

Mediación intrajudicial o por derivación judicial. Novedades introducidas por el Anteproyecto de Ley de medidas de eficiencia procesal

Silvia Durán Alonso (1)

Profesora Ayudante con Doctorado

Universidad Católica San Antonio de Murcia

Diario La Ley, Nº 9899, Sección Plan de Choque de la Justicia / Tribuna, 26 de Julio de 2021, **Wolters Kluwer**

ÍNDICE

[Mediación intrajudicial o por derivación judicial. Novedades introducidas por el Anteproyecto de Ley de medidas de eficiencia procesal](#)

[I. Estado de la cuestión. Apoyo institucional a la mediación intrajudicial](#)

[II. Situación actual: previsiones de la LEC en relación con la mediación intrajudicial y novedades introducidas por el anteproyecto](#)

[1. Mediación y medidas cautelares](#)

[2. Derivación a mediación a propuesta del Juez de Primera Instancia](#)

[A\) Juicio Ordinario](#)

[B\) Juicio verbal](#)

[3. Fase de ejecución](#)

[4. Mediación y condena en costas](#)

[5. El coste de la mediación. Mediación y asistencia justicia gratuita](#)

[III. Novedades respecto al modelo organizativo de los tribunales para favorecer la mediación](#)

Comentarios

Resumen

Es innegable el apoyo que, desde distintos sectores institucionales, en especial, aquellos próximos a la Administración de Justicia, se está dando a instituciones de resolución extrajudicial de conflictos (o *Alternative Dispute Resolution*). Prueba de ello es el contenido de la reforma prevista en el Anteproyecto de Ley de Medidas de Eficiencia Procesal, actualmente en trámite. El presente estudio pretende hacer un análisis de las novedades que dicho Anteproyecto tiene previsto implantar, respecto a la mediación intrajudicial o por derivación judicial.

Resulta evidente el favor institucional con el que cuentan los conocidos como ADR (*Alternative Dispute Resolution*), y es que el legislador ha visto en estos medios alternativos de resolución de conflictos una forma de resolver el grave problema de colapso que sufren actualmente, en su gran mayoría, nuestros Tribunales de Justicia. Esta idea es una de las que preside el actual Anteproyecto de Medidas de Eficiencia Procesal, actualmente en trámite y de previsiblemente próxima entrada en vigor, y así se deduce de su Exposición de Motivos, en la que se considera a estos otros medios adecuados de solución de controversias, como medida «imprescindible para la consolidación de un servicio público de Justicia sostenible», siendo objeto de esta reforma «potenciar la negociación entre las partes, directamente o ante un tercero neutral, partiendo de la base de que estos medios reducen el conflicto social, evitan la sobrecarga de los tribunales y son igualmente adecuados para la solución de la inmensa mayoría de las controversias en materia civil y mercantil».

En concordancia con lo anterior, el Anteproyecto amplía en el procedimiento civil las referencias a la posibilidad de acudir a una mediación o negociación, pese a haberse iniciado ya un procedimiento judicial, dando amplias facultades, no solo a las partes, sino también al Tribunal, de acudir a otros medios de resolución del conflicto, de

forma paralela a la tramitación judicial del asunto. Y si bien algunas de las previsiones pueden ser, en efecto, muy positivas, como la de derivar a las partes a mediación, en el juicio ordinario, para intentar un acuerdo en el período de tiempo que transcurre entre la conclusión de la audiencia previa y el señalamiento del juicio, o la posibilidad de que el LAJ cite a las partes a una conciliación previa, existen algunos aspectos criticables, como la alteración régimen general de competencias en materia de medidas cautelares previas, o muy especialmente, la regulación que se hace en materia de costas, alterando el clásico criterio del vencimiento objetivo, que siempre ha caracterizado nuestro procedimiento civil, haciéndolo depender de la participación más o menos activa de las partes en negociaciones previas, contaminando con ello, además, el necesario carácter voluntario que debe tener toda transacción o acuerdo.

I. Estado de la cuestión. Apoyo institucional a la mediación intrajudicial

Podemos definir la mediación intrajudicial como aquella que puede tener lugar una vez iniciado el proceso, cuándo una de las partes en conflicto ya ha interpuesto la correspondiente demanda. Ahora bien, al respecto encontramos dos posibilidades: que las partes acudan a la mediación o negociación al margen del proceso ya en marcha por iniciativa propia, o lo hagan por derivación desde el propio órgano judicial. En ambos casos, en puridad, estaríamos ante una mediación intrajudicial, si bien, es la figura de la mediación (o negociación) derivada o realizada desde el propio órgano judicial el objeto del presente análisis, es decir, cuando es el juez quien remite a las partes hacia una negociación al margen del proceso. Algunos autores la denominan «*mediación conectada con el Tribunal*», tal como se la conoce en el sistema estadounidense (*courtconnected mediation*), aunque en Europa se denomina, simplemente, «*mediación judicial*», para distinguirla, en Bélgica, de la voluntaria, o en Francia, de la convencional (2).

Centrándonos en esta figura, lo cierto es que no es tanto una solución del conflicto alternativa al proceso —que también—, sino más bien una nueva forma de entender la propia actuación de los Tribunales de Justicia, ya que implica un esfuerzo adicional del juzgador a fin de llevar a las partes hacia una solución consensuada, pese a haberse judicializado ya el conflicto. Y es que la situación de colapso en la que se encuentran nuestros Tribunales, así como la necesidad de agilizar nuestra administración de justicia y poner a disposición de los ciudadanos medios adecuados para la resolución de conflictos, ha impulsado al legislador español a fomentar la mediación intrajudicial, concibiendo esta mediación o negociación paralela al proceso como un medio complementario a la vía judicial (3).

Incluso antes de la entrada en vigor de la Ley 5/ 2.012, de 6 de julio, de Mediación en Asuntos Civiles y Mercantiles (en adelante, LMACM), venía promocionándose la mediación en España desde diferentes ámbitos judiciales. Así, el 12 de noviembre de 2.008 se aprueba por nuestro Consejo General del Poder Judicial un «Plan General de Modernización de la Justicia», que sitúa, dentro de su Hoja de Ruta, a la mediación, como método de solución de conflictos muy positivo, tanto para las partes, como para el propio funcionamiento del sistema judicial, abogando el Consejo General del Poder Judicial (en adelante, CGPJ) por la instauración de la mediación intrajudicial como sistema de resolución de conflictos complementario a la jurisdicción, y por la necesidad de fomentar la calidad de esta mediación intrajudicial. Para ello, una de sus pretensiones era, precisamente, la homogenización de la mediación en todo el territorio nacional, para asegurar la calidad de la misma (4).

A estos efectos, el CGPJ ha venido impulsando la implantación de la mediación en todos los órganos judiciales del territorio nacional, y para lograrlo, ha fomentado la coordinación institucional. Así, se han suscrito 13 convenios marco de colaboración con el Ministerio de Justicia y con las 12 comunidades autónomas con competencias transferidas en materia de justicia. Se ha creado, además, una Vocalía delegada para el impulso y coordinación de la mediación, a fin de facilitar a los Jueces herramientas para la resolución de conflictos (5).

A nivel europeo, destaca el Grupo Europeo de Magistrados para la Mediación (GEMME) (6), instaurado en Francia en 2.004, y presente en la actualidad en un total de 18 países (España entró a formar parte del mismo en el año 2.007 y cuenta con más de 100 miembros a día de hoy). Tiene como principales actividades las de formación y difusión, así como la de elaboración de estudios y proyectos legislativos.

Centrándonos ya en la situación concreta de la mediación intrajudicial en nuestro país, la vigente LMACM articula la mediación como un proceso autónomo y, consecuentemente, extrajudicial, dirigido a lograr un acuerdo entre dos partes en conflicto, con el fin de resolver el mismo, con la asistencia de un mediador. Así se enfoca también en el

Anteproyecto de Ley de Medidas de Eficiencia Procesal del Servicio Público de Justicia (7) , objeto de análisis, que además, no se limita a la mediación, sino que, según su propio artículo 1, entiende por medio adecuado de solución de controversias *«cualquier tipo de actividad negocial a la que las partes de un conflicto acuden de buena fe con el objeto de encontrar una solución extrajudicial al mismo, ya sea por sí mismas o con la intervención de un tercero neutral»*.

No obstante, lo cierto es que, en la práctica, es muy frecuente que la mediación —o el acuerdo al margen del procedimiento— tenga lugar cuando el proceso judicial ya está en trámite. Esto implica la necesidad de regular suficientemente la inevitable interrelación entre la posibilidad de acudir a una mediación y la actividad del tribunal, por distintos motivos, tales como: incentivar el recurso a la mediación, con la consiguiente desjudicialización de asuntos; o introducir seguridad jurídica a esta relación frecuente entre mediación y proceso, evitando posibles disfunciones.

II. Situación actual: previsiones de la LEC en relación con la mediación intrajudicial y novedades introducidas por el anteproyecto

1. Mediación y medidas cautelares

El artículo 10 LMACM dispone que, una vez iniciada una mediación, las partes no podrán ejercitar entre sí acciones judiciales o extrajudiciales. Pero sí se permite que puedan solicitar la adopción de medidas cautelares urgentes, para evitar la pérdida de bienes o derechos. Se trata con ello de evitar que quienes opten de buena fe por un procedimiento de mediación puedan resultar, de algún modo, perjudicados por el transcurso del tiempo, o por un comportamiento desleal de la otra parte.

Ahora bien, resulta que, si se solicitan medidas cautelares previas a la demanda, encontramos que, conforme al artículo 730.2 LEC (LA LEY 58/2000), según su actual regulación, dichas medidas que, en su caso, se hubieran adoptado, quedarán sin efecto si no se interpone demanda en los veinte días siguientes a su adopción. Y aunque el apartado 3º del mismo artículo sí establece que este requisito temporal no regirá en caso de arbitraje, nos encontramos con el problema de que esa misma excepción no se incluye para el supuesto de la mediación —respecto de la que es lo normal que se prolongue más allá de esos veinte días—.

Aunque en principio, sería posible la aplicación analógica de la previsión relativa al arbitraje, esta cuestión sí queda resuelta por el Anteproyecto, que expresamente establece que, si las medidas cautelares se hubieran acordado durante la tramitación de *«un procedimiento de solución adecuada de controversias»* (no se refiere exclusivamente a la mediación, sino a cualquier negociación extrajudicial), si se llegara a un acuerdo *«éste habrá de ser puesto de manifiesto ante el tribunal, al que se pedirá el alzamiento de las medidas (...)»*.

Respecto a la cuestión planteada, indicará el artículo 770.2, en su último párrafo, si prosperase el Anteproyecto, que a falta de acuerdo, dichas medidas cautelares previas *«quedarán sin efecto si no se presenta demanda ante el tribunal competente en el plazo de veinte días desde la finalización del proceso de negociación, o si en el mismo plazo no se inicia un procedimiento arbitral, comunicándolo así al tribunal»*, quedando, en consecuencia, en la nueva regulación resuelto este problema, ya que el plazo de veinte días empezará a contar desde la finalización de la negociación, se entiende que sin acuerdo.

Introduce, además, el Anteproyecto una novedad en lo que se refiere al juez competente para conocer de la solicitud de medidas cautelares previas. Así, según la nueva redacción que se da al artículo 724 LEC (LA LEY 58/2000), *«cuando las medidas cautelares se soliciten estando pendiente un procedimiento de solución adecuada de controversias (...), será tribunal competente el del lugar en que el acuerdo de solución extrajudicial de controversia (...) deba ser ejecutado, y, en su defecto, el del lugar donde las medidas deban producir su eficacia»*. Así, frente al juez que debería conocer, en su caso, de la demanda, competente en estos casos, si las partes están inmersas en una negociación o mediación previa a un eventual proceso, se atribuye la competencia al juez que, en su caso, sería competente para ejecutar el acuerdo, alterándose con ello los criterios generales de competencia. Esto puede entrañar un riesgo, ya que los criterios de competencia de los tribunales que establece la LEC normalmente benefician a la que se supone parte más débil o perjudicada por el procedimiento (como pasa en materia de consumidores, por ejemplo), y estos criterios no tienen por qué concurrir en este caso, al establecer como fuero el lugar en que debiera ejecutarse el acuerdo —que coincide con el del lugar en que dicho acuerdo se hubiera suscrito—.

2. Derivación a mediación a propuesta del Juez de Primera Instancia

A) Juicio Ordinario

En lo que se refiere al juicio ordinario, una de las finalidades de la audiencia previa es, conforme al artículo 414.1 LEC (LA LEY 58/2000), «*intentar un acuerdo o transacción entre las partes que ponga fin al proceso*». Así, el artículo 414.1, al referirse a la convocatoria a dicha audiencia previa, que llevará a cabo el Letrado de la Administración de Justicia (en adelante, LAJ), por medio de Diligencia de Ordenación, indica que en la misma, deberá informarse a las partes «*de la posibilidad de recurrir a una negociación para intentar solucionar el conflicto, incluido el recurso a una mediación, en cuyo caso éstas indicarán en la audiencia su decisión al respecto y las razones de la misma*» (8).

El Anteproyecto sustituye esta información —a la que ya no se hace referencia— por la posibilidad de que, en su resolución convocando a las partes a audiencia previa, el LAJ, pueda, si lo estima oportuno, citarlas a una comparecencia en el plazo de diez días, siempre que considere que el asunto es susceptible de acuerdo, tramitándose la misma según lo establecido en la Ley de Jurisdicción Voluntaria (LA LEY 11105/2015) (en adelante, LJV) para el acto de conciliación. Además, según el Anteproyecto, el LAJ también deberá citar «*a las partes a comparecencia cuando así lo solicite la parte actora en su escrito de demanda o la demandada en la contestación a la misma*». Es decir, es una opción, potestativa del LAJ, si las partes no lo han solicitado, pero éstas pueden pedirlo en la demanda o en la contestación.

Es interesante, y puede resultar eficaz en la práctica esta nueva facultad del LAJ, al ser éste el primero en examinar toda demanda, por corresponderle su admisión, y es por tanto quién es este primer momento, antes de empezar a tramitarse el procedimiento, puede entrar a valorar si el asunto es susceptible de ser fácilmente transable.

A este respecto surge una cuestión, no resuelta en el Anteproyecto, y es que en el mismo está previsto, en determinados casos, la necesidad de acudir a una mediación (o, como la llama el Anteproyecto, a un «*procedimiento de solución adecuada de controversias*») como requisito de procedibilidad (9). De hecho, se modifica el art. 403. 2 LEC (LA LEY 58/2000), que establece la no admisibilidad de aquellas demandas en las que «*no se haya intentado la actividad negocial exigida como requisito de procedibilidad en los casos establecidos por la ley, o efectuado los requerimientos, reclamaciones o consignaciones que se exijan en casos especiales*». Ahora bien, en atención al principio de posibilidad de subsanación que preside nuestro procedimiento civil, conforme al art. 231 LEC (LA LEY 58/2000) (10), podría considerarse que la falta de esta negociación previa sería, en caso de no concurrir, un defecto de carácter subsanable, a requerimiento del LAJ (es decir, no tendría por qué dar lugar a una inadmisión de plano de la demanda).

Ahora bien, habida cuenta esta posibilidad de solicitar en la propia demanda esa conciliación previa ante el LAJ, ¿podría ser ésta una manera de subsanar esa falta de negociación preceptiva previa? ¿sería posible que quedara así subsanado ese defecto procesal? No debería haber, en principio, inconveniente para ello, puesto que el acto de conciliación que prevé el Anteproyecto sería, en puridad, previo a la tramitación del proceso propiamente dicho —solo se ha llevado a cabo la demanda y, en su caso, la contestación—, si bien, habrá que estar a la práctica de los tribunales, si finalmente el Anteproyecto prospera con su actual redacción, al no incluir ninguna precisión al respecto, pese a que habría sido adecuado establecer expresamente que esa posible conciliación ante el LAJ podría suplir a la necesaria negociación previa, como requisito de procedibilidad.

Volviendo a la norma vigente, si no se alcanzara un acuerdo en esta conciliación previa, o no se hubiera celebrado esta comparecencia a tal efecto, se llevará a cabo la audiencia previa, conforme a lo previsto en la LEC. Se reitera, al final del artículo 414.1 en su redacción actual, que «*el tribunal podrá invitar a las partes a que intenten un acuerdo que ponga fin al proceso, en su caso a través de un procedimiento de mediación, instándolas a que asistan a una sesión informativa*». Precisión que mantiene el anteproyecto. Ese intento de acuerdo debe instarse por el Juez en dos momentos: al comienzo de la audiencia previa, y en el transcurso de ésta, una vez fijados los hechos controvertidos.

Así, iniciada la audiencia previa, el artículo 415 LEC (LA LEY 58/2000) regula

Iniciada la audiencia previa, el artículo 415 LEC regula un primer intento conciliatorio, que tiene lugar en el momento en que el juez pregunta a las partes si subsiste el litigio y las posibilidades de acuerdo

un primer intento conciliatorio, que tiene lugar en el momento en que el juez pregunta a las partes si subsiste el litigio y las posibilidades de acuerdo. Si se llegara a un acuerdo, podrá homologarse por el Juez en ese mismo momento —a petición de las partes—, finalizando con ello el proceso. También se regula la posibilidad de desistimiento, si es previsible que el asunto se resolverá extrajudicialmente. Incluso *«las partes de común acuerdo podrán también solicitar la suspensión del proceso de conformidad con lo previsto en el art. 19.4, para someterse a mediación o arbitraje»* (artículo 415 LEC (LA LEY 58/2000)), que realmente supone una reiteración

de lo ya establecido en dicho art. 19 LEC. (LA LEY 58/2000) Ninguna modificación introduce en anteproyecto al respecto.

En la audiencia previa, ya se ha adelantado que existe una segunda oportunidad conciliatoria tras la fijación por las partes de los hechos controvertidos: dispone el artículo 428 que *«el Tribunal podrá exhortar a las partes (...) para que lleguen a un acuerdo que ponga fin al litigio»*. Si llegaran las partes a un acuerdo, como en el caso anterior, podrá el juez homologarlo en el acto. Y aunque no se prevea expresamente, nada obsta a que el juez pueda invitar a las partes nuevamente, en este momento, a someterse a mediación, o que las partes así lo soliciten, con suspensión del proceso.

El juez puede participar, más o menos activamente, para intentar que las partes llegue a un acuerdo, y esto ya dependerá de la actitud de cada juez que, en concreto, conozca del procedimiento. Si bien, este alcance de las facultades conciliatorias del Juez de Instancia no está determinado legalmente, lo que ha generado críticas doctrinales al respecto (11) , teniendo en cuenta que el juzgador que dirige la negociación, a efectos de intentar alcanzar un acuerdo, es el que posteriormente —si el acuerdo no se materializa— ha de enjuiciar y decidir sobre el asunto. Así, hay autores que consideran que, del empleo en la LEC del término «exhortar», se deduce la voluntad del legislador de una participación activa por parte del Juez (12) , si bien, hay quien defiende que esta postura activa del juez no podría incluir la formulación de opciones o propuestas a las partes (13) , ya que ello implicaría un riesgo de prejuzgar la cuestión, forzando en cierta medida la voluntad de las partes, y quedando cuestionada, de algún modo, su propia imparcialidad (14) .

En cualquier caso, esta facultad de instar a las partes a alcanzar un acuerdo (que supondría una conciliación intrajudicial) se ve complementada con la posibilidad de que el juez ofrezca a las partes la suspensión del proceso para someterse a mediación, y que sean ellas mismas las que traten de poner fin al conflicto con la ayuda del mediador, lo que quizá, habida cuenta las dudas antes expuestas, ofrece una mayor seguridad, o al menos, un menor riesgo de pérdida de imparcialidad judicial, o de vulneración del derecho de disposición que las partes tienen del proceso.

Finalmente, el anteproyecto modifica el art. 429.2 LEC (LA LEY 58/2000), estableciendo, dentro de la audiencia previa, un momento más en que el juez puede intervenir para derivar el asunto a mediación. Indica el precepto que, una vez admitidas las pruebas pertinentes y útiles, se procederá a señalar la fecha del juicio, si bien en ese momento, *«el juez podrá plantear a las partes la posibilidad de derivación del litigio a un medio adecuado de solución de controversias, siempre que considere fundadamente que es posible un acuerdo entre las partes y el Letrado de la Administración de Justicia no hubiera intentado la conciliación previa»*. Es decir, el Anteproyecto parece condicionar esta posibilidad a que no haya habido un previo intento de conciliación, si bien, en principio, nada obsta a que las partes usen esta facultad, aun habiendo intentado previamente una conciliación a instancias del LAJ.

Sigue diciendo el precepto, en su redacción dada por el Anteproyecto, que, si las partes se muestran conformes, se acordará tal derivación mediante providencia. Lo interesante de esta reforma es que dicha negociación derivada *«deberá desarrollarse durante el tiempo que media entre la finalización de la audiencia previa y la fecha señalada para el juicio (15) »*. De este modo, se admite la posibilidad de que el juez ofrezca a las partes acudir mediación, sin suspender el procedimiento, durante el tiempo que transcurra entre la audiencia previa y el juicio, con posibilidad de prórroga por una sola vez. Esta facultad es muy positiva a nivel práctico, sobre todo considerando que, por la sobrecarga de trabajo que afecta a gran parte de los órganos judiciales, el período de tiempo que transcurre entre la audiencia previa y el señalamiento juicio puede ser dilatado, y sería ésta una manera adecuada de emplear ese lapso de tiempo para intentar resolver el conflicto de forma extrajudicial.

B) Juicio verbal

El artículo 440.1, en sede de juicio verbal, dispone que el LAJ, contestada la demanda y, en su caso, la reconvenición, citará a las partes para la celebración de vista, cuándo ello proceda. En dicha citación *«se informará a las partes de la posibilidad de recurrir a una negociación para intentar solucionar el conflicto»*. Al regular el desarrollo del acto de la vista, dispone artículo 443 que, iniciada ésta, si las partes *«manifestasen haber llegado a un acuerdo o se mostrasen dispuestas a concluirlo de inmediato, podrán desistir del proceso o solicitar del tribunal que homologue lo acordado»*. También podrán las partes solicitar la suspensión del proceso para someterse a mediación (16) .

Aunque en la actual regulación no se indica expresamente, nada obsta a que el Juez pueda instar a las partes a llegar a un acuerdo para poner fin al proceso, acudiendo a una mediación, o recomendándoles que asistan a una sesión informativa. Se trata, en definitiva, de una regulación similar a la del juicio ordinario, adaptada a las características del juicio verbal.

En el ámbito del verbal, modifica el Anteproyecto el artículo 438 LEC (LA LEY 58/2000), introduciendo, en su apartado 8, la posibilidad de que, como en el ordinario, una vez presentado el escrito de contestación, el LAJ convoque a las partes a una conciliación previa, que también podrá tener lugar a petición de parte. En este caso, esta posible convocatoria no se incluirá en la citación a las partes a la vista —ya que no siempre habrá vista en el juicio verbal—, sino que deberá dictarse una Diligencia de Ordenación independiente, a tal efecto.

También se reforma el art. 443.1, y en relación con la vista del verbal, establece que el tribunal declarará abierto el acto y comprobará si subsiste el litigio entre las partes. *«Si manifestasen haber llegado a un acuerdo o se mostrasen dispuestas a concluirlo de inmediato, podrán desistir del proceso o solicitar del tribunal que homologue lo acordado»*. Podrán, además, de común acuerdo solicitar la suspensión del proceso para someterse a mediación u otro medio adecuado de solución de controversias (17) .

Igualmente, en el apartado 2, se pretende adaptar la posibilidad de derivación a mediación antes de comenzar el juicio que se ha indicado respecto del ordinario a las especialidades del verbal. Para ello, el Anteproyecto faculta al Juez para que, antes de practicar la prueba, ofrezca a las partes *«la posibilidad de derivación del litigio a un medio adecuado de solución de controversias, siempre que considere fundadamente que es posible un acuerdo entre las partes y el Letrado de la Administración de Justicia no hubiera intentado la conciliación previa»*. Si bien, en este caso, si las partes se mostraran conformes, sería necesario acordar la suspensión del procedimiento, y el Juez deberá fijar el plazo máximo en que deberá desarrollarse tal negociación —aunque también en este caso, las partes podrán solicitar la prórroga de ese plazo, por una sola vez—.

Si en el procedimiento ordinario ésta era una posibilidad interesante, habida cuenta el período de tiempo que transcurre entre la audiencia previa y el acto del juicio, normalmente vacío de cualquier otra actividad procesal, dadas las características del verbal, en este caso la opción no parece que vaya a ser de tanta utilidad. En primer lugar, porque las partes ya están listas para celebrar la vista, se va a proceder a practicar la prueba propuesta y admitida. Es de suponer que cualquier intento de acuerdo ya debe haberse llevado a cabo. Pero es que, además, si el anteproyecto ve la luz conforme a su actual redacción, las vistas en los juicios verbales se van a ver considerablemente reducidas ya que, después de demanda y contestación, se establece un trámite escrito de proposición e impugnación de prueba, resolviendo a continuación el Juez por auto, en el que admitirá o denegará la prueba y señalará la vista potestativamente, es decir, a diferencia de la regulación actual, en que las partes son las que, con su solicitud, pueden instar la celebración del juicio, con la reforma esta decisión depende completamente del Juez, que además en ningún caso deberá celebrar vista si la prueba es solo documental, o si es pericial pero se considera por el tribunal que no es necesaria la declaración del perito emisor del informe. Esto implicará necesariamente una disminución considerable de vistas de juicios verbales, ya que, si un juzgado está sobrecargado, evidentemente el tribunal no va perder tiempo de señalamientos en vistas que estime innecesarias, si se le faculta para ello.

3. Fase de ejecución

En la actual regulación, nada establece la LEC sobre la posibilidad de acudir a mediación una vez iniciado un procedimiento de ejecución, y aunque, ciertamente, en la práctica nada obsta a esa posibilidad, el anteproyecto sí la contempla expresamente, en su nueva redacción del apartado 1 del artículo 565, terminando, por tanto, con cualquier duda al respecto. Así, se indica que *«en cualquier momento del proceso de ejecución, las partes podrán someterse a*

mediación en los términos previstos en la Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles (LA LEY 12142/2012), o a cualquier otro de los medios adecuados de solución de controversias, en cuyo caso se suspenderá el curso de la ejecución».

Si esta negociación concluyera sin acuerdo, *«la suspensión se alzarán a petición de cualquiera de ellas»* (si bien, evidentemente, lo normal será que sea a instancias de la parte ejecutante). Si se llegara a un acuerdo, *«la parte ejecutante lo pondrá en conocimiento del órgano judicial, que procederá a su archivo»* —pese a esta referencia expresa a la parte ejecutante, no debería impedir el archivo el hecho de que quién lo solicite sea el ejecutado, que es, a fin de cuentas, a quién más interesa esa posibilidad—, y si el acuerdo se incumpliera, se podrá solicitar *«la reanudación del proceso de ejecución, quedando delimitado el objeto del mismo a lo que hubiera sido acordado e incumplido»*.

4. Mediación y condena en costas

El artículo 394 LEC (LA LEY 58/2000) en su actual redacción, que regula con carácter general la condena en costas, nada establece en relación a la mediación, si bien esto cambia con el Anteproyecto, como veremos. Sí se modificó, tras la LMACM, el art. 395, en cuanto a las costas del allanamiento, al establecer que se entendería que había mala fe, a efectos de condena en costas, *«si antes de presentada la demanda (...) se hubiera iniciado procedimiento de mediación o dirigido contra él demanda de conciliación»*. Parece excesivo condenar automáticamente en costas al demandado, por el hecho de allanarse a la demanda tras un procedimiento de mediación, ya que esto puede suceder por razones diversas. Para condenar en costas, debería apreciar el tribunal si realmente concurre mala fe, y entrar a valorar si el demandado ha incumplido, en efecto, alguna obligación adquirida, y ha sido su actitud la que ha determinado al actor a interponer la demanda —es posible, de hecho, que el contenido de la demanda no coincida totalmente con los términos de la negociación—.

Esta postura de condenar en costas teniendo en cuenta lo que sucede, o podría haber sucedido, en una eventual mediación o negociación, se acentúa en el Anteproyecto, con la nueva redacción del artículo 394 LEC (LA LEY 58/2000), relativo a la condena en las costas de primera instancia, ya que, no obstante el conocido criterio de vencimiento objetivo que el propio precepto establece, *«cuando sea legalmente preceptivo o lo acuerde el tribunal durante el curso del proceso, no habrá pronunciamiento de costas a favor de aquella parte que hubiere rehusado expresamente o por actos concluyentes, y sin justa causa, participar en una actividad negocial, mediación o en cualquier otro medio adecuado de solución de controversias al que hubiese sido efectivamente convocado»*, es decir, se establece que no podrá condenarse en costas al perdedor en un litigio, si el que hubiera visto reconocidas sus pretensiones no hubiera aceptado participar en una actividad negocial. Y no solo cuando el rechazo a la negociación sea expreso: también cuándo éste se manifieste por actos concluyentes. En consecuencia, deberá entrar a interpretar el tribunal si determinadas conductas del vencedor del litigio pueden (o no) ser entendidas como un rechazo a intentar un acuerdo extrajudicial, pudiendo llegar al absurdo de que, aun interviniendo en una negociación la parte vencedora en el procedimiento, se entienda que su conducta ha sido la de impedir toda posibilidad de solución amistosa, y con ello se le prive del cobro de las costas, pese a haber ganado el pleito.

En idéntico sentido, también establece el mismo precepto del Anteproyecto que *«si la parte demandada no hubiere acudido, sin causa que lo justifique, a un intento de mediación u otro de los medios adecuados de solución de controversias, cuando fuera legalmente preceptivo o así lo hubiera acordado el tribunal durante el proceso, se le podrá condenar al pago de las costas, en decisión debidamente motivada, aun cuando la estimación de la demanda sea parcial»*. De este modo, en contra de los criterios legales generales que estipulan que, en caso de estimación parcial, ninguna parte será condenada en costas, el demandado podrá ser condenado en este caso si no hubiera acudido a una negociación preceptiva o, y esto es aún más curioso, a derivación del tribunal.

Para concluir, se establece en la nueva redacción que el Anteproyecto da al art. 394.4. que *«si la parte requerida para iniciar una actividad negocial previa tendente a evitar el proceso judicial hubiese rehusado intervenir en la misma, la parte requirente quedará exenta de la condena en costas, salvo que se aprecie un abuso del servicio público de Justicia»*. ¿Debemos, con ello, entender que basta requerir previamente de mediación a la otra parte, antes de la demanda, para asegurarse la no condena en costas? En principio, tendría que tratarse, aunque no se precisa, de asuntos que no tuvieran establecida la mediación o negociación previa como requisito de procedibilidad, puesto que, en tal caso, la participación en la misma es preceptiva. Asimismo, aunque no se dice expresamente, debería en tal requerimiento haberse precisado la intención de litigar, para que pueda entenderse como una negociación tendente a

evitar un proceso.

Todas estas condiciones derivadas del hecho de que alguna de las partes de un eventual procedimiento no haya aceptado tomar parte en una negociación, previa o simultánea, o aun habiendo participado en la misma, haya actuado de forma manifiestamente obtusa, negándose a cualquier concesión, sin entrar en un análisis pormenorizado de la cuestión, parecen, cuanto menos, cuestionables, teniendo en cuenta el carácter voluntario que es propio de la mediación y, de hecho, es una de sus principales características, distorsionándose con ello completamente el espíritu propio de la facultad de negociación de las partes.

Por último, también en relación con la nueva regulación vista de las costas, modifica el Anteproyecto el artículo 245.5 LEC (LA LEY 58/2000), conforme al cual *«la parte condenada al pago de las costas podrá solicitar la exoneración de su pago o la moderación de su cuantía cuando hubiera formulado una propuesta a la parte contraria en cualquiera de los medios adecuados de solución de controversias al que hubieran acudido, la misma no hubiera sido aceptada por la parte requerida y la resolución judicial que ponga término al procedimiento sea sustancialmente coincidente con el contenido de dicha propuesta»*, añadiéndose un nuevo artículo 245 bis, con la regulación de la tramitación y decisión de dicha solicitud de exoneración o reducción. Es decir, si a pesar de todas las particularidades vistas, una de las partes ha sido condenada en costas, puede, pese a todo, solicitar una moderación, o incluso una exoneración del pago, si hubiera hecho una oferta previa a la contraparte y la resolución finalmente recaída fuera *«sustancialmente coincidente»* con la propuesta. Pero, ¿qué entendemos por sustancialmente coincidente? ¿Qué criterios deben contemplarse para tomar tal decisión, que privará al vencedor en el pleito de su derecho al abono de las costas? Nuevamente, nos encontramos ante supuestos formulados de forma amplia, susceptibles de interpretación dispar por los tribunales de justicia.

Habría que aprovechar el trámite parlamentario para simplificar la regulación y prescindir de particularidades en materia de costas

En definitiva, a la vista de todas las particularidades que se establecen en materia de costas, contaminando el criterio tradicional del vencimiento objetivo, el resultado final, aparte de una distorsión evidente en el principio esencial de voluntariedad que debe presidir cualquier negociación, es imponer al juzgador una carga interpretativa más, a la hora de determinar si concurren todos los requisitos fijados por el legislador para imponer o no las costas. Habría que aprovechar el trámite parlamentario para simplificar esta regulación, y prescindir de todas estas particularidades en materia de costas, habida cuenta que no solo se establece la negociación como requisito de

procedibilidad, sino que son muchas las posibilidades que se fijan a lo largo del procedimiento para fomentar la vía de acuerdo entre las partes, sin necesidad de acudir a la amenaza velada de una condena en costas, o pérdida de las mismas, que a lo único que llevará es a requerimientos de acuerdo meramente formales, sin intención real de aproximación de posturas, desnaturalizando con ello finalmente el espíritu de la norma.

5. El coste de la mediación. Mediación y asistencia justicia gratuita

También en materia de costas, respecto a la cuestión de si el coste de la mediación puede ser reclamado por la parte que venza en el juicio, incluyéndola en una eventual tasación de costas del proceso judicial que pudiera tener lugar con posterioridad, encontramos que, conforme al artículo 241 LEC (LA LEY 58/2000), la respuesta es negativa, ya que el precepto, a la hora de determinar qué puede incluirse en la tasación de costas, considera gastos los que tienen su origen directo en el proceso, y costas, los gastos expresamente determinados en la Ley. En consecuencia, el coste de la mediación no puede incluirse actualmente como costas o gastos del proceso, ya que no es un desembolso directo ni inmediato, aunque su finalidad sea la de evitar el pleito. Las partes deberán satisfacer su coste al margen del proceso, conforme al artículo 15 LMACM (18) .

Nada impide, en cualquier caso, que el mediador (o las instituciones de mediación) reclamen judicialmente sus honorarios a las partes, si bien deberá ser al margen del proceso a que hubiera dado lugar la mediación, en su caso, y por medio de procedimiento monitorio —o del declarativo que corresponda—. Tampoco sería posible acudir a ninguna de las vías privilegiadas reconocidas legalmente a favor de procuradores y abogados para reclamar sus honorarios (arts. 34 (LA LEY 58/2000) y 35 LEC (LA LEY 58/2000)), y ello aunque el mediador tuviera la condición de Letrado, pues esta vía se restringe a los honorarios derivados de la función desempeñada en el concreto proceso en que hubieran intervenido, pero no incluye otros servicios al margen del mismo, y tampoco los ha incorporado el

Anteproyecto, pese a que en su artículo 2 establece la posibilidad de que las partes en una mediación —o «*medio adecuado de solución de controversias*», según la literalidad del texto— acudan a la misma con asistencia letrada, a efectos de asesoramiento legal. Tal asistencia será, además, preceptiva si se va a emitir una oferta vinculante, o el mediador no es un jurista. Atendiendo a esta novedad, surge una duda lógica: si éste Letrado asistente es el mismo que dirige el procedimiento ulterior, o el que ya está al cargo del mismo, si estamos ante una derivación judicial, ¿se podrá incluir el abono de esta asistencia —que, además, como veremos, es concepto de justicia gratuita en la reforma— en una eventual tasación de costas? ¿o podrá incluirse en un procedimiento de reclamación de honorarios? No queda claro de la literalidad del Anteproyecto, y nuevamente tendremos que esperar a la práctica de los tribunales, si bien *a priori* no parece que haya mucho que objetar a este respecto.

En materia de asistencia jurídica gratuita, la Disposición Adicional 2ª de la Ley 2012, ya expresaba que «*las Administraciones públicas competentes procurarán incluir la mediación dentro del asesoramiento y orientación gratuitos previos al proceso, previstos en el art. 6 de la Ley 1/1996, de 10 de enero, de Asistencia Jurídica Gratuita (LA LEY 106/1996) (...)*»

A este respecto, la Disposición final primera del Anteproyecto modifica la Ley 1/1996, de 10 de enero, de Asistencia Jurídica Gratuita (LA LEY 106/1996), y añade un nuevo apartado 11 al artículo 6, incluyendo con ello una nueva prestación en el derecho de asistencia, tal es, como ya se ha adelantado, la correspondiente a los honorarios de abogados que hubieran prestado a las partes la antes referida asistencia letrada, si bien lo limita al caso en que la negociación previa «*sea presupuesto procesal para la admisión de la demanda, resulte de la derivación judicial acordada por los jueces o tribunales o sea solicitada por las partes en cualquier momento del procedimiento, siempre que tal intervención de los abogados sea legalmente preceptiva o cuando, no siéndolo, su designación sea necesaria para garantizar la igualdad de las partes*». Es decir, debemos estar ante una mediación (o negociación) prevista como requisito de procedibilidad, o bien de carácter intrajudicial, además de «legalmente preceptiva». Por tanto, se incluye el concepto de asistencia letrada a mediación como susceptible de asistencia jurídica gratuita, pero con restricciones.

Lo que no incluye el Anteproyecto como concepto de asistencia jurídica gratuita (ni tampoco se establece la posibilidad de incluirlo en tasación de costas) son los honorarios del mediador, ni siquiera en aquellos supuestos en que dicha mediación aparece como un requisito de procedibilidad, y lo cierto es que si el legislador está exigiendo que se lleve a cabo una negociación previa, que puede adoptar la forma de mediación, como condición necesaria para poder litigar, qué menos que incluir los honorarios del mediador entre aquéllas prestaciones susceptibles de asistencia jurídica gratuita.

III. Novedades respecto al modelo organizativo de los tribunales para favorecer la mediación

En el ámbito de la mediación intrajudicial, parece imprescindible, y así lo considera el propio CGPJ, una adecuada coordinación entre los órganos judiciales y los mediadores o instituciones de mediación. Por ello, se pretende la creación de unidades o servicios de mediación en la propia sede judicial, que faciliten el desarrollo de la mediación en los propios tribunales, asumiendo a estos efectos las competencias oportunas, como son la gestión de listas de mediadores, la información a justiciables y profesionales, la adecuada gestión procesal de posibles derivaciones judiciales a mediación, así como el seguimiento de las mediaciones derivadas, o el oportuno control de calidad, a efectos de evaluar y mejorar el servicio. En definitiva, la creación de estas unidades o servicios, además de dotar de seguridad a la mediación intrajudicial, permitirá impulsar la implementación de la misma desde la propia Administración de Justicia.

A estos efectos, regula el Anteproyecto, en su Disposición adicional cuarta, las que denomina «*Unidades de métodos adecuados de solución de controversias*», bajo las siguientes premisas:

1. En el ámbito de cada Tribunal Superior de Justicia, Audiencia Provincial o Decanato, según el caso, se establecerán *unidades de métodos adecuados de solución de controversias*, para informar a los ciudadanos y profesionales sobre su naturaleza, efectos, posibilidad de utilización y recursos de que disponen. También auxiliarán a los órganos judicial sobre la utilidad de derivación cada asunto a una actividad negocial, así como a determinar la que procede, según las características del conflicto.
2. Estas unidades organizativas tendrán a disposición de todos los interesados los datos de terceros neutrales (se entiende que los mediadores tendrán tal consideración), que reúnan los requisitos

determinados legalmente para prestar dichos servicios.

3. Corresponde a estas unidades, también, la administración de los recursos de que dispongan, así como el control, seguimiento y estadística.
4. En el ámbito de cada Tribunal Superior de Justicia, se suscribirán protocolos y convenios de colaboración con instituciones de mediación, así como con profesionales de las diversas disciplinas que ofrezcan sus servicios para colaborar con el tribunal ocasional o puntualmente, a los efectos oportunos.

En definitiva, la intención es crear unidades procesales, dentro de la propia administración de justicia, para favorecer la resolución consensuada de conflictos, facilitando la derivación de asuntos desde los tribunales a la negociación o mediación. Ya hay algunas de estas unidades en España, y es necesario hacer referencia, como proyecto pionero en España, a la Unidad de Mediación Intrajudicial del TSJ de Murcia (UMIM), que comenzó a funcionar en modo experimental a finales del 2013 (en virtud de Instrucción de la Secretaría de Gobierno TSJ Murcia 5/2013 de 4 de noviembre), pasando a depender formalmente de la Oficina Judicial de Murcia con la Orden JUS/1721/2014 de 18 de septiembre (LA LEY 14631/2014) (BOE 25 de septiembre de 2014) por la que se amplió, a los efectos oportunos, la Oficina Judicial de Murcia.

Este servicio cuenta en la actualidad con dos funcionarios tramitadores de plantilla —uno de ellos, mediador titulado— y un tramitador del Servicio común de apoyo, además de una jefa de servicio (Letrada de la Administración de Justicia con máster en mediación), que asume las funciones organizativas. El servicio es responsable del control de la derivación y devolución de los asuntos, de la supervisión del proceso de mediación y de los borradores de acuerdos, para que tengan coherencia con el correspondiente proceso judicial. También se supervisa la calidad del servicio prestado. Al mismo tiempo, se colabora y compatibiliza con algunas funciones procesales con el Servicio Común de Ordenación Procesal civil, en especial, celebrando la LAJ las conciliaciones civiles, lo que permite potenciar la derivación, y al mismo tiempo, en el ámbito de familia y civil, permite incorporar directamente, al procedimiento judicial digital, el resultado de la sesión informativa y la mediación, intentando aliviar la carga de trabajo de los órganos judiciales (19).

Funciona en los ámbitos de familia, penal, civil, contencioso-administrativo y menores. Cada ámbito cuenta con un coordinador técnico y un tutor, mediadores expertos, que llevan a cabo funciones de supervisión y apoyo, además de adjudicar los diferentes asuntos a mediadores que han superado una fase de formación y adaptación. Tienen protocolos de derivación en cada área, actualmente en fase de revisión (20).

- (1) Desde febrero de 2010 hasta septiembre de 2018, Juez Sustituta en el ámbito del Tribunal Superior de Justicia de Murcia. Desde septiembre 2018, profesora ayudante con doctorado en Universidad Católica San Antonio de Murcia. Doctora cum laude en Derecho desde el 15 de septiembre de 2017. sduran@ucam.edu. ORCID iD: <http://orcid.org/0000-0002-5195-6825>.
- (2) GISBERT POMATA, M., «Los avances en la implantación de la mediación como sistema de resolución de conflictos: Estados Unidos, Unión Europea y España», *Revista cuatrimestral de las Facultades de Derecho y Ciencias Económicas y Empresariales*, icade, n.º 98 mayo-agosto 2016, págs. 15-45.
- (3) AVILÉS NAVARRO, M., «La mediación intrajudicial en España», *Diario La Ley*, N.º 9576, Sección Tribuna, Wolters Kluwer, 18 de febrero de 2020, págs. 1 a 3.
- (4) ATARÉS GARCÍA, E. M.^a; «La mediación intrajudicial civil», en *IV Curso de Especialización en Mediación Civil y Mercantil del Ilustre Colegio Provincial de Abogados de A Coruña (ICACOR)*, 24 de mayo de 2013, pág. 36, https://www.icacor.es/fileadmin/user_upload/archivos/contenidos/MEDIACION_INTRAJUDICIAL_CIVIL_2.pdf
- (5) <https://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Temas/Mediacion/Presentacion/>
- (6) Al respecto, consultar «Aproximación valorativa de la implantación de la mediación intrajudicial en España», *Convenio de Colaboración CGPJ-GEMME*, Propuestas, <https://mediacionesjusticia.files.wordpress.com/2018/12/DossierCGPJ.pdf>
- (7) La propia página web del CGPJ ofrece amplia información sobre la mediación, desde el punto de vista de conexión con el proceso: <https://www.mjusticia.gob.es/es/AreaTematica/ActividadLegislativa/Documents/APL%20Eficiencia%20Procesal.pdf>
- (8) En principio, la omisión de esta información en la convocatoria a la audiencia constituirá una simple irregularidad procesal, sin que quede afectada la validez del procedimiento, ya que siempre es posible a las partes acudir a mediación, conforme al artículo 19 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (LA LEY 58/2000), ATARÉS GARCÍA, E. M.^a; «La mediación intrajudicial civil», *op. Cit.*, pág 45.
- (9) Al respecto, véase TORRE SUSTAETA, V., «La mediación obligatoria. Redefiniendo los métodos alternativos de resolución de conflictos», *Diario La Ley*, n.º 9853, 2021.

- (10) «El Tribunal y el Letrado de la Administración de Justicia cuidarán de que puedan ser subsanados los defectos en que incurran los actos procesales de las partes».
-
- (11) Al respecto, ABEL LLUCH, X., «La función conciliadora en la audiencia previa: presupuestos, facultades judiciales y límites», en *Revista Jurídica Valenciana*, Núm. 30, año 2013, págs. 1-26
-
- (12) ASENCIO MELLADO, J.M., *Derecho Procesal Civil*, Parte Primera, 2ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, pág. 219.
-
- (13) Pese a que podría considerarse que solo de ese modo se puede llegar a un acuerdo que ponga fin al litigio. *Ibidem*.
-
- (14) MONTERO AROCA, J. (y otros), *Derecho Jurisdiccional*, 13ª ed., ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, p. 230.
-
- (15) Si bien, si quince días antes de la fecha del juicio, las partes quisieran prorrogar el plazo, especificando fecha, podrán hacerlo por una sola vez, fijándose a tales efectos nueva fecha para el juicio.
-
- (16) Continúa diciendo el precepto que «cuando se hubiera suspendido el proceso para acudir a mediación, terminada la misma sin acuerdo, cualquiera de las partes podrá solicitar que se alce la suspensión y se señale fecha para la continuación de la vista. En el caso de haberse alcanzado en la mediación acuerdo entre las partes, éstas deberán comunicarlo al tribunal para que decrete el archivo del procedimiento, sin perjuicio de solicitar previamente su homologación judicial».
-
- (17) En este caso, terminada la actividad de negociación sin acuerdo, cualquiera de las partes podrá solicitar que se alce la suspensión y se señale fecha para la continuación de la vista. «Por el contrario, en el caso de haberse alcanzado acuerdo entre las partes, éstas deberán comunicarlo al tribunal para que decrete el archivo del procedimiento, sin perjuicio de solicitar previamente su homologación judicial».
-
- (18) El artículo 15.1 de la Ley 5/ 2.012 establece que «el coste de la mediación, haya concluido o no con el resultado de un acuerdo, se dividirá por igual entre las partes, salvo pacto en contrario».
-
- (19) La Unidad de Mediación Intrajudicial de Murcia (UMIM) introduce además una serie de buenas prácticas en su Código Ético, fundamentadas en la experiencia práctica en mediación intrajudicial, ITURMENDI MORALES, G., «La mediación intrajudicial de conflictos», *Práctica de Tribunales: revista de derecho procesal civil y mercantil*, n.º 136, 2019, pág. 2.
-
- (20) Al respecto, consultar MARÍN ÁLVAREZ, C. «La Unidad de Mediación Intrajudicial de Murcia. Seis años de experiencia», https://eventos.um.es/_files/_event/_28085/_editorFiles/file/Documentaci%C3%B3n/Ámbito/CUEMYC%20MURCIA%20OCT%2019%20UMIM%20CARMEN%20MARIN%20ok.pdf
-