

NOTA SOBRE PROPUESTA DE MODIFICACIÓN DE LA *LEY 5/2012 DE MEDIACIÓN* Y DE LA *LEY 1/2000 DE ENJUICIAMIENTO CIVIL*, EN MATERIA DE MEDIACIÓN CIVIL Y MERCANTIL

1. INTRODUCCIÓN

Fundado en 2005, el Club Español de Arbitraje (CEA) es la asociación de referencia en España para la difusión y estudio del arbitraje, labor que realiza desde un sólido conocimiento de las particularidades de la resolución extrajudicial de conflictos.

El Club creó su Comisión de Mediación en 2010 cuando el legislador español inició los trámites para trasponer la Directiva 2008/52/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 21 de mayo de 2008 sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles. Este proceso legislativo cristalizó con la aprobación de la *Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles* ("**Ley de Mediación**").

La Comisión de Mediación del Club Español de Arbitraje se marcó desde su inicio como objetivo colaborar en el buen desarrollo de la mediación y trabajar en su divulgación entre los agentes económicos y jurídicos.

Por tal motivo, respondiendo a la consulta pública realizada por el Ministerio de Justicia de fecha 16 de octubre de 2017, la Comisión ha elaborado esta nota con la finalidad de proponer una serie de medidas que colaboren en fomentar la mediación civil y mercantil, a través de la reforma tanto de la Ley de Mediación, como de la *Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil* ("**LEC**").

Con independencia del debate existente en relación a la posibilidad de reconocer la obligatoriedad de la mediación intrajudicial en la resolución de determinados conflictos, las propuestas planteadas tienen por objeto: *(i)* el establecimiento de la mediación (al menos de la "*sesión informativa*") como requisito previo de procedibilidad; *(ii)* la incorporación de incentivos de carácter económico para estimular a las partes a intervenir y llevar adelante las mediaciones; *(iii)* la fijación de unas pautas relativas a la mediación intrajudicial; y *(iv)* la determinación de la retribución de los mediadores en la mediación intrajudicial.

2. LA SESIÓN INFORMATIVA DE MEDIACIÓN COMO REQUISITO DE PROCEDIBILIDAD

Con la finalidad de conferir a la mediación el impulso que necesita en España, consideramos necesario establecer la asistencia a la sesión informativa de mediación (e incluso, en su caso, a una primera sesión de mediación) como un requisito de procedibilidad ineludible.

Es cierto que para fomentar la mediación no bastaría con establecer como única medida la que se propone en este apartado, pero la combinación de una sesión informativa obligatoria (acompañada, en su caso, de una primera sesión de mediación también obligatoria) con los incentivos que se describen en el apartado 3 de la presente nota permitirá, en primer lugar, que los involucrados conozcan e inicien el procedimiento de mediación. Y, en segundo lugar, que se encuentren más inclinados a continuarlo, de forma que sea más probable un acuerdo que se ajuste a sus necesidades y se evite el proceso.

Cuando hablamos de requisito de procedibilidad nos estamos refiriendo a una condición que, de no cumplirse, impediría al actor ejercitar sus pretensiones ante los juzgados y tribunales.

De esta forma, lo que se pretende es que las partes acudan a la sesión informativa (e incluso a una primera sesión de mediación) con carácter previo a la interposición de la demanda; momento en el que todavía no han invertido esfuerzos en el proceso y es más probable que lleguen a un acuerdo (y ello sin perjuicio de la sesión de mediación a la que las partes pudieran ser derivadas por el tribunal una vez iniciado el procedimiento judicial, y sobre la que trataremos de forma independiente en el apartado 4 de la presente nota).

Este sistema se sigue ya en algunos países de nuestro entorno, entre ellos Austria, Croacia, Chipre, República Checa, Hungría, Luxemburgo, Portugal, Rumanía, Suiza e Italia¹.

A estos efectos sería necesario introducir la obligatoriedad de la sesión informativa (e incluso la de una primera sesión de mediación) en la Ley de Mediación. Esta modificación puede incluirse también en los artículos 403 y 439 de la LEC, sobre inadmisión de demandas en el juicio ordinario y verbal, respectivamente.

De esta forma, si el que pretende demandar no acreditase el cumplimiento de este requisito, es decir, la asistencia a la sesión informativa (e incluso a una primera sesión de mediación), su demanda sería inadmitida.

¹ Comisión Legal 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”*, enero, 2014.

Detallamos a continuación los aspectos más importantes a tener en cuenta en la ejecución de esta medida.

2.1 Cumplimiento del requisito

Con la finalidad de cumplir con los objetivos de esta reforma, parece conveniente exigir a los intervinientes que su asistencia a la sesión informativa sea personal. Es decir, el requisito no quedaría cumplido con la sola asistencia del abogado de la parte (que podría naturalmente acudir también).

Si bien esto no plantea demasiados problemas en relación con las personas físicas, si puede plantearlos con las personas jurídicas. Por ello, el representante de la persona jurídica debería cumplir con las siguientes condiciones: *(i)* tener conocimiento del asunto y *(ii)* encontrarse específicamente apoderado para intervenir en mediaciones y llegar a acuerdos en nombre de la persona jurídica a la que represente.

Si el requerido para la mediación no acudiera a la sesión informativa (o a la primera sesión de mediación, caso de establecerse también su obligatoriedad), se considerará cumplido el requisito de procedibilidad y el requirente podrá interponer la demanda. En el apartado 3 de esta nota proponemos unos incentivos económicos que creemos evitarían que este requisito de procedibilidad pudiera ser convertido por pacto de las partes en un mero trámite.

2.2 Designación del mediador

El propio espíritu de la mediación impide que el mediador sea impuesto, ya sea por una de las partes o por el juez. Esta circunstancia está directamente relacionada con los principios de imparcialidad² y neutralidad³ en la actuación de los mediadores, así como con la confianza que los implicados han de tener en el mediador.

En consecuencia, planteamos un sistema de elección que combina los principios básicos de la institución con la necesidad de que exista un mediador designado con anterioridad al eventual proceso judicial.

Para la correcta designación del mediador sugerimos el siguiente proceso:

- Que la parte requirente proponga en primer lugar un mediador a la parte requerida, enviando a tal efecto un burofax con acuse de recibo, al que deberá acompañar certificado del mediador con su declaración de independencia e imparcialidad respecto de ambas partes. La mediación deberá desarrollarse en

² Ley de Mediación, artículo 7.

³ Ley de Mediación, artículo 8.

la población designada de común acuerdo por las partes o, en su defecto, en la del domicilio de la parte requerida.

- En el plazo de 10 días hábiles la parte requerida deberá manifestar su conformidad o disconformidad con el mediador propuesto.
- Si el requerido no contestase en modo alguno al requerimiento, el mediador propuesto por la parte requirente convocará la sesión informativa.
- Por otra parte, si el requerido contestase al requerimiento pero no aceptase la designación del mediador propuesto, se abrirá un nuevo plazo de 10 días hábiles para que las partes lleguen a un acuerdo sobre el mediador.
- Transcurrido dicho plazo, si las partes no alcanzasen ningún acuerdo sobre la persona del mediador, éste será elegido por una institución homologada con sede en el domicilio del requirente. A tal fin, el requirente deberá solicitar a la institución de mediación homologada de su domicilio que nombre al mediador.

2.3. Materias para las que cabe exigir el requisito de la sesión informativa

El requisito de procedibilidad consistente en asistir a la sesión informativa (y, en su caso, a una primera sesión de mediación) se debería aplicar a todas aquellas materias contempladas en el artículo 2 de la Ley de Mediación.

2.4. Forma de acreditar el cumplimiento del requisito de procedibilidad

El cumplimiento del requisito quedará acreditado mediante un certificado emitido por el mediador seleccionado, que el demandante deberá aportar con la demanda.

Asimismo, el mediador manifestará si únicamente se ha llevado a cabo la sesión informativa o la mediación ha tenido un desarrollo ulterior, todo ello a efectos de la aplicación de los incentivos expuestos en el apartado siguiente.

3. INCENTIVOS

Consideramos que construir un sistema de incentivos que motive a los implicados a participar activamente en el proceso de mediación aumenta las probabilidades de que éstos lleguen a un acuerdo.

En consecuencia, los beneficios derivados de las medidas contenidas en este apartado solo deben producir efecto si las partes han avanzado suficientemente en la mediación, con independencia, no obstante, del resultado final obtenido.

Desde nuestro punto de vista, solo así podremos lograr que los involucrados en la controversia tengan la intención real de mediar, de comprender la posición de la otra parte y de alcanzar una solución beneficiosa.

En concreto, las modificaciones que se proponen a este respecto son las siguientes:

3.1 La exención del pago de tasas

Esta medida consiste en la exención total del pago de la tasa judicial para aquellas partes que, estando sujetas a su pago, hayan participado de manera efectiva en un proceso de mediación que no haya permitido resolver plenamente la controversia (habiendo sido necesario acudir posteriormente al proceso judicial).

Para aplicar esta medida sería necesario determinar en qué consiste la participación efectiva en un procedimiento de mediación. Exige en todo caso la intervención en la sesión informativa, así como en, al menos, una sesión adicional, correspondiendo al mediador valorar la “*participación efectiva*”, atendiendo, entre otros criterios, al tiempo invertido y a la calidad de la participación, de modo que la exención de la tasa se encuentre debidamente justificada.

La referida participación efectiva deberá ser acreditada por medio de un certificado emitido por el mediador. A tal efecto, las partes deberán exonerar al mediador de la obligación de confidencialidad prevista en el artículo 9 de la Ley de Mediación, a los solos efectos de valorar la participación efectiva de las partes en la mediación.

En atención a lo anterior, sería necesario modificar el artículo 4 de la *Ley 10/2012, de 20 de noviembre, por la que se regulan determinadas tasas en el ámbito de la Administración de Justicia y del Instituto Nacional de Toxicología y Ciencias Forenses* (“**Ley de Tasas**”) En esencia, habría que introducir en este artículo de la Ley de Tasas que la “*participación efectiva*” en una mediación es un supuesto de exención del pago íntegro de la tasa judicial.

3.2 La revisión del actual sistema de imposición de costas

También resulta conveniente revisar el actual sistema de imposición de costas. Se pretende desincentivar que el potencial demandante acuda a los tribunales cuando el potencial demandado haya planteado una oferta razonable durante la mediación. En otras palabras, se trata de estimular que el posible demandante no rechace de manera injustificada las propuestas que la otra parte pueda formular durante la mediación, y en su lugar decida iniciar el procedimiento judicial.

En la práctica, este incentivo podría articularse mediante la condena en costas al demandante cuando la sentencia de condena que se dicte en su favor le reconozca una pretensión (o una cantidad) sustancialmente igual o inferior a aquellas cantidades que le fueron propuestas en la mediación.

La concreta propuesta que se formula es que se modifiquen los artículos 394 y ss. de la LEC, de manera que la parte demandante sea condenada en costas cuando obtenga una sentencia favorable en la que se reconozca una pretensión inferior o sustancialmente igual a la oferta de la parte demandada que hubiera rechazado en la mediación.

Para articular esta medida también será necesario modificar los mencionados artículos con el objeto de establecer un incidente judicial específico tras la sentencia, en el que se habrá de aportar la propuesta o propuestas formuladas en la mediación, para que sean valoradas por el juez a la hora de decidir sobre la imposición de costas, que lógicamente no habrá de establecerse ya en la sentencia. Este incidente específico deberá tramitarse en pieza separada en cada instancia del procedimiento. Esa pieza separada no habrá de ser remitida al tribunal superior hasta que éste haya resuelto sobre el fondo, a fin de que el tribunal superior no se vea influido en su decisión por los documentos presentado por las partes en la mediación.

En otros países, la condena en costas ya se encuentra vinculada a las propuestas que las partes hubieran podido formular con anterioridad. Este es el caso del Reino Unido (*Civil Procedure Rules, Rules 36.16 y 36.17*) —en donde se estima que se llevan a cabo más de 10.000 mediaciones anuales en materia civil y mercantil⁴—.

Creemos que esta medida propiciará la participación consciente y minuciosa de los implicados en el proceso de mediación y que todas las propuestas se planteen con mayor atención y sean analizadas también con mayor detalle.

⁴ Comisión Legal 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”*, enero, 2014.

3.3 La reducción del importe a pagar por la condenada en costas

Resulta vital para el éxito de la mediación que las partes la contemplen como una alternativa plausible y efectiva para resolver su conflicto. En este sentido, entendemos que es necesario dar a conocer la configuración y el desarrollo del procedimiento completo de mediación, para comprender sus beneficios en toda su extensión. Para lograrlo convendría establecer un incentivo adicional.

Se trataría de estimular que la potencial demandada participe de forma efectiva en el proceso de mediación, más allá de la mera sesión informativa.

Este incentivo podrá consistir en que, si la demandada participa efectivamente en el proceso de mediación pero no es capaz de lograr que éste fructifique en un acuerdo, tendrá derecho a una reducción del 25% en el importe de las costas que le corresponda satisfacer, en el supuesto de resultar finalmente condenada en costas.

El concepto de “*participación efectiva*” puede basarse en los parámetros mencionados en el apartado 3.1 de la presente nota y su acreditación se llevaría también a cabo por medio del certificado expedido por el mediador.

Para aplicar esta propuesta sería necesario modificar los artículos 241 y ss. de la LEC.

4. LA DERIVACIÓN A MEDIACIÓN DESDE LOS JUZGADOS Y TRIBUNALES

Tras analizar la obligatoriedad de acudir a la sesión informativa de mediación previa a la interposición de la demanda judicial, seguidamente nos referiremos a la derivación a mediación que los tribunales pueden realizar una vez iniciado el correspondiente procedimiento judicial (mediación intrajudicial).

La Disposición Final Segunda, punto 10, de la Ley de Mediación, modificó el artículo 414.1 de la LEC en el sentido de facultar al Juez para que, en atención al objeto del proceso, invite a las partes a que intenten un acuerdo que ponga fin a éste, en su caso a través de un procedimiento de mediación, instándolas a que asistan a una sesión informativa; y ello con la finalidad, según señala la exposición de motivos de la Ley de Mediación, de tratar de promover la mediación y la solución amistosa de los litigios, dentro del respeto a la voluntad de las partes. La aplicación de este precepto ha venido a concretarse en esencia en que en aquellos casos en que lo considera oportuno, el tribunal invita a las partes a que acudan a una sesión informativa de mediación.

Desde nuestro punto de vista, el hecho de que la sesión de mediación previa a la interposición de la demanda se constituya en requisito de procedibilidad, no debería suponer que la mediación intrajudicial contemplada en el artículo 414.1 de la LEC (que llamamos así para diferenciarla de la referida sesión previa) sea prescindible. Y ello porque cabe en primer lugar la posibilidad de que la parte demandada no haya acudido a dicha sesión informativa previa promovida por el a la parte demandante. Y en segundo lugar, porque las circunstancias en las que se llevaría a cabo este nuevo intento de que las partes lleguen a un acuerdo asistidas por un mediador (esta vez promovido por el tribunal), serían diferentes (y podrían quizá ser determinantes de cara a llegar a dicho acuerdo), aunque solo sea por el muy relevante hecho de que una y otra parte ya conocerían la demanda y la contestación, con lo que habrá quedado concretado el objeto de la controversia. Por tanto, no creemos que esta “dualidad” resulte redundante.

Al hilo de esto último, en el supuesto de que las partes ya hubieran tenido al menos un acercamiento a la mediación a través de la sesión previa preceptiva, el intento de mediación iniciado en el contexto del procedimiento judicial debe ser algo enfocado desde el comienzo al caso concreto –según el estilo del mediador, quizás incluso con preparación previa sobre el asunto– donde el mediador comienza desde el primer encuentro con las partes a construir la relación de confianza con éstas, necesaria para que el proceso pueda fluir adecuadamente.

Para intentar promover la mediación en el contexto de los procedimientos judiciales somos partidarios de modificar la actual regulación, que deja en manos de los tribunales la iniciativa de invitar o no a las partes a acudir a una sesión informativa de mediación, para introducir cierto automatismo en la derivación de los tribunales a

mediación bajo el artículo 414.1 de la LEC, estableciendo la obligatoriedad de acudir a mediación intrajudicial en todas las disputas, salvo aquellas que se incluyan en una relación de materias, bien porque no sean de derecho dispositivo, bien porque pueda considerarse que son inapropiadas para mediación.

De este modo las partes y sus abogados podrían saber de antemano que su disputa será derivada por el tribunal a mediación, lo que podría tener el efecto de generar en los abogados una mayor implicación en asesorar a sus clientes acerca de las fórmulas posibles para resolver su disputa, y entre ellas la mediación. Creemos asimismo que una forma en la que se promocionaría la mediación en el ámbito judicial sería que el tribunal se implique en hacer ver a las partes que la mediación puede constituir una fórmula adecuada para resolver su disputa, y que esa implicación del tribunal venga incentivada con el correspondiente reflejo en el grado de cumplimiento de sus objetivos si la mediación intrajudicial resulta exitosa y el procedimiento judicial concluye por haber alcanzado las partes un acuerdo.

A nuestro modo de ver, resulta esencial para promover la mediación que se genere confianza en las partes y en el tribunal en la mediación intrajudicial, y entendemos que se podría lograr haciendo que la sesión derivada la impartiera quien fuera eventualmente a actuar como mediador. En este sentido el tribunal podría dar a las partes la oportunidad de ponerse de acuerdo sobre la identidad del mediador en un plazo breve, o que manifiesten si prefieren que la designación sea directamente llevada a cabo por las instituciones de mediación homologadas e inscritas en el Registro. En el caso de no lograrse, el tribunal delegaría en tales instituciones, en el marco de las atribuciones que les han sido otorgadas bajo el artículo 5 de la Ley de Mediación, la presentación a las partes de una relación de candidatos sobre los que se puedan poner de acuerdo (nuevamente en un plazo breve), y en caso de no lograrlo (o si lo prefirieran), quedaría en manos de la institución tal designación. Creemos que ello introduciría un 'filtro de calidad' en el proceso de designación de los mediadores, pues las instituciones deben asegurar que disponen de la información precisa para determinar quién de su lista de mediadores es el candidato más adecuado para cada caso (incluyendo su experiencia previa con el mediador en el ámbito de la institución).

No nos cabe duda en relación con lo anterior de que para que la mediación pueda llegar a resultar atractiva para las partes, y para que después funcione, es fundamental que haya mediadores de calidad, entendiendo por tales a mediadores que sean capaces de hacer ver a las partes, primero, que pueden asistirles en la búsqueda de un acuerdo que ponga fin a su controversia, y después, si las partes deciden seguir adelante con el procedimiento, que perciban que esa asistencia se materializa a lo largo de lo que dure la mediación y sean capaces de apreciarla incluso si finalmente no llegan a un acuerdo, de cara a ir consolidando así que la mediación sea valorada como un mecanismo de resolución de disputas alternativo a los tradicionales.

5. LA RETRIBUCIÓN DE LOS MEDIADORES CIVILES Y MERCANTILES EN LAS MEDIACIONES INTRAJUDICIALES

La necesidad de que existan mediadores de calidad en el ámbito de la mediación intrajudicial enlaza con el hecho de que su actividad debe ser adecuadamente retribuida. La retribución de los mediadores es uno de los aspectos críticos para la implementación y el éxito de la mediación y contribuye de forma significativa a poner en valor la función de los mediadores.

La mediación no funcionará de verdad hasta que no se entienda y acepte de forma generalizada, tanto por la sociedad, como por los operadores jurídicos (y especialmente por los abogados), que la mediación puede y debe ser un servicio profesional eficiente, prestigiado y adecuadamente remunerado.

5.1 Normativa comparada: experiencias en otros países de la Unión Europea

Con el objeto de realizar esta propuesta, con carácter previo hemos accedido al Portal Europeo de Justicia (e-justice.europa.eu), con la finalidad de analizar los sistemas retributivos utilizados en los diferentes Estados que conforman la Unión Europea.

A la vista de sus respectivas normativas podemos concluir que, de forma generalizada, en los países europeos la intervención de los mediadores en procedimientos judiciales no tiene carácter gratuito, con la excepción de aquellas personas que, según las diferentes regulaciones, tienen acceso a justicia gratuita, en cuyo caso el Estado hace frente al pago de los servicios prestados por los mediadores.

Determinados países —como por ejemplo Irlanda o Reino Unido— ofrecen servicios gratuitos de mediación intrajudicial en áreas concretas (familia e igualdad), pero no la extienden a otras materias.

En lo referente a la cuantificación de la retribución, existen varios sistemas:

- a) Aquellos países que dejan la fijación del importe al acuerdo entre las partes y el mediador (por ejemplo, Alemania, Austria, Grecia o Suecia).
- b) Sistemas mixtos que establecen unos importes hasta un número de horas y a partir de ahí lo dejan al acuerdo entre las partes (República Checa).
- c) Países que atribuyen al Juez la competencia de fijar la remuneración una vez concluida la mediación y previa presentación de la nota de gastos por las partes (Francia).

d) Países que tasan las retribuciones en sus normativas, atendiendo a diferentes criterios. Cabe citar, a modo de ejemplo, los siguientes:

- Holanda: pagan las partes la mediación excepto en caso que no lleguen a determinados umbrales económicos (35.200 €/año casados o parejas de hecho y 24.900 €/año solteros), y los honorarios son:

51 € por un máximo 4 horas
102 € si es más de 4 horas

- Italia: el artículo 5 bis del *Decreto Legislativo 28/2010* condiciona los honorarios en atención a la cuantía del asunto, disponiendo que en caso de alcanzar un acuerdo, cada parte pagará por la mediación, las siguientes cantidades:

80 € por asuntos de hasta 1.000 €
120 € por asuntos de hasta 10.000 €
200 € por asuntos de hasta 50.000 €
250 € por asuntos de más de 50.000 €

5.2 Retribución de la mediación intrajudicial en España

Como se deduce del derecho comparado, para que la mediación civil y mercantil intrajudicial sea un servicio de calidad, valorado por los propios usuarios, resulta necesario que sea retribuida por las partes —con la única excepción de aquellas personas que puedan beneficiarse de la asistencia jurídica gratuita, en cuyo caso el coste deberá ser repercutido al Estado—.

Dicho esto, sugerimos establecer un sistema que predetermine los honorarios de los mediadores pues, a nuestro modo de ver, y a diferencia de la mediación extrajudicial, en la intrajudicial puede resultar complicado que las partes alcancen “*a priori*” un acuerdo sobre la retribución del mediador.

A modo de ejemplo, se puede fijar una cuantía para la sesión de la mediación intrajudicial, que no debe durar más de tres horas, por importe de 100 €, más IVA, para cada parte.

Para el resto de la mediación proponemos el establecimiento de una tabla que recoja diferentes precios en función de las cuantías de los asuntos.

En todo caso, debe asegurarse que el mediador percibe la retribución por su servicio. De esta manera, concretados los honorarios del mediador designado por la institución homologada correspondiente, debe ser esta última la que recabe su pago de las

partes, de tal forma que si alguna de ellas se muestra reticente a pagar la provisión, la institución pueda solicitar a la otra parte que cubra la totalidad de los honorarios, sin perjuicio del derecho de esta última a reclamarlos judicialmente a la incumplidora vía costas.

Madrid, a 17 de noviembre de 2017