

INFORME QUE EMITE EL
CONSEJO GENERAL DE LA ABOGACÍA ESPAÑOLA
AL ANTEPROYECTO DE
LEY DE IMPULSO DE LA MEDIACIÓN

Febrero 2019

1.- Las razones de la reforma y la naturaleza de la mediación.-
--

Las instituciones de la Abogacía Española han tomado, desde el inicio y muy seriamente, partido a favor de la mediación, estableciendo mecanismos organizadores, formación, etc., por lo que las alegaciones que ahora se contienen han de verse desde el prisma de quien respeta y considera altamente la mediación, pero también de quien considera, más aún, en primer lugar, la **libertad del ciudadano** y, en segundo lugar, el **acceso a los Tribunales y la tutela judicial efectiva**, como derechos fundamentales constitucionalmente consagrados.

Por lo demás, debe reconocerse el alto nivel técnico-procesal del APL, al que no se discute esa técnica, sino la finalidad que persigue y la esencia misma de la reforma pretendida: el APL técnicamente es completo y muy correcto; lo equivocado, entendemos, es la base misma de la decisión reformadora y las concretas medidas que impone. Dicho de otro modo: lo que se discute es la decisión política de hacer obligatoria la mediación, pero, encargado ello a quien redactó el APL, ésta resulta coherente con esa decisión. Por ello, no se discutirán en exceso aspectos puramente técnicos sino el conjunto del APL por considerarlo impropio, al igual que algunas de sus concretas medidas.

En su Exposición de Motivos el APL expresa con toda claridad que, puesto que considera que la mediación en España “*no ha conseguido demostrar su operatividad*”, el Ministerio propone imponerla como obligatoria en determinados casos, que, como se verá, son muchos y, sobre todo, complejos.

Esto debería ser merecedor de sosegado análisis y ha de llevar a preguntarse las razones de esa situación, y, acto seguido, proceder a ingeniar mecanismos de fomento (como algunos que se apuntan en el propio APL), pero nunca debe imponerse al ciudadano, en su derecho al acceso a los tribunales, un requisito que, como ahora se verá, si no se construye más sutilmente, no hará sino constituirse en una rémora superflua, en un retraso innecesario al acceso a los tribunales, que dé lugar a algo parecido a lo que ocurrió en la Ley 34/1984, de 6 de agosto, de reforma urgente de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que derogó la obligatoriedad de la conciliación previa a los pleitos civiles, y en cuya Exposición de Motivos se dijo que se había decidido “*conferir al acto de conciliación, que, como demuestra la experiencia, ha dado resultados poco satisfactorios, un carácter meramente facultativo*”.

La mediación es esencialmente **voluntaria**, lo cual, en el APL se interpreta (Exposición de Motivos), diciendo que se trata de “*superar el vigente modelo de mediación basado en el carácter exclusivamente voluntario de la misma, por otro comúnmente denominado de “obligatoriedad mitigada”, que configura como obligación de las partes un intento de mediación previa a la interposición de determinadas demandas (las materias concretas donde se establece esta obligación se recogen en la Ley 5/2012, de 6 de julio), o bien cuando el tribunal en el seno de un proceso considere conveniente que las partes acudan a esta figura*”.

Entendemos no es ello lo acertado.

El artículo 1 de la Ley de Mediación define la institución como voluntaria. El propio artículo 6 del mismo APL insiste en que es voluntaria para, acto seguido, decir que es obligatoria en los numerosos casos (luego se comentarán) que relaciona. También la Directiva 2008/52/CE la establece como voluntaria, aunque ciertamente recoge la posibilidad de que sea “*prescrita*” por el Derecho, pero ello no puede significar lo que se indica en el APL, que supone imponer nada más y nada menos que un requisito al acceso a los Tribunales y, además, en un enorme número de asuntos complejos, como luego se verá.

Si se permite un parangón, pretender superar así el carácter voluntario de la mediación sería como intentar superar el carácter voluntario del derecho de sufragio. Sabido es que hay abstención excesiva, pero la solución no puede ser imponer el voto como deber.

No se debe partir de que los ciudadanos no saben decidir lo mejor para ellos, y que haya que decidir por ellos. Si no se acogen a una posibilidad es porque esa posibilidad no les interesa como está.

Los ciudadanos toman siempre lo que más les conviene. Todos lo hacemos. Si la mediación no ha crecido, no procede hacerla obligatoria sino buscar otros remedios, so pena de perjudicar seriamente la propia mediación, que se percibiría, repetimos, como un mero trámite molesto.

En esta línea, merece recordar que el Gobierno de España interpuso Recurso de inconstitucionalidad 5459-2015 en relación con diversos preceptos de la Ley del Parlamento de Cataluña 20/2014, de 29 de diciembre, de modificación de la Ley 22/2010, de 20 de julio, del Código de consumo de Cataluña, para la mejora de la protección de las personas consumidoras en materia de créditos y préstamos hipotecarios, vulnerabilidad económica y relaciones de consumo.

Aunque el verdadero tema debatido en ese caso era la competencia estatal para establecer reglas procesales, es lo cierto que en ese recurso, el Gobierno adujo que el artículo 8 de la Ley de Cataluña

20/2014, en su “apartado tercero resulta inconstitucional por vulnerar las competencias estatales, en tanto y cuanto convierte a la mediación (**siempre voluntaria**, según el artículo 6.1 de la ley 5/2012, de 6 de junio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles) en el presupuesto obligatorio de la interposición de una demanda judicial”.

Así las cosas, postulamos que se intente que la mediación sea más aplicada y utilizada por los ciudadanos mediante el uso de mecanismos más respetuosos de la libertad y del derecho fundamental de acceso a los tribunales.

Pero nunca obligando a mediar, institución que, por su propia esencia, es y ha de ser siempre voluntaria.

Sinceramente, si existe una falta de cultura en mediación, no parece que la mejor manera de fomentarla sea imponerla con carácter obligatorio, pudiéndose dar el caso de que nos encontremos con ciudadanos y profesionales que acudan “forzados” a la sesión informativa de la mediación, sin que exista una verdadera voluntad de explorar una vía extrajudicial para solventar el conflicto, lo que puede llevar a un mayor rechazo a la verdadera mediación, además de más trámites, costes y plazos más largos aún (ya lo son en demasía) para la resolución de los problemas de los ciudadanos.

Y no se diga que se trata “únicamente” de que haya de tener lugar una sesión informativa y una sesión exploratoria del conflicto, pues ello, con intervención de un Mediador, tiene dos problemas graves:

1. **Su coste:** el Mediador es un profesional que percibe sus honorarios por ello, y el acceso a los tribunales ha de ser siempre gratuito. Los requisitos previos a la jurisdicción, como fue la conciliación o la reclamación previa, siempre fueron gratuitos.

El proceso de mediación solo se presenta como sufragado por la Administración si el litigante gozase del beneficio de justicia gratuita. En todos los demás casos, han de pagarlo las partes.

El procedimiento de mediación no es, por tanto, igual al procedimiento judicial en cuanto a costes para el justiciable, que puede acudir a los Tribunales sin otro coste que el de los profesionales que le asisten, y sin embargo ha de pagar los servicios de la persona mediadora en el procedimiento de mediación, pese a no desear someterse a ese procedimiento, aunque solo sea a su sesión informativa.

2. **Su demora:** desde que se decida interponer demanda, hay que esperar un tiempo para llevar a cabo el intento de mediación, pues ello requiere desplegar los trámites de designación de Mediador (de mutuo acuerdo o designado como dice la Ley, incluso con designación conforme a la Ley de Asistencia Jurídica Gratuita), que éste convoque la sesión informativa y que ésta se celebre, etc.

Se estaría obligando al demandante a iniciar un procedimiento de mediación en clara desventaja frente al demandado, que podrá beneficiarse con el retraso en cumplir una obligación que no quiere voluntariamente asumir.

Téngase en cuenta que el futuro demandado puede “utilizar” el procedimiento de mediación con interés meramente dilatorio sin ánimo alguno de llegar a acuerdo, con el único fin de retrasar lo que puede considerar una condena ineludible.

Ningún principio de nuestro ordenamiento jurídico permite obligar a quien demanda a esperar más de lo razonable la respuesta a su solicitud, como no sea la igualdad de las partes en el proceso y la contradicción como garantía del debate para una solución ajustada a Derecho. Injustificada es, por tanto, la dilación en la respuesta judicial a un conflicto debida a la imposición legal de la obligación previa de mediar.

Además, se privaría al demandante de la posibilidad de demandar directamente cuando puede ver peligrar la efectividad de su derecho. La posibilidad de adopción de medidas cautelares (con depósito de caución por su parte) no mitiga el perjuicio, pues en cualquier caso la respuesta judicial cautelar se verá demorada por mayor periodo que el que transcurriría de no tener que acudir a la mediación previa.

En cuanto al demandado, la imposición de participar en el procedimiento de mediación supone también una quiebra al derecho a no comparecer que al demandado se reconoce en el proceso jurisdiccional civil, posición voluntaria que puede adoptar sin que suponga -salvo excepciones- allanamiento o aceptación de los hechos objeto de la demanda. El derecho a no comparecer que en el proceso civil se le reconoce no se le estaría reconociendo en la mediación.

Por ello, cuando la Exposición de Motivos dice que *“Esta obligación se constituye como un **presupuesto procesal necesario para acceder a la vía judicial**, pero no supone una obligación de someterse a todo un proceso de mediación o de consensuar un acuerdo que ponga fin al litigio (lo que no se compadecería con el principio de voluntariedad en el que se sustenta la institución), sino únicamente de haber sido informado de la existencia y ventajas de esta importante figura, así como una primera sesión exploratoria del conflicto”*, y cuando añade que *“esta obligación no afecta al derecho a la tutela judicial efectiva, pues se configura como un trámite de carácter previo”*, estamos, además de ante una **excusatio non petita** que pone a las claras que el prelegislador sabe que está creando un requisito indebido para el acceso a los tribunales, ante el reconocimiento de que se han de llevar a cabo trámites que la Ley de Mediación establece y que suponen demora.

Y es que el APL obedece, en realidad, a un fin claro (expresamente reconocido en la Exposición de Motivos), que no es otro que intentar resolver el **colapso de nuestros tribunales** acudiendo, como en cada

reforma viene siendo habitual, a medidas para evitar que los ciudadanos acudan a la Justicia. Para ello, ahora se intenta una vuelta de tuerca con la mediación, no mediante su “impulso”, sino mediante su “imposición”. Confiesa el legislador lo que pretende: “... *concebir los órganos de la Administración de Justicia como un recurso **subsidiario** para la resolución de conflicto...*”.

Lo lamentable es que el efecto ni será ese, ni debería serlo, pues es la existencia misma de un sistema judicial conformado por Jueces y Tribunales imparciales e independientes -y no el instituto de la mediación como sistema de resolución de conflictos- el que garantiza la existencia y efectividad de los derechos, en un Estado de Derecho. Relegar nuestro sistema judicial a un segundo plano en la obtención del equilibrio que una sociedad para ser justa requiere (reponiendo los derechos usurpados, reparando los vulnerados, corrigiendo los abusos, controlando los poderes, coadyuvando a proporcionar la necesaria seguridad jurídica), es obviar la función primordial de la Administración de Justicia, a la que la ciudadanía acude no caprichosamente, sino solamente cuando necesita su amparo.

Si hay retraso en la Administración de Justicia, habrá que resolverlo. No se puede renunciar al objetivo de tener una Justicia eficaz, ni puede el legislador declinar la responsabilidad de conseguirla remitiendo a las partes a encontrar solución a los conflictos por otras vías. Debe recordarse que, además, el retraso en la respuesta judicial no favorece que las partes alcancen acuerdos, sino lo contrario.

El ejercicio del derecho a la tutela judicial efectiva debe presentar los mínimos obstáculos, reduciendo las exigencias para el acceso a los tribunales a aquellas que favorezcan la efectividad del derecho que se pretende ejercitar, desechando la incorporación de requisitos procesales que la dificulten encareciendo la justicia, dilatando en el tiempo su obtención o vulnerando uno de los principales principios del procedimiento judicial: la igualdad.

Otra cosa bien distinta es que una de las partes tome la iniciativa de intentar una mediación: esto habrá de potenciarse y premiarse, pero no imponerse.

No puede terminar este apartado sin comentar otra frase de la Exposición de Motivos, cuando afirma que se trata de que *“los tribunales sólo se tengan que ocupar de aquellos conflictos que no hayan podido ser solucionados de otra forma”*. Ello, con todo respeto, significa el **desconocimiento de la labor diaria de los Abogados, que no se dedican a “fabricar” pleitos sino que verdaderamente solo llevan a los Tribunales los asuntos que no ha sido posible solucionar extrajudicialmente**. No cobran por acudir al Juzgado sino por solucionar problemas al cliente, y cuanto antes mejor. ¿O alguien piensa que al Abogado le gusta más esperar años y años que llegar a un rápido acuerdo previamente al proceso?

Los profesionales de la abogacía estamos diariamente negociando y conciliando asuntos, antes de actuar judicialmente o en el curso del procedimiento, sin necesidad de acudir necesariamente a un procedimiento de mediación u otro sistema alternativo de resolución de conflictos y, por supuesto, sin necesidad de que se imponga una o varias reuniones para intentar alcanzar un acuerdo. Por tanto, si de verdad se cree en la mediación, no se entiende que la misma se imponga como algo obligatorio.

Se ha de aspirar a que la mediación se extienda como vía de solucionar o simplificar los conflictos por su propia valía, de la que la Abogacía está plenamente convencida.

Cuando el demandante acude a los tribunales sabe perfectamente que utiliza la última herramienta de que dispone para resolver su conflicto, y si usa antes otra de las que puede hacer uso (requerimiento fehaciente, conciliación, negociación, mediación,...), ello forma parte de

su estrategia, legítima, en un conflicto cuya solución depende de muy distintas circunstancias concurrentes.

En cuanto a la cita que se hace en la Exposición de Motivos del APL de la Sentencia del TJUE de 14 de junio de 2017, *Menini*, asunto C-75/16, que afirmó que un procedimiento de mediación como requisito de admisibilidad de las acciones judiciales es posible siempre que “*tal exigencia no impida que las partes ejerzan su derecho de acceso al sistema judicial*”, permítase transcribir algunas de las palabras de esa Sentencia, que interpretan esa frase de su propio fallo (no basta leer el fallo):

“61. Por tanto, la exigencia de un procedimiento de mediación como requisito de admisibilidad de las acciones judiciales puede ser compatible con el principio de tutela judicial efectiva cuando dicho procedimiento no conduce a una decisión vinculante para las partes, **no implica un retraso sustancial a efectos del ejercicio de una acción judicial**, interrumpe la prescripción de los correspondientes derechos y **no ocasiona gastos** u ocasiona gastos escasamente significativos para las partes, y siempre y cuando la vía electrónica no constituya el único medio de acceder a ese procedimiento de conciliación y sea posible adoptar medidas provisionales en aquellos supuestos excepcionales en que la urgencia de la situación lo exija (véase, en este sentido, la sentencia de 18 de marzo de 2010, Alasini y otros, C-317/08 a C-320/08, EU:C:2010:146, apartado 67)”.

Como se ve, es justamente lo que se acaba de poner de manifiesto anteriormente lo que el TJUE dispone como contrario a la normativa de la UE: sin coste y sin demora.

El colapso existente en los órganos judiciales, los niveles de litigiosidad, la lentitud en la tramitación de los procedimientos judiciales son males que tienen muchas y variadas causas, que van desde la composición misma de nuestro ordenamiento jurídico a la de nuestra sociedad, pasando por la de la Administración de Justicia.

Estamos sometidos a una prolija y pormenorizada legislación que regula cada uno de los aspectos de nuestra vida, integrando un ordenamiento jurídico vastísimo, en que conviven normas de muy distintos ámbitos y esferas territoriales, no siempre homogéneas, pocas veces estables en el tiempo, y muchas veces ambiguas o de difícil interpretación. A la inseguridad jurídica que puede generar esa legislación se añade la provocada por las distintas interpretaciones jurisprudenciales. Y esta situación se multiplica en una sociedad democráticamente madura y, como tal, cada vez más reivindicativa. Una sociedad en la que las personas ejercen su estatus de ciudadanos, exigiendo el respeto a sus derechos en un momento en el que los desequilibrios entre las personas, entre la ciudadanía y los poderes fácticos que intentan controlarla, son notorios, crecientes e incluso alarmantes. No es de extrañar que la litigiosidad crezca. Si acaso, lo raro sería que decreciese.

Siendo esas las principales causas de los altos niveles de litigiosidad, y no siendo ninguna fácilmente corregible (ni el legislador va a dejar de legislar, ni los jueces de interpretar, ni la sociedad de reivindicar), la única forma de evitar el colapso de los órganos judiciales es organizarlos y dotarlos mucho más eficazmente para que puedan dar correcta y ágil respuesta. No se trata de limitar la entrada a los tribunales, ni de dificultarla; se trata de reforzarlos, para que puedan resolver cuantos litigios se les presenten en tiempo razonable. No es el proceso el que requiere las principales reformas, sino la Administración de Justicia.

La mediación obligatoria no es la solución al colapso de los órganos judiciales. La mediación constituye un método idóneo para resolver un determinado tipo de conflictos, existente entre un determinado tipo de personas; pretender ensanchar su espacio extendiendo su aplicación forzada a conflictos de todo tipo, incluso los de mayor enjundia jurídica (como es el caso de asuntos en materia de sucesiones), mediante su imposición como presupuesto procesal previo a la vía judicial, no hace sino desnaturalizar la propia institución y, posible y tristemente, iniciar el fin de la mediación.

Por ello, como medida de fomento de la mediación, en lugar de hacerla de obligatorio intento con carácter previo al inicio de un proceso, **bastaría con acreditar haber recibido la información suficiente y por escrito acerca de la mediación**, así como de las consecuencias procesales y jurídicas de no intentarla.

Para terminar, debe postularse como respetuosa sugerencia que, dado que uno de los grandes problemas de pendencia de nuestros tribunales se encuentra en el **orden jurisdiccional contencioso-administrativo**, se dediquen los mayores esfuerzos a conseguir instaurar **mecanismos de ADR en este ámbito, tales como la mediación o el arbitraje** en el derecho administrativo, que tan analizado ha sido por la doctrina, y que liberarían a los Juzgados y Salas de asuntos reiterativos. Habrá de hacerse con cuidado, para no incidir en lo que está ocurriendo con Tribunales Económico-Administrativos Locales, que, al establecerse en el ámbito de las propias Corporaciones y ser un requisito previo para acudir a los Tribunales y tener un año de silencio administrativo, han conseguido, en muchísimos casos, únicamente retrasar un año el acceso del ciudadano a los Tribunales, que no recibe respuesta de ellos.

2.- Sobre la mediación intrajudicial.-

En la misma línea, entendemos que la mediación intrajudicial no puede comenzarse **si las dos partes no son conformes en ello**, pues, no se olvide, se trata de intereses privados que se dirimen ante los Tribunales a los que las partes tienen derecho a acceder y a una tutela judicial efectiva, que, desde luego, no se respeta si, pese a su disenso, se las envía fuera del proceso, a una mediación, en la que se impone como obligatorio el trámite de la sesión informativa, por lo que se aplican los mismos comentarios que antes se han expuesto.

En cualquier caso, no debe dejarse de lado, si finalmente se opta por esta posibilidad de trámite, que se deben adoptar **mecanismos de control** precisos para que la derivación a la mediación no se convierta en algo “habitual” en lugar de excepcional o especial en los casos procedentes, de manera que no se convierta en un medio de “dilatar” el proceso desde el propio órgano jurisdiccional. Será fácil, en todo momento, comprobar qué Jueces y Magistrados envían a mediación “siempre todo” en sus pleitos pendientes.

3.- El derecho comparado en la mediación obligatoria en algunos casos: Italia y Argentina.-

Aunque no los menciona, quizás el APL pudiera haberse inspirado en los sistemas de mediación vigentes en Italia o Argentina, que establecen una mediación prejudicial obligatoria pura o mitigada.

Lo que más se parece al APL es la **ORDENACIÓN ITALIANA** de la mediación ⁽¹⁾, pero –hay que decirlo– se ha tomado de ella lo que ha interesado si se ha dejado lo que no, de modo que se ha desnaturalizado tanto la nuestra al incluir piezas de aquella, como aquella al omitir sus piezas esenciales, como es el caso de la **intervención preceptiva de Abogado**.

Veamos las notas esenciales de esta regulación de Italia, regulada en el Decreto Legislativo 28/2010, que, tras ser declarado parcialmente inconstitucional en 2012, fue modificado en los años 2013 y 2015:

1. En primer lugar, y como medida de fomento a la mediación, obliga a los abogados a que, en su hoja de encargo informen al cliente “de la posibilidad de valerse del procedimiento de mediación

⁽¹⁾ - [Italia \(D.lgs 04/03/2010 n. 28\)](#).

<https://www.consiglionazionaleforense.it/documents/20182/201436/D.LGS.+n.28-2010>

que se rige por este decreto y de los beneficios fiscales a los que se refieren los artículos 17 y 20” y de que el intento de mediación “es una condición de procedibilidad de la demanda judicial”.

2. El artículo 5 establece como preceptivo el intento de mediación previo a la demanda en los casos que enumera y se parecen mucho a los del APL (condominio, derechos reales, división, herencia, pactos de familia, arrendamiento, préstamo, alquiler de compañías, indemnización de daño derivado de responsabilidad médica y sanitaria y difamación por medio de la prensa o por otros medios de publicidad, seguros, contratos bancarios y financieros) pero **el APL ha omitido** esto otro que también recoge la norma italiana:

- Que ese proceso de mediación se hará “**asistido por el abogado**” .
- Que en los casos de consumidores en contratos bancarios, existe como alternativa a la mediación algo que no existe en España: “el procedimiento establecido en la aplicación del Artículo 128-bis de la Ley Consolidada de Derecho Bancario y de Crédito de conformidad con el Decreto Legislativo 1 de septiembre de 1993, n. 385, y posteriores modificaciones, para las materias reguladas en el mismo”⁽²⁾, es decir, el ***Arbitro bancario financiero***.
- Que la omisión del intento del procedimiento de mediación es **defecto subsanable**.

² FUENTE: Página WEB del **Banco Central Europeo**: “En Italia, el artículo 128 bis de la versión revisada del Decreto legislativo nº 385 de 1 de septiembre de 1993 creó el ***Arbitro bancario financiero*** (ABF u ómbudsman bancario y financiero) para conocer de las controversias surgidas con relación a servicios y operaciones bancarias y, en general, de la equidad en las relaciones entre clientes e intermediarios, inclusive por lo que respecta al crédito al consumo y los servicios de pago. La Banca d’Italia alberga la secretaría técnica del ABF y la dota de personal.

- 3.** Desde el momento de la comunicación a las otras partes, la solicitud de mediación produce sobre la prescripción los efectos de la demanda judicial, y también impide la caducidad por una sola vez, aunque si el intento falla la demanda judicial debe presentarse dentro del mismo período de caducidad a partir de la presentación del acta.
- 4.** En las disputas que requieren **habilidades técnicas específicas**, el organismo puede designar uno o más mediadores auxiliares.
- 5.** De la falta de participación sin motivo justificado en el procedimiento de mediación el juez puede inferir argumentos en el juicio posterior y condena a pagar al Estado una suma correspondiente a la tasa por el juicio.
- 6.** Y muy importante es lo que dispone el artículo 12: “1. **Cuando todas las partes de la mediación estén asistidas por un abogado**, el acuerdo que ha sido firmado por las partes y por los mismos **abogados** constituye título ejecutivo para ejecución forzosa, ejecución para entrega y liberación, ejecución de obligaciones de hacer y no hacer, así como para el registro de una hipoteca judicial (*embargo*). **Los abogados atestiguan y certifican el cumplimiento del acuerdo con las normas obligatorias y el orden público**”.
- El acuerdo mencionado en el párrafo anterior debe transcribirse completamente de conformidad con el artículo 480, párrafo segundo, del Código de Procedimiento Civil. En todos los **demás casos**, el acuerdo adjunto al acta **se aprobará, a petición de una de las partes, por decreto del Presidente del Tribunal de Justicia**, a reserva de la comprobación de la regularidad formal y del respeto de las normas imperativas y del orden público”.

7. En el sistema italiano el mediador propone un acuerdo concreto, y, por ello, el artículo 13 dispone que si no se acepta por las partes y después la Sentencia se corresponde completamente con el contenido de la propuesta (del mediador), el juez excluye del reembolso de las costas a la parte vencedora que rechazó la propuesta y condena al pago de “los gastos en que haya incurrido la parte vencedora por la indemnización pagada al mediador y por la indemnización debida al perito a que se refiere el apartado 4 del artículo 8”.

8. Muy importante también es lo que disponen los artículos 17 y 20, que establecen **beneficios fiscales** y un denominado “Crédito fiscal”, consistente en:

1. A las partes que acudan al proceso de mediación, en caso de éxito de la mediación, se reconocerá un crédito fiscal proporcional al mismo, hasta **quinientos euros**. En caso de falta de éxito de la mediación, el crédito fiscal se reduce a **la mitad**.
2. El crédito fiscal debe indicarse en la declaración de impuestos y puede utilizarse a partir de la fecha de recepción de la notificación.
3. El crédito fiscal no da lugar a reembolso y no contribuye a la formación de ingresos para los fines del impuesto sobre la renta, etc.

Veamos ahora lo esencial de la **ORDENACIÓN ARGENTINA** ⁽³⁾ regulada en la Ley 26.589 que establece con carácter obligatorio la mediación previa a procesos judiciales, sancionada en 15 de abril de 2010 y promulgada en fecha 3 de mayo de 2010, lo que se hace transcribiendo sus más relevantes preceptos:

⁽³⁾ **Argentina** (Ley 26.589 <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/165000-169999/166999/norma.htm>).

ARTÍCULO 2º.- Requisito de admisión de la demanda. Al promoverse demanda judicial deberá acompañarse acta expedida y firmada por el mediador interviniente.

ARTÍCULO 4º.- Controversias comprendidas dentro del procedimiento de mediación prejudicial obligatoria. Quedan comprendidas dentro del procedimiento de mediación prejudicial obligatoria **todo tipo de controversias, excepto las previstas en el artículo 5º** de la presente ley ⁽⁴⁾.

ARTÍCULO 10.- Actuación del mediador con profesionales asistentes. Los mediadores podrán actuar, previo consentimiento de la totalidad de las partes, en **colaboración con profesionales formados en disciplinas afines con el conflicto que sea materia de la mediación**, y cuyas especialidades se establecerán por vía reglamentaria. Estos profesionales actuarán en calidad de asistentes, bajo la dirección y responsabilidad del mediador interviniente, y estarán sujetos a las disposiciones de la presente ley y su reglamentación.

⁽⁴⁾ **ARTÍCULO 5º - Controversias excluidas del procedimiento de mediación prejudicial obligatoria.** El procedimiento de mediación prejudicial obligatoria no será aplicable en los siguientes casos:

- a) Acciones **penales**;
- b) Acciones de **separación personal y divorcio**, nulidad de matrimonio, filiación, patria potestad y adopción, con excepción de las cuestiones patrimoniales derivadas de éstas. El juez deberá dividir los procesos, derivando la parte patrimonial al mediador;
- c) Causas en que el **Estado** nacional, las provincias, los municipios o la Ciudad Autónoma de Buenos Aires o sus entidades descentralizadas sean parte, salvo en el caso que medie autorización expresa y no se trate de ninguno de los supuestos a que se refiere el artículo 841 del Código Civil;
- d) Procesos de inhabilitación, de declaración de **incapacidad** y de rehabilitación;
- e) **Amparos**, hábeas corpus, hábeas data e **interdictos**;
- f) Medidas **cautelares**;
- g) Diligencias **preliminares** y prueba anticipada;
- h) Juicios **sucesorios**;
- i) **Concursos** preventivos y quiebras;
- j) Convocatoria a **asamblea de copropietarios** prevista por el artículo 10 de la ley 13.512;
- k) Conflictos de competencia de la justicia del trabajo;
- l) Procesos **voluntarios**.
- m) Controversias que versen sobre conflictos en las relaciones de **consumo**, que queden alcanzadas por el Servicio de Conciliación Previa en las Relaciones de Consumo.

ARTÍCULO 11.- Requisitos para ser mediador. Los mediadores deberán reunir los siguientes requisitos:

- a) **Título de abogado con tres (3) años de antigüedad en la matrícula;**
- b) Acreditar la **capacitación** que exija la reglamentación;
- c) Aprobar un **examen** de idoneidad;
- d) Contar con **inscripción** vigente en el Registro Nacional de Mediación;
- e) Cumplir con las demás exigencias que se establezcan reglamentariamente.

ARTÍCULO 18.- Prescripción y caducidad. La mediación suspende el plazo de prescripción y de la caducidad en los siguientes casos:

- a) En la mediación por acuerdo de partes, desde la fecha de imposición del medio fehaciente de notificación de la primera audiencia al requerido, o desde la celebración de la misma, lo que ocurra primero;
- b) En la mediación por sorteo, desde la fecha de adjudicación del mediador por la autoridad judicial;
- c) En la mediación a propuesta del requirente, desde la fecha de imposición del medio fehaciente de notificación de la primera audiencia al requerido, o desde la celebración de la misma, lo que ocurra primero.

En los dos primeros supuestos, la suspensión opera contra todas las partes. En el caso del inciso c), únicamente contra aquél a quien se dirige la notificación.

En todos los casos, el plazo de prescripción y de caducidad se reanuda a partir de los veinte (20) días contados desde el momento que el acta de cierre del procedimiento de mediación prejudicial obligatoria se encuentre a disposición de las partes.

ARTÍCULO 19.- Comparecencia personal y representación. Las partes deberán comparecer personalmente y no podrán hacerlo por apoderado, exceptuándose a las personas jurídicas y a las domiciliadas a más de ciento cincuenta (150) kilómetros de la ciudad en la que se celebren las audiencias. El apoderado deberá contar con facultad de acordar transacciones. Quedan eximidos de comparecer personalmente quienes se encuentren autorizados a prestar declaración por oficio, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 407 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación. **La asistencia letrada es obligatoria.** Se tendrá por no comparecida a la parte que concurriere a las audiencias sin asistencia letrada, salvo que las partes acordaren la determinación de una nueva fecha para subsanar la falta.

ARTÍCULO 26.- Conclusión con acuerdo. Cuando durante el procedimiento de mediación prejudicial obligatoria se arribara al acuerdo de las partes, se labrará acta en la que constarán sus términos. El acta deberá ser firmada por el mediador, las partes, los terceros si los hubiere, los **letrados intervinientes**, y los profesionales asistentes si hubieran intervenido.

Cuando en el procedimiento de mediación estuvieren involucrados intereses de incapaces y se arribare a un acuerdo, éste deberá ser posteriormente sometido a la **homologación judicial**.

En el supuesto de llegar a la instancia de ejecución, el juez podrá aplicar, a pedido de parte, la multa establecida en el artículo 45 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación.

ARTÍCULO 28.- Conclusión de la mediación por incomparecencia de las partes. Si el proceso de mediación concluye por incomparecencia injustificada de alguna de las partes o por imposibilidad de notificación, se labrará acta suscripta por todos los comparecientes donde se hará constar el resultado del procedimiento. El reclamante queda habilitado para iniciar el proceso judicial, a cuyo fin acompañará su ejemplar del acta con los recaudos establecidos en la presente ley. La **parte incompareciente deberá abonar una multa** cuyo monto será equivalente a un cinco por ciento (5%) **del sueldo básico de un juez** nacional de primera instancia y cuya modalidad de percepción se establecerá por vía reglamentaria.

ARTÍCULO 35.- Honorarios del mediador y de los profesionales asistentes. La intervención del mediador y de los profesionales asistentes se presume onerosa. El mediador percibirá por su desempeño en la mediación, un **honorario** básico cuyo monto y condiciones de pago **se establecerán reglamentariamente por el Poder Ejecutivo nacional**.

Como se ve, aunque es cierto que se establece en esos dos sistemas -italiano y argentino- la preceptividad del intento de mediación previa a la demanda judicial, lo que se pretende en el APL es enteramente distinto, pues no se tiene en cuenta que, de esos dos sistemas comparados, en **Argentina el Mediador debe ser Abogado** y el acta de mediación (deberá adjuntarse cuando se promueva la demanda) con-

tendrá la firma de los Abogados de ambas partes, y en **Italia** la **asistencia de Abogado es preceptiva**, como es lógico, ya que estamos en un caso que se iba a someter a los tribunales de justicia, y esto es solo un paso previo.

Muy probablemente, el hecho de que en esos países haya más mediaciones que en España sea consecuencia precisamente de que los Abogados están implicados en la mediación, bien como mediadores, bien como intervinientes necesarios.

En cualquier caso, se insiste, en el APL se ha tomado parte de esos sistemas comparados, pero se han desechado piezas relevantes.

4.- El verdadero impulso a la mediación: incentivos y mecanismos para fomentarla.-

Llama la atención -ha de hacerse especial hincapié- que el texto **no fomenta la mediación en sí misma** para los conflictos no vinculados a procesos judiciales, sino que de forma especial trata de regular una mediación a intentar con carácter previo al ejercicio de las acciones judiciales, o por derivación del tribunal.

Sin embargo, parece más adecuado que, si se desea fomentar la mediación, se haga de forma asertiva y proactiva, **incentivando** su uso, por ejemplo por una más sencilla gestión, beneficios fiscales, etc. pero no mediante la instauración de barreras o complicaciones en el acceso a los tribunales.

Ejemplos de esos mecanismos incentivos son algunos de los que se recogen en otro sentido en el propio APL (repercusión en las **costas**), o **beneficios fiscales** como los de la regulación Italiana de la Mediación, o el previsto en el artículo 233.7 de la Ley 25/2010 de 29 de julio, del

libro segundo del Código Civil de Cataluña, relativo a la persona y la familia, que permite **retrotraer los efectos** de la resolución judicial que modifica las medidas en procesos matrimoniales a la fecha de inicio del proceso de mediación si se ha intentado llegar a un acuerdo a través de este procedimiento.

Así también podría establecerse que la **parte que invite** a la otra parte de una relación a llevar a cabo una mediación previa al proceso vería **bonificado el pago de las tasas judiciales** si le son de aplicación; o vería que si esa invitación es rechazada tendría alguna ventaja relativa a las costas, tal como que **se reduzca en la tasación de costas a que sea condenada un porcentaje** que se establezca, porcentaje que iría a cargo de la otra parte si hubiere sido invitada a llevar a cabo una mediación y lo rechazase.

Por supuesto, el mayor incentivo, que también se echa en falta en el APL es la dotación de una partida presupuestaria específica y suficiente para el impulso de la mediación y la necesaria asistencia letrada que debe acompañar al ciudadano durante todo el proceso de mediación.

5.- Análisis concreto del articulado del APL.-

Además de todo lo anterior, se hacen algunas otras relativas al texto del APL:

A. Artículo primero. Modificación de la Ley 1/1996, de 10 de enero, de asistencia jurídica gratuita: Nuevo número 11 al artículo 6.

Nada que indicar al respecto, salvo que si prosperase el APL ésta sería, desde luego, una pieza imprescindible.

Se trata de una modificación muy encomiable pero insuficiente, ya que debe de ir dotada de la correspondiente partida presupuestaria y de la modificación del baremo de indemnizaciones.

Hay quien ha estimado que los asuntos en que ha de intentarse preceptivamente la mediación como requisito de procedibilidad pueden rondar los 350.000 al año; sólo con un coste mínimo de 50 euros por el intento se estaría hablando de 17,5 millones de euros.

B. Artículo segundo. Modificación de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil.

Uno. Artículo 32.5,-

a).- En primer lugar el APL prevé que, a los efectos de condena en costas, se considere temeridad la conducta de quien es vencido en juicio y, siendo demandado en relación con un acto de consumo, no hubiera dado respuesta motivada en el plazo de **sesenta días** al consumidor que le hubiera dirigido reclamación previa al proceso que esté suficientemente acreditada.- Esto **no guarda relación con la mediación**, por lo que no se discute. No obstante, **se sugiere sustituir el plazo de 60 días por el de 2 meses, pues los plazos por días son mucho más complejos de computar** y dan lugar a discusiones y dudas.

b).- Además se incorpora un nuevo supuesto: que la parte no haya acudido a un intento de mediación sin causa justa. **Esto nos parece razonable y correcto como mecanismo que prime o incentive la mediación**: si alguien recibe un intento de mediación y lo rechaza, debe jugar, como en el régimen de la conciliación, como prueba de temeridad, en principio. Ello ayudaría, sin duda, a respetar la mediación y a valorarla como una ventaja o medio de conseguirla. Esto no es lo mismo que hacer que la mediación sea obligatoria.

Dos. Nueva redacción al artículo 266.-

En ese proyectado artículo, se exige que con la demanda se presente *“La certificación o copia simple del acta levantada por el mediador en la que necesariamente se hará constar... las circunstancias en que tuvo lugar la convocatoria de las partes interesadas o, en su caso, la falta de justificación a la inasistencia de las partes, en los casos en que ésta deba ser preceptivamente intentada con carácter previo a la presentación de la demanda”*.

Esto es una correcta consecuencia técnica de la decisión de obligatoriedad de la mediación, que, como se viene diciendo, **se rechaza** y, por tanto, debe desaparecer con ella.

Tres. Apartado 4 del artículo 283.-

Se recoge en este artículo una acertada mención –ajena a la obligatoriedad de la mediación-, al recoger que los documentos propios de un procedimiento de mediación están sujetos a confidencialidad y no podrán constituir fuentes de prueba.

Cuatro. Apartado 1 del artículo 394.-

Se pretende establecer que *«no habrá pronunciamiento de costas a favor de aquella parte que no hubiere acudido, sin causa que lo justifique, a un intento de mediación cuando fuera legalmente preceptivo o así lo hubiera acordado el tribunal durante el proceso»*.

Esta medida podría ser más adecuada si se estableciese que la condena en costas podría reducirse en un porcentaje o en su totalidad en los casos en que **una parte que sea invitada por la otra parte de una relación a llevar a cabo una mediación previa al proceso no acudiese o la rechazase sin justificación**.

De igual modo podría establecerse **alguna otra ventaja a favor de la parte que hubiera tenido la iniciativa de la mediación.**

Pero siempre desapareciendo los casos de **obligatoriedad** pre o intraprocesales.

Cinco. Nuevo Capítulo IX al Título I del Libro II de la LEC.-

Al respecto de esa “**mediación intrajudicial**”, baste reiterar lo antes indicado al respecto del exquisito cuidado de que esto no se convierta en “un trámite más”, sino que haya unos requisitos exigentes, uno de los cuales ha de ser el que no se lleve a cabo **cuando las dos partes rechazan la mediación expresamente.** No se olvide también que los tribunales cuentan con mecanismos de transacción intraprocesal.

Por la misma razón, nos parece adecuada la medida de que la derivación no suspenda el curso del proceso, salvo mutuo acuerdo de las partes (proyectado artículo 398 bis), pues así no supondría una demora contra la voluntad de las partes.

También se sugiere que **el mediador pueda ser designado de mutuo acuerdo por las partes**, y sólo subsidiariamente por el Tribunal.

En cuanto a la mediación en segunda instancia, se reiteran los mismos argumentos.

Seis. 2º párrafo del apartado 3 del artículo 399.-

Esto es una simple consecuencia técnica de la decisión de obligatoriedad de la mediación, que, como se viene diciendo, **se rechaza** y, por tanto, debe desaparecer con ella. No obstante, si se mantiene, debería incluirse un recuerdo de la **confidencialidad** de la mediación.

Siete. Apartado 2 del artículo 403.-

Esto es consecuencia técnica de la decisión de obligatoriedad de la mediación, que, como se viene diciendo, **se rechaza** y, por tanto, debe desaparecer con ella.

En cualquier caso, por **mejora técnica**, se debería pasar a singular la redacción dada en el APL (“...o no se hayan intentado mediaciones, conciliaciones o efectuado requerimientos (...),” pues lo que se ha querido decir es que no concurra intento de “mediación, conciliación o efectuado requerimiento”).

Ocho. Apartado 1 del artículo 443.-

Se recoge en este precepto que “*el tribunal podrá ordenar la derivación de la controversia a un procedimiento de mediación*”, por lo que se da aquí por reproducido cuando se viene oponiendo en contra de esta proyectada norma.

Nueve. Nuevo párrafo tercero al apartado 2 del artículo 539.-

En este precepto se proyecta privar de condena en costas a su favor al litigante que “*no hubiere acudido, sin causa que lo justifique, a un intento de mediación cuando fuera legalmente preceptivo o así lo hubiera acordado el tribunal durante el proceso.*»

Pues bien, la norma sería aceptable si **se refiriera en general a cualquier mediación** y no sólo a las de intento obligatorio, es decir, que no recogiese la mención a “*cuando fuera legalmente preceptivo o así lo hubiera acordado el tribunal durante el proceso*”, pues realmente la parte que desoye un intento de mediación debe recibir alguna consecuencia. También habría que añadir que la privación puede ser de **todo o parte de las costas**.

Diez. Se modifica el artículo 722, Once. Se modifica el artículo 724 y Doce. Nuevo párrafo tercero del apartado 2 del artículo 730.-

Parece adecuada la redacción pretendida en el APL, relativa a medidas cautelares en relación a mediación y arbitraje.

Trece. Regla 1ª del artículo 770.-

Al limitarse a exigir como novedad que con la demanda se presente la documentación acreditativa del intento de mediación en los casos en que éste sea preceptiva, se trata de una consecuencia técnica de la decisión de obligatoriedad de la mediación, que, como se viene diciendo, **se rechaza** y, por tanto, debe desaparecer con ella.

Catorce. Artículo 776.2.-

Se trata de un nuevo caso de derivación por el Tribunal a la mediación, por lo que se reitera cuando se viene exponiendo en oposición a tal posibilidad.

Artículo tercero. Modificación de la Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles.

Uno. Artículo 4.-

En relación a la caducidad y la prescripción, el legislador puede disponer que con la solicitud de inicio de la mediación el plazo de la caducidad se suspenda y continúe luego computándose, digamos reanudando el cómputo descontando los días de suspensión. Por el contrario, y en base a su naturaleza y regulación común, consideramos que el efecto en cuanto a la prescripción debe ser su **interrupción** y que, por tanto, comience de nuevo a computar íntegramente su plazo.

También debe aclararse la fecha de interrupción, pues debe considerarse irrelevante la fecha en que el mediador reciba la comunicación, cuando lo importante es el momento en que el titular de la acción lleva a cabo el acto interruptivo.

Se propone quede así este artículo del APL:

*«1. La solicitud de inicio de la mediación conforme al artículo 16 **interrumpirá la prescripción** y suspenderá **el plazo de caducidad de acciones desde la fecha en que conste la remisión de dicha solicitud al mediador**, o el depósito ante la institución de mediación en su caso.*

*2. Si en el plazo de **un mes** no se firmara el acta de la sesión constitutiva prevista en el artículo 19, se reanudará el cómputo del plazo de caducidad y **los plazos para la prescripción volverán a computarse.***

3. SUPRIMIDO.

*4. La suspensión **del plazo de caducidad y los efectos de la interrupción de la prescripción** se prolongarán hasta la fecha de la firma del acuerdo de mediación o, en su defecto, la firma del acta final, o cuando se produzca la terminación de la mediación por alguna de las causas previstas en esta ley.»*

Dos. Artículo 6.-

En primer lugar, el APL debería modificarse en el sentido de que lo exigido sea únicamente la **sesión informativa**, sesión no incluida en el proceso de Mediación en sí mismo, **excluyendo en todo caso la sesión exploratoria** ya que esta sesión sí forma parte del proceso de mediación. Así lo establece también la legislación italiana.

En efecto, debe eliminarse cualquier referencia a la **sesión exploratoria** del conflicto, entre otras razones, porque puede que las partes no deseen exteriorizar su estrategia de resolución, ni publicitar la cuestión que mantienen en concreto, siendo así que tal sesión exploratoria no solamente afecta a quien desea demandar, sino también a quien posiblemente sea demandado.

En segundo lugar, no se puede hacer intento alguno sin asesoramiento jurídico, pues si este intento de mediación lo es en evitación de un proceso judicial y en todo caso tendría consecuencias jurídicas, las partes han de contar necesariamente con el debido asesoramiento jurídico.

En consecuencia, se propone **se elimine el concepto de sesión exploratoria** del APL.

Por esta razón se propone la siguiente redacción en cuanto a este artículo 6 del APL:

*«1. La mediación es voluntaria. No obstante, los interesados estarán obligados a **intentar, siempre con asistencia letrada, las mediaciones reguladas en esta ley** con carácter previo al inicio de un proceso declarativo en los siguientes casos:....*

*A los efectos de esta ley y la legislación procesal, se entenderá por intento de mediación, al menos, la celebración ante el mediador de una **sesión informativa** dentro de los seis meses anteriores a la presentación de la demanda. A dicha sesión habrán de asistir las partes **con sus respectivos abogados**, personalmente si se trata de personas físicas, y el representante legal o persona con poder para transigir, si se trata de personas jurídicas».*

Se comentan ahora los **casos de mediación obligatoria previa al inicio de un proceso**, siguiendo su propio orden en el APL:

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. Como excepción, no será obligatorio el intento de mediación en el ca-

so de que hubiera sido instruido con carácter previo un procedimiento por un delito relacionado con la violencia de género”.

El precepto limita el caso a las “*medidas*”, por lo que a ello se limitaría la mediación, como no puede ser de otro modo, por afectar el resto al estado civil de las personas.

El primer problema es que no distingue las medidas provisionales, de modo que las trata como si fueren susceptibles de cualquier demora, cuando no es así. En los procesos de familia suele ser necesario adoptar medidas sobre menores (custodia, régimen de comunicación, pensiones,...), cuya dilación perjudicará, en primer término, a los menores, por lo que no es comprensible que con carácter previo a unas medidas provisionales se exija pasar por un procedimiento de mediación, retrasando injustificadamente su urgente adopción.

En materia de familia se denota el altísimo porcentaje de éxito alcanzado en las negociaciones llevadas a cabo por abogados y abogadas. Tal información resulta del número de procedimientos de mutuo acuerdo tramitados ante los Juzgados y Notarías y el porcentaje que representan dentro del volumen global de procedimientos matrimoniales.

Además, el precepto no tiene en cuenta que en muchas ocasiones se trata de cuestiones indisponibles y que interviene el Ministerio Fiscal, de modo que es un caso paradigmático de mediación voluntaria, donde las partes acuden a ella para limar sus diferencias, y presentar luego un mutuo acuerdo al Juzgado, por lo que no puede ser obligatorio.

Por otra parte, imponer la mediación en estos supuestos con la sola excepción de aquellos en que exista un procedimiento penal por delito relacionada con violencia de género, implica desconocer que la situación de igualdad que requiere el procedimiento de mediación para resultar medio adecuado para resolver un conflicto no siempre se da entre cónyuges o progenitores, cuyas relaciones no suelen ser de abso-

luto equilibrio, por más que la desigualdad entre ellas existente, o el predominio de una figura sobre la otra, no haya provocado la incoación de un procedimiento penal.

b) Responsabilidad por negligencia profesional.-

El precepto no tiene en cuenta que, en la inmensa mayoría de los casos, se trata de asuntos en que interviene una compañía de seguros, de modo que no se tiene en cuenta si la mediación habría de ser tripartita, si se habría de entender con el profesional pretendidamente responsable, con la compañía aseguradora, etc., sin lo cual la mediación sería inútil. La mediación presupone la igualdad entre las partes (art. 7 de la Ley), igualdad que no puede darse respecto de una compañía de seguros.

c) Sucesiones.

Es excesivamente amplio este concepto, y puede comprender casos indisponibles como los de interesados menores o incapacitados, la sucesión de las Administraciones Públicas (ajena hoy al proceso civil), y otros muchos diversos. ¿Se trata de particiones también?

Ha de tenerse en cuenta que, por regla general, los asuntos de sucesiones requieren de un plazo superior a tres meses para ser resueltos, incluso en los supuestos en que no exista conflicto alguno entre las partes. Únicamente la negociación que no esté sometida a la presión de un plazo difícil de cumplir puede facilitar la solución amistosa en este tipo de asuntos.

d) División judicial de patrimonios.

El CGAE viene postulando hace años que se incluya en la LEC un procedimiento especial y breve para estos casos. Jamás se ha atendido.

Por lo demás, sirve lo mismo que en el apartado anterior se ha dicho.

e) Conflictos entre socios y/o con los órganos de administración de las sociedades mercantiles.

Cuestión también complicada para la mediación, pero únicamente viable siempre que los interesados consientan en ello. Son asuntos muy técnicos generalmente y si no han querido acudir a la mediación, no querrán tampoco ahora y será inútil el trámite.

f) Reclamaciones en materia de responsabilidad extracontractual que no traigan causa de un hecho de la circulación.

De nuevo el precepto no tiene en cuenta que en casi todos los casos intervendrá una compañía de seguros, de modo que no queda claro si la mediación ha de ser tripartita, si se ha de entender con el profesional pretendidamente responsable, con la compañía aseguradora, etc., sin lo cual la mediación sería inútil.

g) Alimentos entre parientes.

Vale lo antes dicho a propósito de la intervención de menores.

h) Propiedad horizontal y comunidades de bienes.

En los asuntos de propiedad horizontal, si se trata de impago de cuotas, especialmente los que pueden tramitarse por procedimiento monitorio, no es de recibo obligar a la Comunidad de Propietarios a iniciar un procedimiento de mediación, teniendo en cuenta incluso que el procedimiento monitorio se inicia con un requerimiento de pago legalmente previsto (el APL no excluye el monitorio en este ámbito de la propiedad horizontal). Sería premiar al deudor con una demora.

En los casos de impugnación de acuerdos, se ha de valorar el alto contenido jurídico de los asuntos, y especialmente se ha de tener en cuenta que la Ley de Propiedad Horizontal exige determinados requisitos para poder impugnar (postura adoptada en la Junta, estar al corriente de pagos, etc.), que deben exigirse también para acudir al intento de mediación, pues de lo contrario sería fuente de claros abusos.

i) Derechos reales sobre cosa ajena.

Estas cuestiones son también complicadas para mediación. Son asuntos muy técnicos jurídicamente y será muy difícil resolver una servidumbre en mediación, si las partes antes ya no han alcanzado un acuerdo.

j) Contratos de distribución, agencia, franquicia, suministro de bienes y servicios siempre que hayan sido objeto de negociación individual.

Se trata de discusiones entre empresarios, y cuesta pensar que sea necesaria una mediación obligatoria de quienes saben perfectamente su derecho y su postura.

k) Reclamaciones de cantidad inferiores a 2.000 euros entre personas físicas cuando no traigan causa de un acto de consumo.

En esta ocasión es tal el número de asuntos que pueden incluirse en este apartado que basta decir que con la cuantía señalada se instituye un nuevo **obstáculo al acceso a los Tribunales**, pues posiblemente en muchos casos no merezca al ciudadano el pago de gastos de la mediación para poder reclamar lo que considera legítimo, como también lo estimó el legislador cuando excluyó estos casos de la intervención preceptiva de abogado y procurador (5).

l) Defectos constructivos derivados de un contrato de arrendamiento de obra.

De nuevo el precepto no tiene en cuenta que, en casi todos los casos intervendrán varios codemandados y compañías de seguros, de modo que la mediación sería pluripartita, sin que se disponga si se ha de entender con los pretendidamente responsables, con las compañías aseguradoras, etc., sin lo cual la mediación sería inútil.

(5) LEC: **Artículo 23. Intervención de procurador**, y **Artículo 31. Intervención de abogado**: Excluye de ambas intervenciones “1.º En los juicios verbales cuya determinación se haya efectuado por razón de la cuantía y ésta no exceda de **2.000 euros**, y para la petición inicial de los procedimientos monitorios, conforme a lo previsto en esta Ley”.

m) Protección de los derechos al honor, intimidad o la propia imagen.

Someter a mediación con carácter general las vulneraciones de estos derechos fundamentales no parece lo más adecuado, especialmente cuando se trata en muchas ocasiones de asuntos que no gustan de ser aireados.

n) Procesos arrendaticios que hayan de ventilarse por los cauces del juicio ordinario.

De nuevo en cuanto a estos asuntos se ha de indicar que suelen estar muy discutidos entre las partes y muy técnicos. También es necesario tener en cuenta los requisitos legales para accionar y recurrir en el sentido de estar al corriente del pago de rentas, etc.

Tres. Nuevo apartado 4 al artículo 11.-

Debe desaparecer este proyectado artículo junto con todo el entramado de la mediación obligatoria.

Pero, en la hipótesis de que así no fuese, con todo respeto a las demás profesiones que intervienen en la mediación, se postula que en estos casos concretos **ha de ser el Mediador un Abogado.**

Piénsese que los Mediadores, que cuentan con un título oficial universitario o de formación profesional superior, además de la formación específica para ejercer la mediación, no tienen por qué saber de las consecuencias jurídicas que se derivan, p.ej. de carácter obligacional o fiscal, y que, por ello, la persona mediadora asume la grave obligación y responsabilidad de que las personas acogidas a mediación cuenten de forma inexcusable, con el suficiente asesoramiento para decidir sobre lo que a ellos les afecta, a no ser que renuncien a ello formalmente y con las pertinentes garantías y advertencias.

Y ello máxime cuando lo que las partes puedan acordar o decir en el proceso de mediación, tendrá consecuencias irreversibles; es sabido, que para los acuerdos adoptados en este método de resolución de conflictos sólo cabe la declaración de nulidad, y nunca ningún tipo de recurso de revisión o modificación.

Como es lógico, y por el porcentaje de acuerdos alcanzados de los gestionados en mediación, el resultado contractual plasmado en el acta final, tiene consecuencias y debe ajustarse muchas veces a los moldes e instituciones jurídicas existentes o por configurarse, y ello porque la mediación adquiere su espacio y sostenimiento en el Estado de Derecho, que es quien a la postre ampara el valor de los intereses de las partes y reconoce su capacidad para gestionar los mismos en un régimen de libertad y autonomía personal.

Si no se hiciere así, al menos la Ley deberá establecer la **necesidad de que el acuerdo esté suscrito por Abogados, que asesoren en el procedimiento de mediación a las partes**, que, por tanto, deberán estar en todos los casos asistidas de sus respectivos Abogados.

La asistencia Letrada en el procedimiento de mediación, como requisito imprescindible, es una de las dimensiones del derecho a la tutela judicial efectiva reconocido en nuestra Constitución (art 24.2). Este principio constitucional debe estar reflejado como garantía ante la resolución del cualquier litigio sea procesal o por otro medio de resolución del mismo.

La asistencia Letrada en el procedimiento de mediación se debe constituir por el Legislador como una necesidad garantista para el verdadero impulso de la mediación, obteniendo de esta forma una mediación de calidad. El consentimiento informado por Letrado durante la mediación no debe ser solo sobre la sesión de información sino sobre

las garantías y derechos que protegen al ciudadano. El Abogado es garantía jurídica de cualquier proceso.

Durante la tramitación de la Ley 5/2012, de Mediación, el CGAE insistió mucho en la necesidad de asegurar que las partes tuviesen en todo momento asesoramiento jurídico. Así, se expuso en las alegaciones al Proyecto de Ley que:

“el hecho de que en la mediación la solución a la controversia se busque mediante un acuerdo entre las partes interesadas, no significa que éstas no deban contar con una información exacta de cuál es su situación jurídica, sus derechos y sus obligaciones, los ámbitos de incertidumbre que afectan a los mismos y la entidad de las cesiones que hipotéticamente puedan conceder a efectos de llegar a un acuerdo. Solo con este conocimiento las partes podrán llegar a un acuerdo justo y que ninguna de ellas pueda, posteriormente, llegar al convencimiento de que el acuerdo es perjudicial para su posición”.

Sabido es que el asesoramiento jurídico forma parte de la actividad profesional de los Abogados, de conformidad con lo establecido en el artículo 542.3 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, y la Ley 5/2012 señala en su artículo 13.1 que *“El mediador facilitará la comunicación entre las partes y velará porque dispongan de la información y el asesoramiento suficientes”*.

En este sentido, debe aprovecharse el APL de impulso de la mediación, para modificar el **artículo 13** de la Ley de Mediación en asuntos Civiles y Mercantiles que al referirse a la actuación del mediador en su ordinal primero debe de decir lo siguiente:

“1.- El mediador facilitará la comunicación entre las partes y velará porque dispongan de la información y asesoramiento suficientes, en especial, el asesoramiento jurídico. Asimismo, el mediador informará a las partes de la necesidad de la intervención de un abogado o abogada de libre designación para redactar el convenio o el documento jurídico adecuado, sobre la base del resultado de la mediación. En los casos en que sea procedente, el abogado será el que se designe por los

trámites de la Ley de Asistencia Jurídica Gratuita, a solicitud de las personas interesadas”.

En el acuerdo de mediación deben intervenir Abogados de las partes, a fin de asegurar en la medida de lo posible que su contenido es correcto desde el punto de vista jurídico y que el acuerdo alcanzado y reflejado en el documento es válido en Derecho.

Solo las defensas ejercidas por profesionales de la abogacía pueden proporcionar a las partes la información jurídica que necesitan para resolver su conflicto mediante acuerdos adecuados a derecho y con posibilidad de cumplimiento y ejecución. Y solamente quedará preservada la garantía de igualdad en el proceso, si ambas cuentan con asistencia jurídica.

Y es que la complejidad del actual sistema normativo hace aconsejable un asesoramiento jurídico sobre aspectos más concretos del conflicto sometido a mediación y sobre el contenido de la legislación aplicable al caso. Imaginemos una mediación sobre un tema complejo de sucesiones o un derecho real de los poco frecuentes ¿Se puede mediar en estos casos sin conocer las instituciones jurídicas o sin el asesoramiento en esas cuestiones?

Se trata de asuntos jurídicos muy técnicos en que el Mediador ha de estar dotado de conocimientos de derecho que le posibiliten acercar posturas entre las partes, so pena de hacer de la mediación un mero acercamiento amistoso carente de contenido jurídico, pese a que ha sido ese contenido el que precisamente ha motivado el APL.

En la hoja de encargo abogado/cliente en estos asuntos deberá constar por escrito que hemos informado al cliente de la existencia de la mediación.

Cuatro. Nueva letra c) al apartado 1 y nuevo apartado 4 del artículo 16, Cinco. Nueva redacción del artículo 17, Seis. Artículo 20 y Siete. Nuevo párrafo al apartado 3 del artículo 22.-

Esto son consecuencias técnicas de la decisión de obligatoriedad de la mediación, que, como se viene diciendo, **se rechaza** y, por tanto, deben desaparecer con ella.

Si no se admite así, se propone en el **segundo párrafo del artículo 17** de la Ley de Mediación, cuando habla de que el mediador habrá de informar con claridad y precisión, se añada “***y por escrito***”.

Del mismo modo, el **artículo 22, apartado 3** debe quedar redactado así:

*“3. El acta final determinará la conclusión del procedimiento y, en su caso, **los letrados de las partes** reflejarán los acuerdos alcanzados de forma clara y comprensible, o su finalización por cualquier otra causa.*

*El acta deberá ir firmada por todas las partes, **por sus letrados** y por el mediador o mediadores y se entregará un ejemplar original a cada una de ellas. En caso de que alguna de las partes no quisiera firmar el acta, el mediador hará constar en la misma esta circunstancia, entregando un ejemplar a las partes que lo deseen”.*

En la misma línea, el **artículo 23, apartado 2** debe quedar redactado así:

*“2. El acuerdo de mediación deberá firmarse por las partes o sus representantes **y sus letrados**”.*

Ocho. Supresión del apartado 2 de la disposición adicional segunda, Nueve. Párrafo primero del apartado 2 de la disposición final octava, Disposiciones adicionales 1ª, 2ª, 3ª, Transitoria y Final.-

Nada que comentar.

4.- Otras propuestas en relación a la mediación y la LEC.-

Se aprovecha esta oportunidad para reiterar al Ministerio la necesidad de **corregir algunos errores** existentes en la LEC en la redacción dada precisamente por la Ley de Mediación.

En ella se dio (Disposición Final 3ª) nueva redacción a los siguientes artículos de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, entre otros:

- **«Artículo 39. *Apreciación de la falta de competencia internacional o de jurisdicción a instancia de parte.***
El demandado podrá denunciar mediante declinatoria la falta de competencia internacional o la falta de jurisdicción por pertenecer el asunto a otro orden jurisdiccional o por haberse sometido a arbitraje **o mediación** la controversia.»
- **Párrafo primero del apartado 1 del artículo 63:**
«1. Mediante la declinatoria, el demandado y los que puedan ser parte legítima en el juicio promovido podrán denunciar la falta de jurisdicción del tribunal ante el que se ha interpuesto la demanda, por corresponder el conocimiento de ésta a tribunales extranjeros, a órganos de otro orden jurisdiccional, a árbitros **o a mediadores**...»
- **Párrafo segundo del apartado 2 del artículo 65:**
«Del mismo modo procederá el tribunal si estimase la declinatoria fundada en haberse sometido el asunto a arbitraje **o a mediación**.»
- **«Artículo 66. *Recursos en materia de competencia internacional, jurisdicción, sumisión a arbitraje o mediación y competencia objetiva.***
1. Contra el auto absteniéndose de conocer por falta de competencia internacional, por pertenecer el asunto a tribunal de otro orden jurisdiccional, por haberse sometido el asunto a arbitraje **o a mediación** o por falta de competencia objetiva, cabrá recurso de apelación.
2. Contra el auto por el que se rechace la falta de competencia internacional, de jurisdicción o de competencia objetiva, sólo cabrá recurso de reposición, sin perjuicio de alegar la falta de esos presupuestos procesales en la apelación contra la sentencia definitiva.
Lo dispuesto en el párrafo anterior será también de aplicación cuando el auto rechace la sumisión del asunto a arbitraje **o a mediación**.»

Se propone mantener la redacción de esos artículos anterior a la modificación efectuada por la Ley de Mediación, y ello por entender que se parte de una premisa errónea, pues **la mediación no es excluyente de la potestad jurisdiccional.**

En efecto, la declinatoria no es medio procesal adecuado en relación con la figura de la mediación, pues, existiendo entre las partes en conflicto sometimiento a la mediación, **el proceso judicial iniciado se suspenderá, pero no se sobreseerá ni archivará.**

Todas esas redacciones de la actual Ley son consecuencia de haber equiparado erróneamente a todos los efectos la mediación con el arbitraje, cuando se trata de figuras bien diferentes.

Por tanto se propone la supresión de las menciones a la mediación en los referidos artículos de la LEC, dejando solamente la posibilidad de suspensión para la mediación que las partes soliciten.