



CERTIFICACIÓN DE ACUERDO RELATIVO A INFORME

Acto que se certifica: Acuerdo adoptado por el Pleno del Consejo General del Poder Judicial en su reunión del día 28 de marzo de 2019, por el que se ha aprobado el siguiente:

INFORME SOBRE EL ANTEPROYECTO DE LEY DE IMPULSO A LA MEDIACIÓN

I. ANTECEDENTES

1.- Con fecha 16 de enero de 2019, procedente de la Secretaria de Estado de Justicia del Ministerio de Justicia, tuvo entrada en el Consejo General del Poder Judicial a efectos de evacuación del correspondiente informe conforme a lo dispuesto en el artículo 561.2 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, el Anteproyecto de Ley de impulso a la mediación.

2.- La Comisión Permanente del Consejo designó Ponentes de este informe a los Vocales don Álvaro Cuesta Martínez y don Rafael Mozo Muelas, y a las Vocales doña Pilar Sepúlveda García de la Torre y doña María Concepción Sáez Rodríguez.

II. CONSIDERACIONES GENERALES SOBRE LA FUNCIÓN CONSULTIVA DEL CGPJ

3.- La función consultiva del Consejo General del Poder Judicial a que se refiere el artículo 561 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (en la redacción dada a dicho precepto por la Ley Orgánica 4/2013, de 28 de junio), tiene por objeto los anteproyectos de leyes y disposiciones generales que afecten total o parcialmente, entre otras materias expresadas en el citado precepto legal, a “[n]ormas procesales o que afecten a aspectos jurídico-constitucionales de la tutela ante los Tribunales ordinarios del ejercicio de derechos fundamentales” (apartado 6 del art. 561.1 LOPJ), y a «[l]eyes penales y normas sobre régimen penitenciario» (artículo 561.1, apartado 8, LOPJ).

4.- Atendiendo a este dictado, en aras a una correcta interpretación del alcance y sentido de la potestad consultiva que allí se prevé a favor de este Consejo, y considerado el contenido del Anteproyecto remitido, el informe



que se emite se centrará en el examen y alcance de las normas sustantivas con el señalado alcance y de las normas procesales que en él se incluyen específicamente.

5.- Sin perjuicio de lo anterior, y con arreglo al principio de colaboración entre los órganos constitucionales, el Consejo General del Poder Judicial ha venido indicando la oportunidad de efectuar en sus informes otras consideraciones relativas, en particular, a cuestiones de técnica legislativa o de orden terminológico, con el fin de contribuir a mejorar la corrección de los textos normativos y, por consiguiente, a su efectiva aplicabilidad en los procesos judiciales, por cuanto son los órganos jurisdiccionales quienes, en última instancia, habrán de aplicar posteriormente las normas sometidas a informe de este Consejo, una vez aprobadas por el órgano competente.

6.- El Anteproyecto de Ley objeto de informe –en lo sucesivo, el Anteproyecto, AL, o el ALIM- tiene por objeto, en síntesis, establecer medidas legislativas, específicamente de carácter procesal o con proyección procesal, que sirvan para impulsar, fomentar y alentar el recurso a la mediación, como un instrumento de autocomposición eficaz de controversias surgidas entre sujetos de Derecho privado en materias sobre las que tienen poder de disposición. En este sentido, la mediación se concibe como un instrumento de resolución de conflictos alternativo a la jurisdicción, en el caso de la mediación extraprocesal, o como un complemento o herramienta procesal de respuesta y solución dentro del proceso judicial, en el caso de la llamada mediación intrajudicial o intraprocesal.

7.- El Anteproyecto contempla otras medidas como la concienciación y la formación de todos los operadores en ese ámbito, e intenta superar las limitaciones al desarrollo de toda la potencialidad con que fue concebida desde la Directiva 2008/52/CE, de 26 de agosto de 2008, sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles (DO L 136, de 24.5.2008: en lo sucesivo, la Directiva 2008/52, o la Directiva sobre Mediación), primero, y después desde la Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles (LM, en adelante), por la que se incorporó aquella al ordenamiento español.

8.- La ausencia de una cultura propicia a esta forma alternativa de resolución de conflictos, como ha destacado el informe de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo y al Comité Económico y Social Europeo sobre la aplicación de la Directiva 2008/52, de 26 de agosto de 2008 [COM(2016) 542 final], y la Resolución del Parlamento Europeo de 12 de



septiembre de 2017 sobre la aplicación de la Directiva 2008/52 [2016/2066(INI)], ha obstaculizado la virtualidad de la mediación y plantea al sistema jurídico español de la mediación y al del resto de la Unión Europea la necesidad de su reforma.

9.- Con la finalidad de implantar decididamente la mediación como una institución complementaria de la Administración de Justicia, y de incrementar su difusión y presencia en el desenvolvimiento ordinario de las relaciones jurídicas y en la resolución de conflictos, el ALIM dirige su actuación a tres frentes, que han de interactuar entre ellos. Por una parte, modifica la LM para introducir la comúnmente denominada «obligatoriedad mitigada de la mediación», que opera tanto en el plano de la mediación extrajudicial como en el de la mediación intrajudicial. Al mismo tiempo, articula medidas relativas al procedimiento de mediación, al plazo del efecto suspensivo de la mediación y sus efectos sobre la prescripción y la caducidad, así como medidas referidas a la especial cualificación y formación de los mediadores y a su designación, para contemplar también la creación de una Comisión de Seguimiento de Impulso a la Mediación y la inclusión de la mediación en los planes formativos. Por otra parte, actúa sobre la normativa procesal civil, introduciendo modificaciones en la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (LEC), para reflejar procesalmente el carácter obligatorio “mitigado” de la mediación y su configuración como un presupuesto de procedibilidad, con el alcance y consecuencias que después se verán, y para proyectar la “obligatoriedad mitigada” de la mediación al régimen de las costas procesales y al de la tutela cautelar, fundamentalmente. Y paralelamente, modifica la Ley 1/1996, de 10 de enero, de asistencia jurídica gratuita, para introducir la mediación como prestación incluida en el derecho a la asistencia jurídica gratuita.

10.- Con semejante objeto, el ejercicio de la potestad de informe de este Consejo General del Poder Judicial se justifica por la vinculación de la materia sobre la que versa el Anteproyecto a derechos de indudable raigambre constitucional, como son el derecho a la tutela judicial efectiva, el derecho de acceso a la jurisdicción y el derecho de defensa, así como por el nexo entre la mediación, como instrumento de resolución alternativa de conflictos, el ejercicio de la jurisdicción y el proceso en donde ha de desenvolverse y dirimirse jurisdiccionalmente la controversia, y donde, por ende, habrán de proyectarse los efectos de las medidas legislativas propuestas como impulso a la mediación, que a su vez inciden en lo que se ha dado en llamar “calidad de la Justicia”. La potestad de informe de este órgano constitucional, de ese modo, entronca con rotundidad con la esfera



material sobre la que recae la función consultiva que le reserva el artículo 561.1 de la LOPJ, en particular sobre las materias que contempla su ordinal sexto, sin perjuicio de la competencia que en todo caso pueda derivar de la cláusula de cierre establecida en el ordinal noveno del mismo precepto.

III. ESTRUCTURA Y CONTENIDO DEL ANTEPROYECTO

11.- La Ley anteproyectada se estructura en tres artículos tres disposiciones adicionales, una disposición transitoria y dos disposiciones finales.

12.- El artículo primero modifica el artículo 6 de la Ley 1/1996, de 10 de enero, de asistencia jurídica gratuita (LAJG).

13.- El artículo segundo modifica los artículos 32, 266, 283 y 394 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (LEC). Introduce, además, un nuevo Capítulo IX al Título I del Libro II de la LEC, relativo a la mediación intrajudicial, y modifica los artículos 399, 403, 443, 539, 722, 724, 730, 770 y 776 de la misma ley rituaría.

14.- El artículo tercero modifica la Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles. En concreto, modifica los artículos 4, 6, 11, 16, 17, 20, 22, la disposición adicional segunda y la disposición final octava.

15.- El Anteproyecto se cierra con tres disposiciones adicionales, relativas, respectivamente, a la Comisión de Seguimiento del Impulso a la Mediación, a la inclusión de la mediación en planes formativos y a la estadística; con una disposición transitoria única; y con dos disposiciones finales, referidas al título competencial y a la entrada en vigor, respectivamente.

IV. CONSIDERACIONES GENERALES SOBRE EL ANTEPROYECTO

a) Consideraciones previas

I

16.- El Anteproyecto que se informa se sitúa en un marco no estrictamente nacional sino de dimensión europea, en el que, dadas las dificultades que en el funcionamiento de los sistemas nacionales de mediación se vienen observando en la práctica, se está llevando a cabo un análisis de su efectividad y se indaga en las causas que han impedido desarrollar la potencialidad de esta institución.



17.- Ya en abril de 2002 la Comisión Europea había presentado un Libro Verde sobre las modalidades alternativas de solución de conflictos en el ámbito del derecho civil y mercantil en el que se hacía balance de la situación imperante en lo referido a tales métodos alternativos de resolución en la Unión Europea. La Directiva 2008/52 nació con el objetivo – como se desprende de su Considerando (5)- de asegurar un mejor acceso a la justicia, como parte de la política de la Unión Europea encaminada a establecer un espacio de libertad, seguridad y justicia, para lo cual se ha de facilitar el acceso a métodos tanto judiciales como extrajudiciales de resolución de litigios. La mediación, por tanto, se concibe desde su origen como un instrumento para dar una solución extrajudicial económica y rápida a conflictos en asuntos civiles y mercantiles mediante procedimientos adaptados a las necesidades de las partes, que puede facilitar, con mayor probabilidad, el cumplimiento voluntario de los acuerdos resultantes de ella, al tiempo que posibilita, con el mismo grado de probabilidad, la preservación de una relación amistosa y viable entre las partes.

18.- La mediación nace también como una herramienta o una variante de los diversos instrumentos del proceso judicial que proporcionan los modernos ordenamientos jurídicos. En ese sentido, la mediación está vinculada o conectada a los Tribunales, y aunque el Juez no media, la mediación tiene una conexión con la actividad jurisdiccional, integrando el conjunto de respuestas que se pueden dar en la resolución de un contencioso.

Por lo tanto, la mediación intraprocesal o intrajudicial es cosa también de interpela marcadamente a los jueces, es decir, es una mediación conectada con los Tribunales de Justicia. De este modo, “la mediación se ha incorporado al ámbito de lo jurisdiccional”. Si el Juez consigue, aprovechando los intersticios del proceso, que las partes en conflicto se comuniquen con la ayuda de un mediador neutral, con el objeto de que finalicen facilitar la gestión de su conflicto, y ampara u homologa judicialmente la solución que éstas alcancen, estará contribuyendo a una Justicia de calidad y prestando el un servicio de tutela judicial efectiva que se corresponde con su función. De esta forma, la mediación es un gran complemento y una nueva forma de prestación de la tutela judicial. Es más, supone tutela judicial, porque en a través de la mediación se produce genera una actividad jurisdiccional, tanto cuando el juez la promueve y deriva, como cuando reconoce y homologa los acuerdos, vinculándolos con el procedimiento judicial y con el órgano jurisdiccional.



19.- Si partimos de la base de considerar la mediación como un método alternativo a la vía judicial clásica de resolución de conflictos, su inserción en la actividad de los tribunales sería anómala y extraña. Y lo cierto es que no lo es, sino que está conectada a los tribunales, cuando funciona como complemento dentro del proceso judicial y tiene reflejo en el mismo, cuando éste se da por finalizado con la homologación del acuerdo por parte del juez.

20.- La mediación es, pues, una de las herramientas de las que se vale el procedimiento judicial para lograr la mejor resolución de los conflictos, que nunca impide que, de no obtenerse un acuerdo o en lo no acordado, se prosiga la vía contenciosa de resolución del conflicto a través de la resolución decisión judicial.

21.- El juez de nuestros días debe procurar, dentro del proceso judicial, obtener la mejor solución y el mejor amparo o tutela de los derechos aplicando la legalidad, y en ese sentido no podemos olvidar que la resolución judicial contenciosa o la resolución fruto de mediación intrajudicial, son dos caras de una misma moneda: del derecho a la tutela y del derecho de acceso a la Justicia.

22.- Esta actividad jurisdiccional conectada a la mediación, como concreción del derecho de acceso a la justicia y la tutela judicial efectiva, se halla integrada en el conjunto de las prestaciones que se pueden obtener del servicio público de la justicia y de los tribunales, contribuyendo eficazmente a la mejora del sistema judicial en su conjunto.

23.- El legislador español, cuando incorporó al ordenamiento interno la Directiva sobre mediación, ya destacó sus ventajas, entre las cuales se encuentra su capacidad para dar soluciones prácticas, efectivas y rentables a determinados conflictos jurídicos que afectan a derechos subjetivos de carácter disponible, construida en torno a la intervención de un profesional neutral que facilita la resolución de su controversia por los propios interesados a los que afecta, permitiendo el mantenimiento de las relaciones subyacentes y conservando el control sobre el final del conflicto. La mediación, como institución ordenada a la paz jurídica, «[c]ontribuye a concebir los tribunales de justicia en ese sector del ordenamiento jurídico como un último remedio, en caso de que no sea posible componer la situación por la mera voluntad de las partes, y puede ser un hábil coadyuvante para la reducción de la carga de trabajo de aquellos, reduciendo su intervención a aquellos casos en que las partes enfrentadas



no hayan sido capaces de poner fin, desde el acuerdo, a la situación de controversia» (Apartado II del Preámbulo de la LM).

24.- Las ventajas de la mediación, por tanto, no se consideraron entonces, ni han de ser consideradas en la actualidad, exclusivamente en términos de contribución al aligeramiento de la carga que pesa sobre los juzgados y tribunales, finalidad esta consustancial a la consideración de la mediación como institución complementaria a la Administración de Justicia, sino que se concibieron, y han de concebirse, de forma más amplia, desde la perspectiva que ofrece el concepto, también amplio, de "calidad de la justicia", la realización del derecho de acceso a la Justicia y a la tutela judicial efectiva y de la "cultura de la paz" proclamada por las Naciones Unidas, en donde tienen cabida desde la pacificación de las relaciones jurídicas y sociales hasta los costes de la Justicia, tanto para la Administración como para el ciudadano.

25.- Vinculadas a estas ventajas se encuentran los objetivos de la mediación, cuya efectividad ha de ser capaz de propiciar la virtualidad de aquellas. La eficacia de la mediación se alcanza cuando facilita la consecución de las ventajas que ofrece. De ahí que la evaluación del cumplimiento de los objetivos de la mediación deba abordarse de manera plural, bajo la contemplación de todos aquellos aspectos que la justifican.

26.- Esta es la base sobre la que se asienta el informe de la Comisión Europea sobre la aplicación de la Directiva 2008/52, que parte de los datos recogidos del inicial estudio sobre la aplicación de la Directiva, realizado en el año 2013, y actualizado en 2016. Tiene en cuenta además los datos ofrecidos por el grupo de trabajo de la Red Judicial Europea en materia civil y mercantil, que en 2014 elaboró un documento sobre el fomento de la mediación familiar internacional en casos de sustracción internacional de menores, así como los resultados del estudio y las experiencias de los Estados miembros en la aplicación de la Directiva debatidos en la reunión de la referida Red celebrada en julio de 2015, y los que arrojó la consulta pública en línea realizada entre el 18 de septiembre y el 18 de diciembre de 2015, en la que participaron diversos agentes de la justicia, públicos y privados, que aportaron 562 respuestas.

27.- En la evaluación general de la información obtenida, la Comisión destaca que en aquellos casos en los que la transposición de la Directiva ha dado lugar a cambios sustanciales en el marco de la mediación vigente o la introducción de un amplio sistema de mediación se ha dado un importante paso adelante en el fomento del acceso a la resolución alternativa de litigios



y en la consecución de una relación equilibrada entre la mediación y el proceso judicial. A continuación, pone de manifiesto las dificultades que se han presentado en la práctica en relación con el funcionamiento de los sistemas nacionales de mediación. Estas dificultades están relacionadas principalmente con la falta de una «cultura» de la mediación en los Estados miembros, el insuficiente conocimiento de cómo tratar los casos transfronterizos, el bajo nivel de conocimiento de la mediación y el funcionamiento de los mecanismos de control de calidad para los mediadores. Los resultados analizados pusieron asimismo de relieve que los jueces y tribunales seguían siendo reacios a remitir a las partes a mediación, si bien los consultados reconocieron la importancia del papel de la mediación, sobre todo en Derecho de familia (especialmente en los procedimientos relativos a la custodia de los hijos, los derechos de visita y los casos de sustracción de menores), y en los litigios comerciales. En general, coincidieron en que la mediación permitía importantes ahorros de costes en una amplia gama de asuntos en materia civil y mercantil y, en muchos casos, reducía considerablemente el tiempo necesario para resolver un litigio.

28.- En sus conclusiones, el informe de la Comisión, si bien considera que no es necesario revisar por el momento la Directiva, incide sin embargo en que su aplicación puede mejorarse. En tal sentido, señala que, cuando proceda y resulte necesario, los Estados miembros deben intensificar sus esfuerzos para fomentar y alentar el recurso a la mediación por los diferentes medios y mecanismos previstos en la Directiva. En particular, deben redoblar los esfuerzos nacionales por aumentar el número de asuntos en los que los órganos jurisdiccionales proponen a las partes que recurran a la mediación para resolver el litigio. Y señala como ejemplos de buenas prácticas los siguientes: el requisito de que las partes expongan en sus demandas si han intentado la mediación, sobre todo en el ámbito del derecho de familia; sesiones de información obligatoria en el marco de un proceso judicial y obligación de los órganos jurisdiccionales de considerar la mediación en todas las fases de los procesos judiciales; incentivos económicos que hagan más interesante para las partes acudir a la mediación en lugar de hacerlo a un proceso judicial; y garantizar la ejecución forzosa sin exigir necesariamente el consentimiento de todas las partes en el acuerdo.

29.- La Resolución del Parlamento Europeo de 12 de septiembre de 2017 sobre la aplicación de la Directiva 2008/52 CE, en sus conclusiones principales, después de acoger con satisfacción el hecho de que en muchos Estados miembros los sistemas de mediación hayan sido objeto de



modificaciones y revisiones, o estén previstas, para dar cumplimiento a los requerimientos que se deriva de la Directiva, y después de congratularse de que, con excepción de tres, los Estados miembros hayan extendido la regulación europea no solo a los casos transfronterizos sino también a los nacionales, constata, sin embargo –en línea con la Comisión Europea–, 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 y el insuficiente conocimiento del modo de tratar asuntos transfronterizos y el funcionamiento de los mecanismos de control de calidad aplicables a la mediación.

30.- Hace hincapié en que todos los Estados miembros prevén la posibilidad de que los tribunales insten a las partes en un litigio a recurrir a la mediación o, al menos, a participar en sesiones informativas sobre la mediación, y observa que, en algunos Estados miembros, la participación en estas sesiones informativas es obligatoria, ya sea por iniciativa del juez, ya por disposición legal en el caso de determinados litigios, como los de familia. Indica, asimismo, que en algunos Estados miembros es obligatorio que los abogados informen a sus clientes sobre la posibilidad de recurrir a la mediación o que las solicitudes presentadas a los tribunales confirmen que se ha intentado la mediación o que hay motivos que lo impiden. Y advierte de que el artículo 8 de la Directiva garantiza que el hecho de acudir a mediación no constituya un impedimento para recurrir posteriormente a los tribunales debido al tiempo dedicado a la mediación.

31.- Toma nota, al mismo tiempo, de que numerosos Estados miembros ofrecen incentivos económicos para que las partes recurran a la mediación, ya sea en forma de reducción de costes, asistencia jurídica o sanciones en caso de negativa injustificada a considerar la mediación; y observa que los resultados obtenidos en estos Estados demuestran que la mediación puede proporcionar una resolución extrajudicial rentable y rápida de los litigios a través de procedimientos adaptados a las necesidades de las partes.

32.- Paralelamente, considera que la adopción de códigos de conducta –en especial el Código de Conducta Europeo para la mediación– constituye un instrumento importante para asegurar la calidad de la mediación. Acoge con satisfacción, por otra parte, la importancia de la mediación en el Derecho de familia, en la medida en que sirve para crear un clima constructivo para las negociaciones y garantizar un trato justo entre los padres, a la vez que posibilita soluciones amistosas duraderas y en interés de los menores. Y



destaca que, pese al carácter voluntario de la mediación, es preciso adoptar medidas para garantizar el carácter ejecutorio de los acuerdos de mediación de manera rápida y asequible, dentro del pleno respeto de los derechos fundamentales, así como de la legislación nacional y de la Unión. Recuerda a este respecto que la aplicación a escala nacional de un acuerdo alcanzado por las partes en un Estado miembro está, por regla general, sujeta a la homologación por una autoridad pública, lo que origina costes adicionales, es lenta para las partes del acuerdo y, por tanto, podría afectar negativamente a la circulación de acuerdos de mediación extranjeros en el caso de litigios menores.

33.- A partir de tales consideraciones, el Parlamento Europeo formula una serie de recomendaciones que van desde la intensificación de los esfuerzos para fomentar el recurso a la mediación mediante campañas de información y el desarrollo de normas de calidad a escala de la Unión para la prestación del servicio de mediación, que tenga en cuenta el derecho fundamental de acceso a la justicia así como las diferencias locales respecto a la cultura de la mediación, como medio para seguir fomentando su uso, hasta la creación y mantenimiento de registros nacionales de procedimientos de mediación y la adopción de soluciones que permitan ampliar eficazmente el ámbito de la mediación a otras, destacando la especial significación de la mediación sobre ciertas cuestiones de carácter social, como el Derecho de familia, así como la necesidad de asegurar la protección de las partes más débiles, y la importancia de garantizar el respeto de los criterios de equidad en materia de costes, fundamentalmente para proteger los intereses de los colectivos desfavorecidos. Concluye, sin embargo, con la advertencia de que la mediación puede perder su atractivo y valor añadido en caso de introducirse normas demasiado estrictas para las partes.

II

34.- Las medidas de impulso a la mediación, una vez detectados los problemas que lastran su efectividad, se proyectan, según las orientaciones de la Comisión y del Parlamento Europeo, en diversos sentidos, que confluyen en la finalidad de dotar a la mediación de una mayor virtualidad y eficacia.

35.- Como eje principal de estas medidas se encuentra la previsión de que los tribunales insten a las partes en un litigio a recurrir a la mediación o, al menos, a participar en sesiones informativas sobre la mediación, con objeto, en primer término, de superar la falta de cultura de la mediación y la ausencia de conocimiento de este instrumento, si bien de forma



remanente se anudan a ella las finalidades mismas de la mediación, referidas tanto a facilitar la solución extrajudicial de los conflictos, como a propiciar soluciones armónicas y estables a las relaciones jurídicas afectadas por el conflicto, especialmente las relaciones familiares, así como a facilitar la ejecución de los acuerdos de mediación y, en fin, a reducir los costes de la justicia.

36.- De este eje principal cuelgan un rosario de medidas, con los fines de la mediación. Estas afectan al ámbito de aplicación de la mediación; a los incentivos a la mediación, referidos ya a los costes asociados a la mediación y al proceso, ya la asistencia jurídica, ya a sanciones anudadas a la negativa injustificada a considerar la mediación; a la confidencialidad de la mediación; al efecto de la mediación sobre los plazos de caducidad y prescripción; y, en fin, a la calidad de la mediación y a la promoción de campañas públicas de información a la ciudadanía.

37.- Es relevante destacar, como hace el Parlamento Europeo a partir del informe elaborado por la Comisión, la importancia de que este conjunto de medidas se adopte de manera equilibrada so pena de subvertir su propia finalidad; evitando que, por virtud del rigor con que se conciban, puedan producir el efecto de desincentivar, antes que incentivar el recurso a la mediación. Con especial cuidado, por tal razón, se han de considerar las medidas que se adopten con el fin de limitar los riesgos para las partes más débiles; de garantizar el respeto de los criterios de equidad en materia de costas, en particular para proteger los intereses de los colectivos más desfavorecidos, y de evitar introducir normas demasiado estrictas que pudieran hacer perder a la mediación su atractivo y valor añadido.

III

38.- El análisis de las medidas de impulso a la mediación propuestas por el prelegislador ha de hacerse, por tanto, a partir del indicado esquema y desde las anteriores consideraciones. En este sentido, atendido el contenido del Anteproyecto, puede adelantarse una primera conclusión de carácter general, que se resume en una valoración, también general –y sin perjuicio de las consideraciones que seguidamente se harán-, positiva del proyecto normativo, en la medida en que gravita sobre el eje principal de las medidas de impulso de la mediación, cual es la determinación del carácter obligatorio de la sesión informativa, su alcance y consecuencias, y aborda al mismo tiempo aquellas medidas específicamente referidas a los incentivos económicos de la mediación, a su relación con el derecho a acceder a la justicia, a la confidencialidad y a la calidad de la mediación,



materializándose en las oportunas modificaciones de las normas sustantivas y procesales que requiere su implantación.

39.- El Anteproyecto se muestra sensible, por otra parte –y esto merece también una valoración positiva- a las demandas de los más significados sectores y agentes de la mediación, recogiendo en su articulado aquellas reivindicaciones más relevantes en la configuración del esquema de medidas de impulso a la mediación, tal y como se evidencia de la lectura del cuadro de alegaciones formuladas por las distintas entidades, instituciones y operadores jurídicos con quienes se entendió en trámite de consulta pública previa del artículo 26.2 de la Ley 50/1997, de 27 de noviembre, del Gobierno.

IV

40.- Llegado este punto, procede hacer una valoración –también general- del Anteproyecto desde el punto de vista de la necesidad, antes que la oportunidad, de acometer el proyecto normativo.

41.- En la MAIN, en el apartado relativo al “Análisis de alternativas” (punto 1.4), se indica que se ha valorado la “alternativa cero”, esto es, la inactividad normativa bajo la premisa de que la opción “no hacer nada” es en todo caso una alternativa que debe considerarse, pues permite tener la referencia de los efectos previstos para el supuesto de inactividad de los poderes públicos.

42.- Para el prelegislador, la efectividad de la LM ha sido muy limitada, al no haberse materializado muchas de sus previsiones en un compromiso institucional firme, y al no haber comprendido la comunidad mediadora suficientemente las implicaciones reales de la Ley. Es este desconocimiento de este modelo de solución de conflictos, la falta de confianza en sus resultados desde la cultura de la solución contenciosa y judicial de las disputas o desde la cultura de la seguridad de las resoluciones judiciales, y la ausencia de datos sobre la desjudicialización de los conflictos, junto con la falta de percepción de un aumento notable de su demanda, la que ha desaconsejado la alternativa “cero” y ha determinado la elaboración del proyecto normativo.



43.- Los datos que se obtienen de la Estadística Judicial del Consejo General del Poder Judicial sobre la mediación en el orden jurisdiccional civil en España son los que aparecen consignados en el siguiente cuadro:

MEDIACIÓN EN EL ORDEN JURISDICCIONAL CIVIL EN ESPAÑA*			
Año	Asuntos derivados a mediación	Asuntos finalizados	
		Con avenencia	Sin avenencia
2014	1.252	85	767
2015	1.217	155	642
2016	954	128	511
2017	1.449	176	766
2018**	1.324	155	743
Evolución % 2014-2018	+5,75%	+82,35%	-3,13%

* Datos de los Juzgados de Primera Instancia y de los Juzgados de Primera Instancia e Instrucción procedentes de la Sección de Estadística Judicial del Consejo General del Poder Judicial

** Proyección con los datos de los trimestres 1 a 3 de 2018 (963/113/540)

44.- De este cuadro resulta que en el periodo comprendido entre el año 2014 y el tercer trimestre del 2018 la evolución, en términos porcentuales, de los asuntos derivados a mediación –siempre referida, por tanto, a la mediación intrajudicial- se cifró en un 5,75%, lo que evidencia un incremento no suficientemente significativo del recurso a la mediación, resultado este condicionado sin duda por las limitadas facultades que respecto de la derivación a mediación ofrecen al juzgador los vigentes artículos 414 y 415 de la LEC. Por el contrario, la progresión de los asuntos finalizados con avenencia durante ese periodo se cifra en un 82,35%. Debe retenerse, sin embargo, que el porcentaje de asuntos finalizados con avenencia respecto de los derivados a mediación es muy bajo: tomando los datos de los tres primeros trimestres del 2018, el porcentaje es del 11%.

45.- En España, en el año 2017, 700 órganos jurisdiccionales han derivado a mediación, civil, penal, de Derecho de familiar, y un número inferior en social y contencioso. , aunque hay experiencias.

46.- En particular, la mediación familiar, aunque no avanza lo deseable suficiente, también va en aumento: unos 253 órganos jurisdiccionales han derivado a mediación más de 5.000 asuntos en el último año, con un aunque el número final de acuerdos no sobrepasa la cifrado en de 446.



47.- Los últimos datos que maneja el CGPJ son los siguientes:

- Derivaciones sin realización de la sesión informativa: 2.894 (en 615 casos no se localizaron a las partes, en 1.499 asuntos se produjo la incomparecencia de ambas partes y en 471 asuntos no compareció una parte).
- Expedientes con sesión informativa, que no hicieron mediación: 1071
- Expedientes en que se realizó mediación: 1065
- Con Acuerdo: 446

48.- La importancia de la justicia de familia sigue requiriendo una atención prioritaria y una especialización como orden jurisdiccional. Las últimas cifras ponen de manifiesto la importancia cualitativa y cuantitativa del Derecho de familia: 180.000 Sentencias; 600.000 ciudadanos o familias afectadas por las resoluciones judiciales en materia de familia. 340.000 adultos; 260.000 niños; y un dato adicional de importancia: en el 70% de los casos, la sentencia no pone fin al conflicto ni a las cuestiones suscitadas en el Derecho de familia, ya sean respecto de los hijos, de las medidas, o de la liquidación del régimen económico.

49.- En el año 2016, los órganos judiciales que derivaron a mediación fueron 614 (aunque se estima que fueron más de 700, porque faltan datos de alguna CCAA):

- 253 órganos derivan a Mediación Familiar
- 250 órganos derivan a Mediación Penal
- 111 órganos derivan a Mediación Civil

50.- Existen, además, Y existen proyectos piloto y convenios suscritos con el CGPJ sobre en mediación en los ámbitos Contencioso-administrativo, Mercantil y Social.

51.- En resumen, hay unos 700 órganos judiciales están derivando a mediación en España en todas las jurisdicciones, si bien faltan datos relativos a la mediación penal de adultos en Penal de Cataluña y Andalucía. La mediación social ha comenzado en 2017-2018, siendo destacable en Burgos y Barcelona, y aunque en el orden contencioso-administrativo existen escasas muy pocas experiencias, localizadas sólo en Canarias y, más recientemente, en Madrid, Murcia y Burgos.

52.- Por otra parte, los datos que maneja la MAIN al examinar los beneficios en relación con el funcionamiento de los juzgados y tribunales, y atendiendo



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

Secretaría General

al número de asuntos de entrada anual –referida al año 2017- en el orden jurisdiccional civil, son los siguientes:

TERRITORIO MINISTERIO DE JUSTICIA	CIVIL PURO*	FAMILIA	CIVIL TOTAL
ILLES BALEARS	34.499	5.427	39.926
CASTILLA Y LEÓN	73.361	8.425	81.786
CASTILLA-LA MANCHA	54.157	7.974	62.131
EXTREMADURA	30.500	4.381	34.881
MURCIA	43.748	6.350	50.098
CEUTA	2.473	499	2.972
MELILLA	1.791	388	2.179
TOTAL TERRITORIO MINISTERIO	240.529	33.444	273.973

TOTAL NACIONAL	1.335.661	205.191	1.540.852
Total territorio Ministerio	240.529	33.444	273.973
Total provincia de Albacete	10.153	1.605	11.758
Total partido judicial de Albacete	6.691	928	7.619

* Procesos contenciosos + otras medidas + incidentes + concursos personas físicas excluida jurisdicción voluntaria de Asuntos ingresados en juzgados de Primera Instancia y Mixtos

53.- Los datos facilitados por la Sección de Estadística Judicial del Consejo General del Poder Judicial sobre la entrada de asuntos civiles contenciosos – incluyendo familia-, referidos al año 2017, y a la totalidad del territorio nacional, son los siguientes:

Ordinarios	328.286
Verbales arrendaticios	69.985
Verbales posesorios	16.963
Demás verbales	241.557
Cambiarios	8.437
Monitorios europeos	655
Monitorios restantes	505.421
Procesos europeos de escasa cuantía Regl.CE 861/07	96
División de Patrimonios	4.528
Nulidades matrimoniales	139
Divorcios consensuados	63.401
Divorcios no consensuados	39.802
Separación consensuada	3.634



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

Secretaría General

Separaciones no consensuadas	1.518
Eficacia civil, separación, disolución o nulidad canónica	244
Modificación medidas consensuadas	10.378
Modificación medidas no consensuadas	31.174
Juicios Ordinarios	644
Juicios Verbales	3.282
Procedimientos relativos a sustracción internacional de menores	134
Liquidación del Régimen Económico Matrimonial	7.156
Guarda, Custodia o Alimentos de hijos menores no Matrimoniales Consensuados	18.034
Guarda, Custodia o Alimentos de hijos menores no Matrimoniales No Consensuados	23.636
Oposición a resoluciones administrativas sobre protección de menores	1.888
Ruptura de pareja estable. Consensuada (Cataluña)	88
Ruptura de pareja estable. No Consensuada (Cataluña)	40
Modificativos de la Capacidad	32.531
De esterilización de incapaces	93
Concursos personas físicas	2.237
TOTAL	1.415.981

54.- En función de los datos que maneja, el prelegislador estima que el número de asuntos en los que, según el modelo de "obligatoriedad mitigada" que diseña, el intento de mediación -que tendrá la naturaleza de requisito procesal- puede situarse entre 250.000 y 300.000 asuntos al año. Según se indica en la MAIN, se aspira a que, con un cálculo prudencial que fije fija en un 50%, los supuestos en los que, realizada la sesión informativa, el procedimiento de mediación continúe y fragüe un acuerdo entre las partes, puedan resolverse anualmente unos 150.000 asuntos, lo que implicaría una reducción aproximada del 10% de la carga de trabajo del orden jurisdiccional civil, y representaría un número muy importante de asuntos en los que, al alcanzar las partes un acuerdo entre ellas, se preserve mejor la relación que las una.

55.- La estimación que hace el prelegislador no aparece suficientemente explicada en la MAIN. Tampoco escapan a un mínimo análisis las estimaciones del prelegislador acerca del número de asuntos afectados por el modelo de mediación que diseña, que carecen de justificación objetiva y no discriminan por razón de los asuntos sobre los que habrá de proyectarse ese modelo. Por otra parte, el porcentaje -del 50%- en el que fija el



número de asuntos en los que, iniciado el procedimiento de mediación, “se aspira” por el prelegislador a culminar en un acuerdo, no aparece suficientemente explicado, y contrasta con el tanto por ciento en que, según los datos de la tabla arriba reflejada, se cifra por la Estadística del Consejo General del Poder Judicial el número de asuntos derivados a mediación que han finalizado con avenencia.

56.- Con todo, teniendo en cuenta la evolución de los asuntos derivados a mediación, el volumen –estimado- de asuntos afectados por el modelo de mediación propuesto y el porcentaje de acuerdos de mediación alcanzados, cabe razonablemente considerar que, en términos generales, el sistema de incentivos diseñado por el prelegislador redundará en un mayor grado de utilización del recurso de la mediación en beneficio de la reducción de la carga jurisdiccional, además de los beneficios asociados a este sistema de resolución alternativa de conflictos.

57.- Si esta previsible incidencia de las medidas propuestas por el prelegislador justifica de por sí la necesidad del anteproyecto normativo, esta termina de explicarse por razón de las orientaciones que se recogen en el informe de la Comisión y en la resolución del Parlamento Europeo, cuyo designio es dotar de total virtualidad a la regulación de la mediación que deriva de la Directiva y, por ende, la consecución de las finalidades a que está encaminada. Al seguir el prelegislador nacional aquellas orientaciones y recomendaciones está contribuyendo al completo desenvolvimiento de la normativa europea y a configurar el marco normativo nacional de modo tal que, dentro del espacio que enmarca aquella, sea capaz de cumplir en mayor medida las finalidades a que está orientada la institución de la mediación.

58.- Es en la consecución de estas finalidades donde el Anteproyecto encuentra su definitiva justificación, antes que en su incidencia –no desdeñable- en la carga jurisdiccional. La propuesta normativa ha de entenderse, pues, no tanto como un instrumento para aligerar el peso que soportan los tribunales –efecto cierto que se produce, si bien de forma imponderable en su entidad y temporalidad-, cuanto en un instrumento capaz de producir ese efecto desde la consideración, principal y esencial, de la mediación como un medio capaz de propiciar la tutela de los derechos e intereses legítimos, y la consecución de esta tutela está en directa relación con la calidad de la mediación, con la confianza que este sistema de resolución de conflictos ofrezca al ciudadano y a los propios órganos jurisdiccionales que han de derivar, o propiciar la derivación, a la mediación, mientras que esta confianza se encuentra a su vez en relación



directa con el grado de aceptación, divulgación y desarrollo de este método autocompositivo.

59.- Lo adecuado, por tanto, es considerar el sistema normativo de impulso a la mediación que proyecta el prelegislador desde la perspectiva de la tutela de los derechos e intereses legítimos, concebida esta en términos cualitativos y no cuantitativos; es decir, desde la importancia de la calidad de la mediación, que se manifiesta, a partir de la voluntariedad, flexibilidad y agilidad que caracteriza la autocomposición, en un enfoque del conflicto equilibrado, cercano a los intervinientes, y con la perspectiva de propiciar una solución rápida y económica que facilite satisfactoriamente el pacífico desenvolvimiento de las relaciones subyacentes al conflicto y propicie un también pacífico cumplimiento de los acuerdos, contando con la preparación y formación de las personas mediadoras y con la colaboración y coordinación institucional necesaria para garantizar esa calidad, que ha de ser homogénea en todo el territorio nacional so pena de producir eventuales desigualdades que se habrían de traducir en una indeseable desigualdad en la administración de justicia.

60.- Y también desde esta perspectiva el Anteproyecto ha de merecer una valoración positiva, por cuanto las medidas que articula persiguen incentivar e impulsar el recurso a la mediación con la mira puesta no solo en el conocimiento de este instrumento de resolución de conflictos sino también en la calidad de la mediación, de la respuesta que ofrezca, y, por ende, en la calidad de la justicia.

61.- Sin perjuicio de esta valoración general positiva, y sin perjuicio también de las observaciones que más adelante se harán al articulado del Anteproyecto, cabe recoger ahora ciertas consideraciones generales que, sin cuestionar la opción del legislador ni descender a examinar la oportunidad de la propuesta, inciden sin embargo en la necesidad de abordar las medidas de impulso a la mediación desde una perspectiva que trasciende el estricto planteamiento normativo para atender a aquellas circunstancias que lastran el desarrollo y la definitiva implantación de este instrumento de resolución alternativa de conflictos, más allá del escaso conocimiento de esta figura y de la limitada cultura de autocomposición que todavía hoy se percibe en España.

62.- Esta visión trascendente de la implantación de la mediación en España conduce a concluir, con un autorizado sector de los operadores en el mundo de la mediación, que las dificultades se encuentran en la ausencia o en el limitado compromiso de las Administraciones públicas con competencias en



materia de justicia y, por tanto, en mecanismos alternativos de resolución de conflictos; en las desigualdades existentes en la implantación de los servicios públicos de mediación en los distintos territorios y, por consiguiente, en el desigual acceso a este instrumento por parte de la ciudadanía; en la falta de criterios homogéneos para la capacitación de los profesionales de la mediación y la necesidad de mayor formación; y, en fin, en la falta de estímulos e incentivos para el uso de la mediación por parte de los tribunales, de los operadores jurídicos y de los ciudadanos. Se trataría de acometer, desde esta perspectiva más amplia, el desarrollo de políticas públicas capaces de crear un sistema que garantice el acceso a los ciudadanos a la justicia, con la implicación real, efectiva y coordinada de las instituciones responsables de la mediación y un mayor compromiso tanto de los miembros de la Carrera Judicial como de las Administraciones competentes con la mediación, tal y como se señala en las propuestas del documento "Diez realidades-Diez propuestas" presentado por el Consejo General del Poder Judicial el pasado día 22 de enero de 2019. Y bajo esta visión más amplia cabe trasladar al prelegislador la conveniencia de acometer una regulación integral y con mayor profundidad de la mediación, con un enfoque de conjunto que aborde los distintos planos que inciden en su definitiva implantación, al mismo tiempo que se tienda a agotar en el mayor grado posible el margen de actuación que la Directiva deja al legislador nacional -siquiera sea en la esfera del ordenamiento jurídico sobre la que recae la Ley-, fundamentalmente en la derivación intraprocesal, más allá de puntuales reformas con una limitada finalidad meramente incentivadora.

b) En particular, el modelo de mediación obligatoria y la mediación obligatoria "mitigada"

I

63.- El informe de la Comisión al Parlamento Europeo al que ha venido haciéndose referencia se hace eco de la amplia controversia que gira en torno a la cuestión de si la mediación debe ser o no obligatoria, en el contexto de la adopción de medidas de impulso y fomento de este instrumento autocompositivo. Los argumentos en pro de la obligatoriedad gravitan en torno a la idea de que la falta de una mediación obligatoria obstaculiza el fomento a la mediación, y así se refleja en el estudio del Parlamento Europeo de 2014 «'Rebooting`the mediation directive» (<http://bookshop.europa.eu/en/estudy-for-an-evaluation-and-implemntation-of-directive-2008-52-ec-the-mediation-directive-pbDS0114825/>). De contrario, se argumenta que, por su propia naturaleza,



la mediación solo puede ser voluntaria para poder funcionar correctamente, y que perdería su atractivo frente a los procesos judiciales si adquiriera carácter obligatorio.

64.- Por otra parte, en el debate subyace la cuestión de la posible conciliación o no de la mediación obligatoria con el derecho a la tutela judicial efectiva y el derecho a acceder a la jurisdicción consagrados en el artículo 47 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea y en el artículo 24 CE.

65.- La controversia acerca de la obligatoriedad o no de la mediación se ha de situar en el marco de las medidas de impulso de este instrumento de resolución de conflictos que diseñe el legislador nacional, y por tanto, su examen debe abordarse desde la consideración de su implantación como un recurso que, en conjunción con otros, se orienta de forma inmediata a dicha finalidad de impulso, a la que están asociadas otras finalidades, subsiguientes y consustanciales al fomento de la mediación, tal y como ha venido exponiéndose.

66.- Conviene detenerse en el hecho de que la mediación obligatoria no es desconocida en los países de nuestro entorno. En Italia, cuyo sistema se utiliza como paradigma de este modelo de autocomposición, dados sus resultados, se prevé para determinadas categorías de asuntos, y con un determinado alcance. También en Hungría y Croacia es obligatoria para ciertos asuntos de Derecho de familia, lo mismo que en Lituania, Luxemburgo, Inglaterra y Gales. En la República Checa, por su parte, se contempla la derivación judicial obligatoria a las sesiones informativas.

67.- Tampoco es desconocida en España la obligatoriedad de determinados instrumentos de conciliación. El artículo 38 del Real Decreto 231/2008, de 15 de febrero, por el que se regula el sistema arbitral en materia de consumo, contempla la obligatoriedad del intento de mediación en el procedimiento arbitral. El Real Decreto-ley 1/2017, de 20 de enero, de medidas urgentes de protección de consumidores en materia de cláusulas suelo, prevé –artículo 3- un sistema de reclamación previa con proyección sobre el procedimiento judicial y el régimen de costas. El Real Decreto Legislativo 8/2004, de 29 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre responsabilidad civil y seguro en la circulación de vehículos a motor, establece (artículo 7) un sistema de reclamación y de oferta vinculante de indemnización que también opera como presupuesto de procedibilidad, y prevé la posibilidad de mediación con sujeción a lo dispuesto en la LM (artículo 14). Ciertamente es que tales mecanismos se



contemplan en el seno de relaciones de consumo, o relaciones en donde las partes no se encuentran en situación de igualdad, y que, por la configuración subjetiva y objetiva de la controversia, se sitúan más cerca del ámbito material de aplicación 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 por la que se modifica el Reglamento (CE) nº 2006/2004 y la Directiva 2009/22/CE. Sirva su mención, por tanto, solo como ejemplo de la existencia en el ordenamiento interno de fórmulas de conciliación de carácter obligatorio.

68.- También el Anteproyecto de Ley de Mediación en Asuntos Civiles y Mercantiles, que después daría lugar a la vigente LM, introducía un mecanismo de mediación obligatoria para la interposición de demandas de juicio verbal por razón de la cuantía que consistiesen en reclamaciones de cantidad y no se refirieran a alguna de las materias enumeradas en el artículo 250.1 de la LEC ni a materia de consumo.

69.- En el informe que este órgano constitucional emitió sobre dicho Anteproyecto de Ley, que fue aprobado por el Pleno del Consejo en su reunión de 19 de mayo de 2010, se indicaba que dicho mecanismo suponía la restauración de un sistema similar al que fue abandonado por el legislador al eliminar el trámite preceptivo del acto de conciliación previo a la demanda de juicio declarativo que se establecía en el artículo 460 de la LEC de 1881, lo que tuvo lugar en virtud del artículo 8 de la Ley 34/1984, de 6 de agosto. «[E]s dudoso –se decía en aquel informe- que el recurso obligatorio a la mediación o a la conciliación redunde por sí solo en una auténtica reducción de la litigiosidad, antes bien, corre el riesgo de acabar convirtiéndose en una suerte de formalidad cumplimentada de forma rutinaria, y en definitiva en una traba para el acceso al sistema judicial, como el propio Anteproyecto parece descontar que sucederá. Así, cuando en el artículo 19.1, al referirse a las sesiones informativas previas a la mediación, dispone que "*[e]n los supuestos de mediación obligatoria las sesiones informativas serán gratuitas*", y añade que "*[e]n tal caso, se podrá tener por intentada la mediación y cumplida la obligación legal justificando la asistencia [a dichas sesiones]*". O cuando en el artículo 24.III prevé que "la mediación exigida por la ley se tendrá por intentada mediante la aportación del acta en la que conste la inasistencia de cualquiera de las partes". A este respecto, resulta significativo que la Memoria del Análisis de Impacto Normativo que acompaña al Anteproyecto, para rechazar que ese intento obligatorio de mediación pueda convertirse en un obstáculo que afecte al derecho a la tutela judicial efectiva, se refiera a él como "*un mero trámite de carácter previo que permite dar por cumplida la obligación legal*"



en la sesión informativa si no se llega a iniciar la mediación”. No parece que tenga mucho sentido instaurar supuestos de mediación obligatoria cuando el propio legislador presume que se van a convertir en meros trámites previos sin una verdadera efectividad, pues lo único que ello supondrá es la agregación de nuevas cargas llamadas a lastrar el ejercicio del derecho de acceso a la justicia».

70.- Se ha de insistir en que la obligatoriedad “mitigada” de la mediación como requisito previo o por derivación judicial no debe ser concebida como un mero trámite. En este punto, es preciso reflexionar sobre si aquellos aspectos que se derivan de una obligatoriedad rígida o de una automatización de la mediación como requisito previo o de mera asistencia a la sesión informativa, pueden conducir a una pérdida de eficacia. Es preciso, asimismo, combinar la obligatoriedad “mitigada” con la eliminación de rigideces y automatismos, y propiciar que el “intento de mediación” se produzca dentro de los espacios o edificios judiciales.

71.- Sin perjuicio de que, como viene diciéndose, en la actualidad deba entenderse la mediación conforme a un nuevo paradigma, que conduce a concebirla no ya bajo criterios cuantitativos, referidos a razones coyunturales y a su incidencia en la carga que pesa sobre juzgados y tribunales, sino bajo criterios cualitativos, identificados con el acceso y la calidad de la justicia, con una demanda social de justicia que no puede satisfacer únicamente el proceso judicial, y con independencia de lo que seguidamente se expondrá acerca de la convivencia de este instrumento y el derecho a la tutela judicial efectiva, lo que interesa ahora es poner de manifiesto que el Consejo de Estado, en su Dictamen sobre el Anteproyecto de la Ley de Mediación en Asuntos Civiles y Mercantiles (Dictamen Ref. 2222/2010, de 17 de febrero de 2011), destacó que *«[e]l hecho de que se imponga el inicio o la exploración de la mediación en determinados procesos judiciales es compatible con el principio de voluntariedad que se proclama de la mediación (en el sentido expuesto de que las partes son enteramente libres para mantenerse y para concluir un acuerdo)»*. *«Otra cosa distinta – continúa el alto órgano consultivo- es si la previsión de la obligatoriedad – cuando una norma impone que se explore la mediación como posibilidad previa a la vía judicial- supone o no un verdadero impulso de esta institución [...]»*.

72.- Y con anterioridad, el mismo Dictamen había expuesto: *«[E]l calificativo alternativo –referido a este sistema de resolución de conflictos - no debe ser entendido como sucedáneo de los procedimientos jurisdiccionales, ni un instrumento para eludir el proceso judicial. No se*



trata de excluir la tutela judicial sino de completarla asegurando también una tutela extrajudicial de los derechos. Tampoco es una justicia "menor", para pequeños asuntos, sino una justicia distinta, más flexible y "suave". Estos sistemas son en buena parte producto de la sociedad civil y, en todo caso, tienen una base jurídica voluntaria: se fundamentan en la autodeterminación y la autonomía que se reconocen a los afectados. Ello requiere de amplios espacios de justicia privada para que los actores puedan arreglar sus desacuerdos que no puede asegurarse solo mediante los jueces y tribunales [...]. Pues bien, en este sentido [...] los medios alternativos de solución de controversias responden a la necesidad de solucionar con agilidad los conflictos al margen del proceso judicial sin que se produzca un detrimento de las garantías que ofrece el ordenamiento jurídico».

II

73.- Llegado este punto, se debe abordar el análisis, ya anunciado, de la conciliación del sistema de mediación obligatorio "mitigado" propuesto por el prelegislador, que se resume en el intento de mediación en aquellos casos para los que se establece y opera como presupuesto procesal, y el derecho a la tutela judicial efectiva. Para ello se ha de tener presente que el marco normativo en el que se desenvuelve la legislación española es el que ofrece la Directiva 2008/52, la cual confiere un amplio margen de actuación a los legisladores nacionales que pasa, ante todo, por la posibilidad de ampliar el régimen jurídico que diseña aplicándolo no solo a los litigios transfronterizos, sino también a los nacionales. De hecho, la mayor parte de los Estados de la Unión han ampliado a los litigios internos el marco normativo de la Directiva en sus respectivas leyes de transposición.

74.- Siendo así, debe tomarse como premisa que, tal y como se deriva de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (vid, por todas, STJUE de 26 de febrero de 2013, C-399/11, Melloni, ECLI:EU:C:2013:107) -y también de la doctrina constitucional (véase la Declaración del Tribunal Constitucional 1/2004, de 13 de diciembre, y, entre las más recientes, la STC 1/2018, de 11 de enero de 2018)-, en virtud del principio de primacía del Derecho de la Unión, que es una característica esencial del ordenamiento jurídico de la Unión, la invocación por un Estado miembro de las disposiciones del Derecho nacional, aun si son de rango constitucional, no puede afectar a la eficacia del Derecho de la Unión en ese Estado. De esta forma, cuando un acto del Derecho de la Unión requiere medidas nacionales para su ejecución, las autoridades y tribunales nacionales están facultados para aplicar estándares nacionales de protección de los derechos



fundamentales siempre que esa aplicación no afecte al nivel de protección previsto en la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, según su interpretación por el Tribunal de Justicia, ni a la primacía, la unidad y la efectividad del Derecho de la Unión.

75.- Conforme a dicho criterio, la conformidad de las previsiones del ordenamiento interno con el Derecho de la Unión ha de verificarse desde los estándares de protección que se derivan del artículo 47 de la Carta, antes que los que se vinculan al artículo 24.1 CE, que solo podrán operar cuando el ordenamiento de la Unión ofrezca un margen de actuación al legislador nacional y los estándares nacionales de protección de los derechos fundamentales no afecten al nivel de protección previsto por la Carta.

76.- Sentado lo anterior, procede señalar que, según reiterada jurisprudencia del Tribunal de Justicia, ante la inexistencia de normativa de la Unión en la materia, corresponde al ordenamiento jurídico interno de cada Estado miembro designar los órganos jurisdiccionales competentes y configurar la regulación procesal de los recursos destinados a garantizar la salvaguardia de los derechos que el Derecho de la Unión confiere a los justiciables, si bien los Estados miembros tiene la responsabilidad de garantizar, en cada caso, una protección efectiva de estos derechos (cfr. SSTJUE 15 de abril de 2008, Impact, C-268/06, ECLI:EU:C:2008:223, y de 18 de marzo de 2010, Alassini, as. acumulados C-317/08, C-318/08, C-319/08 y 320/08, ECLI: EU:C:2010:146).

77.- Conforme esa misma jurisprudencia, la regulación procesal de las acciones destinadas a garantizar la tutela de los derechos que el ordenamiento jurídico de la Unión confiere a los justiciables no debe ser menos favorable que la referente a recursos semejantes de Derecho interno (principio de equivalencia) ni hacer imposible en la práctica o excesivamente difícil el ejercicio de los derechos conferidos por el ordenamiento jurídico de la Unión (principio de efectividad).

78.- En lo que a la observancia del principio de equivalencia se refiere, ninguna duda surge desde el momento en que el sistema de mediación obligatoria "mitigada" previsto por el prelegislador, con el requisito de procedibilidad y las consecuencias procesales que comporta, se contemplan de forma indistinta para los litigios transfronterizos y los nacionales, y los basados en normativa de la Unión y en normas internas.

79.- Desde el punto de vista del principio de efectividad, las pautas interpretativas se extraen con facilidad de la STJUE de 18 de marzo de 2010



(as. Alassini, cit.), que, si bien viene referida a la obligatoriedad de una tentativa de conciliación impuesta por el ordenamiento de un Estado miembro para el ejercicio de las acciones ejercitadas en materia de servicios de comunicaciones electrónicas, es predicable a la obligatoriedad del intento de mediación establecida por el derecho interno de un Estado miembro, como se desprende de la STJUE de 14 de junio de 2017, Menini, C-75/16 (ECLI:EU:C:2017:457).

80.- De conformidad con la señalada jurisprudencia, si bien es cierto que el hecho de imponer como obligatoria la tramitación previa de un procedimiento extrajudicial de conciliación o de mediación como requisito de admisibilidad de una acción judicial afecta al ejercicio de los derechos conferidos a los particulares por el Derecho de la Unión, no hace sin embargo imposible en la práctica ni excesivamente difícil el ejercicio de tales derechos, en la medida en que: a) el resultado de dicho procedimiento extrajudicial no sea vinculante para las partes y, por lo tanto, no afecte a su derecho a un recurso judicial; b) el procedimiento extrajudicial no implique, en condiciones normales, un retraso sustancial a efectos del ejercicio de una acción judicial; c) la prescripción de derechos se interrumpa durante el desarrollo del procedimiento extrajudicial; d) el procedimiento extrajudicial no ocasione gastos significativos; e) la vía electrónica no constituya el único medio de acceder al procedimiento; y f) permita, o no impida, la adopción de medidas provisionales.

81.- A partir de ahí, el Tribunal de Justicia recuerda que el principio de tutela judicial efectiva es un principio general del Derecho de la Unión que resulta de las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros y ha sido consagrado en los artículos 6 y 13 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, y reafirmado en el artículo 47 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. Y admite que, al supeditar la admisibilidad de las acciones judiciales a la realización de una tentativa de conciliación o de mediación obligatoria, la normativa nacional introduce una etapa adicional para el acceso a la justicia, que pudiera afectar al principio de tutela judicial efectiva.

82.- No obstante, según jurisprudencia reiterada del Tribunal de Justicia y del TEDH (vid. SSTJUE de 15 de junio de 2006, Dokter y otros, C-28/05, ECLI:EU:C:2006:408, y de 18 de marzo de 2010, cit.; y STEDH de 21 de noviembre de 2011, Fogarty c. Reino Unido), los derechos fundamentales no constituyen prerrogativas absolutas, sino que pueden ser objeto de restricciones, siempre y cuando estas respondan efectivamente a objetivos de interés general perseguidos por la medida en cuestión y no impliquen,



habida cuenta del objetivo perseguido, una intervención desmesurada e intolerable que afecte a la propia esencia de los derechos garantizados. En particular, una resolución más rápida y menos costosa de los litigios y una disminución de la carga de trabajo de los tribunales deben considerarse como objetivos legítimos; y la imposición de un procedimiento de solución extrajudicial no resulta desproporcionada con respecto de los objetivos perseguidos cuando se dan los requisitos expuestos en el párrafo 77 de este informe, no existe una alternativa menos severa a la aplicación de un procedimiento obligatorio, al no constituir un procedimiento de solución extrajudicial meramente facultativo un medio igualmente eficaz para alcanzar aquellos objetivos, y no se da una desproporción manifiesta entre tales objetivos y los inconvenientes eventualmente ocasionados por el carácter obligatorio del procedimiento de resolución alternativo de conflictos.

83.- Esta doctrina fue reiterada en la STJUE de 14 de junio de 2017, as. Menini (cit.), que examinó la compatibilidad con el Derecho de la Unión de una medida normativa nacional italiana adoptada en el marco de la Directiva 2013/11 por cuya virtud se establecía la obligatoriedad de un intento de mediación. El Tribunal de Justicia, con cita de la doctrina establecida en la sentencia Alassini, estableció que la exigencia de un procedimiento de mediación como requisito de admisibilidad de las acciones judiciales puede ser compatible con el principio de tutela judicial efectiva cuando, en definitiva, se dan los requisitos y principios exigidos por la jurisprudencia del TJUE, que han sido mencionados en los párrafos que anteceden, en particular en el párrafo 79. Y declaró, además, que la Directiva 2013/11 no se opone a una normativa nacional que únicamente permite que el consumidor se niegue a participar en un procedimiento previo de mediación si concurre causa justificada, aunque sí se opone a una normativa nacional que establece que en el marco de la mediación los consumidores deben ser asistidos por un abogado.

84.- Pues bien, del análisis de la regulación propuesta a la luz de los estándares de protección que se derivan del artículo 47 de la Carta y de los principios de equivalencia y efectividad, se ha de concluir que el Anteproyecto que aquí se informa, se encuentra dentro de los márgenes que configuran aquellos estándares y que satisface los indicados principios. En efecto, como ya se ha anticipado, el principio de equivalencia se cumple desde el momento en que la regulación anteproyectada se aplica indistintamente a los litigios nacionales y a los transfronterizos y no dispensa un grado de protección menos favorable que la ofrecida por recursos semejante de Derecho interno.



85.- Desde el punto de vista del principio de efectividad, el régimen propuesto por el prelegislador cumple todos los requisitos que, de acuerdo con la jurisprudencia expuesta, permiten tenerlo por satisfecho, a saber:

- a) el resultado de la mediación obligatoria "mitigada", circunscrita a determinados asuntos, no es vinculante para las partes y, por lo tanto, no afecta a su derecho de acceso a la jurisdicción, en la medida en que la exigencia, que se erige en presupuesto procesal, se contrae al "intento de mediación" en los términos en que éste se define en el Anteproyecto, es decir, a la celebración ante el personal mediador de una sesión informativa y una sesión exploratoria, pudiendo aquellas decidir no seguir el procedimiento de mediación y apartarse del mismo en cualquier momento (cf. artículo 6 LM);
- b) el procedimiento de mediación no supone, en condiciones normales, un significativo retraso a efectos del ejercicio de la acción judicial: su duración será lo más breve posible y sus actuaciones se concentrarán en el mínimo número de sesiones. En el caso de que se trate de un presupuesto de admisibilidad del proceso judicial, la suspensión no podrá exceder de tres meses desde la recepción de la solicitud por el personal mediador (artículos 20.1 y 2 LM). En el caso de mediación intrajudicial, la derivación a mediación no suspenderá su curso salvo que ambas partes lo soliciten o, en segunda instancia, cuando el recurso se encuentre pendiente de señalamiento de vista o de fecha para la deliberación, votación o fallo, por plazo de un mes prorrogable por iguales periodos a instancia de ambas partes, hasta un máximo de tres meses (artículos 398 bis.2 2ª, y 398 ter.2 LEC);
- c) la solicitud de inicio de la mediación *suspende* el cómputo de los plazos de la prescripción o la caducidad de acciones desde la fecha en la que conste la recepción de dicha solicitud por el personal mediador o el depósito ante la institución de mediación, en su caso, reanudándose el cómputo de los plazos desde que el personal mediador haya extendido el acta de conclusión del procedimiento de mediación, y prolongándose la suspensión hasta la fecha de la firma del acuerdo de mediación o, en su defecto, la firma del acta final, o cuando se produzca la terminación de la mediación por alguna de las causas previstas en la Ley (artículo 4 LM);
- d) el procedimiento de mediación no ocasiona gastos significativos, en la medida en que: i) no requiere la asistencia de abogado y/o procurador, antes bien, a las sesiones informativas y exploratorias



deberán de asistir las partes, si se trata de personas físicas, o el representante legal o persona con poder para transigir, si se trata de personas jurídicas (artículo 6.1, *in fine*); y ii) se prevé la ampliación del derecho de asistencia jurídica gratuita para incluir en su ámbito material la intervención del personal mediador cuando la misma sea presupuesto procesal para la admisión de la demanda o resulte de la derivación judicial (artículo 6.11 de la Ley 1/1996, de 10 de enero, de asistencia jurídica gratuita -LAJG-, en la redacción anteproyectada);

- e) la norma anteproyectada no modifica el artículo 24 de la LM, como tampoco el Capítulo V del Real Decreto 980/2013, de 13 de diciembre, por el que se desarrollan determinados aspectos de la Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles, por lo que se mantiene el carácter potestativo del desarrollo por medios electrónicos de las actuaciones de mediación, incluida la sesión constitutiva y las sucesivas que se estimen conveniente, sin perjuicio de que en aquellos casos que consistan en reclamaciones de cantidad que no excedan de 600 euros la mediación se desarrolle preferentemente por medios electrónicos, salvo que el empleo de estos no sea posible para alguna de las partes; y
- f) se contempla la solicitud y la adopción de medidas cautelares a instancia de quien sea parte en un pacto de mediación o de un proceso de mediación (artículos 722 y siguientes LEC, en la redacción dada por la Ley anteproyectada).

86.- Y desde la estricta perspectiva del derecho a la tutela judicial efectiva, se ha de convenir que la implantación de la mediación obligatoria "mitigada" responde a un objetivo legítimo de interés general, que, conforme a los parámetros jurisprudenciales de referencia, cabe situar en primer término en la resolución más rápida y menos costosa de los litigios, así como la disminución de la carga de trabajo de los tribunales, pero también, en línea con lo que se ha expuesto, en la aspiración de una mayor calidad de la justicia; sin que su imposición resulte desproporcionada con respecto a los objetivos perseguidos, habida cuenta de que, según resulta de la MAIN, el prelegislador ha considerado que no existe una alternativa menos severa para la consecución de tales objetivos, lo que, por lo demás, es coherente con orientaciones y las recomendaciones de la Comisión y del Parlamento Europeo.

87.- Situando el análisis de la norma proyectada bajo el foco de los estándares de protección nacionales, atendida la circunstancia de que,



como ha puesto de manifiesto la jurisprudencia constitucional (vid. STC 1/2018, cit., entre otras, con cita de la Declaración 1/2004), el principio de primacía del Derecho de la Unión no tiene un alcance general, sino que se encuentra referido exclusivamente a las competencias propias de la Unión, y de que la normativa europea que sirve de marco al tratamiento normativo de la mediación que lleva a cabo el legislador –y ahora el prelegislador– nacional no agota la regulación, sino que deja espacios de actuación a los legisladores nacionales, se ha de alcanzar la conclusión, que ya se avanza, de que el sistema de mediación obligatoria “mitigada” no debe considerarse contrario al derecho a la tutela judicial efectiva reconocido en el artículo 24.1 CE.

88.- Para llegar a esta conclusión se debe tomar como punto de partida el criterio mantenido por el Tribunal Constitucional a la hora de verificar la adecuación a la Constitución de aquellas disposiciones que establecían el carácter obligatorio de determinados mecanismos de resolución alternativa de litigios. En particular, se ha de tener a la vista el criterio reflejado en la STC 1/2018, de 11 de enero de 2018, como más reciente, respecto de la obligatoriedad del arbitraje establecido en el artículo 76 e) de la Ley 50/1980, de 8 de octubre, de contrato de seguro (LCS), que fue introducido por la Ley 21/1990, de 19 de diciembre, para adaptar el Derecho español a la Directiva 1988/357/CEE, sobre libertad de servicios en seguros distintos al de vida y de actualización de la legislación de seguros privados. El indicado precepto establece el derecho del asegurado –que ahora se mantiene en el artículo 203 de la Directiva 2009/138/CEE– a someter a arbitraje cualquier diferencia que pueda surgir entre él y el asegurador sobre el contrato de seguro.

89.- Conforme a la opinión mayoritaria del Alto Tribunal –pues fue objeto de votos particulares–, con apoyo en su doctrina sobre el arbitraje como medio de solución extrajudicial de conflictos y sobre el arbitraje obligatorio, en relación con el artículo 24 CE, el arbitraje obligatorio diseñado por el legislador nacional no se compadece con el derecho a la tutela judicial efectiva. Atendiendo a la configuración del arbitraje como vía extrajudicial de resolución de controversias como “un equivalente jurisdiccional” en la que las partes obtienen los mismos resultados que accediendo a la jurisdicción y una decisión del conflicto con efectos de cosa juzgada, el Tribunal Constitucional parte de señalar que, si bien el derecho a la tutela judicial efectiva tiene carácter irrenunciable e indisponible, ello no impide que pueda reputarse constitucionalmente legítima la voluntaria y transitoria renuncia al ejercicio de las acciones en pos de unos beneficios cuyo eventual logro es para el interesado más ventajosos que el que pudiera



resultar de aquel ejercicio. Pero a continuación destaca que el arbitraje, como medio heterónomo de arreglo de controversias que se fundamenta en la autonomía de la voluntad, gira en torno a la nota de la voluntariedad, *«[I]o que –en palabras de la STC 176/1996, de 11 de noviembre, FJ 1- constitucionalmente le vincula con la libertad como valor superior del ordenamiento (art. 1.1 CE). De manera que no cabe entender que, por el hecho de someter voluntariamente determinada cuestión litigiosa al arbitraje de un tercero, quede menoscabado y padezca el derecho a la tutela judicial efectiva que la Constitución reconoce a todos. Una vez elegida dicha vía, ello supone tan solo que en la misma ha de alcanzarse el arreglo de las cuestiones litigiosas mediante la decisión del árbitro y que el acceso a la jurisdicción –pero no su “equivalente jurisdiccional” arbitral, SSTC 15/1989, 62/991 y 174/1995- legalmente establecido será solo el recurso por nulidad del laudo arbitral y no cualquier otro proceso ordinario en el que sea posible volver a plantear el fondo del litigio tal y como antes fue debatido en el proceso arbitral. Pues como ha declarado reiteradamente este Tribunal, el derecho a la tutela judicial efectiva no es un derecho de libertad, ejercitable sin más y directamente a partir de la Constitución, sino un derecho prestacional, solo ejercitable por los cauces procesales existentes y con sujeción a su concreta orientación legal (SSTC 99/1985, 50/1990 y 149/1995, entre otras)».*

90.- De ello sigue el Alto Tribunal que la falta de la necesaria concurrencia de la voluntad de las partes litigantes para someterse a arbitraje y su imposición a una de ellas, en principio, no se compadece bien con el básico aspecto contractual de este mecanismo extrajudicial de solución de conflictos y con el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva que garantiza el derecho de acceso a los órganos jurisdiccionales cuando el control judicial sobre el laudo se limita a las garantías formales o aspectos meramente externos, sin alcanzar al fondo del asunto. Por el contrario, el arbitraje obligatorio resulta compatible con el derecho reconocido en el artículo 24.1 CE cuando el control judicial no se restringe a un juicio externo, sino que alcanza también a aspectos de fondo de la cuestión sobre la que versa la decisión. *«[D]e este modo –dice la STC 1/2018, con cita de las SSTC 119/2014, FJ 5 B, y 8/2015, FJ 5 c- un arbitraje obligatorio para una de las partes en la controversia resultaría plenamente compatible con el artículo 24.1 CE si “en ningún caso excluye el ulterior conocimiento jurisdiccional de la cuestión y su fin resulta proporcionado y justificado, ya que no es otro que ‘procurar una solución extraprocesal de la controversia, lo cual resulta beneficioso tanto para las partes, que pueden resolver así de forma más rápida y acomodada a sus intereses el problema, como para el*



desenvolvimiento del sistema judicial en su conjunto, que ve aliviada su carga de trabajo /STC 217/1991, de 14 de noviembre, FJ 6)».

91.- Pues bien, la doctrina constitucional expuesta, lejos de situar la mediación obligatoria -y particularmente con el alcance mitigado con que la diseña el prelegislador- extramuros del ámbito propio del derecho a la tutela judicial efectiva, permite afirmar sin ambages su conciliación con este derecho fundamental conforme al estándar de protección que se dispensa desde el artículo 24.1 CE. Y ello por cuanto la obligatoriedad prevista no empaña la voluntariedad que caracteriza a la mediación, ni desplaza la intervención judicial para analizar en toda su dimensión la cuestión objeto de la controversia, ya que permanece incólume la plenitud del ejercicio de la función jurisdiccional de no dar comienzo el proceso de mediación o no alcanzarse un acuerdo. Y, a mayor abundamiento, se ha de considerar que la configuración del intento de mediación, en los casos en que se establece como un requisito de procedibilidad, y las consecuencias que se derivan de la falta de agotamiento de dicho intento, ya extrajudicial, ya por derivación judicial, responden a un objetivo legítimo de interés general y se muestran proporcionadas en relación con dicho objetivo, lo que lleva a tener por superado el test de constitucionalidad en relación con el derecho fundamental reconocido en el artículo 24.1 CE.

III

92.- Cabría, para cerrar este apartado, considerar la alternativa de que, sin salirse del marco de los estándares de protección que dispensa tanto el Derecho de la Unión Europea como el Derecho nacional, el prelegislador agote aún más las posibilidades de actuación que le confiere la Directiva, y, con la mira puesta en mejorar su funcionalidad, se conciba en términos más amplios el régimen de mediación que diseña en lo que a su obligatoriedad mitigada se refiere, bien incluyendo otras materias y procedimientos de naturaleza ejecutiva, bien proyectando tal tipo de obligatoriedad hacia estadios más avanzados del procedimiento de mediación, de manera que, sin menoscabo de su carácter voluntario, se permita colocar el conflicto en toda su dimensión al alcance del personal mediador y se propicie de manera efectiva la consecución de un acuerdo.

93.- Este más amplio planteamiento de la mediación obligatoria, si bien en principio se concibe como admisible desde los parámetros de protección del derecho a la tutela judicial efectiva europeos y nacionales, debería, en su caso, abordarse con una visión global de todos aquellos aspectos que condicionan la conciliación del sistema con el derecho fundamental, y que,



ya desde el principio de efectividad –voluntariedad y no vinculación al procedimiento y al resultado de la mediación, retrasos y costes no sustanciales, interrupción de plazos prescriptivos, posibilidad de medidas cautelares-, ya desde el estricto derecho a la tutela judicial –carácter legítimo de los objetivos y proporcionalidad de los medios empleados para su consecución-, se erigen en requisitos y presupuestos de conformidad con el Derecho de la Unión y con la Constitución.

c) Consideraciones sobre el ámbito material del Anteproyecto y de carácter técnico

94.- El prelegislador ha mantenido el ámbito material de aplicación de la LM, referido a la mediación en asuntos civiles y mercantiles, sin extenderlo a otros ámbitos del Derecho.

95.- Este órgano de gobierno del Poder Judicial no desconoce que desde ciertos sectores de la mediación se viene reclamando una regulación de la mediación en otros órdenes jurisdiccionales, singularmente en el procedimiento penal de adultos y en el procedimiento administrativo así como en el procedimiento contencioso-administrativo, mediante la reforma de la LM para dar cabida en ella a la mediación en el Derecho público. La regulación en el orden penal, otorgaría definitiva carta de naturaleza a los postulados de la Justicia Restaurativa en los términos de la Directiva 2012/29/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2012, por la que se establecen normas mínimas sobre los derechos, el apoyo y protección de las víctimas de delitos, y dotaría de un más seguro marco de actuación a la mediación penal que se ha revelado, en la práctica judicial, como una de las más exitosas y efectivas. En el ámbito administrativo, la mediación –voluntaria y obligatoria- encontraría soporte tanto en la conciliación prevista en el artículo 77 de la Ley 29/1998, de 29 de julio, reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa (LJCA), como en la terminación convencional del procedimiento administrativo prevista en el artículo 86 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del procedimiento administrativo común (LPAC), como, en fin, en la posibilidad de la mediación sustitutoria de los recursos de alzada y de reposición conforme a lo previsto en el artículo 112.2 LPAC.

96.- En esa perspectiva hay que recordar que el Parlamento Europeo, en su informe o Resolución de 12 de setiembre de 2017, defiende una visión totalizadora de la Directiva de Mediación y recomienda la ampliación del ámbito de la mediación, más allá de lo civil y mercantil, a otras cuestiones civiles o administrativas, pidiendo a la Comisión, que en el marco de la



revisión de la normativa busque soluciones de ampliación eficaz y de extensión de la mediación.

97.- En esta misma línea es importante resaltar la Recomendación 9/2001 del Consejo de Europa sobre resolución alternativa de conflictos entre la Administración y los sujetos privados, que ha abierto una orientación clara en favor de la mediación en lo contencioso administrativo, así como algunas experiencias piloto impulsadas por el CGPJ.

98.- Por último, en el ámbito Tributario podría ser un sucedáneo de ADR en la resolución de los conflictos en el ámbito administrativo la previsión de la ley General Tributaria (Ley 58/2003, de 17 de diciembre), en el caso de las llamadas "Actas con acuerdo", existiendo en el derecho comparado, especialmente en Alemania o en Estados Unidos, ejemplos de mecanismos alternativos de solución de conflictos tributarios.

99.- Es cierto que una regulación completa de la mediación en otros órdenes jurisdiccionales además del civil y del mercantil como los citados (sin olvidar el orden social), propiciaría dotar de mayor virtualidad a la incorporación de la Directiva 2008/52 al Derecho interno, y respondería con seguridad en mayor medida a las orientaciones y recomendaciones de la Comisión y del Parlamento Europeo. No obstante, este Consejo General del Poder Judicial no ha de incidir en la conveniencia de ampliar la regulación de la mediación por medio de la Ley anteproyectada. La determinación del ámbito sobre el que recae la regulación legal, tanto la vigente como la proyectada, se encuentra dentro del margen de decisión del legislador nacional, al no venir determinada por el legislador europeo, ni por los requerimientos que se derivan de los informes y de las resoluciones de las instituciones europeas, o de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia. Por consiguiente, este órgano constitucional ha de respetar la decisión del prelegislador, como resultado de una opción legislativa legítima, sin hacer en este momento valoraciones acerca de la oportunidad o conveniencia de extender a la esfera del Derecho público -y en general a otras áreas del Derecho distintas de la civil y mercantil-, las reformas proyectadas, en el marco de la adopción de medidas de impulso a la mediación; todo ello, sin perjuicio de lo que anteriormente se ha expuesto acerca de las Recomendaciones del Consejo de Europa o del propio Parlamento Europeo, y sin perjuicio de reafirmar y resaltar la práctica de este Consejo General del Poder Judicial, en su tarea de impulso de la mediación tanto en el ámbito de lo Contencioso-administrativo, a través de Convenios, experiencias "piloto", e incluso de una Guía sobre la Mediación Contencioso-administrativa, como en los demás órdenes jurisdiccionales.



100.- Por último, y respondiendo al principio de colaboración institucional, procede hacer ciertas sugerencias de índole terminológico y conceptual para mejorar la técnica normativa del texto proyectado.

- a) En primer lugar, debería evitarse el empleo del sustantivo "proceso" para referirlo a la mediación, en evitación de eventuales dudas acerca de su naturaleza, principalmente cuando se trata de la mediación consecuencia de la derivación judicial. Es preferible utilizar el término "procedimiento de mediación".
- b) Debe evitarse también la caracterización de la tutela jurisdiccional como un "recurso subsidiario para la resolución de los litigios", como se hace en la Exposición de Motivos del Anteproyecto (apartado I, primer párrafo, in fine). La relación entre la mediación y la tutela jurisdiccional no puede concebirse en base a una relación entre "principal y subsidiario", sino en base a una relación de alternatividad o complementariedad no excluyente.
- c) Por análogas razones, no resulta adecuado referirse a la mediación solo y exclusivamente como "trámite previo" al proceso para explicar su conciliación con el derecho a la tutela judicial efectiva. La mediación es algo más, no es un sucedáneo ni una justicia de clase B, es un instrumento de solución de conflictos en unos casos alternativo y en otros complementario a la vía jurisdiccional, que, en su caso, puede evitar el recurso a la misma o puede propiciar una respuesta adecuada al conflicto, ya sea al margen o dentro del proceso, pero no debe considerarse como un mero trámite previo a la jurisdicción, pues con ello se desvirtúa toda su funcionalidad, y no se contribuye a potenciar su uso. Además, la mediación intrajudicial está ligada al juez y a los tribunales. La conciliación de la mediación, tal y como se configura por el prelegislador, con el derecho a la tutela judicial efectiva se explica con los argumentos que han quedado arriba expuestos, y no por su concepción como un trámite pre-procesal inane, carente de una real virtualidad dentro del sistema de justicia.
- d) Sería conveniente, por otra parte, sustituir el término "resolución", referido a la solución de conflictos a través de la mediación, por el de "solución" o "gestión", términos más acordes con el objeto, el carácter y la naturaleza de la actividad mediadora.
- e) Es igualmente conveniente el empleo del lenguaje inclusivo. En esta línea, sería más adecuado referirse al "personal mediador", en vez de



al “mediador”, como hace, por ejemplo, la Ley 24/2018, de 5 de diciembre, de mediación de la Comunidad Valenciana.

V. CONSIDERACIONES PARTICULARES SOBRE EL ARTICULADO DEL ANTEPROYECTO

a) Modificaciones en la Ley 1/1996, de 10 de enero, de asistencia jurídica gratuita

101.- El artículo primero del AL modifica el artículo 6 de la LAJG e introduce un nuevo número 11 con la siguiente redacción:

«11. La intervención del mediador cuando la misma sea presupuesto procesal para la admisión de la demanda o resulte de la derivación judicial».

102.- Tal y como se indica en la Exposición de Motivos, con la modificación se introduce la mediación como prestación incluida en el derecho a la asistencia jurídica gratuita. *«[E]sta modificación –continúa la misma Exposición de Motivos- es precisa en coherencia con el objetivo perseguido por la reforma en cuanto apuesta por la resolución de los conflictos mediante la mediación, mediante –sic- la intervención del mediador cuando las partes opten por la mediación para la resolución del conflicto o cuando la misma sea presupuesto procesal para la admisión de la demanda o resulte de la derivación judicial».*

103.- El expresado designio del prelegislador de incorporar la mediación en toda su dimensión al contenido prestacional del derecho a la asistencia jurídica gratuita no se traslada, sin embargo, al articulado. La modificación del artículo 6 LAJG proyectada limita esa incorporación a la mediación extrajudicial en los casos en que constituye un presupuesto de procedibilidad y a la intrajudicial –intraprocesal, con mayor propiedad-, pero deja fuera de su ámbito la mediación convencional, acordada o solicitada por las partes, tanto antes como en el curso del procedimiento judicial.

104.- Si se omite esa falta de relación entre el preámbulo y el articulado del Anteproyecto, se ha de convenir en que la limitada inclusión de la mediación en el contenido derecho de asistencia jurídica gratuita se muestra coherente, desde luego, con la configuración de la mediación obligatoria “mitigada” que diseña el prelegislador, y responde, de seguro, a un determinado planteamiento presupuestario y una determinada estructura de costes de la Administración de Justicia. Ahora bien, parece más adecuado incluir la mediación en el contenido integral del derecho a la



asistencia jurídica gratuita. Esta mayor amplitud del derecho de asistencia jurídica gratuita en lo que a la mediación se refiere encuentra fácil justificación si se concibe este instrumento de solución de conflictos inserto en el sistema de justicia, de manera que quienes accedan al mismo han de encontrarse en las mismas condiciones, en cuanto al ejercicio del derecho a la asistencia jurídica gratuita, dentro del más amplio derecho de acceso a la justicia, que quienes acceden a la vía jurisdiccional. De este modo, dándose los presupuestos para el reconocimiento del derecho, este ha de incluir todos los casos de mediación, la extrajudicial previa al proceso, constituya o no requisito de procedibilidad, la mediación por derivación de la Administración de Justicia, y la mediación intrajudicial o intraprocesal, siendo en este último caso aún más patente la necesidad de ampliar el objeto del derecho a la asistencia jurídica gratuita a la mediación por derivación judicial de aquellas partes que en el seno del proceso disfrutaban de tal beneficio. Lo contrario lastraría la finalidad de incentivar y potenciar la mediación para evitar el litigio, habida cuenta del coste asociado a la misma –por más que sea limitado o menor- y la posibilidad de alcanzar un acuerdo capaz de solucionar el conflicto desde una mayor y mejor calidad de la justicia.

b) Modificaciones en la Ley de Enjuiciamiento Civil

I

105.- Las modificaciones en la LEC propuestas por el prelegislador responden, según explica en la Exposición de Motivos, al designio de impulsar la mediación mediante la utilización combinada de un sistema de mediación obligatoria “mitigada”, circunscrita a determinados asuntos en los que el intento de mediación se configura como requisito de procedibilidad, así como a aquellos casos en los que el juez o tribunal, en el seno de un proceso, considera conveniente que las partes acudan a este medio de solución de conflictos, y la articulación de las consecuencias procesales asociadas a la inobservancia de esa mitigada obligatoriedad, tanto en lo concerniente al curso de la demanda, como en lo atinente al régimen de costas procesales. Se añaden determinadas previsiones relativas a la confidencialidad de los actos y documentos que formen parte de la mediación, así como relativas a la adopción de medidas cautelares cuando exista pacto, procedimiento o acuerdo de mediación.

106.- La articulación de la mediación extrajudicial o previa al proceso como presupuesto del mismo, y la regulación de la mediación intrajudicial –la derivación judicial- o intraprocesal –la mediación nacida o surgida en el



proceso- merece, en términos generales, una valoración favorable, sin perjuicio de las consideraciones que a continuación se exponen, y de las que se harán al examinar de manera específica las concretas modificaciones introducidas en los correspondientes preceptos de la ley rituaría.

107.- En primer lugar, y como consideración general, sería aconsejable que el prelegislador tuviera en cuenta el fruto de la experiencia acumulada durante muchos años en la práctica y desarrollo de los programas y convenios celebrados sobre esta materia, con la participación de este Consejo General del Poder Judicial, con el Ministerio de Justicia en algunos territorios de su competencia (principalmente, en la Región de Murcia) y distintas Comunidades Autónomas, en colaboración con instituciones, asociaciones de mediadores y colegios profesionales. En esta misma línea, sería deseable que el prelegislador tuviera presente los protocolos, reglas de actuación, modelos de acuerdos, fichas de derivación, evaluación y seguimiento que se contienen en la Guía para la práctica de la mediación intrajudicial, elaborada por este órgano constitucional con la participación de grupos de expertos de todos los órdenes jurisdiccionales. Todo ello se encuentra al alcance del prelegislador, del legislador, de todos los profesionales jurídicos y mediadores, así como del conjunto de la ciudadanía, en la página web del Consejo General del Poder Judicial: <http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Temas/Mediacion/Guia-para-la-practica-de-la-Mediacion-Intrajudicial/>

108.- En segundo lugar, el prelegislador no logra explicar de forma convincente la exclusión de la mediación en la ejecución. En la MAIN, además de mantenerse –seguramente por olvido- la referencia a la mediación en algunos supuestos de ejecución hipotecaria por su impacto social –cuya inclusión en la norma aparece sin embargo tachada en el articulado-, se explica que *«[E]n el ámbito de la ejecución, sin perjuicio de que las partes puedan acudir a ella si así lo desean, se ha descartado regular una derivación a mediación equivalente a la que opera en el ámbito del proceso declarativo, al no considerarse proporcionada, con carácter general, cuando ya existe una decisión judicial que ha resuelto el conflicto»*.

109.- Esta explicación no es suficiente, sin embargo, para justificar la exclusión de la mediación en la ejecución de títulos no judiciales, incluyendo la ejecución hipotecaria. Respecto de esta última, la articulación de medidas alternativas de solución extrajudicial, como las contenidas en el Real Decreto-ley 1/2017, de 20 de enero, de medidas urgentes de protección de consumidores en materia de cláusulas suelo, así como las establecidas respecto de los deudores hipotecarios sin recursos en las distintas y



sucesivas normas tuitivas de aquellos que se encuentren en situación de vulnerabilidad, ya dirigidas a la reestructuración de la deuda o a su aplazamiento, ya a la constitución de relaciones arrendaticias sobre el bien objeto de la ejecución, ya dirigidas a la recuperación, en determinadas condiciones, de la vivienda hipotecada objeto del procedimiento de ejecución hipotecaria (cfr. Real Decreto-ley 6/2012, de 9 de marzo, Real Decreto-ley 27/2012, de 15 de noviembre, Ley 1/2013, de 14 de marzo, Real Decreto-ley 1/2015, de 27 de febrero y Real decreto-ley 5/2017, de 17 de marzo), no ha de ser un obstáculo para abrir la mediación a las ejecuciones hipotecarias, que puede convivir pacíficamente con aquellas medidas, más cercanas a mecanismos alternativos de solución de litigios que a la mediación propiamente dicha.

110.- El prelegislador debería tomar en consideración la eficacia de la mediación en la ejecución de títulos no judiciales, tanto de la extrajudicial – previa al despacho de la ejecución- como en la derivación judicial, una vez iniciado el procedimiento. Y del mismo modo, debería considerar la eficacia de la mediación en las ejecuciones de títulos judiciales, sobre todo en aquellos casos en los que el pronunciamiento que se ha de llevar a efecto puede ser fuente de nuevos conflictos, pues no siempre se identifica la resolución del pleito con la resolución del conflicto subyacente, para lo cual la mediación puede resultar, también en fase de ejecución, el instrumento más adecuado. Y desde luego, no cabe desdeñar su eficacia en aquellos procedimientos de ejecución derivados de procedimientos de naturaleza monitoria, encaminados a la inmediata conformación de un título de ejecución.

111.- Es preciso reconocer el papel de los Letrados de la Administración de Justicia en la derivación a mediación. Su preterición en la norma no se compadece con su actividad profesional desplegada en los procedimientos civiles y mercantiles, y desconoce incomprensiblemente la competencia que al respecto les atribuye con carácter general el artículo 456.6 e) de la LOPJ, y las competencias que tienen asignadas en la ley procesal y en la Ley 15/2015, de 2 de julio, de jurisdicción voluntaria.

II

112.- La modificación del régimen de las costas procesales en atención al sistema de mediación obligatoria “mitigada” que establece el prelegislador, como elemento integrante del conjunto de medidas incentivadoras, afecta al apartado 5 del artículo 32 de la LEC, al apartado 1 del artículo 394, y al



artículo 539 de la misma ley de ritos, al que se añade un párrafo tercero al apartado 2.

113.- En su nueva redacción, el apartado 1 del artículo 32, que establece la regla general de la exclusión de la eventual condena en costas de los derechos y honorarios de abogados y procuradores cuando su intervención en el proceso no sea preceptiva, y a continuación las excepciones a dicha regla, introduce una precisión acerca de qué debe entenderse por litigación temeraria a estos efectos, disponiendo que por tal se considerará la del demandado vencido en juicio que, en relación con un acto de consumo, no hubiera dado respuesta motivada, en el plazo de sesenta días, al consumidor que le hubiera dirigido reclamación previa al proceso que esté suficientemente acreditada; y añade entre las excepciones la consistente en que la parte no haya acudido a un intento de mediación, en los casos y en la forma previstos legalmente, dirigida a resolver la controversia a través de la mediación, sin que conste causa justa que se lo hubiese impedido.

114.- La inclusión de esta última excepción a la regla del artículo 32.5 LEC, resulta adecuada y no parece desproporcionada. Se trata de incentivar el intento de mediación imponiendo a la parte condenada en costas que lo ha impedido, por no haber acudido injustificadamente a la sesión informativa – o a la exploratoria, sin perjuicio de lo que más adelante se dirá respecto de ella-, las correspondientes a los derechos y honorarios de procurador y de abogado, cuando la intervención de estos en el proceso, al que hubo de acudir tras el frustrado intento de mediación, no es preceptiva. La medida, que obedece al objetivo legítimo de facilitar la solución extrajudicial y alternativa que ofrece este mecanismo autocompositivo, es proporcionada al fin perseguido, y se justifica con facilidad dentro del conjunto de las excepciones que contempla el artículo 32.5 LEC, que tienen como común denominador sancionar los especiales inconvenientes que para la parte vencedora ha supuesto el proceso en los casos que enumera.

115.- Cabe hacer únicamente alguna observación respecto de la precisión relativa a la temeridad que se contiene en la nueva redacción de precepto. En él se sanciona, exceptuándolo de la regla general de exclusión, el hecho de no haberse dado respuesta motivada, en el plazo de sesenta días, a la reclamación del consumidor previa al proceso suficientemente acreditada. La regla se yuxtapone a otras, como la contenida en el artículo 3 del ya citado Real Decreto-ley 1/2017, de 20 de enero, relativo al mecanismo de reclamación previa en el procedimiento extrajudicial sobre cláusulas suelo, que establecen distintos plazos y atribuyen consecuencias al silencio o inactividad del requerido después vencido en juicio. Sería conveniente, por



tanto, prever la coordinación de la proyectada previsión con estos casos; del mismo modo que es conveniente definir qué ha de entenderse a estos efectos por acto de consumo, término más amplio que el de "contrato de consumo" que define y regula, con carácter general y en sus distintas categorías, el Texto Refundido de la Ley general de consumidores y usuarios y otras leyes complementarias, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre de 2007. Y en todo caso, debería abrirse la posibilidad de justificar el silencio, dejando a la valoración judicial la apreciación de la causa de justificación.

116.- El nuevo tercer párrafo del apartado 1 del artículo 394, por su parte, modula la regla general del vencimiento al disponer: «[N]o obstante lo dispuesto en los párrafos anteriores, no habrá pronunciamiento de costas a favor de aquella parte que no hubiere acudido, sin causa que lo justifique, a un intento de mediación cuando fuera legalmente preceptivo o así lo hubiera acordado el tribunal durante el proceso».

117.- Adviértase que el prelegislador no ha agotado todas las posibles medidas incentivadoras de que, en hipótesis, pudiera disponer en materia de costas, y ante la inasistencia injustificada a un intento de mediación. Sería dable considerar, en este sentido, como mayor incentivo, una regla por virtud de la cual se impusiesen las costas al demandante que hubiese obtenido un pronunciamiento igual o inferior a aquello que le fue ofrecido en el procedimiento de mediación.

118.- Sin descender a considerar las razones que, vinculadas a criterios de proporcionalidad, han conducido al prelegislador a desdeñar la adopción de una medida semejante, se deben poner de manifiesto las dificultades de su articulación, habida cuenta de que, por una parte, en la mediación no se formulan propuestas como tales, sino que se desarrolla una actividad encaminada a la consecución de una solución pactada a la controversia alcanzada por las partes; por otra, que habría que conciliar una medida semejante con el principio de confidencialidad; y en fin, una medida semejante requeriría de un incidente o una fase alegatoria específicamente orientados a acreditar el ofrecimiento y su injustificado rechazo, que habría de desarrollarse con posterioridad a que en la sentencia se establezca en qué medida han sido acogidas las pretensiones de la parte actora.

119.- Con relación a las costas en fase de ejecución, el nuevo párrafo tercero del apartado 2 del artículo 539 dispone: «[S]in perjuicio de lo dispuesto en los párrafos anteriores, no existirá pronunciamiento de costas a favor de aquel litigante que no hubiere acudido, sin causa que lo



justifique, a un intento de mediación cuando fuera legalmente preceptivo o así lo hubiere acordado el tribunal durante el proceso».

120.- La regla es coherente con la previsión contenida en el nuevo párrafo que se introduce en el apartado 1 del artículo 394 LEC, de manera que evita que se vea favorecido por el pronunciamiento de costas de la ejecución aquel litigante que no acudió injustificadamente al intento de mediación. Únicamente cabe precisar que la misma regla habrá de regir para el caso de no acudir al intento de mediación en la ejecución, en el bien entendido de que se extienda, como se propone en este informe, la mediación a la ejecución.

III

121.- El Anteproyecto añade un Capítulo IX al Título I del Libro II de la LEC, intitulado "De la mediación intrajudicial", e introduce los nuevos artículos 389 bis y 398 ter para regular, respectivamente, la derivación a mediación durante la primera instancia y durante la segunda instancia de los procesos declarativos, al tiempo que añade un segundo párrafo al apartado 3 del artículo 399 LEC, para incluir en el contenido de la demanda la descripción de la forma en que se desarrolló el procedimiento de mediación cuando su intento constituye requisito para la admisión de la demanda, con indicación de las actas y documentos que se aporten para justificar su concurrencia, y se modifica el apartado 2 del artículo 403 LEC para incluir entre los supuestos de inadmisibilidad de la demanda aquellos en los que no se hayan intentado las mediaciones que se exijan en casos especiales.

122.- Respecto de la regulación de la derivación a mediación en primera y segunda instancia cabe hacer las siguientes consideraciones:

- Aunque se encuentra implícito en el enunciado del artículo 398 bis, ha de quedar claro que se aplicará también a los procedimientos especiales, particularmente los relativos a los procesos matrimoniales y de menores regulados en el Libro IV de la LEC.
- El modelo propuesto prevé la derivación a mediación siempre que no se hubiese intentado con carácter previo al proceso judicial. Esta condición, sin embargo, restringe innecesariamente las posibilidades de la mediación intrajudicial y deja sin respuesta aquellos casos en los que, constituyendo requisito de procedibilidad, se ha intentado pero no se ha continuado el procedimiento de mediación. Como ponen de relieve autorizados sectores de la mediación, debe tenerse en cuenta el carácter dinámico del conflicto, cuyas circunstancias pueden variar a



lo largo del tiempo. Puede darse el caso de que, después de un intento de mediación anterior al proceso, el conflicto, al trasladarse al proceso, se encuentre en una situación tal que, por las características y circunstancias concurrentes, aconseje su derivación a mediación, por ser adecuada, tras la oportuna valoración por el juez o por el letrado de la Administración de Justicia, en aquellos casos que se encuentran dentro de su competencia.

- El prelegislador (artículo 398 bis.2.1º) opta por fijar el momento en que se ha de derivar a mediación de manera alternativa: bien tras la contestación de la demanda, bien al finalizar el acto de la audiencia previa en el juicio ordinario o al inicio de la vista en el juicio verbal. Por tanto, sitúa el momento de la derivación a mediación después de la realización de aquellos actos de la fase alegatoria del proceso tras los cuales han de quedar definidas las pretensiones, excepciones y medios de defensa de las partes. Esta solución, sin embargo, si bien es técnicamente correcta, no parece la más adecuada desde el punto de vista de la funcionalidad. Parece preferible establecer la derivación a la mediación de manera flexible, sin fijar hitos concretos –y menos aún con carácter preclusivo-, sin perjuicio de que preferiblemente se produzca tras los señalados actos alegatorios, para permitir a las partes y especialmente al órgano judicial valorar la posibilidad de resolución del conflicto a través de la mediación en cualquier momento del proceso, e incluso en las actuaciones preparatorias del mismo, o en el marco de medidas cautelares, tanto más cuanto la apreciación del carácter mediable de la disputa puede darse después de aquellos actos de alegación, bien al introducirse y acreditarse hechos nuevos o de nueva noticia (artículo 286 LEC), bien al aportarse la prueba al proceso, antes de la vista, bien en cualquier otro momento, y cuando está de mano de las partes solicitar al tribunal en cualquier momento la suspensión del procedimiento para acudir a mediación.
- En el texto del Anteproyecto remitido a este órgano constitucional para informe se prevé, a diferencia de otros textos anteriores a los que ha tenido acceso este Consejo, que la derivación no suspenderá el curso del proceso, salvo que ambas partes lo solicitaran de conformidad con lo establecido en la LEC. Esta solución es la que se considera más adecuada, pues de ese modo se aprovechan los “tiempos muertos” del proceso judicial, y no se desincentiva el recurso a la mediación con el retraso en la tramitación del procedimiento judicial que se produciría de anudar a la derivación a mediación el efecto de suspender el curso del mismo.
- La norma proyectada establece que la derivación se ordenará por providencia. Sería más adecuado establecer que se ordenará



"mediante la correspondiente resolución motivada", para incluir los decretos de los letrados de la Administración de Justicia y las providencias y, en su caso, autos judiciales. Sin excluir la posibilidad de que, dejando constancia debida de su motivación, pudiera acordarse la derivación verbalmente, cuando resulte posible (art. 210 LEC).

- Conforme al ordinal cuarto del apartado 2 del artículo 398 bis, al disponer la derivación a mediación, el tribunal procederá a designar al mediador conforme al procedimiento regulado en la legislación de mediación en asuntos civiles y mercantiles. Aunque cabe entender la alusión al "mediador" como una mención genérica, sería más adecuado sustituirla por la de "personal mediador", "persona mediadora", "profesional mediador" o "quien asuma la mediación", que incluya, además de hacerlo sin vinculación de género, a la actividad mediadora cuando se realiza en equipo, y al personal integrante de una institución de mediación reconocida y acreditada.
- Al prever la comparecencia para preparar la mediación, la norma proyectada se refiere exclusivamente a las partes, que deberán asistir personalmente so pena de darse las consecuencias previstas en el apartado 3 del artículo 247 de la LEC, a saber, la imposición de una multa por faltar a la buena fe procesal. Esta previsión merece dos observaciones. La primera, que debe permitirse a las partes acudir a dicha comparecencia con la debida asistencia letrada, habida cuenta de las consecuencias que se anudan a la misma, y permitiendo de ese modo el debido asesoramiento por parte de los letrados de las partes. Y la segunda, que junto con la opción de la imposición de sanciones ex artículo 247 LEC podría valorarse, como alternativa, la de establecer para la inasistencia a esta comparecencia análogas consecuencias que las previstas en materia de costas procesales para los casos de injustificada inasistencia al intento de mediación.
- El artículo 398 ter regula la derivación a mediación durante la segunda instancia de los procesos declarativos. La regulación, sin embargo, debería extenderse a los procedimientos de ejecución, tal y como ya se ha anunciado, con las debidas adaptaciones exigidas por la particular naturaleza de estos procedimientos.
- El precepto proyectado limita la posibilidad de derivar a mediación durante la segunda instancia cuando no se hubiese acordado en la primera. Las mismas consideraciones que se han hecho respecto de la conveniencia de no cerrar el paso a la derivación a mediación en primera instancia cuando ha habido un intento previo de mediación han de trasladarse ahora a esta limitación, referida a la segunda instancia y al proceso de ejecución. Se ha de incidir en el carácter



dinámico y variable del conflicto y en la necesidad de permitir la derivación a mediación en cualquier momento del proceso, tras ponderar las circunstancias concurrentes en cada momento, y tras valorar la adecuación de la mediación como instrumento para solucionarlo, más allá de la solución judicial dada al litigio.

- Por otra parte, y conforme a lo que ha venido exponiéndose, ha de contemplarse, también en esta segunda instancia y en el procedimiento de ejecución, la intervención del Letrado/a de la Administración de Justicia en la derivación a mediación, dentro del marco de sus competencias.
- No se encuentra razón, por lo demás, para anudar a la derivación a mediación en estos casos el efecto de suspender el procedimiento, sin perjuicio de que tal efecto suspensivo quede a disposición de las partes.
- Sería aconsejable, en fin, que el prelegislador, al regular la derivación a mediación en primera y segunda instancia y en el proceso de ejecución, tomara como referencia los protocolos contenidos en la Guía para la práctica de la derivación intrajudicial publicada por este Consejo General del Poder Judicial, en línea con las consideraciones generales consignadas en este informe.

123.- El segundo párrafo del apartado 3 del artículo 399 LEC, introducido por la Ley anteproyectada, establece: «[A]simismo, se describirá la forma en que se desarrolló el procedimiento de mediación en aquellos supuestos en que el intento de mediación constituye requisito para la admisión de la demanda, con indicación de las actas y documentos que se aporten para justificar este requisito». La descripción que ha de hacerse en la demanda habría ~~ha~~ de venir referida no ~~so~~ al procedimiento de mediación, que ha podido no desarrollarse, sino al desarrollo de la sesión informativa, que es en donde se agota el intento de mediación que constituye el presupuesto de procedibilidad, y siempre con especial respeto y atención al principio de confidencialidad, uno de los basamentos de la mediación, como el propio Anteproyecto reconoce.

124.- Este precepto ha de ponerse en relación, por otra parte, con el nuevo ordinal primero del artículo 266, que incluye, entre los documentos que habrán de acompañar a la demanda, «[l]a certificación o copia simple del acta levantada por el mediador en la que necesariamente se hará constar, además de los extremos previstos en la legislación sobre mediación en asuntos civiles y mercantiles, las circunstancias en que tuvo lugar la convocatoria de las partes interesadas o, en su caso, la falta de justificación a la inasistencia de las partes, en los casos en que esta deba ser



preceptivamente intentada con carácter previo a la presentación de la demanda».

125.- Por su parte, el nuevo apartado cuarto del artículo 283 dispone:
«4. Los documentos que formen parte de la negociación desarrollada en el seno de un procedimiento de mediación están sujetos a confidencialidad de conformidad con lo dispuesto en las leyes y en ningún caso podrán constituir fuentes de prueba del posterior proceso. Se exceptúa el contenido del acta normalizada de las sesiones que emita el mediador a los efectos previstos legalmente».

126.- Aun cuando se esté alterando la sistemática expositiva que se sigue, ha de traerse a colación el segundo párrafo del apartado 1 del artículo 17 de la LM, en la redacción dada por la Ley anteproyectada, conforme al cual «[C]uando el intento de mediación sea presupuesto procesal para la admisión de la demanda o cuando sea consecuencia de una derivación judicial, en la citación que se curse a las partes, el mediador habrá de informar con claridad y precisión a los interesados de las consecuencias procesales que la inasistencia injustificada a la sesión informativa y, en su caso, exploratoria, o un comportamiento contrario a la buena fe puede tener en el procedimiento judicial al que la mediación se halla vinculada. En estos casos, la confidencialidad de esta primera fase inicial del proceso no alcanzará a las causas de la inasistencia de las partes».

127.- Y el nuevo párrafo que se introduce en el apartado 3 del artículo 22 LM establece: «[C]uando el intento de mediación sea presupuesto procesal para la admisión de la demanda, o cuando sea consecuencia de una derivación judicial, el acta final deberá hacer constar si aquel no pudo llevarse a cabo por inasistencia injustificada de alguna de las partes y, en su caso, las causas de la inasistencia».

128.- Pues bien, respecto de este conjunto de normas cabe hacer las siguientes consideraciones:

- El documento que ha de acompañar a la demanda ha de ser, en rigor, por ser el relevante, la certificación o la copia simple del acta levantada por el mediador -que en caso de inasistencia y no prosecución del procedimiento de mediación, será el acta final-, expresiva de las circunstancias de la convocatoria de las partes a la sesión informativa, de la asistencia o inasistencia a la misma de las partes y, en su caso, de las causas de la inasistencia.



- La exención de la confidencialidad ha de limitarse exclusivamente a estos extremos, en tanto que son los relevantes para verificar el cumplimiento del requisito procesal y para aplicar las consecuencias anudadas a su incumplimiento y a la inasistencia al intento de mediación, cuando este es obligatorio o cuando es resultado de la derivación intrajudicial.
- La referencia que hace el artículo 283.4, en la redacción proyectada, al "acta normalizada de las sesiones que emita el mediador a los efectos previstos legalmente", para exceptuarlos de la confidencialidad, introduce confusión acerca del alcance de esta, a la vista de lo dispuesto en el artículo 9.1 y 17.1 de la LM. Hace surgir la duda de si la confidencialidad no alcanza al contenido del acta de la sesión constitutiva previsto en el artículo 19.2 de la LM, y al contenido del acta final. Debería, por tanto, establecerse con toda claridad que, para respetar uno de los principios esenciales de la mediación, la confidencialidad, ésta solo queda excepcionada respecto de los extremos relativos a la asistencia o no de las partes a la mediación y, en su caso, a las causas de la inasistencia.

129.- El Anteproyecto modifica el apartado 1 del artículo 443 de la LEC, que regula el desarrollo de la vista en los juicios verbales, para introducir en su párrafo tercero, *in fine*, el siguiente inciso: «[D]e igual modo, el tribunal podrá ordenar la derivación de la controversia a un procedimiento de mediación, en los términos establecidos en el artículo 398 bis de la presente ley».

130.- En otras versiones del Anteproyecto a las que ha tenido acceso este Consejo, el prelegislador proponía también la modificación del artículo 429 de la LEC, añadiendo un quinto párrafo a su apartado primero con la siguiente redacción: «[N]o obstante lo anterior, si el Tribunal considerara que podría ser conveniente para la resolución de la controversia su derivación a un procedimiento de mediación, podrá ordenarlo en este momento de conformidad con lo dispuesto en el artículo 398 bis de la presente ley».

131.- Esta última disposición no ha sido incorporada, sin embargo, al texto del Anteproyecto que se ha remitido a este órgano constitucional para su preceptivo informe. Sin perjuicio de que la ubicación entonces prevista no fuera la más adecuada –pues se situaba inmediatamente después de las normas sobre la proposición y admisión de la prueba en el acto de la audiencia previa–, sería conveniente incorporar a los artículos que regulan este acto procesal una previsión análoga a la que se introduce en el artículo



443 de la LEC, bien en el apartado primero del artículo 414, bien en el apartado segundo del artículo 428; y correlativamente, sería más adecuado trasladar esa previsión al apartado tercero del artículo 443, para situarla después de la definitiva fijación de los hechos por las partes y de los términos de la controversia. Todo ello, en el bien entendido de que, como ha quedado expuesto más arriba, lo adecuado es concebir la derivación a mediación de manera flexible, no vinculada a un momento o fase procesal concreta.

IV

132.- Las modificaciones introducidas por el Anteproyecto en la regulación de las medidas cautelares afectan a los artículos 722, 724 y el artículo 730 de la LEC.

133.- Las modificaciones introducidas en el artículo 722 se limitan a contemplar la adopción de medidas cautelares a la vista de un pacto de mediación y en un procedimiento de mediación, nacional o extranjero, lo que, como ha tenido oportunidad de verse, constituye un requisito impuesto por las exigencias derivadas del principio de efectividad, en el control de los estándares de protección del derecho fundamental previsto en el artículo 47 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea.

134.- El artículo 724, referido a la competencia para la adopción de las medidas cautelares en casos especiales, se modifica para extender el *forum executionis* y el subsidiario del lugar de eficacia del acuerdo –que son las reglas de competencia para las medidas cautelares pendiente un arbitraje– a la adopción de medidas cautelares estando pendiente un procedimiento de mediación.

135.- Y se añade un párrafo tercero al apartado 2 del artículo 730, que regula los momentos para solicitar las medidas cautelares, estableciendo que «[C]uando las medidas cautelares se hubieren acordado estando en trámite un procedimiento de mediación, se entenderán alzadas por el acuerdo alcanzado por las partes; y en defecto de acuerdo, quedarán sin efecto si no se presenta la demanda ante el tribunal competente en el plazo de veinte días desde la finalización del procedimiento de mediación, o si en el mismo plazo no se inicia un procedimiento arbitral, comunicándolo así al tribunal». Debe tenerse presente, sin embargo, que el apartado tercero de este mismo artículo no establece el requisito temporal que rige en los casos de las medidas cautelares previas a la interposición de la demanda cuando las adoptadas son previas a la formalización judicial del arbitraje o a un



arbitraje institucional, en cuyo caso para que la medida cautelar se mantenga será suficiente con que la parte beneficiada por esta lleve a cabo todas las actuaciones tendentes a poner en marcha el procedimiento arbitral. Por otra parte, respecto de las medidas cautelares adoptadas en el curso de un procedimiento arbitral que quedan sin efecto por no haberse presentado la demanda en el plazo señalado, se echa en falta la previsión del segundo párrafo del apartado 2 de este artículo para el caso de ineficacia sobrevenida de las medidas previas a la demanda por la misma causa, conforme a la cual «[E]l Secretario judicial, de oficio, acordará mediante decreto que se alcen o revoquen los actos de cumplimiento que hubieren sido realizados, condenará al solicitante en las costas y declarará que es responsable de los daños y perjuicios que haya producido al sujeto respecto del cual se adoptaron las medidas».

V

136.- Las modificaciones que afectan a la regla 1ª del artículo 770 LEC, que contienen las reglas de procedimiento en los procesos matrimoniales y de menores, tienen por objeto establecer la carga consistente en la aportación junto con la demanda de la documentación acreditativa del intento de mediación en los casos en los que este sea preceptivo según la ley, lo que parece ser trasunto de lo dispuesto con carácter general en el artículo 266. No obstante, sería conveniente trasladar al nuevo enunciado de la regla 1ª del artículo 770 los términos en que quedará redactado el artículo 266-1ª, para lo que bastaría efectuar una remisión a este último.

137.- Finalmente, el AL enumera como apartado 1 el actual contenido del artículo 776, relativo a la ejecución forzosa de los pronunciamientos sobre medidas adoptadas en los procedimientos de nulidad, separación o divorcio, y añade un nuevo apartado 2 con la siguiente redacción:

«[E]n los casos de ejecución forzosa de pronunciamientos sobre cualquiera de las medidas mencionadas en las especialidades 2ª a 4ª del apartado anterior, el tribunal podrá derivar a mediación la controversia en el auto en que ordene el despacho de la ejecución. Mientras la mediación se desarrolle, la tramitación de la ejecución quedará en suspenso por el plazo de un mes, prorrogable por plazos iguales a petición de cualquiera de las partes hasta un máximo de tres».

138.- Cabría insistir, también aquí, sobre la conveniencia de contemplar la derivación a mediación con mayor flexibilidad, permitiendo que tenga lugar no solo al dictar el auto por el que se ordene el despacho de la ejecución, sino también en otros hitos o momentos del procedimiento como, por



ejemplo, al decidir el eventual incidente de oposición, o el incidente de gastos extraordinarios, o cuando no se despache ejecución, o se acuerde el archivo de la ejecución.

c) Modificaciones en la Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles

I

139.- El Anteproyecto modifica el artículo 4 de la LM para, por un lado, aumentar el plazo a partir de cuyo trascurso se reanuda el cómputo de los plazos de prescripción y de caducidad, que pasa de quince a treinta días, contados desde la recepción de la solicitud de inicio de la mediación, de suerte que, transcurrido dicho plazo sin que se haya firmado el acta de la sesión constitutiva, se reanuda el cómputo de los plazos; y de otro lado, para añadir a continuación un nuevo apartado con la siguiente redacción: *«[C]uando, según la ley, el intento de mediación sea presupuesto necesario para la admisión de la demanda, la reanudación de los plazos tendrá lugar desde que el mediador haya extendido el acta de conclusión del proceso de mediación».*

140.- Se advierte que el prelegislador ha mantenido la expresión "suspensión" referida tanto a la prescripción como a la caducidad. Si bien su uso respecto de esta última es adecuado, su empleo referido a los plazos de la prescripción puede ser discutible, por cuanto tradicionalmente se ha otorgado a ésta efectos interruptivos, con la consecuencia del inicio del cómputo de los plazos, antes que efectos suspensivos.

141.- Sin embargo, es conceptualmente admisible la suspensión de los plazos prescriptivos, y así se desprende de la jurisprudencia de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo (véase, por ejemplo, la STS de 25 de noviembre de 2016, ECLI:ES:TS:2016:5146). Y es adecuada la opción empleada por el legislador, como en su día sostuvo el Consejo de Estado al emitir su dictamen sobre el Anteproyecto de la Ley de Mediación (cit.), pues de lo que se trata es de paralizar el cómputo de los plazos, no de comenzar de nuevo su cómputo. Únicamente cabría hacer la puntualización, como propuesta de mejora de técnica legislativa, de que la suspensión ha de venir referida a los plazos, en rigor a su cómputo, antes que a la prescripción y a la caducidad propiamente dicha.

142.- Por otra parte, el nuevo apartado tercero, arriba transcrito, puede ocasionar ciertos problemas de interpretación al ponerse en relación con el



apartado cuarto del mismo artículo, conforme al cual «[L]a suspensión se prolongará hasta la fecha de la firma del acuerdo de mediación o, en su defecto, la firma del acta final, o cuando se produzca la terminación de la mediación por alguna de las causas previstas en esta ley». En recta inteligencia de los preceptos transcritos, se ha de entender que la referencia al “acta de conclusión” que se contiene en el apartado tercero lo es al acta extendida tras el intento, infructuoso, de mediación, a partir de la cual se reanudará el cómputo de los plazos, en tanto que el apartado cuarto contemplaría la prolongación de la suspensión cuando, superado el intento de mediación y habiéndose continuado el procedimiento, se alcanza un acuerdo o, sin él, se extiende el acta final, así como cuando el procedimiento de mediación termina por alguna de las otras causas previstas en la Ley, específicamente en su artículo 22. Convendría, con todo, que el prelegislador despejara cualquier duda interpretativa que pudiera surgir de la combinación de ambos apartados, quizá meramente sustituyendo la referencia a la “conclusión del proceso de mediación” por la “conclusión del intento de mediación” en el nuevo apartado tercero del artículo 4.

II

143.- El artículo 6 de la LM, en la redacción anteproyectada, pasa a ser una de las piedras angulares del modelo diseñado por el prelegislador. En él se contiene el catálogo de asuntos respecto de los cuales el intento de mediación se erige en presupuesto de procedibilidad. Respecto del mismo se han de hacer las siguientes consideraciones:

- El catálogo de asuntos para los que el intento de mediación constituye un requisito de admisión de la demanda debería acomodarse a aquellos que contempla la Guía para la práctica de la mediación intrajudicial a la que ha venido haciéndose referencia, que recoge los frutos de la experiencia acumulada desde los distintos sectores de la mediación durante muchos años.
- Es cuestionable la inclusión de la excepción del último inciso de la letra a), conforme a la cual «[n]o será obligatorio el intento de mediación en el caso de que hubiera sido instruido con carácter previo un procedimiento por un delito relacionado con la violencia de género»; y ello no tanto porque objetivamente no resulte adecuada la excepción, cuanto porque del modo en que aparece redactada no permite distinguir los procedimientos en curso y los finalizados, y no discrimina según cuál haya sido el resultado de su terminación.



- El precepto alude a una sesión "exploratoria" cuyo objeto, contenido y desarrollo no delimita, ni cabe deducir cuáles sean unos y otro del propio articulado de la Ley, por lo que deberían definirse con detalle en la norma proyectada o prescindirse de la misma.
- No puede dejarse aquí de mencionar el peligro cierto de que la sesión informativa se desnaturalice y, entendida como la mera cumplimentación del requisito formal, se transforme en un simple trámite burocrático, lo que aconsejaría que, por vía reglamentaria, a través de los mecanismos correctores que se estimen más convenientes, se establezcan criterios comunes de actuación para las sesiones informativas (que podrían resultar de aplicación asimismo en las mediaciones intrajudiciales).

III

144.- El nuevo apartado cuarto del artículo 11 de la LM establece la obligación de la inscripción en el Registro de Mediadores e Instituciones de Mediación dependiente del Ministerio de Justicia o, en su caso, en los registros de mediadores habilitados por las Comunidades Autónomas para actuar como mediador en los supuestos exigidos en el artículo 6 y en los casos de mediación por derivación judicial.

145.- El Registro de Mediadores se configura, tal y como se desprende de los artículos 8, 9, 11 y 12 del Real Decreto 980/2013, de 13 de diciembre, por el que se desarrollan determinados aspectos de la Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles, como un registro de carácter público e informativo que se constituirá como una base de datos informatizada accesible a través del sitio web del Ministerio de Justicia, y cuya finalidad es facilitar el acceso de los ciudadanos a este medio de solución de controversias a través de la publicidad de los mediadores profesionales y las instituciones de mediación. La inscripción de los mediadores que desarrollen la actividad de mediación de conformidad con las previsiones de la Ley de Mediación será voluntaria, si bien será requisito previo la inscripción en el registro para el nombramiento como mediador concursal conforme a lo establecido por el apartado 1 del artículo 233 de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal. La inscripción en el Registro permitirá acreditar la condición de mediador, así como el carácter de institución de mediación.

146.- Debe tenerse presente que todas las Comunidades Autónomas que han regulado esta materia dentro de su ámbito de competencias, han previsto la creación de una serie de Registros, algunas de ellas a través de



los organismos públicos adscritos al departamento competente en la materia, como es el caso de la Comunidad Valenciana o la Comunidad de Cataluña.

147.- El Anteproyecto, por lo tanto, varía la naturaleza del Registro, que deja de tener un carácter meramente informativo para configurarse como un instrumento que, además de cumplir esa función, habilita para el ejercicio de la mediación en aquellos asuntos cuyo intento se erige en presupuesto del proceso y en los casos de derivación judicial, al tiempo que sirve para articular la designación de las personas e instituciones mediadoras, en los términos que contempla el proyectado artículo 16.4 de la LM.

148.- Conviene recordar que, como ha puesto de manifiesto el Tribunal Constitucional, la creación y el mantenimiento por el Estado de un registro estatal resulta constitucionalmente admisible en el marco de una política de coordinación y de coexistencia con los registros homólogos autonómicos. Es cierto que, como apunta la doctrina constitucional, la existencia de un Registro único nacional y las competencias ejecutivas autonómicas, aun siendo perfectamente compatibles, pueden crear problemas en orden al correcto funcionamiento del Registro; pero también lo es que esos problemas no pueden resolverse mediante el expediente de retener el Estado esa actividad ejecutiva en cuanto supondría alterar el sistema de distribución competencial (STC 203/1991).

149.- Al mismo tiempo, ha de tenerse presente que las leyes autonómicas que regulan sus propios Registros mantienen el carácter voluntario de la inscripción y el carácter meramente informativo del Registro. La obligatoriedad de la inscripción, por tanto, se impone en la norma estatal proyectada, y conforme a los títulos competenciales que la presiden (artículo 149.1.6ª y 8ª CE). En consecuencia, se hace preciso adoptar las medidas necesarias para mantener la oportuna cooperación entre el Registro estatal y los Registros de las Comunidades Autónomas, articulando los oportunos mecanismos de colaboración que hagan compatibles las competencias estatales para armonizar y centralizar la información, y las autonómicas de ejecución (SSTC 18/1982 y 203/1992), todo ello dentro del marco general de las relaciones de cooperación y colaboración entre las Administraciones Públicas. Y en este punto cabe recordar que el Consejo de Estado, al emitir su dictamen sobre el anteproyecto de la Ley de Mediación, ya puso de relieve la necesidad de imponer desde la norma estatal la obligación de remisión desde los Registros autonómicos al estatal de las inscripciones que figuren en aquellos para que la obligatoriedad de la



inscripción de las personas e instituciones de mediación tenga los efectos procesales proyectados (Dictamen 2222/2010, cit.).

IV

150.- El Anteproyecto añade una nueva letra c) y un nuevo apartado cuarto al artículo 16, que regula la solicitud de inicio del procedimiento de mediación. Se contempla, de este modo, el inicio del procedimiento «[P]or decisión judicial en los casos previstos por la legislación procesal»; y en el nuevo apartado cuarto se establecen las reglas para la designación de las personas mediadoras en los casos en que el intento de mediación sea requisito para la admisión de la demanda y en los supuestos de derivación judicial.

151.- El precepto debería contemplar también, entre las formas de inicio del procedimiento de mediación, la solicitud de una de las partes en los casos en que el intento de mediación sea requisito para la admisión de la demanda. Por otra parte, en la redacción de la nueva letra c) parece más adecuado referirse a la "*derivación judicial*", en vez de "*decisión judicial*". Debe tenerse presente, además, que la legislación procesal no prevé "*casos*" de derivación a mediación, por lo que sería preferible decir "*conforme a la legislación procesal*" o emplear una expresión similar.

V

152.- El nuevo apartado segundo del artículo 20 dispone que «[E]n los casos en que la ley exige el intento de mediación como presupuesto de admisibilidad del proceso, la duración de la mediación no podrá exceder de tres meses desde la recepción de la solicitud por el mediador». Aunque, como se ha visto, la conciliación de la mediación obligatoria, siquiera "*mitigada*", con el derecho a la tutela judicial impone la menor demora posible en el acceso a la jurisdicción, sería aconsejable prever la posibilidad de prorrogar el tiempo de duración de la mediación para atender a aquellos casos complejos que requieran un mayor tiempo para el desarrollo de la actividad mediadora, o especiales circunstancias que aconsejen prolongar su duración.

VI

153.- La formación de calidad en la mediación es fundamental para garantizar una mediación de calidad. La experiencia de las Universidades en Másteres y Cursos para el estudio de la mediación y del conflicto debería



tomarse en consideración en el diseño de los planes y contenidos formativos y en su homogeneización y homologación.

154.- El Anteproyecto modifica el párrafo primero del apartado 2 de la disposición final octava de la Ley, que pasa a tener la siguiente redacción: «El Gobierno, a iniciativa del Ministerio de Justicia, determinará la duración y contenido mínimo del curso o cursos que con carácter previo habrán de realizar los mediadores para adquirir la formación necesaria para el desempeño de la mediación, así como la formación continua que deben recibir. Dicha formación incluirá, entre otras materias, un módulo de igualdad y detección de violencia de género para todos los mediadores que deseen actuar en el ámbito del Derecho de familia».

155.- Esta especial formación en materia de igualdad y violencia de género, si se quiere establecer, no debería limitarse a las personas mediadoras que vayan a actuar en el Derecho de familia, pues los supuestos de desigualdad y de violencia de género no se producen solamente en dicho ámbito, sino que pueden surgir en cualesquiera otros. Si se entiende necesaria la formación en igualdad y violencia de género, esta no puede limitarse solo a los mediadores que deseen actuar en el ámbito de familia. Acotarlo así supone una doble distorsión: la indeseada identificación de todos los asuntos de familia con los asuntos de violencia de género y el lamentable olvido de que son muchas las situaciones conflictivas que pueden tener su origen o derivar en casos de violencia de género (gestiones de empresas, socios, particiones de herencia, relaciones vecinales y muchísimas otras que nada tienen que ver con el derecho de familia).

d) Disposiciones adicionales y disposición final segunda

156.- La disposición adicional primera prevé la creación de una "Comisión de Seguimiento del Impulso a la Mediación" con el objeto de analizar la aplicación de las nuevas medidas, su puesta en marcha y sus repercusiones jurídicas y económicas. En esta Comisión, que se creará en el plazo máximo de un año a partir de la entrada en vigor de la Ley proyectada, participarán, entre otros, además de representantes del Ministerio de Justicia, las asociaciones de mediadores y los Colegios profesionales que cuenten con servicios de mediación. Además de las consultas y sugerencias que evacúe desde su creación, la Comisión deberá emitir en el plazo máximo de cinco años, contados a partir de la entrada en vigor de la Ley, un informe razonado que incluya el análisis sobre la aplicación de las medidas de impulso establecidas en ella y sugerencias para la mejora del sistema.



157.- En esta Comisión de Seguimiento –que debería denominarse simplemente así, o Comisión de Seguimiento de la implantación o del desarrollo de la mediación- deberían participar representantes del Consejo General del Poder Judicial y de las entidades y asociaciones no profesionales que tengan como primer objetivo la colaboración activa en la implantación de la mediación intrajudicial y la difusión de la mediación y de los métodos alternativos de resolución de conflictos.

158.- Por otra parte, el plazo máximo de cinco años para la elaboración del informe se antoja excesivo, tanto más si se suma al plazo máximo de un año para la creación de la Comisión encargada de emitirlo, y a la también excesiva *vacatio legis* de tres años que prevé la disposición final segunda.

159.- La disposición adicional segunda contempla la inclusión de la mediación en los planes formativos del grado de Derecho y otros grados que se determinen por acuerdo del Consejo de Ministros. Esta previsión, sin duda loable, podría extenderse a todos los ciclos formativos, y no únicamente a los grados universitarios, para favorecer el conocimiento temprano de este instrumento de resolución alternativo de litigios, lo que, desde luego, facilitará el desarrollo de la cultura de la mediación que falta en la actualidad. Asimismo, debería incluirse esta materia en los temarios de las oposiciones a los cuerpos de la Administración, y particularmente, en los de todos los cuerpos al servicio de la Administración de Justicia.

160.- La regulación relativa al Registro, a la formación, al seguimiento del impulso de la mediación, al análisis del impacto legislativo, a la estadística y a la dotación de medios personales y materiales para el impulso de la mediación, pone de manifiesto la necesidad de una organización y de una Institución Pública de Mediación, que debería preverse en la Ley, como ocurre en algunas regulaciones autonómicas, siendo las más recientes las de Cantabria y la Comunidad Valenciana.

161.- Por último, como ya se ha avanzado, resulta excesiva la *vacatio legis* de tres años que se establece en la disposición final segunda. Las razones organizativas esgrimidas por el prelegislador para justificar tan dilatado plazo deben ceder ante la necesidad de dotar de efectividad lo más pronto posible al conjunto de medidas de impulso y desarrollo de la mediación que se contiene en el Anteproyecto, so pena de restarle eficacia. Debería contemplarse una *vacatio* proporcionada a las verdaderas necesidades para la implantación del sistema, acaso con una mayor implicación de todas las Administraciones públicas, siendo preferible no demorar la entrada en vigor de la norma proyectada más allá de seis meses.



VI. CONCLUSIONES

PRIMERA.- El Anteproyecto que se informa se sitúa en un marco no estrictamente nacional sino de dimensión europea, en el que, dadas las dificultades que en el funcionamiento de los sistemas nacionales de mediación se vienen observando en la práctica, se está llevando a cabo un análisis de su efectividad y se indaga en las causas que han impedido desarrollar la potencialidad de esta institución. El análisis de las medidas de impulso a la mediación propuestas por el prelegislador ha de hacerse, por tanto, a partir de estas consideraciones.

SEGUNDA.- Atendido el contenido del Anteproyecto, puede adelantarse una primera conclusión de carácter general, que se resume en una valoración, también general positiva del proyecto normativo, en la medida en que gravita sobre el eje principal de las medidas de impulso a la mediación, cual es la determinación del carácter obligatorio de la sesión informativa, su alcance y consecuencias, y aborda al mismo tiempo aquellas medidas específicamente referidas a los incentivos económicos de la mediación, a su relación con el derecho a acceder a la justicia, a la confidencialidad y a la calidad de la mediación, materializándose en las oportunas modificaciones de las normas sustantivas y procesales que requiere su implantación.

TERCERA.- El Anteproyecto se muestra sensible, por otra parte –y esto merece también una valoración positiva- a las demandas de los más significados sectores y agentes de la mediación, recogiendo en su articulado aquellas reivindicaciones más relevantes en la configuración del esquema de medidas de impulso a la mediación.

CUARTA.- Realizando una valoración –también general- del Anteproyecto desde el punto de vista de la necesidad, antes que la oportunidad, de acometer el proyecto normativo, cabe razonablemente considerar que, en términos generales, el sistema de incentivos diseñado por el prelegislador redundará en un mayor grado de utilización del recurso de la mediación en beneficio de la reducción de la carga jurisdiccional, además de los beneficios asociados a este sistema de resolución alternativa de conflictos, y dotará de total virtualidad a la regulación de la mediación que deriva de la Directiva 2008/52 y, por ende, a la consecución de las finalidades marcadas por la Comisión y el Parlamento Europeo.



QUINTA.- Es en la consecución de estas finalidades donde el Anteproyecto encuentra su definitiva justificación, antes que en su incidencia –no desdeñable– en la carga jurisdiccional. La propuesta normativa ha de entenderse, pues, no tanto como un instrumento para aligerar el peso que soportan los tribunales –efecto cierto que se produce, si bien de forma imponderable en su entidad y temporalidad–, cuanto en un instrumento capaz de producir ese efecto desde la consideración, principal y esencial, de la mediación como un medio capaz de propiciar la tutela de los derechos e intereses legítimos, y la consecución de esta tutela está en directa relación con la calidad de la mediación.

SEXTA.- Sin perjuicio de esta valoración general positiva, cabe realizar ciertas consideraciones generales que, sin cuestionar la opción del legislador ni descender a examinar la oportunidad de la propuesta, inciden sin embargo en la necesidad de abordar las medidas de impulso a la mediación desde una perspectiva que trasciende el estricto planteamiento normativo. Lo que conduce a concluir, con un autorizado sector de los operadores en el mundo de la mediación, que las dificultades se encuentran en la ausencia o en el limitado compromiso de las Administraciones públicas con competencias en materia de justicia; en las desigualdades existentes en la implantación de los servicios públicos de mediación en los distintos territorios y, por consiguiente, en el desigual acceso a este instrumento por parte de la ciudadanía; en la falta de criterios homogéneos para la capacitación de los profesionales de la mediación y la necesidad de mayor formación; y, en fin, en la falta de estímulos e incentivos para el uso de la mediación por parte de los tribunales, de los operadores jurídicos y de los ciudadanos. Por ello, se trataría de acometer el desarrollo de políticas públicas capaces de crear un sistema que garantice el acceso a los ciudadanos a la justicia, con la implicación real, efectiva y coordinada de las instituciones responsables de la mediación y un mayor compromiso tanto de los miembros de la Carrera Judicial como de las Administraciones competentes con la mediación, tal y como se señala en las propuestas del documento “Diez realidades-Diez propuestas” presentado por el Consejo General del Poder Judicial el pasado día 22 de enero de 2019.

SÉPTIMA.- Bajo esta visión más amplia cabría trasladar al prelegislador la conveniencia de acometer una regulación integral y con mayor profundidad de la mediación que se tienda a agotar en el mayor grado posible el margen de actuación que la Directiva deja al legislador nacional, fundamentalmente en la derivación intraprocesal, más allá de puntuales reformas con una limitada finalidad meramente incentivadora.



OCTAVA.- En la controversia y el debate –con origen en las propias instituciones de la Unión Europea- en torno a la cuestión de si la mediación debe ser o no obligatoria en el contexto de la adopción de medidas de impulso y fomento de este instrumento autocompositivo, subyace la cuestión de la posible conciliación o no de la mediación obligatoria con el derecho a la tutela judicial efectiva y el derecho a acceder a la jurisdicción consagrados en el artículo 47 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea y en el artículo 24 CE.

NOVENA.- De conformidad con jurisprudencia del TJUE, si bien es cierto que el hecho de imponer como obligatoria la tramitación previa de un procedimiento extrajudicial de mediación como requisito de admisibilidad de una acción judicial afecta al ejercicio de los derechos conferidos a los particulares por el Derecho de la Unión, no hace sin embargo imposible en la práctica ni excesivamente difícil el ejercicio de tales derechos, en la medida en que: a) el resultado de dicho procedimiento extrajudicial no sea vinculante para las partes y, por lo tanto, no afecte a su derecho a un recurso judicial; b) el procedimiento extrajudicial no implique, en condiciones normales, un retraso sustancial a efectos del ejercicio de una acción judicial; c) la prescripción de derechos se interrumpa durante el desarrollo del procedimiento extrajudicial; d) el procedimiento extrajudicial no ocasione gastos significativos; e) la vía electrónica no constituya el único medio de acceder al procedimiento; y f) permita, o no impida, la adopción de medidas provisionales.

DÉCIMA.- Del análisis de la regulación propuesta, a la luz de los estándares de protección que se derivan del artículo 47 de la Carta y de los principios de equivalencia y efectividad, se ha de concluir que el Anteproyecto que aquí se informa, se encuentra dentro de los márgenes que configuran aquellos estándares y que satisface los indicados principios. A saber:

- el resultado de la mediación obligatoria “mitigada”, circunscrita a determinados asuntos, no es vinculante para las partes y, por lo tanto, no afecta a su derecho de acceso a la jurisdicción, en la medida en que la exigencia, que se erige en presupuesto procesal, se contrae al “intento de mediación” en los términos en que éste se define en el Anteproyecto, es decir, a la celebración ante el personal mediador de una sesión informativa y una sesión exploratoria, pudiendo aquellas decidir no seguir el procedimiento de mediación y apartarse del mismo en cualquier momento;
- el procedimiento de mediación no supone, en condiciones normales, un significativo retraso a efectos del ejercicio de la acción judicial: su



- duración será lo más breve posible y sus actuaciones se concentrarán en el mínimo número de sesiones;
- la solicitud de inicio de la mediación *suspende* el cómputo de los plazos de la prescripción o la caducidad de acciones desde la fecha en la que conste la recepción de dicha solicitud por el personal mediador o el depósito ante la institución de mediación, en su caso, reanudándose el cómputo de los plazos desde que el personal mediador haya extendido el acta de conclusión del procedimiento de mediación, y prolongándose la suspensión hasta la fecha de la firma del acuerdo de mediación o, en su defecto, la firma del acta final, o cuando se produzca la terminación de la mediación por alguna de las causas previstas en la Ley;
 - el procedimiento de mediación no ocasiona gastos significativos, en la medida en que: i) no requiere la asistencia de abogado y/o procurador, antes bien, a las sesiones informativas y exploratorias deberán de asistir las partes, si se trata de personas físicas, o el representante legal o persona con poder para transigir, si se trata de personas jurídicas; y ii) se prevé la ampliación del derecho de asistencia jurídica gratuita para incluir en su ámbito material la intervención del personal mediador cuando la misma sea presupuesto procesal para la admisión de la demanda o resulte de la derivación judicial;
 - la norma anteproyectada no modifica el artículo 24 de la LM, como tampoco el Capítulo V del Real Decreto 980/2013, de 13 de diciembre, por el que se desarrollan determinados aspectos de la Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles, por lo que se mantiene el carácter potestativo del desarrollo por medios electrónicos de las actuaciones de mediación, y
 - se contempla la solicitud y la adopción de medidas cautelares a instancia de quien sea parte en un pacto de mediación o de un proceso de mediación.

UNDÉCIMA.- Desde la estricta perspectiva del derecho a la tutela judicial efectiva, la implantación de la mediación obligatoria "mitigada" responde a un objetivo legítimo de interés general, que, conforme a los parámetros jurisprudenciales de referencia, cabe situar en primer término en la resolución más rápida y menos costosa de los litigios, así como la disminución de la carga de trabajo de los tribunales, pero también, en línea con lo que se ha expuesto, en la aspiración de una mayor calidad de la justicia; sin que su imposición resulte desproporcionada con respecto a los objetivos perseguidos, habida cuenta de que, según resulta de la MAIN, el prelegislador ha considerado que no existe una alternativa menos severa



para la consecución de tales objetivos, lo que, por lo demás, es coherente con orientaciones y las recomendaciones de la Comisión y del Parlamento Europeo.

DECIMOSEGUNDA.- Conforme a la doctrina de nuestro Tribunal Constitucional, lejos de situarse la mediación obligatoria -y particularmente con el alcance mitigado con que la diseña el prelegislador- extramuros del ámbito propio del derecho a la tutela judicial efectiva, permite afirmar sin ambages su conciliación con este derecho fundamental conforme al estándar de protección que se dispensa desde el artículo 24.1 CE. Y ello por cuanto la obligatoriedad prevista no empaña la voluntariedad que caracteriza a la mediación, ni desplaza la intervención judicial para analizar en toda su dimensión la cuestión objeto de la controversia, ya que permanece incólume la plenitud del ejercicio de la función jurisdiccional de no dar comienzo el proceso de mediación o no alcanzarse un acuerdo. Y, a mayor abundamiento, se ha de considerar que la configuración del intento de mediación, en los casos en que se establece como un requisito de procedibilidad, y las consecuencias que se derivan de la falta de agotamiento de dicho intento, ya extrajudicial, ya por derivación judicial, responden a un objetivo legítimo de interés general y se muestran proporcionadas en relación con dicho objetivo, lo que lleva a tener por superado el test de constitucionalidad en relación con el derecho fundamental reconocido en el artículo 24.1 CE.

DECIMOTERCERA.- Una regulación completa de la mediación que abarque a otros órdenes jurisdiccionales además del civil y del mercantil propiciaría dotar de mayor virtualidad a la incorporación de la Directiva 2008/52 al Derecho interno, y respondería con seguridad en mayor medida a las orientaciones y recomendaciones de la Comisión y del Parlamento Europeo. No obstante, este Consejo General del Poder Judicial entiende que la determinación del ámbito sobre el que recae la regulación legal, tanto la vigente como la proyectada, se encuentra dentro del margen de decisión del legislador nacional, al no venir determinada por el legislador europeo, ni por los requerimientos que se derivan de los informes y de las resoluciones de las instituciones europeas, o de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia. Por consiguiente, este órgano constitucional, aunque colabora e impulsa la mediación en todos los órdenes jurisdiccionales y ha elaborado "experiencias piloto", protocolos, Convenios y Guías en todos los ámbitos jurisdiccionales, sobre la mediación, ha de respetar la decisión del prelegislador, como resultado de una opción legislativa legítima, sin hacer en este momento valoraciones acerca de la oportunidad o conveniencia de extender a la esfera del Derecho público -y en general a otras áreas del



Derecho distintas de la civil y mercantil-, las reformas proyectadas, en el marco de la adopción de medidas de impulso a la mediación.

DECIMOCUARTA.- El designio del prelegislador de incorporar la mediación en toda su dimensión al contenido prestacional del derecho a la asistencia jurídica gratuita no se traslada, sin embargo, al articulado. La modificación del artículo 6 LAJG proyectada limita esa incorporación a la mediación extrajudicial en los casos en que constituye un presupuesto de procedibilidad y a la intraprocesal, pero deja fuera de su ámbito la mediación convencional, acordada o solicitada por las partes, tanto antes como en el curso del procedimiento judicial, lo que desde luego no contribuye a la finalidad de incentivar y potenciar la mediación. Es, pues, aconsejable que, dándose los presupuestos para el reconocimiento del derecho, este ha de incluir todos los casos de mediación, la extrajudicial previa al proceso, constituya o no requisito de procedibilidad, la mediación por derivación de la Administración de Justicia, y la mediación intrajudicial o intraprocesal.

DECIMOQUINTA.- La articulación de la mediación extrajudicial o previa al proceso como presupuesto del mismo, y la regulación de la mediación intrajudicial –la derivación judicial- o intraprocesal –la mediación nacida o surgida en el proceso- merece, en términos generales, una valoración favorable.

DECIMOSEXTA.- Sin perjuicio de esta valoración general positiva, sería aconsejable que el prelegislador tuviera en cuenta el fruto de la experiencia acumulada durante muchos años en la práctica y desarrollo de los programas y convenios celebrados sobre esta materia, con la participación de este Consejo General del Poder Judicial, con el Ministerio de Justicia en algunos territorios de su competencia (principalmente, en la Región de Murcia) y distintas Comunidades Autónomas, en colaboración con instituciones, asociaciones de mediadores y colegios profesionales. En esta misma línea, sería deseable que el prelegislador tuviera presente los protocolos, reglas de actuación, modelos de acuerdos, fichas de derivación, evaluación y seguimiento que se contienen en la Guía para la práctica de la mediación intrajudicial, elaborada por este órgano constitucional con la participación de grupos de expertos de todos los órdenes jurisdiccionales.

DECIMOSÉPTIMA.- El prelegislador no logra explicar de forma convincente la exclusión de la mediación en la ejecución. Ciertamente, es difícil hallar una explicación razonable a tal omisión. Es preciso, pues, que el prelegislador reconsidere esta exclusión ponderando la eficacia de la



mediación en la ejecución de títulos no judiciales, tanto de la extrajudicial – previa al despacho de la ejecución- como en la derivación judicial, una vez iniciado el procedimiento. Del mismo modo, debería considerar la eficacia de la mediación en las ejecuciones de títulos judiciales, sobre todo en aquellos casos en los que el pronunciamiento que se ha de llevar a efecto puede ser fuente de nuevos conflictos, pues, como con acierto se dice, no cabe en todos los casos identificar la resolución del pleito con la resolución del conflicto subyacente, para lo cual la mediación puede resultar, también en fase de ejecución, el instrumento más adecuado. Y desde luego, no cabe desdeñar su eficacia en aquellos procedimientos de ejecución derivados de procedimientos de naturaleza monitoria, encaminados a la inmediata conformación de un título de ejecución.

DECIMOCTAVA.- Es preciso reconocer el papel de los Letrados de la Administración de Justicia en la derivación a mediación. Su preterición en la norma no se compadece con su actividad profesional desplegada en los procedimientos civiles y mercantiles, y desconoce incomprensiblemente la competencia que al respecto les atribuye con carácter general el artículo 456.6 e) de la LOPJ, y las competencias que tienen asignadas en la ley procesal y en la Ley 15/2015, de 2 de julio, de jurisdicción voluntaria.

DECIMONOVENA.- La modificación del régimen de las costas procesales en el Anteproyecto añade entre las excepciones del apartado primero del artículo 32 LEC a la regla general de la exclusión de la eventual condena en costas de los derechos y honorarios de abogados y procuradores cuando su intervención en el proceso no sea preceptiva, la consistente en que la parte no haya acudido a un intento de mediación, en los casos y en la forma previstos legalmente, dirigida a resolver la controversia a través de la mediación, sin que conste causa justa que se lo hubiese impedido, lo que resulta adecuado y no parece desproporcionado. Por su parte, el nuevo tercer párrafo del apartado 1 del artículo 394 LEC, modula la regla general del vencimiento al disponer que no ha lugar al pronunciamiento de costas a favor de la parte incompareciente sin justificación a un intento de mediación ya sea extra o intraprocesal. Previsión idéntica se contempla en el apartado 2 del artículo 539 para la fase de ejecución. Únicamente cabría precisar que la misma regla habrá de regir para el caso de no acudir al intento de mediación en la ejecución, en el bien entendido de que se extienda, como se propone en este informe, la mediación a la ejecución.

VIGÉSIMA.- Respecto de la regulación de la derivación a mediación en la primera y segunda instancia de los procesos declarativos, cabe hacer las siguientes consideraciones:



- Aunque se encuentra implícito en el enunciado del artículo 398 bis, ha de quedar claro que el régimen establecido para la derivación a mediación durante la primera instancia de los procesos declarativos se aplicará también a los procedimientos especiales, particularmente los relativos a los procesos matrimoniales y de menores regulados en el Libro IV de la LEC.
- El modelo propuesto prevé la derivación a mediación siempre que no se hubiese intentado con carácter previo al proceso judicial. Esta condición, sin embargo, restringe innecesariamente las posibilidades de la mediación intrajudicial y deja sin respuesta aquellos casos en los que, constituyendo requisito de procedibilidad, se ha intentado pero no se ha continuado el procedimiento de mediación. Como ponen de relieve autorizados sectores de la mediación, debe tenerse en cuenta el carácter dinámico del conflicto, cuyas circunstancias pueden variar a lo largo del tiempo. Puede darse el caso de que, después de un intento de mediación anterior al proceso, el conflicto, al trasladarse al proceso, se encuentre en una situación tal que, por las características y circunstancias concurrentes, aconseje su derivación a mediación, por ser adecuada, tras la oportuna valoración por el juez o por el letrado de la Administración de Justicia, en aquellos casos que se encuentran dentro de su competencia.
- El prelegislador opta por fijar el momento en que se ha de derivar a mediación de manera alternativa: bien tras la contestación de la demanda, bien al finalizar el acto de la audiencia previa en el juicio ordinario o al inicio de la vista en el juicio verbal. Por tanto, sitúa el momento de la derivación a mediación después de la realización de aquellos actos de la fase alegatoria del proceso tras los cuales han de quedar definidas las pretensiones, excepciones y medios de defensa de las partes. Esta solución, sin embargo, si bien es técnicamente correcta, no parece la más adecuada desde el punto de vista de la funcionalidad. Parece preferible establecer la derivación a la mediación de manera flexible, sin fijar hitos concretos –y menos aún con carácter preclusivo.
- El Anteproyecto prevé que la derivación no suspenderá el curso del proceso, salvo que ambas partes lo soliciten de conformidad con lo establecido en la LEC. Esta solución es la que se considera más adecuada, pues de ese modo se aprovechan los “tiempos muertos” del proceso judicial, y no se desincentiva el recurso a la mediación con el retraso en la tramitación del procedimiento judicial que se produciría de anudar a la derivación a mediación el efecto de suspender el curso del mismo.
- La norma proyectada establece que la derivación se ordenará por providencia. Sería más adecuado establecer que se ordenará “mediante



la correspondiente resolución motivada”, para incluir los decretos de los letrados de la Administración de Justicia y las providencias y, en su caso, autos judiciales. Sin excluir la posibilidad de que, dejando constancia debida de su motivación, pudiera acordarse la derivación verbalmente, cuando resulte posible (art. 210 LEC).

- Al disponer la derivación a mediación, el tribunal procederá a designar al mediador conforme al procedimiento regulado en la legislación de mediación en asuntos civiles y mercantiles. Aunque cabe entender la alusión al “mediador” como una mención genérica, sería más adecuado sustituirla por la de “personal mediador”, “profesional mediador” o “persona mediadora”, que incluya, además de hacerlo sin vinculación de género, a la actividad mediadora cuando se realiza en equipo, y al personal integrante de una institución de mediación reconocida y acreditada.
- Al prever la comparecencia para preparar la mediación, la norma proyectada se refiere exclusivamente a las partes, que deberán asistir personalmente so pena de darse las consecuencias previstas en el apartado 3 del artículo 247 de la LEC, a saber, la imposición de una multa por faltar a la buena fe procesal. Esta previsión merece dos observaciones. La primera, que debe permitirse a las partes acudir a dicha comparecencia con la debida asistencia letrada, habida cuenta de las consecuencias que se anudan a la misma, y permitiendo de ese modo el debido asesoramiento por parte de los letrados de las partes. Y la segunda, que junto con la opción de la imposición de sanciones ex artículo 247 LEC podría valorarse, como alternativa, la de establecer para la inasistencia a esta comparecencia análogas consecuencias que las previstas en materia de costas procesales para los casos de injustificada inasistencia al intento de mediación.
- El artículo 398 ter regula la derivación a mediación durante la segunda instancia de los procesos declarativos. La regulación, sin embargo, debería extenderse a los procedimientos de ejecución, tal y como ya se ha indicado, con las debidas adaptaciones exigidas por la particular naturaleza de estos procedimientos.
- El Anteproyecto limita la posibilidad de derivar a mediación durante la segunda instancia cuando no se hubiese acordado en la primera. Las mismas consideraciones que se han hecho respecto de la conveniencia de no cerrar el paso a la derivación a mediación en primera instancia cuando ha habido un intento previo de mediación han de trasladarse ahora a esta limitación, referida a la segunda instancia y al proceso de ejecución. Se ha de incidir en el carácter dinámico y variable del conflicto y en la necesidad de permitir la derivación a mediación en cualquier momento del proceso, tras ponderar las circunstancias



concurrentes en cada momento, y tras valorar la adecuación de la mediación como instrumento para solucionarlo, más allá de la solución judicial dada al litigio.

- Por otra parte, y conforme a lo que ha venido exponiéndose, ha de contemplarse, también en esta segunda instancia y en el procedimiento de ejecución, la intervención del Letrado/a de la Administración de Justicia en la derivación a mediación, dentro del marco de sus competencias.
- No se encuentra razón, por lo demás, para anudar a la derivación a mediación en estos casos el efecto de suspender el procedimiento, sin perjuicio de que tal efecto suspensivo quede a disposición de las partes.
- Sería aconsejable, en fin, que el prelegislador, al regular la derivación a mediación en primera y segunda instancia y en el proceso de ejecución, tomara como referencia los protocolos contenidos en la Guía para la práctica de la derivación intrajudicial publicada por este Consejo General del Poder Judicial, en línea con las consideraciones generales consignadas en este informe.

VIGESIMOPRIMERA.- Respecto del conjunto de normas que en el Anteproyecto regulan la aportación a las actuaciones judiciales de la documentación de la actividad relacionada con la mediación, cabe hacer las siguientes consideraciones:

- La descripción que ha de hacerse en la demanda del intento de mediación en los casos en que es requisito de procedibilidad habría de venir referida no, como se expresa en la norma del artículo 399.3 LEC, al procedimiento de mediación -que ha podido no desarrollarse- sino al desarrollo de la sesión informativa, y siempre con especial respeto y atención al principio de confidencialidad, uno de los basamentos de la mediación, como el propio Anteproyecto reconoce.
- El documento que ha de acompañar a la demanda ha de ser, en rigor, por ser el relevante, la certificación o la copia simple del acta levantada por el mediador -que en caso de inasistencia y no prosecución del procedimiento de mediación, será el acta final-, expresiva de las circunstancias de la convocatoria de las partes a la sesión informativa, de la asistencia o inasistencia a la misma de las partes y, en su caso, de las causas de la inasistencia.
- La exención de la confidencialidad ha de limitarse exclusivamente a estos extremos, en tanto que son los relevantes para verificar el cumplimiento del requisito procesal y para aplicar las consecuencias vinculadas a su incumplimiento y a la inasistencia al intento de



mediación, cuando este es obligatorio o cuando es resultado de la derivación intrajudicial.

- La referencia que hace el artículo 283.4 del Anteproyecto al "acta normalizada de las sesiones que emita el mediador a los efectos previstos legalmente", para exceptuarlos de la confidencialidad, introduce confusión acerca del alcance de esta. Debería, por tanto, establecerse con toda claridad que, para respetar uno de los principios esenciales de la mediación, la confidencialidad, ésta solo queda excepcionada respecto de los extremos relativos a la asistencia o no de las partes a la mediación y, en su caso, a las causas de la inasistencia.

VIGESIMOSEGUNDA.- Las modificaciones de las reglas de procedimiento en los procesos matrimoniales y de menores sí contempla la derivación a mediación en fase de ejecución forzosa de algunas de las medidas susceptibles de acordarse en el fallo de la sentencia que se dicte. Cabría insistir también en este punto sobre la conveniencia de contemplar la derivación a mediación con mayor flexibilidad, permitiendo que tenga lugar no solo al dictar el auto por el que se ordene el despacho de la ejecución, sino también en otros hitos o momentos del procedimiento.

VIGESIMOTERCERA.- Respecto de las modificaciones en la Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles, el Anteproyecto modifica el artículo 4 de la LM para aumentar el plazo a partir de cuyo trascurso se reanudará el cómputo de los plazos de prescripción y de caducidad, que pasa a ser de quince a treinta días. Se advierte que el prelegislador ha mantenido la expresión "*suspensión*" referida tanto a la prescripción como a la caducidad. Si bien su uso respecto de esta última es adecuado, su empleo referido a los plazos de la prescripción puede ser discutible, por cuanto tradicionalmente se ha otorgado a ésta efectos interruptivos, con la consecuencia del inicio del cómputo de los plazos, antes que efectos suspensivos.

VIGESIMOCUARTA.- El artículo 6 de la LM, en la redacción anteproyectada, pasa a ser una de las piedras angulares del modelo diseñado por el prelegislador. Respecto del mismo se han de hacer las siguientes consideraciones:

- El catálogo de asuntos para los que el intento de mediación constituye un requisito de procedibilidad debería acomodarse a aquellos que contempla la Guía para la práctica de la mediación intrajudicial del CGPJ, que recoge los frutos de la experiencia



- acumulada desde los distintos sectores de la mediación durante muchos años.
- Es cuestionable la inclusión de la excepción del último inciso de la letra a), conforme a la cual «[n]o será obligatorio el intento de mediación en el caso de que hubiera sido instruido con carácter previo un procedimiento por un delito relacionado con la violencia de género»; y ello no tanto porque objetivamente no resulte adecuada la excepción, cuanto porque del modo en que aparece redactada no permite distinguir los procedimientos en curso y los finalizados, y no discrimina según cuál haya sido el resultado de su terminación.
 - El precepto alude a una sesión “*exploratoria*” cuyo objeto, contenido y desarrollo no delimita, ni cabe deducir cuáles sean unos y otro del propio articulado de la Ley, por lo que debería definirse con detalle en la norma proyectada o prescindirse de la misma.
 - No puede dejarse aquí de mencionar el peligro cierto de que la sesión informativa se desnaturalice y, entendida como la mera cumplimentación del requisito formal, se transforme en un simple trámite burocrático, lo que aconsejaría que, por vía reglamentaria, a través de los mecanismos correctores que se estimen más convenientes, se establezcan criterios comunes de actuación para las sesiones informativas (que podrían resultar de aplicación asimismo en las mediaciones intrajudiciales).

VIGESIMOQUINTA.- El Anteproyecto varía la naturaleza del Registro de Mediadores e Instituciones de Mediación, que deja de tener un carácter meramente informativo para configurarse como un instrumento que, además de cumplir esa función, habilita para el ejercicio de la mediación en aquellos asuntos cuyo intento se erige en presupuesto del proceso y en los casos de derivación judicial, al tiempo que sirve para articular la designación de las personas e instituciones mediadoras. Las leyes autonómicas que regulan sus propios Registros mantienen el carácter voluntario de la inscripción y el carácter meramente informativo del Registro. La obligatoriedad de la inscripción, por tanto, se impone en la norma estatal proyectada, y conforme a los títulos competenciales que la presiden, por lo tanto se hace preciso adoptar las medidas necesarias para mantener la oportuna colaboración entre el Registro estatal y los Registros de las Comunidades Autónomas, articulando los oportunos mecanismos de colaboración que hagan compatibles las competencias estatales para armonizar y centralizar la información y las autonómicas de ejecución.

VIGESIMOSEXTA.- El artículo 16 LM debería contemplar también, entre las formas de inicio del procedimiento de mediación, la solicitud de una de las partes en los casos en que el intento de mediación sea requisito para la



admisión de la demanda. Por otra parte, en la redacción de la nueva letra c) parece más adecuado referirse a la "*derivación judicial*", en lugar de a la "*decisión judicial*". Debe tenerse presente, además, que la legislación procesal no prevé "*casos*" de derivación a mediación, por lo que sería preferible decir "*conforme a la legislación procesal*" o emplear una expresión similar.

VIGESIMOSÉPTIMA.- Aunque la conciliación de la mediación obligatoria, siquiera "*mitigada*", con el derecho a la tutela judicial impone la menor demora posible en el acceso a la jurisdicción, sería aconsejable prever la posibilidad de prorrogar el tiempo de duración de la mediación para atender a aquellos casos complejos que requieran un mayor tiempo para el desarrollo de la actividad mediadora, o especiales circunstancias que aconsejen prolongar su duración.

VIGESIMOCTAVA.- La especial formación en materia de igualdad y violencia de género, si se quiere establecer, no debería limitarse a las personas mediadoras que vayan a actuar en el Derecho de familia, pues los supuestos de desigualdad y de violencia de género no se producen solamente en dicho ámbito, sino que pueden surgir en cualesquiera otros. No en todos los asuntos de Derecho de Familia existe larvada, ni se puede presuponer, la existencia de una violación del principio de igualdad o la violencia de género. Con esta prevención se está introduciendo una sospecha y un prejuicio gratuito en el Derecho de Familia y en todos los que suscitan un contencioso en dicha materia.

VIGESIMONOVENA.- En la Comisión de Seguimiento –que debería denominarse simplemente así, o Comisión de Seguimiento de la implantación o del desarrollo de la mediación- deberían participar representantes del Consejo General del Poder Judicial y de las entidades y asociaciones no profesionales que tengan como primer objetivo la colaboración activa en la implantación de la mediación intrajudicial y la difusión de la mediación y de los métodos alternativos de resolución de conflictos.

Por otra parte, el plazo máximo de cinco años para la elaboración del informe se antoja excesivo, tanto más tanto más si se suma al plazo máximo de un año para la creación de la Comisión encargada de emitirlo, y a la también excesiva *vacatio legis* de tres años que prevé la disposición final segunda.



TRIGÉSIMA.- Como se ha puesto de manifiesto en diversas recomendaciones y mociones tanto del Parlamento Europeo como Español, y a la vista de los Convenios que se han desarrollado entre diversas Administraciones públicas y entidades mediadoras sobre la articulación y promoción de la mediación, la reforma normativa podría constituir una oportunidad para recoger la Organización del Servicio Público de Mediación, una especie de Administración Pública de Apoyo Coordinadora y prestadora de servicios en favor de la mediación, es decir, un Servicio Público y una Organización más estructurada de la mediación. Debería garantizarse en todo el territorio el acceso a los Servicios de Mediación intrajudicial en igualdad de condiciones y oportunidades, eliminando el riesgo de una Justicia de dos velocidades según el territorio. Dicha Organización o Administración se debería de encargar también de garantizar los medios materiales y personales dentro de los edificios judiciales, por ejemplo impulsando la facilitación del acceso, la difusión y la información con puntos de información en los edificios judiciales sobre la mediación intrajudicial, planteándose la posibilidad de la creación en los órganos Judiciales de Ventanillas únicas de Mediación.

En este punto, es preciso destacar la Ley 24/2018, de 5 de diciembre, de mediación en la Comunidad Valenciana, que crea el Centro de Mediación de la Comunidad valenciana, el Registro de Personas y Entidades Mediadoras y el Consejo Asesor de Mediación de la Comunidad Valenciana, o la Ley de Cantabria, de 2017, que crea el Observatorio de la Mediación.

En segundo lugar, en línea con lo establecido en la disposición adicional segunda del anteproyecto, es precisa la Formación de Calidad en Mediación estableciendo los requisitos de formación, habilitación y calidad, en colaboración con las Universidades, estableciendo un modelo común mínimo armonizado de contenidos de la Formación y de sus programas, reconocimiento, registro y habilitación sin perjuicio de las especialidades.

Por último, entre otras medidas, debe garantizarse en el Anteproyecto, a través de una nueva disposición adicional la inclusión de la mediación en la Carta de los Derechos de los Ciudadanos ante la Justicia, pues en la Carta no se dice nada de la Mediación.

TRIGESIMOPRIMERA. La disposición adicional segunda contempla la inclusión de la mediación en los planes formativos del grado de Derecho y otros grados que se determinen por acuerdo del Consejo de Ministros. Esta previsión, sin duda loable, podría extenderse a todos los ciclos formativos, y no únicamente a los grados universitarios, para favorecer el conocimiento



temprano de este instrumento de resolución alternativo de litigios, lo que, desde luego, facilitará el desarrollo de la cultura de la mediación que falta en la actualidad. Asimismo, debería incluirse esta materia en los temarios de las oposiciones a los cuerpos de la Administración, y particularmente, en la Administración de Justicia.

TRIGESIMOSEGUNDA.- Resulta excesiva la *vacatio legis* de tres años que se establece en la disposición final segunda. Las razones organizativas esgrimidas por el prelegislador para justificar tan dilatado plazo deben ceder ante la necesidad de dotar de efectividad lo más pronto posible al conjunto de medidas de impulso y desarrollo de la mediación que se contiene en el Anteproyecto, so pena de restarle eficacia. Debería contemplarse una *vacatio* proporcionada a las verdaderas necesidades para la implantación del sistema, acaso con una mayor implicación de todas las Administraciones públicas, siendo preferible no demorar la entrada en vigor de la norma proyectada más allá de seis meses.

TRIGESIMOTERCERA.- Procede hacer ciertas sugerencias, de índole terminológico y conceptual, para mejorar la técnica normativa del texto proyectado:

- a) En primer lugar, debería evitarse el empleo del sustantivo "proceso" para referirlo a la mediación, en evitación de eventuales dudas acerca de su naturaleza, principalmente cuando se trata de la mediación consecuencia de la derivación judicial. Es preferible utilizar el término "procedimiento de mediación".
- b) Debe evitarse también la caracterización de la tutela jurisdiccional como un "recurso subsidiario para la resolución de los litigios", como se hace en la Exposición de Motivos del Anteproyecto (apartado I, primer párrafo, in fine). La relación entre la mediación y la tutela jurisdiccional no puede concebirse en base a una relación entre "principal y subsidiario", sino en base a una relación de alternatividad no excluyente.
- c) Por análogas razones, no resulta adecuado referirse a la mediación como "trámite previo" al proceso para explicar su conciliación con el derecho a la tutela judicial efectiva. La mediación es un instrumento de solución de conflictos alternativo a la vía jurisdiccional, que, en su caso, puede evitar el recurso a la misma o puede propiciar una respuesta al conflicto al margen del proceso, pero no debe considerarse como un mero trámite previo a la jurisdicción, pues con ello se desvirtúa toda su funcionalidad, y no se contribuye a potenciar su uso. La conciliación de la mediación, tal y como se configura por el



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

Secretaría General

- prelegislador, con el derecho a la tutela judicial efectiva se explica con los argumentos que han quedado arriba expuestos, y no por su concepción como un trámite pre-procesal inane, carente de una real virtualidad dentro del sistema de justicia.
- d) Sería conveniente, por otra parte, sustituir el término "resolución", referido a la solución de conflictos a través de la mediación, por el de "solución" o "gestión", términos más acordes con el objeto, el carácter y la naturaleza de la actividad mediadora.
 - e) Es igualmente conveniente el empleo del lenguaje inclusivo. En esta línea, sería más adecuado referirse al "*personal mediador*", "*profesional mediador*" o "*persona mediadora*", en lugar de al "mediador", como hace, por ejemplo, la Ley 24/2018, de 5 de diciembre, de mediación de la Comunidad Valenciana.
 - f) Sería aconsejable que la referencia que hace el apartado 2 del artículo 3 de la LM al Reglamento (CE) nº 44/2001, del Consejo, de 22 de diciembre de 2000, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, se sustituya por la del Reglamento (UE) nº 1215/2012, de 12 de diciembre de 2012, sobre la misma materia, que ha sustituido al anterior.

Es todo cuanto tiene que informar el Consejo General del Poder Judicial.

Lo precedente concuerda bien y fielmente con su original al que me remito, y para que conste extiendo y firmo la presente en Madrid a 1 de abril de 2019

Jose Luis de Benito y Benítez de Lugo
Secretario General