abuso del Servicio Público de Justicia” que incorpora el ALMEP en un nuevo cuarto apartado al artículo 394 de la LEC. La utilización racional y responsable de los MASC queda delimitada por una frontera jurídica de contornos imprecisos, pero de consecuencias importantes, para que estos no queden convertidos en un simple trámite preliminar. El ALMEP emplea esta suerte de expresión como un equivalente a la vigente mala fe procesal, con la función de censurar el empleo del recurso a la tutela judicial efectiva con una finalidad puramente dilatoria, irracional y perversa. Se ha llegado a reflexionar sobre la existencia de esta dualidad conceptual, es decir, si realmente resultaba forzoso para el ALMEP introducir este nuevo término para reprochar el uso indebido de la Administración de Justicia, o si partiendo de la interpretación jurisprudencial del concepto de mala fe procesal era suficiente para extender el campo de actuación del artículo 247 de la LEC. Sin embargo, se apuesta por que la inclusión del término de

²⁴⁸ MARTINEZ DE SANTOS, Alberto: “La regulación de la tasación de costas...”, *op.cit.*, pp. 5-8.

²⁴⁹ BANACLOCHE PALAO, Julio: “Las reformas en el proceso civil previstas en el Anteproyecto de Ley de Medidas de Eficiencia Procesal: ¿una vuelta al pasado?”, *Diario La Ley*, núm. 9814, Sección Plan de Choque de la Justicia, Wolters Kluwer, (2021), p. 5.

“abuso del Servicio Público de Justicia” es necesaria y novedosa para enfatizar la relevancia de los MASC en el nuevo proceso²⁵⁰.

En consonancia con los conceptos anteriores, resulta de interés un auto de 26 de enero de 2015 dictado por el Juzgado de Primera Instancia número 52 de Barcelona, por el que se sancionó, en virtud del artículo 247 de la LEC, a una de las partes por no acudir a mediación. Se entendió que concurrió mala fe procesal o abuso del proceso, en colación al “*coste social que soportan todos los contribuyentes por poner en marcha la maquinaria judicial*” y el rechazo a otros métodos más idóneos ante conflictos simples. Los argumentos usados para la imposición de la sanción fueron tres: en primer lugar, el ejercicio de la tutela judicial efectiva en proporción a la naturaleza del proceso y la finalidad perseguida, es decir, si “resulta sancionable no acudir a otros métodos cuando existe una desproporción enorme entre lo discutido y lo que cuesta la disputa”; en segundo lugar, lo relativo al artículo 7.2 del CC, la prohibición legal del abuso del derecho a la tutela judicial efectiva y el ejercicio antisocial de la misma; y finalmente la necesidad de una concienciación social a la hora de optar por otros mecanismos alternativos²⁵¹.

5.2.5. *La multa del artículo 247 de la LEC.*

Se puede alternar a lo anterior lo establecido en el apartado trigésimo tercero del artículo 18 del ALMEP, en el cual se modifican los artículos 247.3 y 247.4 de la LEC. Se introduce, bajo pieza separada, una multa cuando el tribunal apreciare una conculcación de las reglas de la buena fe procesal. La vigencia del artículo 11 de la LOPJ mantiene inalterable la obligación de las partes de respetar las reglas de la buena fe y la de los juzgados y tribunales de rechazar motivadamente todo tipo de peticiones, incidentes y excepciones que se formulen con pleno abuso de derecho o entrañen fraude de ley o procesal. Mientras que existe una reiteración que excluye a un abuso de derecho que en el artículo 247.2 de la LEC no se sanciona, la propuesta del “abuso del Servicio Público de Justicia” puede castigarse con una multa de ciento ochenta a seis mil euros, por lo que MARTINEZ DE SANTOS entiende que sancionándose la mala fe procesal sería innecesario acudir al abuso de derecho²⁵².

²⁵⁰ PEREA GONZÁLEZ, Álvaro: “Breve comentario al concepto de Abuso del servicio público de Justicia en el Anteproyecto de ley de medidas de eficiencia procesal”, *Diario La Ley*, núm.9774, Sección Plan de Choque de la Justicia, Wolters Kluwer, (2021), pp. 1-3.

²⁵¹ MERELLES PÉREZ, Manuel: “Sanción por mala fe procesal por no intentar la mediación”, *Diario La Ley*, núm.8490, Sección Tribuna, Wolters Kluwer, (2015), pp. 1-2.

²⁵² MARTINEZ DE SANTOS, Alberto: “La regulación de la tasación de costas...”, *op.cit.*, p. 9.

Según CACHÓN CADENAS, las sanciones de carácter dinerario en las cuales se encuentran las multas procesales son la categoría más habitual de sanción procesal en casos de conductas constitutivas de mala fe, y su eficacia dependerá de la solvencia o insolvencia de la cual disponga el sujeto sancionado para hacer o no hacer efectiva la sanción impuesta²⁵³. En la determinación de la cuantía de la multa, se tendrán en cuenta, en esencia, los perjuicios que a la Administración de Justicia se hubieren podido causar, Además, si los tribunales entendieren que la actuación en contra de las reglas de la buena fe pudiera ser imputable a alguno de los profesionales intervinientes, se procederá a dar traslado a los Colegios Profesionales por si pudiera proceder algún tipo de sanción disciplinaria, y a la Comisión de asistencia jurídica gratuita en caso de que el litigante hubiese obtenido el beneficio de la justicia gratuita²⁵⁴.

En definitiva, la incorporación por el ALMEP de un sistema de imposición de costas procesales en conexión con el uso de los MASC puede resumirse en lo que ya argumentó el TC: además de prevenir la excesiva litigiosidad, se debe tratar de introducir un modelo de naturaleza reparadora de los gastos que le ocasione a una de las partes la defensa de sus derechos e intereses frente a aquellos que promuevan acciones o comportamientos caprichosos, infundados²⁵⁵. Es posible que la condena en costas pueda y deba seguir teniendo una naturaleza reparadora, respondiendo al designio de que el derecho no sufra un detrimento patrimonial por el hecho de ser discutido en juicio. No significa en absoluto que la parte que defiende su derecho de forma correcta y con méritos suficientes no sea acreedora de esa suerte de “derecho a la indemnidad” por el mero hecho de haber sido vencida en pleito por aquel que litigó con una actitud totalmente contraria²⁵⁶. Dicho de otra forma, el recurso a los ADR (o MASC) puede servir, por tanto, bien para resolver el conflicto, bien para obtener un mejor conocimiento de las respectivas posiciones; pero también para constatar la actitud “pre-procesal” de cada una de las partes en orden a la resolución del conflicto²⁵⁷.

²⁵³ CACHÓN CADENAS, Manuel Jesús: *La buena fe en el proceso civil, Cuadernos de Derecho Judicial*, núm.18, 2005, pp. 232-233.

²⁵⁴ MARTINEZ DE SANTOS, Alberto: “La regulación de la tasación de costas...”, *op.cit.*, p. 10.

²⁵⁵ Sentencia del TC 84/1991, de 22 de abril, ECLI:ES:TC:1991:84. En su Fundamento jurídico segundo dispone: “(...) prevenir los resultados distorsionadores del entero sistema judicial que se derivaría de una excesiva litigiosidad y en restituir a la parte contraria los gastos que, en menoscabo de la satisfacción de sus pretensiones, le ocasione la defensa de sus derechos e intereses legítimos frente a quienes les promuevan acciones o recursos legalmente merecedores de la imposición de costas”.

²⁵⁶ MARTÍNEZ PALLARÉS, José Ignacio: “El debate sobre las costas procesales, desde la perspectiva ADR”, *Práctica de Jues*, núm.131, Wolters Kluwer, (2018), p. 14.

²⁵⁷ *Ibidem*, p. 17.

CONCLUSIONES

PRIMERA. A la finalización del siglo XX, la aparición de un mayor y diverso número de conflictos derivó en una fase que podría considerarse de “judicialización” social, con el correspondiente fortalecimiento de un Poder Judicial con un protagonismo sobresaliente en las estructuras del Estado. Sin embargo, las controversias entre particulares se han mostrado cada vez más complejas, y las altas tasas de litigiosidad han provocado la búsqueda de otros modelos capaces de satisfacer de mejor manera al justiciable. Como solución, el movimiento de los *Alternative Dispute Resolution* (ADR) aparece a mitad del pasado siglo como alternativo o complemento a la vía judicial con la finalidad de frenar el colapso de su actividad. Los ADR en España, como son la mediación o el arbitraje, son herramientas que resultan compatibles con el derecho a la tutela judicial efectiva. Gracias a su idoneidad, a su fin proporcional y a la autonomía de la voluntad en la disponibilidad de la materia, se ha podido avanzar hacia un modelo integrador de los ADR como vía compatible y alternativa a la actividad judicial.

SEGUNDA. A partir de la aprobación por el Consejo de Ministros del Anteproyecto de Ley de Medidas de Eficiencia Procesal del Servicio Público de Justicia nos hallamos ante un marco normativo esperanzador en el freno de la litigiosidad surgida en los últimos años en el ámbito de lo civil y lo mercantil en España, agravada por la paralización de la actividad judicial tras la crisis sanitaria generada por la COVID-19. Con la aprobación del contenido del ALMEP, se intentará dar respuesta a las conclusiones emanadas de la Unión Europea, que tildaba la actividad judicial española de rígida, lenta y formalista. Ante la falta de una “cultura del acuerdo” por parte del justiciable, el Título I del ALMEP introduce los “medios adecuados de solución de controversias” (MASC) para fomentar el protagonismo del ciudadano en la resolución de conflictos y su papel principal en la Justicia. Independientemente de ser alabado por su carácter ambicioso y novedoso o criticado por ser un material ya vigente en el Derecho comparado, la Exposición de Motivos y la Memoria de Impacto Normativo del ALMEP lo dejan claro: se trata de conseguir de manera definitiva un Servicio Público de Justicia eficiente y sostenible.

TERCERA. Desde el plano conceptual, los MASC han sido objeto de debate, a pesar de ser herramientas idénticas a la naturaleza de los ya existentes ADR y de compartir muchos de sus principios: la libertad y la buena fe en el seguimiento del procedimiento negociador y la búsqueda de un acuerdo sustitutivo a la vía judicial, la

disponibilidad del objeto de la materia o la confidencialidad en el uso de la información y los documentos de las partes. Dentro de la clasificación de los MASC, la mediación es el instrumento que sale peor parado en la propuesta de regulación. A pesar de ser la forma más habitual de solución extrajudicial, el ALMEP no lo trata de manera profunda e individualizada, lo que supone un fracaso en la búsqueda del incentivo de la mediación en España, que tanto promociona la Exposición de Motivos del texto. Por el contrario, sí que debe valorarse positivamente la novedad que traen algunos instrumentos poco conocidos en el Ordenamiento jurídico español por su esencia anglosajona, como son la opinión de experto independiente y la oferta vinculante confidencial. Además, gracias a la “cláusula de cierre” que ofrece el ALMEP en la definición de los MASC, cabe proponer la figura de los *dispute boards* como una herramienta valiosa a introducir y potenciar en la *praxis* de las soluciones extrajudiciales; más en concreto, dentro del ámbito de las controversias mercantiles entre empresas y particulares en proyectos y ejecuciones de obras.

CUARTA. A partir de la Sentencia del TJUE que resuelve el asunto *Menini*, se sienta como precedente para los Estados miembros la posibilidad de establecer, con carácter previo, la realización de determinadas fases de un procedimiento de mediación, al no primar como aspecto esencial su carácter facultativo o preceptivo, sino la preservación del acceso a la Justicia a través de una compatibilización entre la obligatoriedad de una sesión informativa y el ejercicio de la tutela judicial efectiva. Tan incentivado fue el modelo italiano por el Parlamento Europeo, que España recogió la “obligatoriedad mitigada” en el Anteproyecto de Ley de Impulso de la Mediación de 2019, aun mostrándose chocante con la plena voluntariedad de la Ley 5/2012. A pesar del fomento de la mediación a través de este requisito de admisibilidad y sus atractivos incentivos fiscales, el fracaso de otras medidas similares realizadas en el pasado (como ocurrió con la reforma urgente de la LEC de 1984) provocó que el ALIM tuviera el mismo desenlace.

La obligatoriedad de acudir a una solución extrajudicial es intentada nuevamente, de forma igualmente polémica, por el ALMEP, a través de su requisito de procedibilidad como base incentivadora en el uso de los MASC. Sin embargo, el CGPJ, tras examinar su proporcionalidad, no ha avalado esta medida, ya que no cuenta con experiencia suficiente en el ámbito de lo civil y lo mercantil como para insertarse de forma directa. A ello se suma el que las diversas asociaciones judiciales sostienen disparidad de criterios

a la hora de concluir si en realidad la medida contribuye al fin perseguido de garantizar una Justicia eficiente y sostenible o si, por el contrario, se precisa de otro tipo de mejoras en la planta judicial. La aplicación del ALMEP, en caso de su aprobación, irá otorgando conclusiones sobre la puesta en práctica de este requisito previo.

QUINTA. En el terreno de los efectos, los acuerdos alcanzados en un procedimiento MASC producen, según el ALMEP, eficacia de cosa juzgada, como si de una transacción se tratase. Sin embargo, su artículo 10 yerra al introducir la prohibición de “presentar demanda con igual objeto” sobre lo acordado, de lo que se desprende una equiparación a la institución de la sentencia firme, y la idea de que un acuerdo bajo MASC equivale a una transacción. A pesar de lo “transigido”, nada impide incoar la vía jurisdiccional, puesto que, aunque exista una suerte de vinculación material, pueden surgir vicios en el consentimiento u otros factores que produzcan la nulidad de lo acordado en un procedimiento MASC. El ALMEP, en definitiva, no puede pervertir instituciones procesales para conseguir su cometido de aliviar cargas en los Tribunales.

SEXTA. También en el ámbito de las consecuencias, el ALMEP modifica, en las reglas del vencimiento objetivo, la naturaleza del concepto de “costa procesal”, hasta dotarla de un carácter puramente sancionador, cuyo parámetro a seguir es el comportamiento y reacción de las partes a la hora de alcanzar un acuerdo una vez propuesta la actividad negociadora. Esta doble cara de la moneda premia a aquellos que trabajan por lograr un acuerdo bajo un procedimiento MASC con la exoneración de sus costas en caso de no vencer en un futuro pleito, y castiga imponiéndoselas a aquellos que aun venciendo, litigan en el ejercicio del novedoso “abuso del Servicio Público de Justicia”. Esto reta a los Tribunales a la emisión en esta materia de una resolución judicial de contenido prácticamente idéntico a lo que se propuso con carácter previo en una actividad negociadora.

SÉPTIMA. En relación a la actividad de los abogados, con el ALMEP se tiende a generar un aumento de la actividad profesional, a través de la selección y preparación de un procedimiento MASC con su consiguiente y debida remuneración; situación que ha sido bastante criticada en relación a los parámetros de compensación económica y esfuerzo en su futura tarea. Este sector, junto con otros profesionales, son englobados por el ALMEP en el concepto de “tercero neutral”, como alternativa a la dirección de la actividad negociadora por las partes. No obstante, por el momento no se ha dejado constancia de un estatuto concreto y detallado de su ejercicio.

BIBLIOGRAFÍA

Fuentes primarias:

Acuerdo adoptado por el Pleno del CGPJ en reunión de 22 de julio de 2021 por el que se aprueba el Informe sobre el Anteproyecto de Ley de medidas de eficiencia procesal al servicio público de Justicia, p.6. Texto disponible en: <https://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Poder-Judicial/Consejo-General-del-Poder-Judicial/Actividad-del-CGPJ/Informes/Informe-al-Anteproyecto-de-Ley-de-medidas-de-eficiencia-procesal-del-Servicio-Publico-de-Justicia>.

Asociación Española de Mediación (ASEMED): *Informe de propuestas de modificación del Anteproyecto de Ley de medidas de eficiencia procesal del servicio público de Justicia*. Texto disponible en: <https://www.ammediadores.es/nueva/wp-content/uploads/2021/02/Aportaciones-anteproyecto-LEY-MEDIDAAS-DE-EFICIENCIA-PROCESAL-AMM-Mediatio-Pactum-Sinformia-Mediacion-Solucionada.pdf>.

Asociación Judicial Francisco de Vitoria: *Informe sobre el Anteproyecto de ley de medidas de eficiencia procesal en el servicio público de Justicia (medios adecuados de solución de controversias)*. Texto disponible en: <http://www.ajfv.es/informe-ajfv-anteproyecto-de-ley-de-medidas-de-eficiencia-procesal-del-servicio-publico-de-justicia/>.

Comisión de Justicia celebrada el 21 de diciembre de 2020; Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados, núm. 254, XIV Legislatura, Comisión de Justicia, Sesión núm. 15, 2020.

Conferencia Universitaria Internacional para el estudio de la Mediación y el conflicto (CUEMYC): “Posicionamiento y alegaciones al Anteproyecto de Ley de medidas de eficiencia procesal del servicio público de Justicia”. Texto disponible en: <https://cuemyc.org/wp-content/uploads/2021/02/CUEMYC-APL-2021-documento-T.pdf>.

Consejo General de la Abogacía Española (CGAE): *Informe 2/2019 en relación al Anteproyecto de Impulso de la Mediación*, 2019. Texto disponible en: <https://www.abogacia.es/wp-content/uploads/2020/11/INFORMES-COMISION-JURIDICA-2019-CON-PORTADA.pdf>.

Consejo General de la Abogacía Española (CGAE): *Informe de alegaciones sobre el Anteproyecto de Impulso de la Mediación*, 2019. Texto disponible en: <https://www.abogacia.es/wp-content/uploads/2020/07/Alegaciones-Anteproyecto-Impulso-Mediacion.pdf>.

Decisión del Tribunal de Apelaciones de Inglaterra y Gales (División Civil) (2004) EWCA Civ576 de 11 de mayo de 2004, Caso núm. B3/2003/1458 y B3/2003/1582.

Informe del Grupo de Magistrados por la Mediación (GEMME) en aportaciones al Anteproyecto de Ley de Medidas de Eficiencia Procesal del Servicio Público de Justicia. Texto disponible en: <https://mediacionesjusticia.com/wp-content/uploads/2021/02/AportesGEMME.ALEP.pdf>.

Informe del Parlamento Europeo de fecha 26 de junio de 2017(A8-0238/2017) sobre la aplicación de la Directiva 2008/52/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de mayo de 2008. Texto disponible en: https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/A-8-2017-0238_ES.html.

Juezas y Jueces para la Democracia. Comisión de Derecho Privado: *Informe de aportaciones al Anteproyecto de ley de medidas de eficiencia procesal del servicio público de Justicia*. Texto disponible en: <http://www.juecesdemocracia.es/wp-content/uploads/2021/02/INFORME-JJpD-al-Anteproyecto-de-Ley-de-Eficiencia-Procesal-Febrero-2021.pdf>.

Ministerio de Justicia, Secretaría de Estado de Justicia: *Memoria del Análisis de Impacto Normativo. Anteproyecto de Ley de Medidas de Eficiencia Procesal del Servicio Público de Justicia*. Texto disponible en: <https://www.mjusticia.gob.es/es/AreaTematica/ActividadLegislativa/Documents/MAIN%20APL%20Eficiencia%20Procesal.pdf>.

Ministerio de Justicia. Secretaría General Técnica: *Memoria de Impacto Normativo del Anteproyecto de Ley de impulso de la Mediación*. Texto disponible en: https://www.mjusticia.gob.es/es/AreaTematica/ActividadLegislativa/Documents/1292430896290-Memoria_de_Analisis_de_Impacto_Normativo_Mediacion.PDF.

Sentencia del Tribunal Constitucional 140/2016, de 21 de julio (ECLI:ES:TC:2016:140).

Sentencia del Tribunal Constitucional 115/1999, de 14 de junio (ECLI:ES:TC:1999:115).

Sentencia del Tribunal Constitucional 176/1996, de 11 de noviembre (ECLI:ES:TC:1996:176).

Sentencia del Tribunal Constitucional 84/1991, de 22 de abril (ECLI:ES:TC:1991:84).

Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Sala Primera) de 14 de junio de 2017, *Asunto C-75/16 Menini y Rampanelli*, (ECLI:EU:C:2017:457).

Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 15 de junio de 2006, asunto C-28/05 (ECLI:EU:C:2006:408).

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala Primera) 1238/2018, de 11 de abril (ECLI:ES:TS:2018:1238).

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala Primera) 7562/2010, de 26 de noviembre (ECLI:TS:2010:7562).

Fuentes secundarias:

AGUILAR OLIVARES, Yolanda: “El nuevo Anteproyecto de ley de medidas de eficiencia procesal del servicio público de justicia y su repercusión en la protección frente a los conflictos sanitarios”, *LA LEY mediación y arbitraje*, núm.5, *Sección Novedades de ADR*, Wolters Kluwer, (2021).

ALANDETE, Belén: "Implementar los dispute boards en España, ¿por qué no?", *DIARIO La Ley*, núm.9821, *Sección Tribuna*, Wolters Kluwer, (2021).

ANDRÉS AUCEJO, Eva: “Sistemas de Resolución Alternativa de Conflictos (ADR) en derecho tributario español y comparado. Propuestas para Latinoamérica y España”, *Revista Derecho del Estado*, núm.17, (2016).

ARGUDO PÉREZ, José Luis (dir.): *Mediación y tutela judicial efectiva. La Justicia del siglo XXI*, Editorial Reus y Gobierno de Aragón, Madrid, 2019.

BANACLOCHE PALAO, Julio: “Las reformas en el proceso civil previstas en el Anteproyecto de Ley de Medidas de Eficiencia Procesal: ¿una vuelta al pasado?”, *Diario La Ley*, núm. 9814, Sección Plan de Choque de la Justicia, Wolters Kluwer, (2021).

BARONA VILAR, Silvia: *Mediación en asuntos civiles y mercantiles en España tras la aprobación de la Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles*, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.

BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo: *Comentarios al Código Civil*, Editorial Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2021.

BERENGUER O’SHEA, Pablo: “Anteproyecto de Ley de Impulso de la Mediación”, *Actualidad jurídica Aranzadi*, núm. 954, (2019).

CACHÓN CADENAS, Manuel Jesús: *La buena fe en el proceso civil, Cuadernos de Derecho Judicial*, núm.18, 2005.

CALAZA LÓPEZ, Sonia: “Ejes esenciales de la justicia post-COVID”, *Diario La Ley*, núm. 9737, Sección Plan de Choque de la Justicia, (2020).

CHÉLIZ INGLÉS, María del Carmen: “La UE y la armonización de la regulación en materia de mediación: ¿hacia una mediación obligatoria en todos los Estados miembros?”, *Revista de Estudios Europeos*, núm.71, (2018).

CORTÉS, Pablo; SOTELO, Fernando: “Negocia o atente a las consecuencias. La condena en costas en los Derechos del *Common Law* y su aplicación en el Proceso Civil Español”, *Revista para el análisis del Derecho InDret*, vol. 4, (2011).

CUCARELLA GALIANA, Luis Andrés: “Principios relativos a las partes en la mediación”, *Diario La Ley, Práctica de Tribunales*, núm. 98-99, Wolters Kluwer, (2012).

DÍAZ FRAILE, Juan María: “La nueva regulación de la conciliación registral. Exégesis práctica del artículo 103 bis de la Ley Hipotecaria”, *Boletín del Colegio de Registradores*, núm. 34, (2016).

DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, Luis: “Algunas notas sobre el contrato de transacción”, *Anales de la Real Académica de jurisprudencia y legislación*, núm. 2011, (2011).

ESCUADERO MORATALLA, José Francisco: “Negociación, solución de conflictos: conciliación, mediación...”, *Diario La Ley*, núm. 9794, Sección Plan de Choque de la Justicia, Wolters Kluwer, (2021).

EZURMENDIA ÁLVAREZ, Jesús: *Reflexión contemporánea sobre la cosa juzgada. Comparación entre los modelos de Civil Law y Common Law*, Editorial Bosch Procesal, Barcelona, 2021.

FUENTES SORIANO, Olga: *Las costas en la nueva LEC*, Editorial Tirant Lo Blanch, Valencia, 2000.

GALDOS, Alejandra; SANZ, Milagros: “Los abogados ante los MASC: el Anteproyecto de Ley de medidas de eficiencia procesal”, *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm.977, (2021).

GARCÍA VILLALUENGA, Leticia: “La mediación a través de sus principios. Reflexiones a la luz del Anteproyecto de Ley de Mediación en asuntos civiles y mercantiles”, *Revista General de legislación y jurisprudencia*, núm.4, (2010).

HINOJOSA SEGOVIA, Rafael: “Los medios adecuados de solución de controversias en el Anteproyecto de ley de medidas de eficiencia procesal del servicio público de justicia”, *LA LEY mediación y arbitraje*, núm.5, Sección Tribuna, Wolters Kluwer, (2021).

HUALDE MANSO, Teresa: *La mediación en asuntos civiles y mercantiles. La transposición de la Directiva 2008/52 en Francia y España*, Editorial LA LEY Grupo Wolters Kluwer, Madrid, 2013.

IGLESIAS CANLE, Inés Celia: *Situación actual de la Justicia en España e Italia desde una perspectiva constitucional*, Editorial Tirant lo Blanch, 2018.

LALAGUNA, Marta: “Anteproyecto de ley de medidas de eficiencia procesal: ¿será 2021 el año de los MASC y la mediación civil y mercantil?”, *Referencias Jurídicas CMS. Artículos de fondo*, (2021).

LASO CAÑIZARES, Ana; DE PABLO CONTRERAS, Pedro; ORDUÑA MORENO, Francisco Javier; VALPUESTA FERNÁNDEZ, Rosario (dir): *Código Civil comentado*, vol. IV, Editorial Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2016.

LONGRIGG, William: “The argument for a return to the Calderbank regime”, *Revista Family Law*, vol.49, núm.4, (2019), traducción realizada al idioma español.

LÓPEZ SÁNCHEZ, Javier: “El carácter general del requisito de procedibilidad de haber acudido a un medio adecuado de solución de controversias: a propósito del procedimiento monitorio”, *Revista General de Derecho Procesal*, núm.55, (2021).

LORCA NAVARRETE, Antonio María: *El compulsivo eficientismo procesal del servicio privado de justicia del anteproyecto de ley de medidas de eficiencia procesal del servicio público de justicia*, *Revista vasca de Derecho Procesal y Arbitraje*, vol. 33, núm.2, (2021).

MACHO GÓMEZ, Carolina: “Los ADR Alternative Dispute Resolution en el comercio internacional”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, núm.5, (2013).

MAGRO SERVET, Vicente: “La Ley de mediación obligatoria para resolver conflictos civiles ante la crisis originada por el Coronavirus”, *Diario La Ley*, núm.9618, Sección Plan de Choque de la Justicia, Wolters Kluwer, (2020).

MARTÍNEZ DE SANTOS, Alberto: “La regulación de las costas en el Anteproyecto de Ley de medidas de eficiencia procesal del servicio público de Justicia”, *Diario La Ley*, núm.9839, Sección Plan de Choque de la Justicia, Wolters Kluwer, (2021).

MARTINEZ DE SANTOS, Alberto: “La regulación de la tasación de costas en el Anteproyecto de Ley de Medidas de Eficiencia Procesal del Servicio Público de Justicia (arts. 244,245,245 bis y 246 LEC) y de la multa del art.247 LEC” *Práctica de Tribunales*, núm.151, Wolters Kluwer, (2021).

MARTÍNEZ DEL TORO, Susana: “Modificaciones en el juicio ordinario y verbal en el Anteproyecto de Ley de medidas de eficiencia procesal del servicio público de Justicia. Arts. 249 y 250 LEC”, *Diario La Ley, Práctica de tribunales*: núm.151, Wolters Kluwer, (2021).

MARTÍN DIZ, Fernando: “Del derecho a la tutela judicial efectiva hacia el derecho a una tutela efectiva de la justicia”, *Revista Europea de Derechos Fundamentales*, Salamanca, (2014).

MARTÍN DIZ, Fernando: “Nuevos escenarios para impulsar la mediación en derecho privado: ¿conviene que sea obligatoria?”, *Diario La Ley, Práctica de Tribunales*, núm.7068, Wolters Kluwer, (2019).

MARTIN DIZ, Fernando: “Nuevos escenarios para impulsar la mediación en derecho privado: ¿conviene que sea obligatoria?”, *Práctica de tribunales: Revista de Derecho procesal civil y mercantil*, núm.137, (2019).

MARTÍNEZ PALLARÉS, José Ignacio: “Negociación, proceso y procedibilidad. Métodos, herramientas y conexiones funcionales”, *Revista General de Derecho Procesal*, núm. 55, (2021).

MARTÍNEZ PALLARÉS, José Ignacio: “El principio de confidencialidad en la mediación, una delimitación conceptual obligada”, *Revista General de Derecho Procesal*, núm.44, (2018).

MARTÍNEZ PALLARÉS, José Ignacio: “Abogados en tiempos de MASC. Entre la oportunidad y los trenes a ninguna parte”, *LA LEY mediación y arbitraje*, núm.8, Wolters Kluwer, (2021).

MARTÍNEZ PALLARÉS, José Ignacio: “El debate sobre las costas procesales, desde la perspectiva ADR”, *Práctica de Tribunales*, núm.131, Wolters Kluwer, (2018).

MERELLES PÉREZ, Manuel: “Comentarios al Anteproyecto de Ley de Impulso de la Mediación”, *Diario La Ley*, núm. 9374, Sección Tribuna, Wolters Kluwer, (2019).

MERELLES PÉREZ, Manuel: “Sanción por mala fe procesal por no intentar la mediación”, *Diario La Ley*, núm.8490, Sección Tribuna, Wolters Kluwer, (2015).

NARANJO RODRÍGUEZ, Jessica: “El valor de cosa juzgada de los acuerdos adoptados en el seno de los medios adecuados de solución de controversias (MASC) previstos en el Anteproyecto de Ley de medidas de eficiencia procesal del servicio público de Justicia”, *Diario La Ley*, núm.9862, Sección Tribuna, Wolters Kluwer, (2021).

OROMI I VALL-LLOVERA, Susana: “La mediación de consumo como requisito de admisibilidad del proceso judicial según el TJUE (Comentario a la Sentencia del TJUE, Sala 1º, de 14 de junio de 2017, *Asunto C-75/16, Livio Menini y María Antonia Rampanelli/Banco Popolare Società Cooperativa*” en JIMENEZ CONDE, Fernando: *Adaptación del Derecho Procesal español a la normativa europea y a su interpretación por los tribunales*, Editorial Tirant lo Blanch, 2018.

ORTUÑO MUÑOZ, Pascual: “Comentarios al Anteproyecto Ley de Eficacia Procesal”, *LA LEY mediación y arbitraje*, núm.7, Sección Tribuna, Wolter Kluwer, (2021).

PEREA GONZÁLEZ, Álvaro; ALAYA FERNÁNDEZ, Rosalía; PIÑAR GUZMÁN, Blas; SANTANA TRUJILLO, José Aitor; ESCUDERO MORATALLA, José Francisco; QUINTANA GARCÍA, Amparo: “Diálogos para el futuro judicial. XIX, Medios Adecuados de Solución de Controversias (MASC)”, *Diario La Ley*, núm.9793, Wolters Kluwer, (2021).

PEREA GONZÁLEZ, Álvaro: “Breve comentario al concepto de Abuso del servicio público de Justicia en el Anteproyecto de ley de medidas de eficiencia procesal”, *Diario La Ley*, núm.9774, Sección Plan de Choque de la Justicia, Wolters Kluwer, (2021).

PÉREZ-UGENA COROMINA, María: “Garantía del derecho a la tutela judicial efectiva en los sistemas principales de resolución de conflictos alternativos: arbitraje y mediación”, *Estudios de Deusto*, vol. 62, núm.1, Bilbao, 2014.

PÉREZ DAUDÍ, Vicente: “La imposición de los ADR ope legis y el derecho a la tutela judicial efectiva”, *Revista para el análisis del derecho InDret*, Barcelona, vol. 2, (2019).

PÉREZ MORIONES, Aránzazu: “El Anteproyecto de Ley de Impulso de la Mediación: en particular, la regulación de la mediación obligatoria mitigada”, *Diario La Ley*, núm. 9360, Sección Tribuna, (2019).

PÉREZ MORIONES, Aránzazu: “Mediación obligatoria previa al ejercicio de la acción judicial en litigios promovidos por consumidores: a propósito de la STJUE de 14 de junio de 2017 (Asunto C-75/16), *Diario La Ley*, núm. 9076, Sección Doctrina, Wolters Kluwer, (2017).

PICÓ Y JUNOY, Joan; PÉREZ DAUDÍ, Vicente; NAVARRO VILLANUEVA, Carmen; CERRATO GURILA, Eilisabet (dir.): *Enseñanza del Derecho en tiempos de crisis. Nuevos retos docentes del Derecho Procesal*. En concreto, capítulo de CARRETERO MORALES, Emiliano: “La importancia del estudio de los medios adecuados de solución de controversias en el ámbito del Derecho Procesal Civil al amparo del Anteproyecto de Ley de medidas de eficiencia procesal del servicio público de Justicia”, Editorial Bosch Procesal, Barcelona, 2021.

PICÓ JUNOY, Joan: “MASC y costas procesales en el futuro proceso civil: ¿La cuadratura del círculo?, *Diario La Ley*, núm.9801, Sección Plan de Choque de la Justicia, Wolters Kluwer, (2021).

PIÑAR GUZMÁN, Blas: “Trece observaciones sobre el Anteproyecto de Ley de medidas de eficiencia procesal del servicio público de Justicia”, colaboración en el blog *Almacén de Derecho*, p.5. Artículo disponible en: <https://almacenderecho.org/medios-adecuados-de-solucion-de-controversias-masc>.

PIÑAR GUZMÁN, Blas: “La dirimencia por experto en el Derecho español”, *LA LEY* mediación y arbitraje, núm.7, Wolters Kluwer, (2021).

RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, Maximiliano: “Resolución de disputas en el contrato internacional de construcción: la labor del *engineer* y de los *dispute boards*”, *Revista Mercatoria*, vol.5, núm.2 (2006).

RODRÍGUEZ PRIETO, Fernando: “La conciliación notarial y su forma documental. Orientaciones de la Resolución de la Dirección General de 18 de octubre de 2017”, *Revista el Notario del Siglo XXI*, núm.77, (2018).

RODRÍGUEZ PRIETO, Fernando: “La vía notarial: una nueva oportunidad para la conciliación”, *Revista El Notario del Siglo XXI*, núm.65, Madrid, (2018).

SAAVEDRA GUTIÉRREZ, María: “Comentarios al Anteproyecto de Ley de Impulso a la mediación”, *Revista para el análisis del Derecho InDret*, vol.3, (2019).

SAN CRISTÓBAL REALES, Susana: “Sistemas alternativos de resolución de conflictos: negociación, conciliación, mediación, arbitraje, en el ámbito civil y mercantil”, *Anuario Jurídico y Económico Escurialense*, núm. 46, (2013).

SANTOS MARTÍNEZ, Alberto Manuel: “La conciliación tras la entrada en vigor de la Ley 15/2015, de 2 de julio, de jurisdicción voluntaria”, *Revista jurídica de Castilla y León, Sección de Derecho Procesal*, (2016).

SILVA DE LAPUERTA, Rosario: “No es contraria al Derecho Comunitario la normativa nacional que obliga al consumidor a acudir a un procedimiento de mediación previo a la vía judicial”, *Diario la Ley*, núm.9009, Sección Jurisprudencia, Wolters Kluwer, (2017).

TERKILDSEN, Dan; SVANTE HANSEN, David: “Expert Determination in Merger and Acquisition Disputes”, *Comparative Law yearbook of international business*, núm.37, (2015), traducción realizada al idioma español.

TORRE SUSTAETA, María Victoria: “La mediación obligatoria: redefiniendo los métodos alternativos de resolución de conflictos”, *Diario La Ley*, núm. 9853, *Sección Plan de Choque de la Justicia*, Wolters Kluwer, (2021).

TORRE SUSTAETA, María Victoria: “Mediación obligatoria en tiempos de crisis: hacia una nueva fórmula de administrar y garantizar el derecho a justicia”, *Diario La Ley mercantil*, núm.71, Wolters Kluwer, (2020).

TUSET VARELA, Damián: “La justicia descentralizada como sistema de resolución alternativa de conflictos”, *Revista Aranzadi de Derecho y Nuevas Tecnologías*, núm.54, (2020).

VÁZQUEZ GOMEZ-ESCALONILLA, Laura: “Consideraciones generales sobre los MASC en Derecho Español”, *Revista Internacional de Estudios de Derecho Procesal y Arbitraje*, núm.1, (2016).

VÉLEZ TORO, Antonio José: “La huida del proceso civil”, *Revista General de Derecho Procesal Civil* núm.53, (2021).

VIDAL TEIXIDÓ, Antoni: “El tercero neutral y el mediador evaluativo en el Anteproyecto de Ley de medidas de eficiencia procesal”, *LA LEY mediación y arbitraje*, núm.5, *Sección Novedades de ADR*, Wolters Kluwer, (2021).

YÁÑEZ DE ANDRÉS, Aquilino: “Efectividad de la justicia y litigiosidad”, *Diario La Ley* núm. 9933, *Sección Tribuna*, Wolters Kluwer, (2021).