

La mediación en asuntos civiles y mercantiles en España: De la voluntariedad a la obligatoriedad

Mediation in civil and commercial matters in Spain: From voluntary to mandatory

JORGE FELIU REY

*Profesor Titular de Derecho Mercantil
Universidad Carlos III de Madrid*

*National Special Reporter for the ADR in the Enforcement of Security Interest and Insolvency
at the International Academy of Comparative Law*

Orcid:0000-0002-2315-6361

Recibido: 30.06.2022/ / Aceptado: 19.07.2022

DOI: 10.20318/cdt.2022.7189

Resumen: Ante un uso aún limitado de la mediación en asuntos civiles y mercantiles en España, se han tomado diversas medidas para superar los diversos obstáculos para su implementación. Con este fin se entiende la transición legislativa desde un modelo de voluntariedad a uno de obligatoriedad a través de la fórmula del requisito de procedibilidad. En este trabajo, se analiza esta evolución y se valoran sus efectos. Además del legislador, las partes, por vía consensual, promueven también el uso de la mediación pactando su uso como vía previa al arbitraje, o mediante la hibridación de aquel método autocompositivo con este heterocompositivo.

Palabras clave: Mediación, arbitraje, voluntariedad, obligatoriedad, procedibilidad, MASC.

Abstract: Given the still limited use of mediation in civil and commercial matters in Spain, various measures have been taken to overcome the various obstacles to its implementation. The legislative transition from a voluntary model to a mandatory one based on a formula of the requirement of procedure is to be understood within such a strategy. In this article, this evolution is analyzed and its effects are assessed. In addition to the legislator, the parties, by agreement, also promote the use of mediation in their contracts, by agreeing on its use prior to arbitration, or through hybrid clauses.

Keywords: Mediation, arbitration, voluntary, mandatory, requirement of procedure, ADR.

Sumario: I. Introducción. II. Algunas de las razones del no desarrollo de la mediación en España. III. La mediación voluntaria u obligatoria: Regulación legal, anteproyectos y proyecto de ley. 1. Marco normativo. 2. Voluntariedad u obligatoriedad: pasado, presente y futuro. A) Anteproyecto de LMACM (2011). B) Regulación actual: LMACM (2012). C) Los anteproyectos y proyecto de Ley. a) Anteproyecto de Ley de Medidas de impulso de la Mediación (2019). b) Anteproyecto de Ley de Medidas de Eficiencia del Servicio Público (2020). c) Proyecto de Ley de Medidas de Eficiencia Procesal del Servicio Público (2022). IV. Interacción mediación-arbitraje. Cláusulas MED-ARB o ARB-MED-ARB. V. Conclusión. VI. Bibliografía.

* Este trabajo es fruto del informe preparado como National Special Reporter for the *ADR in the Enforcement of Security Interest and Insolvency at the International Academy of Comparative Law 2020-2022*. Este artículo ha sido elaborado en el marco del Proyecto de Investigación Nacional "Innovación tecnológica de los sistemas de garantías mobiliarias: registros electrónicos, activos digitales y plataformas" (PID2019-107189GB-I00) y del Proyecto de Excelencia para el Profesorado Universitario de la Comunidad de Madrid (2018-2024).

I. Introducción

1. Cómo, o de qué manera, se entienden y resuelven los conflictos entre los miembros de una sociedad dice mucho del nivel cultural de la misma, de su grado de desarrollo. Efectivamente, no es lo mismo que los conflictos se resuelvan por la ley del más fuerte, a que se resuelvan por la intervención de un tercero. Y dentro de este último, no es lo mismo que este tercero actúe bajo unos principios o leyes establecidas, que a su libre albedrío. Del mismo modo, no es lo mismo que ese tercero utilice un sistema o aparato coercitivo que ampare la ejecución de lo decidido a que sean, en un estado utópico, las mismas partes quienes solucionen amistosamente el conflicto y las ejecuten por sí mismas, sin necesidad de que nadie les obligue a cumplir lo pactado.

2. Por tanto, sistemas o modos de resolver disputas hay variados, si bien podríamos agruparlos principalmente en tres grandes categorías que aglutinan formas más o menos puras o híbridadas de composición: autotutela, autocomposición o heterocomposición. La elección de uno u otro tipo, o de varios, y las razones que llevan a tal elección serán reflejo de los valores de la sociedad donde se apliquen y la forma de entender la resolución de los conflictos.

3. No se puede afirmar que el sistema de heterocomposición sea, siempre, el mejor de los modelos de resolución de controversias, ni que, a lo largo de la historia de humanidad, no hayan existido otros modelos¹ coexistentes o preferidos. De ahí que la autocomposición pueda ofrecer, en algunos casos y para determinadas materias², mejor solución a los conflictos, ya que son las partes por sí solas o con el auxilio de un tercero (pero sin que las partes estén vinculadas a la decisión de éste), quienes adoptan el acuerdo para finalizar la controversia, “que son quienes, mejor que nadie, pueden saber lo que más le conviene”³.

4. En este equilibrio o desplazamiento entre formas compositivas, surge otra interesante cuestión cuando nos preguntamos cómo estas diversas formas se articulan entre sí, actúan de forma combinada o mutuamente se excluyen y, en particular, si las partes pueden elegir la forma de resolución o composición o, por el contrario, viene ésta determinada por la norma. En definitiva, si las fórmulas compositivas responden a un régimen de voluntariedad o de obligatoriedad y, en este caso, en qué sentido. La percepción de la autocomposición como una ruta opcional, preferible en escenarios menos enquistados en el conflicto, tendería a ubicarla siempre en el terreno de la mera voluntariedad. Las partes optarían por estas fórmulas voluntariamente en aras de una resolución más amigable y consensuada. Sin embargo, razones de muy diversa índole pueden aconsejar que un ordenamiento jurídico promueva la autocomposición recurriendo a la obligatoriedad.

5. Partiendo de la premisa con la que hemos comenzado este trabajo y negando que la heterocomposición sea siempre el mejor y único de los sistemas posibles de solución de controversias⁴, vamos

¹ En este sentido, v. GIMENO SENDRA, *Introducción al Derecho Procesal*, 7ª Ed. Colex, Madrid, 2012, afirma que “a lo largo de la historia, ni siempre la han acometido los Juzgados y Tribunales, ni en la actualidad puede afirmarse que la asumen con absoluta exclusividad, pues, al menos, en todo lo referente a los conflictos intersubjetivos, o litigios, coexisten los métodos autocompositivos y equivalentes jurisdiccionales”.

² Se puede percibir una ampliación en el uso de la mediación. En este sentido, y como ejemplo, se ha producido una recientemente reforma en la Ley 49/1969, de 21 de julio, sobre propiedad horizontal, en virtud de la Ley 10/2022, de 14 de junio, de medidas urgentes para impulsar la actividad de rehabilitación edificatoria en el contexto del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia que incluye en su art. 21.6 que *la reclamación de los gastos de comunidad y del fondo de reserva o cualquier cuestión relacionada con la obligación de contribuir en ellos, también podrá ser objeto de mediación-conciliación o arbitraje, conforme a la legislación aplicable*

³ V. MORENO CATENA; V. CORTÉS DOMÍNGUEZ, *Introducción al Derecho Procesal*, 11ª Ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2021, p. 41 (versión electrónica), aunque como bien explican estos autores, este mejor conocimiento, denominado en otras ciencias “como supuesto de racionalidad de los agentes, hay supuestos en que quiebra, y el Derecho llega a expropiar a las partes en conflicto la capacidad para elegir la forma de resolverlo”. Estos supuestos son aquellos supuestos donde las partes no tienen libre disposición o que la ley pretende proteger determinados intereses. En estos supuestos, las partes deben acudir a los órganos jurisdiccionales.

⁴ Estamos de acuerdo, entre otros, con el profesor Carretero, cuando afirma que “la tutela de dichos derechos e intereses no es algo atribuido en exclusiva al Poder Judicial, si bien es cierto que éste es, y ha de ser, el último baluarte al que los ciudadanos podrán acudir”, E. CARRETERO MORALES, *La mediación civil y mercantil en el sistema de justicia*, Madrid, Dykinson, 2016, p. 40.

a centrarnos en una de las principales cuestiones que, en relación con la mediación, en concreto, en asuntos civiles y mercantiles, está siendo objeto de debate y modificación legislativa: la transición de un modelo de voluntariedad a un modelo de obligatoriedad.

6. De ahí que, comenzando por las razones que llevan a que este sistema de resolución de controversias no alcance el nivel de aceptación e implementación esperado en España, el objeto de este trabajo es exponer cómo ha sido la evolución de esta tensión entre la obligatoriedad y la voluntariedad de la mediación. Para ello se expondrá los diferentes textos legislativos, anteproyectos y proyecto de Ley que abordan esta materia, y trazar así el camino recorrido para una mejor comprensión del contexto de este gran cambio que se avecina.

7. El trabajo finalizará con una breve referencia a la introducción de la mediación en el arbitraje, convirtiéndose aquella, si así lo establecen las partes, en un paso previo al arbitraje.

II. Algunas de las razones del no desarrollo de la mediación en España

8. La aparición e impulso de la mediación puede obedecer a muchas razones y a motivos de diversa naturaleza, pero si hacemos un análisis simplificado y quizá algo simplista, podríamos afirmar que los motivos principales se podrían agrupar en dos: por una razón de eficiencia y/o por una razón cultural. Estos dos motivos son a su vez, en algunos casos, curiosamente la fuente de las fricciones que lleva a que los métodos alternativos de solución de conflictos (hoy denominado métodos adecuados de solución de controversias, en adelante MASC)⁵ no lleguen a conseguir la relevancia que con tanto anhelo se espera. De ahí que, cómo se entienda los MASC y, en concreto, la mediación, implicará su mayor o menor implementación en un país.

9. Efectivamente, en el caso español, la carga de trabajo que asumen los juzgados y tribunales ha sido y es, actualmente por las crisis soportadas y los efectos de la pandemia⁶, excesiva, afectando, por tanto, al derecho de la tutela judicial efectiva. Esto ha implicado una ralentización en los tiempos del proceso judicial y la búsqueda de políticas y mecanismos que permitan una descarga, una liberación de esa carga de trabajo, con la finalidad de que los órganos jurisdiccionales desempeñen correctamente su función. De ahí que, a la mediación, entre otros, se le haya querido dar un impulso con la adopción de medidas legislativas tendentes, precisamente, a impulsarla, pero en algunos casos más por una finalidad de descongestión de la administración de justicia, que como un cambio cultural en el entendimiento y resolución de los conflictos. Por tal motivo, entendemos que no se debe una sociedad aproximar a la mediación y a los otros MASC únicamente como una solución a esos problemas de eficiencia⁷, sino también y principalmente, como mecanismos que son óptimos para solucionar determinadas controversias, no sólo en el aspecto jurídico sino también en otros aspectos íntimamente relacionados y afectados por la controversia (social, psicológico, etc.)⁸.

⁵ Sobre este aspecto, en el cambio de denominación de “alternativo” por “adecuado”, y de “conflicto a controversia”, vid., entre otros, R. HINOJOSA SEGOVIA, “Los medios adecuados de solución de controversias en el Anteproyecto de Ley de medidas de eficiencia procesal del servicio público de justicia”, *La Ley Mediación y Arbitraje*, nº 5, enero-marzo, 2021, pp. 2 y 3. Igualmente, del mismo autor y más recientemente, R. HINOJOSA SEGOVIA, “Los medios adecuados de solución de controversias en el Proyecto de Ley de medidas de eficiencia procesal del servicio público de justicia”, *La Ley Mediación y Arbitraje*, nº 11, abril-junio, 2022, pp. 3 y 4.

⁶ A estas causas debemos añadir aquellas relacionadas con el incremento del número de operaciones comerciales, más si cabe con el uso de las nuevas tecnologías, y con las operaciones transfronterizas.

⁷ En este sentido son muy claras las palabras de D. VALLESPÍN PÉREZ, *Mediación mercantil y eficiencia procesal*, Bosch-Wolters Kluwer, Madrid, 2022, pp. 26 y ss., donde manifiesta que “la implantación de los ADR jamás debiera fundarse en Europa sobre la base de unos poderes públicos a los que solo interesa reducir el volumen de las causas judiciales o de ciertos lobbies de arbitraje o mediación que solo persiguen asentar su cuota de mercado o negocio lucrativo”.

⁸ Son muy interesantes las reflexiones de CARRETERO, *La mediación civil...*, op. cit., p. 42, al afirmar, que “los métodos alternativos no son ningún remedio absoluto, ni por supuesto van a acabar con todos los problemas de la Justicia, es más, no

10. La segunda razón del fracaso o, al menos, de un uso esporádico y escaso, es de corte cultural. Tradicionalmente, no ha existido en España una cultura de la mediación, una cultura del pacto, ha prevalecido una cultura adversarial. Esta falta de cultura mediadora va unida en íntima relación a una escasa divulgación. La falta de información y una difusión limitada⁹ de la mediación produce dos efectos. Primero, el más obvio e inmediato, es el desconocimiento de la figura que hace que no sea considerado por las partes cuando barajan sus opciones. Segundo, menos evidente pero igualmente disuasivo, es el recelo que, incluso para aquellos que conocen su existencia, se genera hacia esta figura bien por falta de información para poder calibrar adecuadamente su utilidad, o bien por entenderla como una amenaza a posibles intereses económico-profesionales.

11. Bajo estas dos categorías se pueden agrupar prácticamente todos los argumentos, que, más o menos justificados, se plantean en contra del uso de la mediación o que, de algún modo, dificultan su implementación. Entre los argumentos que obedecen a una razón más legalista aquellos que defienden que la potestad para juzgar y hacer ejecutar lo juzgado corresponde en exclusiva los jueces y tribunales, y que los otros sistemas no son alternativos, sino formas de prevenirlos¹⁰. Otros advierten, si no se toman las medidas adecuadas, que la promoción de estos sistemas conduce a la privatización de la Justicia y resulta en una inadecuada protección de los derechos de las partes¹¹.

12. Esa falta de cultura y de información, unida en muchos casos a una reticencia ante el temor de ver afectados determinados intereses¹², implica que muchas veces el problema en el desarrollo de la implementación de la mediación provenga de los propios operadores jurídicos, tanto de los abogados¹³ como de los jueces, además de las partes que están inmersas en el conflicto¹⁴.

13. Hay además otras razones que se han considerado coadyuvantes del lento y tímido progreso de la mediación desde la falta de calidad de algunos mediadores motivada por una normativa que no la garantiza¹⁵, hasta el sistema de cómputo de rendimiento de los jueces, donde un asunto resuelto por el juez a través de la mediación cuenta menos que si se resuelve por sentencia¹⁶.

han de ser entendidos simplemente como alternativos o complementarios a la jurisdicción, se trata de mecanismos autónomos de pacificación social y, por tanto, han de contemplarse como medios independientes de acceso a la Justicia". Para VALLESPÍN, *Mediación mercantil...*, op. cit., p. 31, "desde la óptica del proceso en cuanto método de la Jurisdicción que garantiza el juicio, la mediación es «alternativa», ya que supone «otra opción» a ponderar por las partes en orden a cómo enfrentar la resolución de sus conflictos; pero también «complementaria», pues de lejos de sustituir o suplantar el proceso, debiera verse como una posibilidad más con la que las partes pueden solucionar su controversia sin necesidad de someterse al seguimiento de un proceso judicial (...)". Más adelante aclara (p. 41) que "las soluciones pactadas (no) son las únicas que garantizan la paz social y la convivencia (...). El proceso, que nadie lo olvide, también garantiza la paz social y la convivencia".

⁹ Informe Estado de la Mediación en España, Federación Nacional de Profesionales de la Mediación, 2018, p. 311, 318 y ss.

¹⁰ Para una exposición en detalle de esta causa, vid. CARRETERO, *La mediación civil...*, op. cit., pp. 66 y ss.

¹¹ Son interesantes a este respecto las reflexiones de S. BARONA VILAR, "Nociones generales. Introducción", en S. BARONA VILAR, *Nociones y principios de las ADR (solución extrajudicial de conflictos)*, tirant lo blanch, Valencia, 2018, p. 30. Del mismo modo, CARRETERO, *La mediación civil...*, op. cit., pp. 66 y ss.; o VALLESPÍN, *Mediación mercantil...*, op. cit., pp. 40 y ss.

¹² Conforme al Informe Estado de la Mediación en España, Federación Nacional de Profesionales de la Mediación, 2018, pp. 311 y 312, "los precios de resolver una Mediación y el tiempo que se necesita para solucionarlo, suponen una auténtica amenaza para los Abogados (...). La falta de ética en algunos profesionales que no derivan los casos susceptibles de ser mediados por ver solo su propio beneficio económico. (...) La mayor amenaza somos nosotros mismos, creernos intrusos unos con otros en nuestro trabajo, no colaborar, no derivar casos a otros compañeros si creemos que no son nuestra especialidad y acabar centrándonos en el acuerdo que sea, y no en las personas".

¹³ A este respecto se debería tener en cuenta el art. 48.3 del Real Decreto 135/2021, de 2 de marzo, por el que se aprueba el Estatuto General de la Abogacía Española, que establece que *el profesional de la Abogacía tiene la obligación de informar a su cliente sobre la viabilidad del asunto que se le confía, procurará disuadirle de promover conflictos o ejercitar acciones judiciales sin fundamento y le aconsejará, en su caso, sobre las vías alternativas para la mejor satisfacción de sus intereses* (<https://www.boe.es/boe/dias/2021/03/24/pdfs/BOE-A-2021-4568.pdf>)

¹⁴ Para una exposición en detalle de esta causa, vid. CARRETERO, *La mediación civil...*, op. cit., pp. 74 y ss.

¹⁵ Informe Estado de la Mediación en España, Federación Nacional de Profesionales de la Mediación, 2018, pp. 311.

¹⁶ Conforme a la entrevista realizada al magistrado Pascual Ortuño, L. J. SÁNCHEZ, "¿Por qué la mediación no termina de despegar en España?", *Confilegal*, 22 de enero de 2020, <https://confilegal.com/20200122-por-que-la-mediacion-no-termina-despegar-en-espana/>

14. Es interesante contrastar las razones principales que conducen esta interpretación clásica sobre los motivos de una limitada presencia de la mediación con los resultados del *Informe sobre conocimiento, uso y percepción de arbitraje, mediación y otros MASC* de 2022¹⁷, que contiene datos interesantes sobre las causas antes mencionadas. La encuesta, contestada por 1.023 personas, de las cuales un casi 40% pertenecen al sector jurídico (abogados), refleja que la mayoría de los encuestados conoce la mediación, entre el 96-100% entre abogados y alrededor del 75% entre no abogados. De estos últimos, los más jóvenes, menos de 40 años, son los que conocen más la mediación (86,87%), a diferencia de los que superan esa edad (76,21%). Estos datos trasladan la imagen de una figura que, ya no puede considerarse desconocida, pero que no es todavía totalmente familiar para quienes podrían recurrir a ella en caso de conflicto.

15. Respecto a la utilización de la mediación, a pesar del alto porcentaje respecto al conocimiento de esta figura, sólo 31% de los encuestados lo han utilizado. Del mismo modo a la pregunta de si han participado en contratos que sometieran los posibles conflictos a mediación, el 56% respondieron que nunca y sólo un 11% manifestó que siempre (2%) o muy a menudo (9%). Si bien el dato anterior no permite afirmar que sea el desconocimiento de la figura el origen de su bajo uso, su limitadísimo empleo en las relaciones contractuales muestra que el conocimiento de la mediación podría ser meramente nominal y no se han percibido sus ventajas ni apreciado su potencial.

16. Por cierto, sorprende además el escasísimo uso cuando, sin embargo, se reconoce apreciablemente su eficacia. De hecho, la encuesta también recogía la pregunta de si la mediación es un método efectivo de resolver las disputas y los resultados son interesantes. La mayoría considera que la mediación es efectiva siempre (22%) o muy a menudo (47%), frente aquellos que respondieron que nunca (1%). Por otro lado, respecto al conocimiento de alguna institución dedicada a la mediación una pequeña mayoría (53%) respondieron que sí.

17. También es interesante traer aquí los resultados de la pregunta de “si en caso de tener un conflicto, ¿se plantearía acudir a un medio de resolución de conflictos distinto del judicial?” La gran mayoría respondió que sí (91%). Los métodos preferidos fueron arbitraje (525 respuestas), mediación (482 respuestas) y la negociación (320 respuestas). También si los MASC pueden ayudar al mejor funcionamiento de la Justicia. La gran mayoría (88%) entiende que sí ayudan. Estas contundentes respuestas favorables de forma mayoritaria a los MASC contrastan con las actitudes que muestran las respuestas anteriores. Parecería que hay una percepción general que ha calado sobre la idoneidad de los MASC y su función facilitadora en la gestión de los conflictos, pero que no está respaldada por información, conocimiento y experiencia suficientes.

18. Por último, y en relación con los abogados, la encuesta refleja que sólo el 51% de éstos, siempre han explicado las alternativas a acudir a la jurisdicción y ello, a pesar, de ser un deber deontológico para los abogados. Un dato que mostraría una inercia en la cultura y las prácticas profesionales hacia la judicialización que conviene romper y que puede si no agravar, al menos perpetuar el retraso en la incorporación de la mediación.

19. En el contexto fáctico que marcan los resultados de esta encuesta, naturalmente en los términos que definen su metodología, su alcance y los criterios de selección de la muestra, es en el que vamos a analizar y, en el que debería entenderse, la transición legislativa.

¹⁷ Informe sobre conocimiento, uso y percepción de arbitraje, mediación y otros MASC, promovido por la Cámara Oficial de Comercio, Industria y Servicios de Madrid, a través de la Corte de Arbitraje de Madrid y del Centro de Mediación Empresarial de Madrid, en el contexto del Observatorio de Justicia y Competitividad de la Comunidad de Madrid (2022).

III. La mediación voluntaria u obligatoria: Regulación legal, anteproyectos y proyecto de ley.

1. Marco normativo

20. La mediación en asuntos civiles y mercantiles ha existido desde hace décadas en España, incluso con algunos antecedentes históricos interesantes¹⁸, como un mecanismo alternativo de resolución de conflictos, pero no contaba en sus orígenes con una normativa específica que la regulase.

21. Sólo recientemente, la mediación ha comenzado a ser objeto de regulación, principalmente, por las Comunidades Autónomas en materias objeto de su competencia¹⁹, sobre todo, en asuntos relacionados con el Derecho de familia. En el ámbito estatal, se introducen también algunas referencias en normas sobre materia de Derecho de familia²⁰.

22. Ha sido la Directiva 2008/52CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de mayo de 2008, sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles²¹, la que ha llevado, en el caso español, a un impulso en la regulación de esta materia. Primero, y por la pasividad del legislador español en su incorporación al ordenamiento estatal, en las Comunidades Autónomas²², y luego en el ámbito estatal.

23. De ahí que la mediación en asuntos civiles y mercantiles aparece regulada por primera vez²³ en el ámbito estatal, en el ordenamiento jurídico español, por el Real Decreto-Ley 5/2012, de marzo, de mediación en asuntos civiles y mercantiles²⁴, derogada posteriormente por la actual Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles²⁵. Con estas normas se incorpora al ordenamiento jurídico español la Directiva 2008/52CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de mayo de 2008,

¹⁸ VALLESPÍN, *Mediación mercantil...*, op. cit., pp. 45 y 46. Del mismo modo, en el Dictamen del Consejo de Estado sobre el Anteproyecto de Ley de Mediación en asuntos civiles y mercantiles, de 17 de febrero de 2011, menciona algunos antecedentes de esta institución, como el Fuero Avilés (1076) donde se encuentra en un texto jurídico la palabra “medianedo” como jurisdicción extraordinaria.

¹⁹ Conforme a la Constitución Española (art. 149.1.6º), el Estado tiene las competencias exclusivas en *legislación mercantil, penal y penitenciaria; legislación procesal, sin perjuicio de las necesarias especialidades que en este orden se deriven de las particularidades del derecho sustantivo de las Comunidades Autónomas*.

²⁰ De esta forma, conforme a las reformas efectuadas en el año 2005, ciertos artículos de la Ley de Enjuiciamiento Civil se ven modificados, para mencionar la conciliación en materia de separación y divorcio. De esta manera, el artículo 770.7ª que permite a las partes de común acuerdo solicitar la suspensión del proceso para someterse a mediación o el artículo 777, donde se hace referencia, en materia de separación y divorcio, al procedimiento de mediación familiar.

²¹ L 136/3, 24 de mayo de 2008. Sobre este texto, recientemente, A-L. CALVO CARAVACA, J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Mediation in private international law”, *European Private International Law*, Granada, 2022, pp. 487 y ss..

²² V. gr., en Cataluña, Ley 15/2009, de 22 de julio, de mediación en el ámbito del Derecho privado. DOGC, núm. 5431, de 30 de julio de 2009. BOE, núm. 198, de 17 de agosto de 2009. <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2009-13567&p=20200804&tn=1> En Andalucía, Ley 1/2009, de 27 de febrero, reguladora de la Mediación Familiar en la Comunidad Autónoma de Andalucía. BOJA, núm. 50, de 13 de marzo de 2009. BOE, núm. 80, de 2 de abril de 2009. <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2009-5491> Más recientemente, la Ley 24/2018, de 5 de diciembre, de mediación de la Comunitat Valenciana, BOE, núm. 23, de 26 de enero de 2019.

²³ Existió con anterioridad, 8 de abril de 2011, un Proyecto de Ley de mediación en asuntos civiles y mercantiles, la cual, por diferentes vicisitudes en esa legislatura no se aprobó (Boletín Oficial de la Cortes Generales, 29 de abril de 2011, núm. 122-1) https://www.congreso.es/public_oficiales/L9/CONG/BOCG/A/A_122-01.PDF

²⁴ La justificación de la utilización de la forma de Real Decreto en vez de Ley, obedece a la necesidad de incorporar en el ordenamiento jurídico español la Directiva 2008/52 CE, ya que había transcurrido el plazo para su incorporación. Del mismo modo, en cumplimiento de lo establecido en la disposición adicional tercera de la Ley 15/2005, de 8 de julio, por la que se modifican el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de separación y divorcio que establecía que *el gobierno remitirá a las Cortes un proyecto de ley sobre mediación basada en los principios establecidos en las disposiciones de la Unión Europea, y en todo caso en los de voluntariedad, imparcialidad, neutralidad y confidencialidad y en el respeto a los servicios de mediación creados por las Comunidades Autónomas*. <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2005-11864>

²⁵ BOE, núm. 162, de 7 de julio de 2012. <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2012-9112> Esta Ley es desarrollada en algunos aspectos (formación de los mediadores, aseguramiento de su responsabilidad civil, publicidad de los mediadores y de las instituciones de mediación) por el 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 de asuntos civiles y mercantiles. BOE, núm. 310, de 27 de diciembre de 2013 <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2013-13647>

sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles²⁶. En su contenido, también tiene en cuenta lo establecido en la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Conciliación Comercial Internacional de 24 de junio de 2002.

24. La citada norma española no tiene ámbito omnicompreensivo, siendo específico su ámbito de aplicación, y dejando a otras normas sectoriales la regulación de otros tipos de mediación. Pero es más amplia que la normativa europea, incluyendo tanto la mediación en conflictos nacionales como en asuntos transfronterizos.

25. De igual modo, en esta norma se llevan a cabo diversas reformas, entre otras, en la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, para implementar la mediación y reconocer sus efectos en los procedimientos judiciales.

26. Como expondremos con posterioridad, desde la promulgación de la citada norma y con el fin de promover e impulsar la mediación, en el ámbito nacional se han aprobado dos Anteproyectos de Ley (uno de ellos actualmente ya Proyecto de Ley). El primero de ellos es el Anteproyecto de Ley de Impulso de la Mediación, de 11 de enero de 2019, el cual no he tenido más desarrollo legislativo y se ha quedado en una mera iniciativa. El segundo, el Anteproyecto de Ley de Medidas de Eficiencia Procesal del Servicio Público de 15 de diciembre de 2020, actualmente Proyecto de Ley de 22 de abril de 2022²⁷, cuya posible aprobación en la presente legislatura, sin embargo, se cuestiona y estima improbable, tanto por la complejidad del texto como por una cuestión de tiempo²⁸.

2. Voluntariedad u obligatoriedad: pasado, presente y futuro

27. Uno de los elementos claves en las aproximaciones regulatorias a la mediación en los diferentes ordenamientos jurídicos es precisamente si ésta es, o debe ser, de carácter voluntario u obligatorio. En particular, la cuestión de la obligatoriedad no es tanto que las partes deben permanecer en el proceso o alcanzar un acuerdo de mediación sino más bien a la obligatoriedad de acudir a una sesión informativa o de intentar aquella.

28. Esto es acorde con la Directiva 2008/52, en la que se establece que *la mediación a que se refiere la presente Directiva debe ser un procedimiento voluntario, en el sentido de que las partes se responsabilizan de él y pueden organizarlo como lo deseen y darlo por terminado en cualquier momento* (considerando 13), continuando en el siguiente considerando que *nada de lo dispuesto en la presente Directiva debe afectar a la legislación nacional que haga obligatorio el uso de la mediación*.

29. En el caso de España, la voluntariedad como principio informador del procedimiento de mediación ha pasado por diferentes etapas y ha sido objeto de atención por la doctrina, existiendo diferentes posiciones doctrinales al respecto.

30. Para una mejor exposición vamos a sintetizar las diferentes etapas teniendo como referencia las diferentes propuestas legislativas de la actual ley vigente de Mediación (en adelante, LMACM).

²⁶ L 136/3, 24 de mayo de 2008.

²⁷ Proyecto de Ley de medidas de eficiencia procesal del servicio público de Justicia. Boletín Oficial de las Cortes Generales. Serie A: proyectos de ley. 22 de abril de 2022, núm. 97-1 pp. 1 y ss. https://www.congreso.es/public_oficiales/L14/CONG/BOCG/A/BOCG-14-A-97-1.PDF#page=1

²⁸ En este sentido, J. JIMÉNEZ-UGARTE, “De la mediación a la reforma de la justicia”, *La Ley Mediación y Arbitraje*, nº 10, enero-marzo, 2022, p. 2. Del mismo modo, J. A. COLMENERO GUERRA, “Algunas consideraciones sobre la reforma de los MASCS en el Anteproyecto de Eficiencia Procesal del Servicio Público de Justicia”, en *La Ley Mediación y Arbitraje*, nº 10, enero-marzo, 2022, p. 3.

A) Anteproyecto de LMACM (2011)

31. La versión del Anteproyecto de LMACM (2011)²⁹, si bien recogía como principio la voluntariedad, en su artículo 7 se estableció *la obligatoriedad de su inicio cuando lo prevea esta ley o la legislación procesal*. Obligatoriedad que, conforme a determinada doctrina, no afectaba a la voluntariedad de la mediación, ya que aquella quedaría reducida a una primera sesión informativa del mediador a las partes y no a una obligación de iniciar una mediación³⁰, ya que ésta, en sentido estricto, solo se inicia con la sesión constitutiva.

32. Por tal motivo, el citado Anteproyecto llevaba a cabo (disposición adicional segunda), entre otras, las modificaciones oportunas en la Ley de Enjuiciamiento Civil (en adelante LEC) para la configuración de la mediación como trámite preceptivo previo en determinados procesos judiciales (v. gr. art. 437 para juicios verbales por razón de cuantía sería obligatorio el intento de mediación de las partes en los seis meses anteriores a la interposición de la demanda; al art. 439 se le incorporaba un nuevo apartado 2 en virtud de cual, para determinados casos establecidos en la LEC (art. 250.2) no se admitiría demanda si no se acompañaba de un acta final acreditativa del intento de mediación en los seis meses anteriores a su interposición).

B) Regulación actual: LMACM (2012)

33. En la versión actual y vigente de la LMACM se eliminó esta mediación preceptiva previa para determinados supuestos. Por tanto, el legislador español ha optado, en la presente ley vigente, por la voluntariedad como principio informador en un sentido “pleno” (sin necesidad de mediación preceptiva), así como el de libre disposición (art. 6)³¹. Por lo que es un proceso querido por las partes, tanto en su inicio como en su finalización, en su organización y en los efectos esperados.

34. Respecto a su inicio, las partes, por común acuerdo, pueden iniciar un procedimiento de mediación, independientemente de que exista o no un pacto al respecto. También, las partes pueden haber establecido por escrito el compromiso de someter a mediación las controversias surgidas o que puedan surgir³². De igual manera, las partes, con las limitaciones impuestas por ley, pueden disponer del objeto del juicio, acudiendo a la mediación aun estando en curso un procedimiento judicial (arts. 19.1 y 415 LEC) o denunciar la falta de competencia jurisdiccional por haberse sometido a (arbitraje o) mediación la controversia (arts. 39; 63.1; 65.2 LEC)³³. De otra forma, pueden aceptar la invitación realizada por el tribunal (entre otros, arts. 440. 1, 441.1 y 443 LEC).

35. En este último supuesto, la aceptación de la invitación realizada por el Tribunal, la Ley 5/2012 lleva a cabo la reforma de la LEC estableciendo la obligación de informar a las partes de la posibilidad de recurrir a una negociación, entre otras a la mediación, para intentar solucionar el conflicto (i.e.

²⁹ Una versión de este anteproyecto se puede encontrar en, <https://estaticos.expansion.com/estaticas/documentos/2010/04/mediacion.pdf>

³⁰ E. CARRETERO MORALES, Comentarios al anteproyecto de ley de mediación en asuntos civiles y mercantiles, *Revista Internacional de Estudios de Derecho Procesal y Arbitraje*, nº 1, 2011, p. 29.

³¹ Los principios informadores de la mediación recogidos en la Ley son: voluntariedad y libre disposición; igualdad de las partes e imparcialidad de los mediadores; neutralidad y confidencialidad. De igual manera se establece como directrices la autonomía de la voluntad de las partes respecto a la organización de la mediación, así como el cumplimiento de los deberes de lealtad, buena fe y respeto mutuo de las partes en la actuación en la mediación.

³² Algunos autores han entendido que las cláusulas de sumisión expresa a mediación que se contemplan en la Ley, “parece ir en cierta medida contra esa voluntariedad que se está predicando”, CARRETERO, *La mediación civil...*, op. cit., pp. 161, y ss.

³³ De esta forma se asemeja al arbitraje, donde se puede denunciar la falta de jurisdicción, a través de declinatoria, por haberse sometido a arbitraje la controversia. Conforme a B. BLOHORN-BRENEUR; H. SOLETO, *La mediación para todos. Mediación en el ámbito civil e intrajudicial*, Madrid, Dykinson, 2019, p. 92, parece que esta medida “tiene por objetivo fortalecer el uso de la mediación, impidiendo que un tribunal conozca de un asunto cuando las partes se han sometido a mediación”.

art. 414.1 para la audiencia previa al juicio; art. 440 en la citación a la vista previa en el juicio verbal o, en el mismo procedimiento verbal, en el momento de la vista, art. 443)³⁴.

36. Respecto a su finalización, la Ley establece claramente que *nadie está obligado a mantenerse en el procedimiento de mediación ni a concluir un acuerdo* (art. 6.3). De esta forma, cualquiera de las partes puede dar por finalizada la mediación pudiendo ejercitar ante el órgano competente las acciones que estime oportunas para hacer valer sus pretensiones.

37. Respecto a los efectos queridos, las partes pueden llegar a un acuerdo de mediación, el cual será vinculante para ellos. Pero, además, se puede configurar el citado acuerdo como un título ejecutivo, elevándolo a escritura pública (arts. 23.4 y 25 LMCM; y art. 517.2.2 y 545.2 LEC) o, si el acuerdo ha sido adoptado después de iniciar un proceso judicial, solicitando al tribunal su homologación (art. 415.1 LEC)³⁵. De esta manera, se puede solicitar al órgano judicial competente la ejecución del citado acuerdo.

C) Los Anteproyectos y el Proyecto de Ley

38. La mediación no ha tenido un impulso suficiente en España. Ya hemos hecho mención a su falta de éxito, principalmente por una falta de cultura y de información, respecto a este mecanismo alternativo de resolución de controversias. De ahí la necesidad de fomentar su uso a través de una serie de propuestas legislativas que recogen diferentes medidas para llevarlas a cabo. Entre las cuales, cabría destacar, la modificación, en cierta manera, de uno de sus principios informadores: la voluntariedad.

39. Efectivamente, el carácter voluntario de la mediación se está viendo matizado por determinadas corrientes doctrinales y por las propuestas legislativas que se han elaborado estos últimos años tendentes a fomentar su uso. De ahí que las predicciones apunten a un cambio de un modelo voluntario hacia lo que se denomina, en una primera fase, una “obligatoriedad mitigada”, para pasar posteriormente, a una obligatoriedad como requisito de procedibilidad³⁶. Veamos estos cambios en los dos anteproyectos de ley.

a) Anteproyecto de Ley de Medidas de impulso de la Mediación (2019)

40. Como su nombre indica la finalidad de este anteproyecto era impulsar la mediación como medio de resolución de disputas, como un mecanismo alternativo a la jurisdicción, limitando la litigiosidad en los órganos jurisdiccionales y concibiendo a esta última como un recurso subsidiario para la resolución de conflictos.

³⁴ Sobre este aspecto se puede tomar con referencia la *Guía para la práctica de la mediación intrajudicial del Consejo General del Poder Judicial* (CGPJ) de 2016, <https://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Temas/Mediacion/Guia-para-la-practica-de-la-Mediacion-Intrajudicial/>

³⁵ En relación con la homologación judicial del acuerdo, debemos advertir la relación que debe existir en relación con el objeto del proceso y el acuerdo de mediación, ya que el órgano jurisdiccional no es competente para homologar cuestiones que no han sido objeto del proceso y que se incluyen en el acuerdo de mediación, con posibles excepciones en materia de derecho de familia y cuando afecten a menores. Sobre este aspecto, BLOHORN-BRENNEUR; SOLETO, *La mediación...*, op. cit., pp. 111 y 112.

³⁶ Esta posible obligatoriedad ha sido objeto de discusión, alegando argumentos a favor y en contra, vid. S. BARONA VILAR, “Mediación: conceptos generales. Mediación familiar, civil y mercantil”, en S. BARONA VILAR, *Nociones y principios de las ADR (solución extrajudicial de conflictos)*, tirant lo blanch, Valencia, 2018, pp. 68 y 69. En el *Informe Estado de la Mediación en España*, Federación Nacional de Profesionales de la Mediación, 2018, p. 322, recogen que la derivación a la sesión informativa obligatoria es una manera de que las partes en conflicto conozcan otras alternativas, y además es una manera de que la mediación llegue al ciudadano sorteando ciertos sectores que impiden tal finalidad. Recogiendo diferentes posiciones doctrinales que entienden que este tipo de obligatoriedad no contradice la voluntariedad, vid. CARRETERO, *La mediación civil...*, op. cit., pp. 165 y ss. Otros autores, VALLESPÍN, *Mediación mercantil...*, op. cit., p. 109, son partidarios de la mediación voluntaria con algunas salvedades sectoriales (v. gr., Familia, consumo, transporte o seguros).

41. Tomó como referencia este Anteproyecto varios informes y resoluciones de la Unión Europea, que planteaban los problemas y proponían recomendaciones para impulsar la mediación³⁷.

42. Con esta finalidad, las principales medidas que adoptaba el Anteproyecto se pueden agrupar en tres:

43. La primera y principal medida supondría la modificación de la actual Ley de Mediación y de la LEC, para transitar desde el carácter voluntario de la conciliación a la denominada “obligatoriedad mitigada” y, relacionada con esta, la introducción de la mediación por derivación judicial.

44. La “obligatoriedad mitigada” consistía, por un lado, en la obligatoriedad, para determinadas materias³⁸, de acudir a la conciliación previa a la interposición de la demanda (mediación extrajudicial). Por tanto, se convertiría en un requisito procesal necesario para acceder a la vía judicial³⁹. Debemos precisar que esta obligatoriedad consistiría en que las partes recibirían del *mediador información clara y precisa de la naturaleza de la institución, de la estructura del procedimiento y de los beneficios frente a la vía judicial*⁴⁰. Pero esto no implicaba que debían las partes someterse a un proceso de conciliación y llegar a un acuerdo.

45. Efectivamente, la modificación del artículo 6 de la Ley 5/2012, de mediación, establecía que *...los interesados estarán obligados a intentarla [mediación] con carácter previo al inicio de un proceso declarativo, entendiendo por “intento de mediación”, a los efectos de la ley citada y de la legislación procesal, al menos, la celebración ante el mediador de una sesión informativa y una sesión exploratoria, que podrán haberse celebrado en un único acto, y de haberse efectuado dentro de los seis meses anteriores a la presentación de la demanda.*

46. Estas materias obligatorias también se hacían extensibles a los supuestos de ejecución de hipotecas sobre bienes inmuebles que constituyan la vivienda habitual del ejecutado o de su familia, así como en la ejecución de procesos de familia.

47. Por otro lado, en la mediación por derivación judicial (mediación intrajudicial), que se produce cuando, una vez iniciado el proceso judicial, en primera o segunda instancia (de procesos decla-

³⁷ Así, por ejemplo, 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/CE sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles COM (2016) 542 final. 26.8.2016. También, el estudio realizado por el Comité de asuntos Legales del Parlamento Europeo, “*Rebooting*” the mediation directive: assessing the limited impact of its implementation and proposing measures to increase the number of mediations in the EU, PE 493.042, 2014.

³⁸ Las materias que se recogían eran las siguientes: a) Medidas que se adopten con ocasión de la declaración de nulidad del matrimonio, separación, divorcio o las relativas a la guarda y custodia de los hijos menores o alimentos reclamados por un progenitor contra el otro en nombre de los hijos menores, así como aquellas que pretendan la modificación de las medidas adoptadas con anterioridad. B) Responsabilidad por negligencia profesional. C) Sucesiones. D) División judicial de patrimonios. E) Conflictos entre socios y/o con los órganos de administración de las sociedades mercantiles. F) Reclamaciones en materia de responsabilidad extracontractual que no traigan causa de un hecho de la circulación. G) Alimentos entre parientes. H) Propiedad horizontal y comunidades de bienes. I) Derechos reales sobre cosa ajena. J) Contratos de distribución, agencia, franquicia, suministro de bienes y servicios siempre que hayan sido objeto de negociación individual. K) Reclamaciones de cantidad inferiores a 2.000 euros entre personas físicas cuando no traigan causa de un acto de consumo. L) Defectos constructivos derivados de un contrato de arrendamiento de obra. M) Protección de los derechos al honor, intimidad o la propia imagen. N) Procesos arrendaticios que hayan de ventilarse por los cauces de juicio ordinario. Por otro lado, se modificaba la LEC para incluir también la exigencia de intento de mediación previa para ejercitar las acciones para exigir el pago de deudas garantizadas por hipoteca constituida sobre un bien inmueble que constituya la vivienda habitual del deudor o de su familia.

³⁹ Conforme a la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 14 de junio de 2017, asunto C-75/16, *no se opone a una normativa nacional, como la que es objeto del procedimiento principal, conforme a la cual, en los litigios contemplados en el artículo 2, apartado 1 de esta Directiva, el recurso a un procedimiento de mediación constituye un requisito de admisibilidad de la demanda judicial relativa a dichos litigios, en la medida en que tal exigencia no impide que las partes ejerzan su derecho de acceso al sistema judicial.* Anteriormente la Sentencia de 18 de marzo de 2010, asuntos acumulados C-317/08 a C-320/08.

⁴⁰ Exposición de motivos del Anteproyecto de Ley de Impulso de la Mediación.

rativos), y para cualquier asunto civil o mercantil, el juez o tribunal, analizado el caso, considera que puede ser objeto de mediación y, por tanto, resuelto por esa vía⁴¹. Las limitaciones a esta derivación judicial eran: que ya se haya intentado previamente o, que afecte a derechos y obligaciones que no estén a disposición de las partes en virtud de la legislación aplicable.

48. Como otro incentivo en esta dirección, se anudaban ciertas consecuencias a conductas (temeridad) de las partes en relación con la mediación con efecto posteriormente en el procedimiento judicial. Por ejemplo, para la parte que no acudiese a la mediación cuando fuera obligatoria o por derivación judicial, i.e. en la condena en costas⁴².

49. La segunda medida, y como consecuencia de la anterior, consistían en calificar la mediación como prestación incluida en el derecho de asistencia gratuita cuando aquella fuera presupuesto procesal para la admisión de la demanda o resultase de la derivación judicial. Para ello, se proponía la modificación de la Ley 1/1996, de 10 de enero, de asistencia jurídica gratuita. Esta medida se preveía en la Disposición adicional segunda de la Ley 5/2012, titulada impulso a la mediación, y que se incorporó, en cierta medida, posteriormente en el artículo 6 de la citada Ley 1/1996, aunque la gratuidad establecida, conforme a la dicción de ese artículo, se refería a la información sobre la posibilidad de recurrir a la mediación, no a otros aspectos⁴³. Algo distinto a lo establecido en el artículo 46 de esa misma ley donde se recoge el derecho a la asistencia gratuita, entre otros, a los procedimientos extrajudiciales en controversias transfronterizas en materia civil o mercantil, cuando la ley los imponga a las partes o el Juzgado o Tribunal remita a éstas a dichos procedimientos.

50. Había además otras medidas de impulso, entre las que destaca la creación de una Comisión de Seguimiento del Impulso de la Mediación, *como observatorio encargado de analizar la aplicación de las nuevas medidas y sus repercusiones jurídicas y económicas, en particular su grado de efectividad en cuanto a la promoción de la mediación y el correlativo desahogo de la carga de los litigios pendientes*; el envío de información de los mediadores al Registro de Mediadores e Instituciones de Mediación a los efectos de elaboración de estadísticas en el sector; y la modificación de los planes de grado en Derecho y otros grados que se determinen para incluir la mediación como asignatura obligatoria.

51. Como hemos afirmado con anterioridad, este Anteproyecto no ha tenido más desarrollo legislativo y se quedó en una mera iniciativa.

b) Anteproyecto de Ley de Medidas de Eficiencia Procesal del Servicio Público (2020)

52. Este Anteproyecto (en adelante APL) se enmarca en la Estrategia Justicia 2030⁴⁴, conectado con el Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia y el Plan de la Unión Europea *Next Generation*. Trata de responder al impacto producido en el desarrollo e impartición de justicia como consecuencia de la declaración de la pandemia y sus efectos.

53. Uno de los pilares en que se asienta este Anteproyecto es precisamente, y en lo que aquí interesa, el impulso de los Medios Adecuados de Solución de Controversias, incentivando la negociación de

⁴¹ M. SAAVEDRA GUTIÉRREZ, “Comentarios al Anteproyecto de Ley de Impulso a la mediación”, *Indret*, nº 3, julio 2019, p. 8

⁴² A este respecto, la Ley 5/2012, ya incluyó una modificación en la LEC (artículo 395) estableciendo que, a efecto de imposición de costas en caso de allanamiento, se entenderá por mala fe, si antes de presentada la demanda si (...) *se hubiera iniciado procedimiento de mediación o dirigido contra él solicitud de conciliación*. En este sentido afirma BLOHORN-BRENNEUR; SOLETO, *La mediación...*, op. cit., p. 97, que “esta previsión supone la inclusión en nuestro sistema del concepto de buena fe extraprocesal en mediación que se ha desarrollado en países anglosajones, en los que ha acabado siendo un incentivo para el uso de la mediación”.

⁴³ En este sentido, el Preámbulo de la Ley 42/2015, se establece que *(N) o obstante, la obligación de facilitar esta información no supone que deban asumirse los gastos generados en la sesión informativa a que se refiere la Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles*.

⁴⁴ Para más información sobre este plan <https://www.justicia2030.es/>

las partes frente a la cultura de la confrontación que se estima existente en nuestro país. A este respecto trae a la Exposición de Motivos las palabras de Louis-Pierre-Joseph Prugnon, diputado de la Asamblea Constituyente durante la Revolución Francesa, *antes de entrar en el templo de la Justicia, se ha de pasar por el templo de la concordia*.

54. El APL define Medios Adecuados de Solución de Controversias como cualquier tipo de actividad negocial a la que las partes de un conflicto acuden de buena fe con el objeto de encontrar una solución extrajudicial al mismo, ya sea por sí mismas o con la intervención de tercero neutral. Como se puede comprobar engloba un mayor número de medios, como por ejemplo las tradicionales mediación y conciliación, pero también la opinión neutral de un experto independiente, oferta vinculante confidencial, la actividad negocial, así como cualesquiera otros procedimientos previstos en la legislación especial (v. gr., consumo).

55. De esta forma, el APL dedica un Título de la Ley (título I) a regular los Medios adecuados de Solución de Controversias, en los que se incluiría la mediación y, por otro lado, lleva a cabo en su Disposición final tercera las modificaciones pertinentes en la LMACM. Pero deja claro que la mediación en España, si se aprobara el APL, estaría regulada por la LMACM de 2012 y por el RD 980/2013, por el que se desarrollan determinados aspectos de esta Ley (además, en su caso, por la legislación autonómica que resulte de aplicación). Así lo establece el artículo 3.3.

56. De ahí que este APL modifique el concepto de mediación contemplado en la Ley 5/2012, la cual sigue siendo la ley que regula la mediación, limitando más sus perfiles. En primer lugar, el concepto de mediación actual⁴⁵ es un concepto amplio, funcional, *se entiende por mediación aquel medio de solución de controversias, cualquiera que sea su denominación*. La modificación elimina precisamente esa funcionalidad suprimiendo en la definición las citadas palabras subrayadas anteriormente, las cuales están incluidas en la Directiva 2008/52. Por otro lado, incorpora a la denominación la frase *a través de un procedimiento estructurado*⁴⁶. De esta manera, entendemos, que, con este cambio de definición, se acerca más la nueva versión de la Ley 5/2012 a lo establecido en la Directiva 2008/52, al incluir en el concepto de mediación lo establecido en la Directiva que la entiende como *un procedimiento estructurado*, aun manteniendo que es un *medio adecuado de solución de controversias*⁴⁷.

57. Como ocurría con el anterior Anteproyecto de Ley mencionado, el de Impulso de la Mediación, este Anteproyecto lleva a cabo, en lo que aquí interesa, ciertas modificaciones legislativas tendentes a conseguir los objetivos planteados y, en particular, a potenciar la mediación como un medio adecuado de solución de controversias. Entre otras acciones, y para la jurisdicción civil, se incorporan requisitos de procedibilidad para que sea admisible la demanda. En concreto, se establece como requisito de procedibilidad acudir previamente a algún medio adecuado de solución de controversias (art. 1.3), entre ellos está la mediación (art. 3.3).

58. Por tanto, se modifican la actual Ley de Mediación y la LEC, modificando el carácter voluntario de la conciliación. A este respecto se modifica la rúbrica y el apartado 1 del artículo 6 de la Ley 5/2012, que pasa de *voluntariedad y libre disposición*, a la reveladora denominación *requisito*

⁴⁵ Conforme a la versión actual de la Ley 5/2012, *se entiende por mediación aquel medio de solución de controversias, cualquiera que sea su denominación, en que dos o más partes intentan voluntariamente alcanzar por sí mismas un acuerdo con la intervención de un mediador*. La nueva redacción que propone el APL sería la siguiente, *se entiende por mediación aquel medio adecuado de solución de controversias en que dos o más partes intentan voluntariamente, a través de un procedimiento estructurado, alcanzar por sí mismas un acuerdo con la intervención de un mediador*.

⁴⁶ Ya en el Dictamen del Consejo de Estado sobre el Anteproyecto de Ley de Mediación en asuntos civiles y mercantiles, de 17 de febrero de 2011, sugería la incorporación de este término (“procedimiento” o, incluso “procedimiento estructurado” como indica la Directiva) dentro del concepto de mediación.

⁴⁷ En este sentido, BLOHORN-BRENNEUR; SOLETO, *La mediación...*, op. cit., p. 85, expresan que la definición actual de mediación conforme a la Ley “se aparta de la definición que se recoge en la Directiva (e incluso de otras leyes autonómicas, que la definen, de inicio, como un procedimiento)”.

de procedibilidad y libre disposición. Con este cambio de rúbrica, mucho más que nominal ya se está avanzado que la mediación deja de ser totalmente voluntaria, convirtiéndose en un requisito de procedibilidad para poder presentar una demanda en los casos establecidos por la ley⁴⁸. De ahí que, si no se ha intentado la mediación no se admitirá la demanda⁴⁹. La transformación es sustancial. La mediación no es sólo una alternativa conveniente a la solución judicial, es la antesala. Con este viraje legislativo se fuerza un cambio cultural integrando en el natural procedimiento de resolución de conflictos el escalón de la mediación.

59. La propia Ley de Mediación, en su nueva redacción dada por el APL, establece cuándo se entenderá cumplido este requisito. Lo detalla así: *con la celebración, al menos, de una sesión inicial ante el mediador; siempre que quede constancia en la misma del objeto de la controversia y que las partes formulen su propuesta inicial de negociación (...).* Como se puede apreciar, el cumplimiento de este requisito difiere del anterior APL, que mencionaba un *intento de conciliación*, entendido, como mínimo, *de una celebración ante el mediador de una sesión informativa y una sesión exploratoria.*

60. Mucha discusión se ha generado con ocasión de esta confirmada tendencia hacia la obligatoriedad de acudir a un MASC con carácter previo al proceso, aunque es algo que no es tan novedoso en el ordenamiento jurídico español. Efectivamente, en la anterior LEC de 1881, se contemplaba la conciliación como un presupuesto procesal para la interposición de la demanda (arts. 460 y ss.), pero fue eliminada en la reforma realizada de la LEC en 1984, precisamente porque se había constatado que “el acto de conciliación obligatorio se había convertido en un formalismo más que demoraba innecesariamente el proceso, siendo muy escasos los acuerdos que se alcanzaban en la práctica”⁵⁰. Esta mala experiencia es la que también advierte, entre otras, el Informe al Anteproyecto de Ley de Eficiencia Organizativa del Servicio Público de la Justicia de abril de 2021⁵¹, elaborado por el Consejo General del Poder Judicial, en relación con la obligatoriedad de los MASC con carácter previo al proceso, al alertar sobre el riesgo de que acabe convirtiéndolo en *un mero trámite burocrático o un formulismo que se absuelve con el único fin de dejar expedito el acceso a la jurisdicción*⁵².

61. Por otro lado, ha sido también criticado que se incluyan en el mismo concepto de MASC figuras tan dispares y que sean tratados todos ellos medios idóneos para cumplir con el requisito de procedibilidad. Comparar o poner al mismo nivel la mediación, un proceso estructurado con personal normalmente cualificado para la finalidad que se pretende, con otros medios adecuados de resolución de controversias, menos formalizados y que dependen de la mera buena voluntad de las partes, parece inadecuado y quizá contraproducente si mina la percepción de la mediación. Del mismo modo, la críti-

⁴⁸ Versión del APL del artículo 6.1. La mediación es uno de los medios adecuados de solución de controversias a los que las partes pueden acudir para intentar encontrar una solución extrajudicial a la controversia y cumplir con el requisito de procedibilidad previsto en el artículo 403.2 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil. Se excluye expresamente como requisito de procedibilidad, los procedimientos para la tutela judicial efectiva de derechos fundamentales, la adopción de medidas previstas en el artículo 158 CC y cuando se solicite autorización para el internamiento forzoso por razón de trastorno psíquico.

⁴⁹ Nueva redacción del artículo 403.2 LEC, *no se admitirán las demandas cuando no se acompañen a ellos los documentos que la ley expresamente exija para la admisión de aquellas o no se haya intentado la actividad negocial exigida como requisito de procedibilidad en los casos establecidos por la ley (...).*

⁵⁰ A. FERNÁNDEZ PÉREZ, “Los métodos alternativos de resolución del litigio como requisito de procedibilidad”, *La Ley Mediación y Arbitraje*, nº 10, enero-marzo, 2022, p. 2. Esto también se refleja en la Sentencia del Tribunal Constitucional 81/1992, de 28 de mayo, donde, en su fundamento jurídico 4º hace un breve resumen sobre la evolución histórica de la conciliación como requisito de acceso a la jurisdicción el cual fue eliminado con posterioridad porque *se reveló como un trámite dilatorio e ineficaz en la práctica (...)* transformándolo en un acto “intraprocesal” (...) *sin perjuicio de que las partes puedan instar, con carácter potestativo, el acto de conciliación con anterioridad a la interposición de la demanda.*

⁵¹ Informe sobre el Anteproyecto de Ley de Medidas de Eficiencia Procesal al Servicio Público de Justicia, aprobado por acuerdo adoptado por el Pleno del Consejo General del Poder Judicial en su reunión del día 22 de julio de 2021. <https://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Poder-Judicial/Consejo-General-del-Poder-Judicial/Actividad-del-CGPJ/Informes/Informe-al-Anteproyecto-de-Ley-de-medidas-de-eficiencia-procesal-del-Servicio-Publico-de-Justicia>

⁵² Punto 35, p. 13 del informe. Del mismo modo en la conclusión Décima.

ca se ha extendido al propio concepto de los MASC así como a la redacción y el ámbito de aplicación del APL⁵³.

62. Lo que no hace la futura nueva versión de la Ley 5/2012, es establecer, como sí hacía la versión propuesta por el APL de Impulso de la Mediación, la enumeración de materias donde sí era necesario el intento de conciliación (vid nota al pie nº 38). En este sentido, se renuncia al modelo de *obligatoriedad mitigada*, es decir, la obligatoriedad de acudir a la mediación para determinadas materias como establecía el APLIM, o cuando el tribunal considerara conveniente que las partes acudiesen a ella, y queda reemplazada definitivamente por la obligatoriedad para todo asunto civil y mercantil (salvo determinadas excepciones). Este cambio de registro y alcance ha sido también objeto de discusión y crítica⁵⁴.

63. Se modifican determinados artículos de la LEC donde se establece la necesidad de presentar documento que acredite el haberse intentado la actividad negocial previa cuando sea requisito de procedibilidad y sus efectos en caso de omisión (v. gr. arts. 264, 399, 403 y 439). Del mismo modo, se modifica la citada Ley para regular la posible derivación judicial a medios adecuados de solución de controversias, entre ellos, la mediación (mediación intrajudicial), bien en procedimientos judiciales que se encuentren en primera instancia (art. 565) o bien en ejecución (art. 776). En este último supuesto, ejecución, se modifica el artículo 776 LEC, donde para la ejecución forzosa de pronunciamientos de determinadas medidas (v. gr. Obligaciones no pecuniarias de carácter personalísimo; obligaciones derivadas del régimen de visitas, etc.) *el tribunal*, si todas las partes manifestaran su conformidad, *podrá derivar la controversia a medios adecuados de solución de controversias, o de seguimiento de las medidas sobre custodia y visitas, siempre que considere fundadamente que es posible un acuerdo entre las partes.*

64. Interesa aquí mencionar la inclusión de la noción de abuso del servicio público de justicia, que conforme afirma la Exposición de Motivos, es una *actitud incompatible de todo punto con su sostenibilidad, como utilización indebida del derecho fundamental de acceso a los tribunales con fines meramente dilatorios o cuando las pretensiones carezcan notoriamente de toda justificación. Será indudablemente la jurisprudencia la que irá delimitando los contornos de este nuevo concepto, como ya lo ha hecho a lo largo de muchos años en el análisis de la temeridad o la mala fe procesal.* Sus efectos recaen, principalmente, sobre la condena en costas a la parte que la haya llevado a cabo (arts. 246.3, 394.4, 395 LEC, art. 4.3 APL) o conducen la imposición de multas (art. 247 LEC). Este enfoque recoge la idea de que la imposición de costas no debe ir anudada principalmente a la victoria del pleito sino al comportamiento de la parte en relación con los intentos de un MASC. Estimado, por algunos, como una mera manifestación de comportamientos temerarios y de mala fe, el abuso del servicio público de justicia y sus efectos actuarían, en realidad, como disuasorios de las prácticas dilatorias y, en lo que aquí nos interesa, como incentivo en el uso correcto y efectivos de los MASC. Por tanto, entendemos que podría jugar como factor que refuerza la obligatoriedad, aunque introduce elementos de subjetividad en la valoración del abuso que podrían afectar al ejercicio del acceso a la justicia y tomar tintes de coercitividad⁵⁵.

65. Como en el anterior APL, también se introduce la mediación como prestación incluida en el derecho de asistencia gratuita, cuando, reunidos los requisitos exigidos legalmente, aquella sea presupuesto procesal para la admisión de la demanda, resulte de la derivación judicial o sea solicitada por las partes en cualquier momento del procedimiento judicial. Para ello se propone la modificación de la Ley 1/1996, de 10 de enero, de asistencia jurídica gratuita.

⁵³ En este sentido, entre otros, COLMENERO, "Algunas consideraciones...", op. cit., pp. 8 y ss.

⁵⁴ De esta forma, el Informe, en su conclusión Vigésimoprimer (p. 273), establece que (...) *sería aconsejable una aproximación gradualista en la configuración de los MASC como requisito de procedibilidad y haber optado por un modelo de obligatoriedad mitigada en relación con aquellas materias que por su naturaleza puedan ser más susceptibles de transacción o acuerdo a través de aquellos medios adecuados de solución de controversias más idóneos, por su desarrollo e institucionalización, para lograr los resultados.*

⁵⁵ En este sentido, VALLESPÍN, *Mediación mercantil...*, op. cit., pp. 53 y 54; 71.

c) Proyecto de Ley de Medidas de Eficiencia Procesal del Servicio Público (2022)

66. Como hemos ya hecho referencia, el Anteproyecto anteriormente citado ha pasado a ser Proyecto de Ley (en adelante PL)⁵⁶, pero entre ambas versiones se han producido algunos cambios. Sólo nos centraremos en lo que es objeto de este trabajo.

67. Se produce una pequeña modificación en la definición de MASC, donde a la definición anterior se le añade una frase que limita, a los efectos de la Ley, qué se entiende por tal. De esta forma, con la nueva versión, se entiende por MASC, *cualquier tipo de actividad negociadora, tipificada en esta u otras leyes, a la que las partes de un conflicto acuden de buena fe con el objeto de encontrar una solución extrajudicial al mismo, ya sea por sí mismas o con la intervención de un tercero neutral* (el subrayado es nuestro). Por tanto, y siguiendo una interpretación literal, sólo será reconocida las que estén tipificadas por ley.

68. No varía en este sentido la finalidad que se pretende, ya que si bien es cierto que la definición de MASC en el Anteproyecto era más amplia, sólo se reconocían efectos para cumplir con los requisitos de procedibilidad a las modalidades contempladas en el Anteproyecto, así como la mediación, la negociación directa, la realizada a través de los abogados y las recogidas en legislación especial (Art. 11 APL).

69. Por otro lado, en el Proyecto existe una ordenación más sistemática respecto a las modalidades recogiendo en un capítulo (III) las diferentes modalidades de negociación previa a la vía jurisdiccional. Así distingue el Proyecto entre los medios adecuados en vía no jurisdiccional con regulación especial (mediación, conciliación ante Notario, ante Registrador y ante letrado de la Administración de Justicia [art. 13]) de los que se contemplan y regulan en el propio Proyecto (conciliación previa [art. 14], oferta vinculante confidencial [art. 16] y opinión de experto independiente [art. 17]). Por tanto, los MASC que se contemplan son la actividad negociadora entre las partes (con la asistencia de los abogados cuando sea perceptiva), la conciliación en sus diversas modalidades, oferta vinculante confidencial, mediación y opinión de experto independiente.

70. Es interesante destacar que además de estos MACS regulados o mencionados en el Título I, el PL establece un sistema específico de MACS. De este modo, se añade un nuevo apartado 5 al artículo 439 LEC donde en acciones de reclamación de devolución de cantidades indebidamente satisfechas por el consumidor en aplicación de determinadas cláusulas suelo, o de cualesquiera otras cláusulas que se consideren abusivas, contenidas en contratos de préstamo o de crédito garantizados con hipoteca inmobiliaria, se requiere, como requisito de procedibilidad, el haber realizado el consumidor una reclamación previa extrajudicial. A tales efectos, la Disposición adicional sexta del PL regula este procedimiento extrajudicial.

71. Es interesante resaltar que, en relación con la validez y eficacia de los acuerdos alcanzados por las partes, el APL (art. 10.1) establecía que el citado acuerdo *tendrá el valor de cosa juzgada para las partes, no pudiendo presentar demanda con igual objeto* (el subrayado en nuestro). En su nueva versión (art. 12), el PL elimina tal efecto, estableciendo simplemente que *será vinculante para las partes, que no podrán presentar demanda con igual objeto*. De esta forma, la nueva versión del PL se hace eco de los comentarios doctrinales al respecto y, sobre todo, de la crítica realizada en el Informe al Antepro-

⁵⁶ Como ya anunciaba el Anteproyecto y concreta el Proyecto, *la aprobación de la Ley de eficiencia procesal se enmarca dentro del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia, constituyendo el hito CID 152 de la Medida C11.R2 Reforma para el impulso del Estado de Derecho y eficiencia del Servicio Público de la Justicia, cuyo cumplimiento está previsto para el cuarto trimestre de 2022. En este sentido, la parte expositiva del Council Implementation Decision (CID) señala que se debe aprobar, a más tardar el 31 de diciembre, «la ley de eficiencia procesal, a fin de acortar la duración de los procedimientos en todas las jurisdicciones, preservando al mismo tiempo las garantías procesales de los ciudadanos, así como el establecimiento de medios alternativos de solución de controversias».*

yecto de Ley de Eficiencia Organizativa del Servicio Público de la Justicia de abril de 2021(vid. nota al pie nº 51)⁵⁷.

72. Al igual que en el APL, la mediación se reconoce como uno de los MASC en vía no jurisdiccional (art. 13.2), y que cumple con los requisitos de procedibilidad (art. 13.1), estableciendo expresamente que se registrará conforme a su legislación propia, Ley 5/2012, de 6 de julio, o por la legislación autonómica que resulte de aplicación.

73. Como sucedía en el Anteproyecto, el Proyecto de Ley modifica la Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles. A este respecto, la definición es la misma que la contemplada en el Anteproyecto. Y se modifica la voluntariedad de la mediación actualmente reconocida de la mediación a la obligatoriedad cuando se quiere cumplir con el requisito de procedibilidad previsto en el futuro artículo 403.2 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil.

74. Este artículo, el 403.2, se modifica respecto a la versión del APL, estableciendo expresamente la inadmisión de la demanda (...) *cuando no se haga constar las circunstancias que se refiere en el segundo párrafo del apartado 3 del artículo 399 en los casos en que se haya acudido a un medio adecuado de solución de controversias por exigirlo la ley como requisito de procedibilidad.*

75. En relación con el requisito de procedibilidad, al igual que el Anteproyecto, se modifica la rúbrica y el apartado 1 del artículo 6, estableciendo que se entiende cumplido este requisito *con la celebración, al menos, de una sesión inicial ante el mediador, siempre que quede constancia en la misma del objeto de la controversia y demás requisitos establecidos en el artículo 17 (...)*. Ese artículo 17, también modificado respecto a su versión inicial, regula la sesión inicial, y tiene pequeñas variaciones respecto a la versión del APL. La primera, se establece como cumplido el requisito de procedibilidad por la inasistencia injustificada de cualquiera de las partes a dicha sesión inicial. La segunda es un mero cambio pero que define, o concreta, desde nuestro punto de vista, la intención o contenido de esa sesión inicial, no siendo una mera sesión informativa en el sentido genérico del término⁵⁸. De esta forma, en el artículo 17 *in fine*, cuando hace referencia a la certificación del mediador, modifica la versión del APL la cual mencionaba la sesión *informativa* y la modifica el PL por sesión *inicial*⁵⁹.

76. Del mismo modo, y a diferencia del APL que no lo hace, se modifica el art. 19 referido a la sesión constitutiva, donde se eliminan tres de los aspectos que se debían dejar constancia conforme a la actual Ley: *a) la identificación de las partes; b) la designación del mediador y, en su caso, de la institución de mediación o la aceptación del designado por una de las partes; c) el objeto del conflicto que se somete al procedimiento de mediación.*

⁵⁷ En especial, en las páginas 15 a 17, y en las conclusiones Decimotercera (p. 270), Vigésimoquinta (p. 274), y Trigesimocuarta (pp. 278). Conforme al citado Informe, “el prelegislador incorpora en la regulación de los MASC la regla del artículo 1816 CC sobre el contrato de transacción conforme a la cual «la transacción tiene para las partes la autoridad de la cosa juzgada». El uso en este precepto legal del concepto de cosa juzgada ha sido matizado por nuestra jurisprudencia a partir de la fundamental distinción entre contrato y sentencia: lo acordado entra las partes tiene la fuerza vinculante derivada del principio de autonomía de la voluntad (art. 1255 CC), pero no puede ser acreedor del específico valor del pronunciamiento jurisdiccional que determina la declaración irrevocable del Derecho en el caso. En este sentido, el anteproyecto debe dejar claro que las partes tienen derecho al control jurisdiccional de fondo sobre los términos del acuerdo que hayan alcanzado si incurre en vicios de invalidez o ineficacia, por lo que resulta más adecuado prescindir del inciso «el acuerdo alcanzado tendrá valor de cosa juzgada para la partes, no pudiendo presentar demanda con igual objeto» en el artículo 10.1 APL, sustituyéndolo por una mención al carácter vinculante del acuerdo para las partes, como se hace en el artículo 23.3 de la Ley 5/2012 respecto de la mediación” (Conclusión Decimotercera (p. 270)).

⁵⁸ Como se puede apreciar en el texto del APL y ahora en el PL (art. 17.1 *in fine*), las partes deben tener un papel activo y no meramente pasivo. De esta forma, a los efectos de quedar cumplido el requisito de procedibilidad, las partes deberán manifestar durante la sesión el objeto de la controversia.

⁵⁹ *La certificación por el mediador de la asistencia de las partes a esta sesión inicial [informativa], o el inicio del proceso de mediación de buena fe, aun cuando posteriormente se abandone por el desistimiento de cualquiera de las partes, satisface el requisito de procedibilidad del intento negociador previo a la interposición de la demanda.*

77. Otra de las modificaciones importantes que no contemplaba el APL es en relación con la confidencialidad. Así, el PL modifica el artículo de 9 de la Ley de Mediación delimitando más los contornos y excepciones de este deber, y siguiendo la redacción dada en el art. 8 del PL que regula la confidencialidad en los MASC.

78. Por último, sólo mencionar que se mantiene la noción del abuso del servicio público de Justicia, erigiéndose como excepción al principio general del principio de vencimiento objetivo en costas, e informador de los criterios para su imposición, al sancionar a aquellas partes que hubieran rehusado injustificadamente acudir a un medio adecuado de solución de controversias, cuando este fuera preceptivo⁶⁰. Para ello, se procede a modificar la LEC (arts. 32.5; 246.3; 247.3; 394.4; y 395.1).

IV. Interacción mediación-arbitraje. Cláusulas MER-ARB o ARB-MER-ARB

79. No queríamos dejar pasar la oportunidad de mencionar cómo la mediación también está incidiendo en otros sistemas heterocompositivos como el arbitraje. En palabras de LALAGUNA, “si la alternativa estrella a la jurisdicción ha sido tradicionalmente el arbitraje -paradigma de los ADR heterocompositivos-; actualmente, y como alternativa a la jurisdicción e incluso al propio arbitraje, se está potenciando la mediación, paradigma de los ADR autocompositivos”⁶¹.

80. Efectivamente, si la tendencia en España es regular la mediación (u otros MASC⁶²) como requisito de procedibilidad, algo similar está pasando en el arbitraje, pero más que por imposición legal por voluntad de las partes, a través de las cláusulas, entre otras, MED-ARB.

81. Efectivamente, más que contemplar la mediación como un medio autónomo, la tendencia internacional y que ya se empieza a reflejar en España, es la utilización de este MASC en cascada o de forma escalonada (a través de las denominadas cláusulas escalonadas multifunción *-multi-steps clauses-*), o bien de forma híbrida (cláusulas MED-ARB; ARB-MED; y ARB-MED-ARB)⁶³. Por tanto, las partes pueden pactar la necesidad de acudir previamente a la mediación antes de acudir a un arbitraje, o hacerlo de forma simultánea o híbrida, como medio de suplir las carencias de ambos métodos si se realizaran por separado.

⁶⁰ De esta forma la Exposición de motivos de la PL aclara que “este abuso puede ejemplificarse, por tanto, en la utilización irresponsable del derecho fundamental de acceso a los tribunales recurriendo injustificadamente a la jurisdicción cuando hubiera sido factible y evidente una solución consensuada de la controversia, como son los litigios de cláusulas abusivas ya resueltos en vía judicial con carácter firme y con idéntico supuesto de hecho y fundamento jurídico, o en los casos en que las pretensiones carezcan notoriamente de toda justificación impactando en la sostenibilidad del sistema, del cual quiere hacerse partícipe a la ciudadanía. Así, si bien este nuevo concepto puede presentar elementos concomitantes con otros existentes como temeridad, el abuso del derecho o la mala fe procesal, los complementa, ofreciendo una dimensión de la Justicia como servicio público al exigir una valoración, por parte de los Tribunales, de la conducta de las partes previa al procedimiento, en la consecución de una solución negociada”.

⁶¹ M. LALAGUNA HOLZWARTH, “ADR híbridos, en especial, ARB-MED-ARB: una forma muy prometedora de emparejar a la mediación y el arbitraje”, *Actualidad Jurídica Aranzadi*, nº 973, 2021, p. 1. En este sentido podemos observar cómo se está potenciando y promoviendo el uso de la mediación también mediante su incorporación en determinadas regulaciones, por ejemplo, en el Reglamento (UE) 2019/1150 del Parlamento Europeo y del Consejo de 20 de junio de 2019, sobre el fomento de la equidad y transparencia para los usuarios profesionales de servicios de intermediación en línea. Estos últimos *deben propiciar la mediación* (considerando 40).

⁶² A este respecto y en relación con el dictamen de experto y su utilización junto con la mediación (p. 11) o en el arbitraje a través de su inserción en una cláusula escalonada (pp. 13 y 14), vid. J. C. FERNÁNDEZ ROZAS, “Actualidad de la solución de controversias por el dictamen de experto independiente”, *La Ley Mediación y Arbitraje*, nº 11, abril-junio, 2022, pp. 1-31 (versión electrónica).

⁶³ Sobre esta cuestión, con las ventajas y desventajas y tipos de estos sistemas, vid. M. LALAGUNA HOLZWARTH, “La aplicación en España de med-arb, arb-med y variantes como alternativa a los ADR tradicionales”, *La Ley Mediación y Arbitraje*, nº 4, octubre-diciembre, 2020, pp. 1 y ss. De igual modo, FERNÁNDEZ, “Los métodos alternativos...”, op. cit., pp. 4-5.

82. Si bien es cierto que su origen es más temprano y su aplicación está más extendida en otros países, principalmente de tradición anglosajona⁶⁴, su incidencia en España la avala el uso por los Centros de Mediación o en las Cortes de Arbitrajes de modelos de estas cláusulas. Así, por ejemplo, en el Centro Español de Mediación⁶⁵ donde podemos encontrar: cláusulas de mediación sin referencia a arbitraje; cláusula de mediación con arbitraje simultáneo⁶⁶; y cláusula de mediación con arbitraje consecutivo⁶⁷. Del mismo modo, en el Centro Internacional de Arbitraje de Madrid donde uno de los modelos de cláusulas es la escalonada⁶⁸.

83. Pero además de esta inclusión de acudir obligatoriamente a la mediación antes de acudir a un sistema heterocompositivo como es el arbitraje, se está produciendo otro efecto que es la hibridación de ambos procedimientos, el de mediación y el del arbitraje, teniendo su culmen en que el laudo recoja el acuerdo de mediación.

84. Esto lo podemos observar en el método ARB-MED-ARB, que se asemeja, en cierta medida, el sistema de mediación intrajudicial, al establecer un “especie” de sistema de mediación “intra-arbitral”. Este método, aunque no es nuevo⁶⁹, se desarrolló especialmente por las Cortes de Mediación y Arbitraje de Singapur en el año 2014 a través del denominado Protocolo AMA (Arb-Med-Arb Protocol).

85. Conforme expone el *Singapore International Mediation Center* (en adelante, SIMC), las partes inician el arbitraje bajo el auspicio del *Singapore International Arbitration Center* (en adelante, SIAC), y, designado el árbitro y constituido el tribunal, se inicia el proceso de mediación en el marco del SIMC. Por tanto, el árbitro y el mediador son personas distintas, nombrados de forma independiente y por separado por el SIAC y el SIMC, respectivamente.

⁶⁴ En este sentido, LALAGUNA, “ADR híbridos...”, op. cit., p. 1, quien además concreta sectorialmente estos sistemas híbridos en el ámbito de los conflictos de construcción.

⁶⁵ <https://www.cemediacion.es/es/clausulas-de-mediacion>

⁶⁶ *Toda controversia derivada de este contrato o que guarde relación con él, incluida cualquier cuestión relativa a su existencia, validez, interpretación, cumplimiento o terminación, queda sometida en primer lugar a mediación, encomendándose la administración de la mediación y la designación del mediador al Centro Español de Mediación, de acuerdo con sus Estatutos y Reglamento vigente a la fecha de presentación de la solicitud de mediación. El idioma de la mediación será el [indicar idioma]. El lugar de la mediación será [ciudad]. El inicio del procedimiento de mediación no impedirá sin embargo a las partes iniciar un arbitraje de acuerdo con lo previsto en el siguiente párrafo. Toda controversia derivada de este contrato o que guarde relación con él, incluida cualquier cuestión relativa a su existencia, validez, interpretación, cumplimiento o terminación, queda sometida a la decisión de [un árbitro / tres árbitros], encomendándose la administración del arbitraje y la designación de los árbitros a la Corte Española de Arbitraje, de acuerdo con sus Estatutos y Reglamento vigente a la fecha de presentación de la solicitud de arbitraje. El arbitraje será de Derecho. El idioma del arbitraje será el [indicar idioma]. El lugar del arbitraje será [ciudad].”*

⁶⁷ *Toda controversia derivada de este contrato o que guarde relación con él, incluida cualquier cuestión relativa a su existencia, validez, interpretación, cumplimiento o terminación, queda sometida en primer lugar a mediación, encomendándose la administración de la mediación y la designación del mediador al Centro Español de Mediación, de acuerdo con sus Estatutos y Reglamento vigente a la fecha de presentación de la solicitud de mediación. El idioma de la mediación será el [indicar idioma]. El lugar de la mediación será [ciudad]. A falta de resolución de la disputa dentro de los [60] días siguientes al inicio de la mediación o de cualquier otro plazo pactado por las partes, la disputa quedará sometida a la decisión de [un árbitro / tres árbitros], encomendándose la administración del arbitraje y la designación de los árbitros a la Corte Española de Arbitraje, de acuerdo con sus Estatutos y Reglamento vigente a la fecha de presentación de la solicitud de arbitraje. El arbitraje será de Derecho. El idioma del arbitraje será el [indicar idioma]. El lugar del arbitraje será [ciudad].”*

⁶⁸ https://madridarb.com/wp-content/uploads/2021/04/CLAUSULAS_ARBITRALES_MEDIACION_CIAM_DIGITAL_ES_2021.pdf#page=3

⁶⁹ Como afirma E. CHUA, “A New Dawn for Mediation? The Launch of the Singapore International Mediation Centre (SIMC) and Introduction of the SIAC-SIMC arb-Med-Arb Protocol”, December 29, 2014, “el concepto de Arb-Med-Arb no es nuevo. Varias jurisdicciones e instituciones prominentes, como el Centro Internacional de Solución de Controversias (ICDR), la Cámara de Comercio Internacional (CCI) y el Centro de Arbitraje Internacional de Hong Kong (HKIAC), reconocen y apoyan el uso de la mediación como precursor del arbitraje (Med-Arb) o durante el proceso arbitral (Arb-Med-Arb). De hecho, la Ley de Arbitraje Internacional (Cap. 143A) ya contempla el uso de conciliadores/mediadores durante el proceso arbitral. Las secciones 16 y 17 de la AIA establecen en particular que un árbitro también puede actuar como conciliador durante los procedimientos de mediación, siempre que las partes consientan en ello”.

86. Si las partes no llegan a un acuerdo en un tiempo establecido, se continúa con el arbitraje. Por el contrario, si se llega a un acuerdo, éste tendrá la consideración de laudo por acuerdo entre las partes, el cual es ejecutable conforme a la Convención de Nueva York. Los elementos de la disputa resueltos en la mediación pero que quedan fuera del alcance del acuerdo de arbitraje y, por lo tanto, de la jurisdicción del tribunal arbitral tendrían que quedar determinados en un acuerdo de transacción separado. Por tanto, este acuerdo no sería ejecutable en virtud de la Convención de Nueva York.

87. Como hemos afirmado, se puede apreciar una hibridación de la mediación y del arbitraje, principalmente porque el acuerdo de mediación alcanzado dentro de un proceso de mediación se incorpora a un laudo de un procedimiento arbitral, beneficiándose de esta manera de los efectos propios del laudo y no del acuerdo de mediación.

88. Efectivamente, la incorporación de un acuerdo de transacción a un laudo, implicaría la no aplicación del Convención de Singapur sobre Mediación, ya que conforme a su artículo 1.3 se excluye expresamente del ámbito de aplicación los acuerdos de transacción a) *(i) que hayan sido aprobados por un órgano judicial o concertados en el curso de un proceso ante un órgano judicial; y (ii) que puedan ejecutarse como una sentencia en el Estado de ese órgano judicial;* b) *los acuerdos de transacción que hayan sido incorporados a un laudo arbitral y sean ejecutables como tal.*

89. Conforme a nuestra legislación, se distingue, por un lado los acuerdos de mediación y su configuración como título ejecutivo, y por otro, los laudos por acuerdo entre las partes. En relación con la mediación, la formalización como título ejecutivo se puede realizar de dos formas, bien elevando a escritura pública el acuerdo alcanzado tras un procedimiento de mediación (art. 25.1 LMACM); bien, si la mediación se ha realizado después de un iniciado un proceso judicial y se llega a un acuerdo, por homologación del acuerdo conforme a lo que establece la LEC (art. 25.4 LMACM).

90. En el supuesto del arbitraje, la LArb reconoce y regula el laudo por acuerdo entre las partes (art. 36), en donde se establece que si las partes llegan a un acuerdo donde se ponga fin total o parcialmente a la controversia, ambas partes lo solicitan y los árbitros no aprecian motivo para oponerse, estos últimos harán constar ese acuerdo en forma de laudo en los términos convenidos por las partes. El citado laudo, expresa la Ley, *tendrá la misma eficacia que cualquier otro laudo dictado sobre el fondo del litigio.* Lo único, y es algo que resuelve el protocolo AMA, es que el acuerdo debe ser alcanzado dentro del procedimiento arbitral, no anterior al inicio del arbitraje ni posterior a la terminación de las actuaciones en alguna de sus variantes (laudo final, desistimiento...)⁷⁰.

91. Por tanto, el método ARB-MED-ARB, sería una versión híbrida de estos dos supuestos, un acuerdo de mediación adoptado dentro de un procedimiento de mediación, el cual se realiza o se lleva a cabo dentro o, mejor dicho, una vez iniciado un procedimiento arbitral, y donde, si llegado el caso, se adoptase un acuerdo, el mismo, siempre que cumpla con los requisitos, puede adoptarse como un Laudo por acuerdo. Sería, en cierto sentido por buscar una equivalencia, a una mediación dentro de un proceso judicial, donde en vez de homologación del acuerdo, lo que hay es un Laudo del acuerdo con los efectos que se predicen del mismo.

V. Conclusión

92. Resulta decisiva, y convincente, la apuesta, no sólo a nivel nacional sino también internacional, por promover la mediación como medio de resolución de controversias. Pero esta apuesta por la mediación no debe ser la respuesta a (o, incluso la huida de) aquello que se quiere evitar sino la consagra-

⁷⁰ En este sentido, J. A. CREMADES SANZ-PASTOR, *El arbitraje de Derecho Privado en España*, Valencia, tirant lo blanch, 2014, p. 246.

ción de un opción consciente y finalista que busca la mediación por su valor y significado. Su éxito real y efectivo dependerá principalmente del conocimiento de la figura y de la apreciación y el aprecio de la sociedad de los beneficios de este método, así como de la calidad y profesionalidad de los mediadores.

93. En este sentido, desconocemos los efectos que tendrá la obligatoriedad de acudir a la mediación como requisitos de procedibilidad, teniendo en cuenta además que este requisito no se cumple sólo con la mediación sino con otros diversos y diferentes MASC. El temor es que pueda resurgir las malas experiencias del pasado, convirtiendo este requisito en un mero formalismo, en una *checklist* de actos que se deben realizar por las partes antes de acudir a un proceso judicial.

94. Por otro lado, resulta de gran interés la tendencia creciente hacia la combinación/hibridación de los sistemas autocompositivos con los heterocompositivos, que reducen las rigideces que en determinados casos se planteaban respecto a estos sistemas en el pasado, donde podría parecer instituciones o métodos estancos.

95. En este sentido, los métodos escalonados como primer paso, y la hibridación de procedimientos, en un segundo paso, reflejan, una vez más la importancia que tiene el uso de la mediación y, cómo, bajo el paraguas de un método heterocompositivo, puede motivar el uso de esta figura. En concreto, la posibilidad, en el ámbito del arbitraje, y por voluntad de las partes, de acudir a métodos escalonados o híbridos, nos parece una gran ventaja.

96. El tránsito de la voluntariedad como norma a la obligatoriedad como requisito nos lleva de vuelta a lo que hemos afirmado en la introducción de este trabajo, *la elección de uno u otro, o de varios, y las razones que llevan a tal elección será reflejo de los valores de la sociedad donde se apliquen y la forma de entender la resolución de los conflictos.*