

APORTACIONES DE LA COMISIÓN DE MEDIACIÓN DEL CLUB ESPAÑOL DEL ARBITRAJE (CEA) EN EL MARCO DE LA CONSULTA PÚBLICA SOBRE EL ANTEPROYECTO DE LEY DE MEDIDAS PROCESALES, TECNOLÓGICAS Y DE IMPLANTACIÓN DE MEDIOS DE SOLUCIÓN DE DIFERENCIAS

1. CUESTIONES SOBRE LAS QUE SE PLANTEA LA CONSULTA PÚBLICA:

1.- Considerando la necesaria agilización que hay que impulsar en la Administración de Justicia, la cual se va a hacer más necesaria teniendo en cuenta la paralización forzada que, con motivo de la pandemia del coronavirus en España, se ha visto abocada la práctica totalidad de la actividad judicial:

¿Considera necesario que se acometan reformas integrales en el ámbito de la Justicia en tres grandes planos, distintos pero complementarios, dirigidas a: (i) encauzar la creciente litigiosidad mediante la implantación de una vía consensual, alternativa a la judicial, que posibilite una mayor participación de la ciudadanía en el sistema de Justicia; (ii) agilizar los procedimientos judiciales ya en curso; y (iii), finalmente, implementar nuevas tecnologías de la información y de la comunicación en la Administración de Justicia?

Observaciones de la Comisión de Mediación del CEA:

La Comisión de Mediación del CEA considera necesario que se fomenten los métodos consensuales o autocompositivos de resolución de disputas, no solo como vía para mitigar el impacto en nuestro sistema de Justicia de la actual creciente litigiosidad, sino como una verdadera alternativa permanente a dicho sistema.

En concreto, la mediación permite que las partes puedan resolver de forma ágil, eficiente y confidencial las disputas sobre materias disponibles, mediante la facilitación de su negociación por una tercera personal neutral e imparcial que les ayuda a explorar opciones para alcanzar un acuerdo que resulte satisfactorio para ambas.

Debe también destacarse la importancia de los *dispute boards*, muy habituales en el sector de la construcción y otros contratos, a menudo con alto contenido técnico, cuya ejecución se prolonga en el tiempo. Se trata de un órgano permanente compuesto por un número impar de personas expertas que permanece a disposición de las partes a lo largo de la vida del contrato, supervisando su ejecución, por lo que puede resolver los conflictos a medida que van surgiendo y a menudo identificarlos en estado incipiente evitando que escalen. Los *dispute boards* permiten reducir considerablemente la litigiosidad de las relaciones contractuales en que se implementan.

Asimismo la Comisión de Mediación del CEA considera que todo impulso que se haga para una mayor utilización en España de los métodos alternativos de resolución de conflictos debe acompañarse del establecimiento de parámetros de calidad y autoexigencia para las personas profesionales e instituciones que ofrecen servicios en este ámbito, que deben estar adecuadamente retribuidas precisamente para procurar unos niveles de calidad que generen la confianza de los usuarios en estos métodos alternativos.

2.- En lo relativo a la línea de trabajo dirigida a promover y reforzar todo un sistema de solución de diferencias cuyo objetivo es alcanzar una solución negociada de las mismas:

2.1. ¿Considera conveniente que se fomente e intensifique una conciencia que haga que los ciudadanos sean conscientes de las posibilidades que tienen para tratar de alcanzar, con la ayuda de los mecanismos, garantías y profesionales adecuados, una solución consensuada y negociada a sus propios problemas?

Observaciones de la Comisión de Mediación del CEA:

La Comisión de Mediación del CEA considera que la vía más adecuada para conseguir impulsar definitivamente en España los métodos autocompositivos de resolución de conflictos y, en concreto, la mediación, es efectivamente a través de la concienciación tanto de las personas físicas y jurídicas como muy especialmente de la abogacía que las asesora, junto con una apuesta decidida en el ámbito formativo. Esta concienciación será más efectiva en la medida en que el mercado perciba calidad y profesionalidad en los servicios de resolución alternativa de conflictos.

Para concienciar es esencial la difusión, de manera que las partes tengan conocimiento suficiente de cómo se lleva a cabo una mediación, de las ventajas que puede presentar, según los casos, como alternativa a la vía judicial y de cómo acudir a ella. Es asimismo muy importante la labor de la abogacía al asistir a las partes e informarlas adecuadamente acerca de la existencia de mecanismos alternativos para la resolución de sus controversias, así como de las principales características y ventajas según los casos.

También es necesario que las propias partes y sus asesores jurídicos tengan en cuenta la mediación y otros métodos alternativos de resolución de conflictos en el momento en que estén negociando sus contratos. En este sentido, la Comisión de Mediación del CEA considera que debe fomentarse la inclusión de cláusulas multimodales en los contratos, de tal manera que las partes acuerden tratar de resolver las eventuales disputas que puedan surgir entre ellas a través de métodos autocompositivos, como la mediación, con carácter previo a acudir a otros mecanismos de resolución de controversias.

En esta labor de difusión y concienciación es importante también dar a conocer y promover la inclusión de *dispute boards* en los contratos de ejecución continuada en el tiempo y con marcado carácter técnico.

2.2. ¿Está Vd. de acuerdo en que se regule un sistema que fomente un intento de negociación previa entre las partes antes de la interposición de la demanda en el orden civil?

Observaciones de la Comisión de Mediación del CEA:

La Comisión de Mediación del CEA considera que la voluntariedad es característica esencial tanto de la negociación directa entre las partes como de la negociación asistida por una tercera persona como es la mediación.

Dicho esto, no puede cerrarse los ojos ante los resultados obtenidos en algunos países de nuestro entorno donde se ha introducido la sesión informativa de mediación como requisito de procedibilidad. El caso de Italia es especialmente interesante, pues su tradición jurídica es cercana a la nuestra y se trata de uno de los países de la Unión Europea con mayor número estimado de mediaciones anuales en materia civil y mercantil.

Una medida de este tipo, sin embargo, para ser eficiente requiere discriminar previamente el tipo de conflictos para los que se establece y prever su implementación de manera que no genere dilaciones en el ejercicio de eventuales acciones cuando no se logre resolver de manera consensuada las controversias.

Conviene también tener presente que la sesión informativa es a su vez una oportunidad para que la persona mediadora pueda hacer un primer diagnóstico del conflicto y se empiece a construir la necesaria relación entre las partes y ella. Es por esto que es conveniente que las sesiones informativas sean llevadas a cabo por las personas mediadoras que posteriormente lleven el procedimiento, de decidir las partes continuar la mediación.

Además, la Comisión de Mediación del CEA considera que pueden valorarse otros mecanismos incentivadores, como la posibilidad de que, en caso de que una parte se niegue a negociar o a hacer uso de algún método autocompositivo de resolución de conflictos como la mediación, acudiendo directamente a la vía judicial o bien obligando con su conducta a que la otra parte acuda a la vía judicial, exista en determinados casos una consecuencia a efectos de condena en costas en el procedimiento judicial que se inicie con posterioridad.

2.3. ¿Comparte que, incluso en los supuestos de controversias que hayan alcanzado la vía judicial, el Juez o Tribunal competente, en los casos en que así lo estime procedente, pueda derivar a las partes a intentar alcanzar un acuerdo negociado de la controversia?

Observaciones de la Comisión de Mediación del CEA:

La Comisión de Mediación del CEA valora positivamente la opción de la mediación intrajudicial.

De hecho, en España existe ya una práctica de mediación intrajudicial, aunque todavía no sea estadísticamente significativa y el porcentaje de acuerdos sea muy bajo.

Aspectos a tener en cuenta a la hora de regular la mediación intrajudicial:

- Una judicatura conocedora, por un lado, de la mediación y, por otro, de los particulares del expediente concreto, está en muy buena posición para valorar los casos en que el intento de mediación puede tener sentido y aquellos en que no. Esto no tiene por qué implicar por parte de la judicatura el prejuzgar la controversia, pero sí exige el estudio de los escritos de las partes antes de lo que probablemente viene siendo habitual hacerlo.

Para facilitar esta tarea, existe la opción de que los Letrados y Letradas de la Administración de Justicia, tras recibir la necesaria formación en mediación, redacten un informe, en el que,

si por las características del expediente lo consideran aconsejable, recomienden la derivación del asunto a mediación. Este informe se pondría a disposición del Juez o Jueza como criterio objetivo –no vinculante– de derivación.

En cualquier caso, una redistribución de los tiempos y dedicación a los expedientes por parte de la judicatura (y, en su caso, del cuerpo de Letrados de la Administración de Justicia) debe ir acompañada de una reconsideración de los criterios de su retribución.

- Protocolos adecuados de derivación para optimizar los tiempos.
- Servicios de mediación y personas mediadoras de calidad.
- Adecuada retribución de las personas mediadoras.

2.4. ¿Está de acuerdo en que para impulsar y fomentar que las partes en una controversia acudan a estos mecanismos de resolución extrajudicial se arbitren los necesarios incentivos y se busque un tratamiento adecuado para la negativa injustificada a tratar de encontrar soluciones negociales previas al proceso?

Observaciones de la Comisión de Mediación del CEA:

La Comisión de Mediación del CEA considera imprescindible fomentar los mecanismos autocompositivos de resolución extrajudicial de conflictos. Para que éstos tengan éxito, resulta esencial que las partes los contemplen como una alternativa plausible y efectiva. En este sentido, como ya se ha indicado, la Comisión de Mediación del CEA entiende que es necesario dar a conocer la configuración y el desarrollo del procedimiento completo a sus potenciales usuarios y sus diferencias respecto a los métodos más tradicionales de resolución de disputas, para que éstos puedan comprender sus beneficios en toda su extensión.

Partiendo de este objetivo general, la Comisión de Mediación del CEA considera que los incentivos que se introduzcan deben perseguir los siguientes objetivos concretos:

- Incentivar la participación efectiva de las partes en el proceso de mediación, más allá de la sesión informativa; y
- Propiciar que todas las propuestas que se planteen en el proceso se tomen en consideración y se analicen con detalle, de manera que no se rechacen de manera injustificada.

En cuanto a los concretos incentivos a implementar, algunas consideraciones serían las siguientes:

(i) **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 se haya cerrado con acuerdo sobre la totalidad de las cuestiones

controvertidas y haya comportado el posterior ejercicio de acción o acciones ante la jurisdicción ordinaria.

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 a la persona mediadora 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 la persona mediadora. A tal efecto, las partes deberán exonerar a la persona mediadora de la obligación de confidencialidad prevista en el artículo 9 de la Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles, 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”) para introducir que la “participación efectiva” en una mediación es un supuesto de exención del pago íntegro de la tasa judicial.

(ii) **La flexibilización del principio de vencimiento objetivo para la imposición de costas (art. 394 LEC).**

Se trata de incentivar la solución extrajudicial de conflictos reemplazando el automatismo que supone el principio de vencimiento objetivo –que ha dificultado la imposición de costas por situaciones que pueden suponer un uso inadecuado del procedimiento judicial- por un sistema que permita al Juez o Jueza valorar la atribución de costas en relación con el caso concreto y de forma motivada.

Con carácter general, sería conveniente flexibilizar el criterio de imposición de costas, de modo que se dotara al Juez o Jueza de mayor discrecionalidad a la hora de valorar, entre otras circunstancias, el comportamiento de las partes. La rigidez de nuestro sistema se hizo patente en el escaso recorrido que tuvo la SJPI nº 22 de Barcelona, de 14 de julio de 2009, que condenó a la actora a las costas producidas desde el momento de la audiencia previa, en la que la demandada había hecho una oferta que coincidió con el importe total de la indemnización. La SAP Barcelona (Sección 11ª) de 21 de octubre de

2010 revocó el pronunciamiento por entender que la imposición de las costas al actor excedía de lo previsto en el art. 394 LEC.

Existen diversos modelos en los ordenamientos procesales europeos que partiendo también del sistema de vencimiento objetivo, permiten al Juez o Jueza valorar las circunstancias particulares del litigio, como el sistema inglés, recogido en la *part 44 Civil Procedural Rules* que establece unas reglas bastante detalladas para la valoración del comportamiento de las partes y su incidencia en la consecución de acuerdos, o el sistema francés, recogido en el art. 696 *Code de Procedure Civile*, que permite al Juez o Jueza decidir motivadamente si impone o no las costas a la parte vencida, o incluso si procede asignarlas, en todo o parcialmente, a la otra parte.

En línea con este punto, la Comisión de Mediación del CEA reproduce dos de las propuestas concretas que formuló con ocasión de la consulta pública abierta por el Ministerio de Justicia de 16 de octubre de 2017, introduciendo algunas propuestas adicionales:

(a) La reducción del importe a pagar por la condenada en costas

Si la demandada ha participado de forma efectiva en un proceso de mediación instado por la demandante, 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, siempre que no se declare la existencia de temeridad o mala fe.

El concepto de “participación efectiva” puede basarse en los parámetros mencionados en el apartado (i) anterior y su acreditación se llevaría también a cabo por medio del certificado expedido por la persona mediadora.

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

(b) La revisión del actual sistema de imposición de costas

Se propone la modificación de los artículos 394 y ss. de la LEC, en un doble aspecto:

1. 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 que hubiera rechazado en la mediación.

Para articular esta medida también será necesario introducir en la LEC 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 o Jueza 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.

La medida consistente en vincular la condena en costas al rechazo de las propuestas que las partes hubieran podido formular con anterioridad ya ha sido adoptada en nuestro país por la Junta de Jueces de Primera Instancia de Barcelona en su acuerdo de unificación de criterios de fecha 12 de junio de 2020. También en otros países existen medidas en este sentido. Destacamos 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 mercantil¹—.

2. Que la parte que no acuda a la sesión informativa de mediación tras haber sido derivado el asunto a mediación por el juzgado correspondiente, pueda ser condenada en costas.

Para ello, debería modificarse el artículo 394 de la LEC para equiparar esta no asistencia a la temeridad o mala fe que dicho artículo prevé como criterio para la imposición de costas.

Esta medida ya ha sido adoptada por la Junta de Jueces de Primera Instancia de Barcelona en su acuerdo de unificación de criterios de fecha 12 de junio de 2020.

(iii) **Exención del IRPF de las indemnizaciones por daños personales cuando se reconozcan por acuerdo de las partes en un proceso de mediación**

Con la finalidad de incluir dentro de los supuestos de exención del IRPF las indemnizaciones por daños personales cuando se establezcan por acuerdo entre las

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.

partes en el seno de una mediación. La redacción actual no los recoge con carácter general (solo en referencia a las indemnizaciones sujetas a la Ley de Responsabilidad civil y seguro en la circulación de vehículos de moto), lo que obliga a las partes acudir a los Tribunales para homologar el acuerdo únicamente a efectos de obtener la bonificación.

La imposibilidad de beneficiarse de una exención en el Impuesto lleva a las partes a iniciar el procedimiento judicial como vehículo para obtener una indemnización exenta, perjudicando la opción por una mediación extrajudicial, dado que los acuerdos obtenidos en mediación no estarán exentos. Es una medida necesaria, teniendo en cuenta la gran litigiosidad que, en todos los órdenes, existe derivada de los daños personales. Se suma a ello que se trata de un tipo de conflicto especialmente adecuado para su resolución en mediación por la gran carga emocional que lo caracteriza.

En este sentido, existe un precedente en la Comunidad Foral Navarra, que ha recogido esta medida en la modificación realizada en 2018 de la Ley Foral del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas (Decreto Foral Legislativo 4/2008) en cuyo artículo 7 d) se establece la exención de las indemnizaciones por daños personales cuando hayan sido alcanzadas en un acuerdo de mediación:

“Artículo 7. e) Las indemnizaciones como consecuencia de responsabilidad civil por daños personales, en la cuantía legal o judicialmente reconocida, así como en las cuantías establecidas en un acuerdo de mediación alcanzado con arreglo a la Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles”

Madrid, 23 de junio de 2020