

Fernando Gascón Inchausti
y Pilar Peiteado Mariscal (Dirs.)

ESTÁNDARES EUROPEOS Y PROCESO CIVIL

HACIA UN PROCESO CIVIL
CONVERGENTE CON EUROPA



 **Atelier**
LIBROS JURÍDICOS



Estándares europeos y proceso civil

**Hacia un proceso civil convergente
con Europa**

Fernando Gascón Inchausti

Pilar Peiteado Mariscal

Directores

Estándares europeos y proceso civil

**Hacia un proceso civil convergente
con Europa**

AUTORES

Felip Alba Cladera

Alicia Bernardo San José

Marina Cedeño Hernán

Ignacio José Cubillo López

Fernando Gascón Inchausti

Burkhard Hess

Lena Hornkohl

Francisco López Simó

Juan Carlos Ortiz Pradillo

Pilar Peiteado Mariscal

Bárbara Sánchez López

Carlos Santaló Goris

Guillermo Schumann Barragán

Thomas W. Thamm

Enrique Vallines García

María Luisa Villamarín López

Este libro forma parte de los resultados del Proyecto de Investigación «Hacia un proceso civil convergente con Europa. Hitos presentes y retos futuros» (PGC2018-094693-B-100), financiado por el Ministerio de Ciencia e Innovación.

Reservados todos los derechos. De conformidad con lo dispuesto en los arts. 270, 271 y 272 del Código Penal vigente, podrá ser castigado con pena de multa y privación de libertad quien reproducere, plagiare, distribuyere o comunicare públicamente, en todo o en parte, una obra literaria, artística o científica, fijada en cualquier tipo de soporte, sin la autorización de los titulares de los correspondientes derechos de propiedad intelectual o de sus cesionarios.

© 2022 Los autores

© 2022 Atelier
Santa Dorotea 8, 08004 Barcelona
e-mail: editorial@atelierlibros.es
www.atelierlibrosjuridicos.com
Tel. 93 295 45 60

I.S.B.N.: 978-84-18780-76-9

Depósito legal: B 23207-2022

Diseño de la colección y de la cubierta: Eva Ramos

Diseño y composición: Addenda, Pau Claris 92, 08010 Barcelona
www.addenda.es

Impresión: Winihard Gràfics, Avda. del Prat 7, 08180 Moià

Índice

INTRODUCCIÓN. EL ANÁLISIS DEL PROCESO CIVIL ESPAÑOL DESDE EL PRISMA DEL DERECHO EUROPEO: ENTRE LA UTILIDAD Y LA NECESIDAD	11
<i>Fernando Gascón Inchausti y Pilar Peiteado Mariscal</i>	

PRIMERA PARTE

EL PROCESO CIVIL DESDE UNA PERSPECTIVA GENERAL Y TRANSVERSAL

CAPÍTULO 1. ENTRE LA ORALIDAD TELEMÁTICA Y LA ESCRITURA DIGITAL: ¿CAMINAMOS FELICES HACIA EL «MEDIEVO DIGITAL»?	19
<i>Bárbara Sánchez López</i>	
CAPÍTULO 2. LA GESTIÓN Y LA FLEXIBILIDAD DEL PROCEDIMIENTO: ¿UN PROCESO CIVIL CONVERGENTE CON EUROPA?	117
<i>Guillermo Schumann Barragán</i>	
CAPÍTULO 3. ASISTENCIA DE LETRADO Y FACULTADES DE AUTODEFENSA: ¿MENOS ABOGADOS?	155
<i>Ignacio José Cubillo López</i>	
CAPÍTULO 4. INFLUENCIA DE LOS ESTÁNDARES EUROPEOS EN EL RÉGIMEN PROCESAL ESPAÑOL DE NOTIFICACIONES	193
<i>María Luisa Villamarín López</i>	
CAPÍTULO 5. EL PROBLEMA DE LA ASIMETRÍA INFORMATIVA Y EL ACCESO A LAS FUENTES PROBATORIAS: INFLUJO EUROPEO Y POSIBILIDADES DE REFORMA EN ESPAÑA	245
<i>Felip Alba Cladera</i>	

CAPÍTULO 6. EL DERECHO A UN PROCESO CON TODAS LAS GARANTÍAS Y LA PROTECCIÓN DE INFORMACIÓN CONFIDENCIAL EN EL PROCESO CIVIL. MODELOS EUROPEOS Y CONVERGENCIA	271
<i>Pilar Peiteado Mariscal</i>	
CAPÍTULO 7. ACCESO A LA JUSTICIA Y TASAS JUDICIALES EN ESPAÑA A LA LUZ DE LOS ESTÁNDARES EUROPEOS	335
<i>Francisco López Simó</i>	
CAPÍTULO 8. ESTÁNDARES EUROPEOS Y ASISTENCIA JURÍDICA GRATUITA.	369
<i>Francisco López Simó</i>	
CAPÍTULO 9. LA CONDENA EN COSTAS PROCESALES: UN ANÁLISIS EN CLAVE EUROPEA	417
<i>Felip Alba Cladera</i>	
CAPÍTULO 10. ESTÁNDARES EUROPEOS DE MÉTODOS ADR Y SU ENCAJE EN EL PROCESO CIVIL EN ESPAÑA.	441
<i>Juan Carlos Ortiz Pradillo</i>	

SEGUNDA PARTE

EL PROCESO CIVIL A TRAVÉS DE ACTUACIONES E INSTITUCIONES CONCRETAS

CAPÍTULO 11. EL PRINCIPIO DISPOSITIVO Y LOS PODERES DEL JUEZ EN EL PROCESO DECLARATIVO: LA EXTENSIÓN DE LA ACTUACIÓN DE OFICIO COMO CAUCE PARA LA PROTECCIÓN DE LOS CONSUMIDORES	487
<i>Marina Cedeño Hernán</i>	
CAPÍTULO 12. ANÁLISIS COMPARATIVO DE LOS PROCESOS EUROPEO Y ESPAÑOL PARA LAS DEMANDAS DE ESCASA CUANTÍA. ¿LA EUROPEIZACIÓN DEL JUICIO VERBAL?	535
<i>Alicia Bernardo San José</i>	
CAPÍTULO 13. LA REFORMA NECESARIA DEL PROCESO MONITORIO EN ESPAÑA: ¿HACIA UNA GENERALIZACIÓN DEL PROCESO MONITORIO EUROPEO?	601
<i>Enrique Vallines García</i>	
CAPÍTULO 14. LA PROTECCIÓN DE LA INFORMACIÓN CONFIDENCIAL: UNA VISIÓN DESDE LA APLICACIÓN PRIVADA DEL DERECHO DE LA COMPETENCIA.	649
<i>Lena Hornkohl</i>	

CAPÍTULO 15. EXCESOS Y DEFECTOS EN LA ADAPTACIÓN DE LA LEGISLACIÓN PROCESAL NACIONAL A LOS ESTÁNDARES EUROPEOS: UNA VISIÓN DESDE LA REGULACIÓN DE LA ORDEN EUROPEA DE RETENCIÓN DE CUENTAS	673
<i>Carlos Santaló Goris</i>	
CAPÍTULO 16. ACCIONES COLECTIVAS Y DERECHO EUROPEO: EL IMPACTO DE LA DIRECTIVA 2020/1828 SOBRE EL SISTEMA PROCESAL ESPAÑOL.	699
<i>Fernando Gascón Inchausti</i>	
CAPÍTULO 17. LA LITIGACIÓN ASOCIADA AL <i>DIESELGATE</i> EN ALEMANIA COMO MUESTRA DE LAS DIFICULTADES QUE AFRONTAN LOS SISTEMAS NACIONALES DE TUTELA COLECTIVA	749
<i>Thomas W. Thamm</i>	
CAPÍTULO 18. COOPERACIÓN JUDICIAL DIGITAL EN EL ESPACIO DE LIBERTAD, SEGURIDAD Y JUSTICIA. LA COOPERACIÓN JUDICIAL EN MATERIA CIVIL	763
<i>Burkhard Hess</i>	

Capítulo 10 | Estándares europeos de métodos ADR y su encaje en el proceso civil en España

Juan Carlos Ortiz Pradillo*

1. INTRODUCCIÓN: ESTÁNDARES EUROPEOS DE LOS SISTEMAS ADR EN EL PROCESO CIVIL: 1.1. Marco jurídico europeo; 1.1.1. *Amplitud conceptual*; 1.1.2. *Flexibilidad procedimental*; 1.1.3. *Voluntariedad mitigada*. 1.2. Recomendaciones y propuestas a futuro: la Propuesta de Directiva sobre normas mínimas comunes del proceso civil de la Unión Europea y las Reglas Modelo Europeas de Proceso Civil: 1.2.1. *La Propuesta de Directiva sobre normas mínimas comunes del proceso civil de la Unión Europea*; 1.2.2. *Las Reglas Modelo Europeas de Proceso Civil*. 2. ¿CUMPLE LA LEGISLACIÓN ESPAÑOLA CON ESA VISIÓN EUROPEA DE INCORPORAR LOS MÉTODOS ADR AL SENO DEL PROCESO CIVIL? SITUACIÓN ACTUAL Y PROPUESTAS: 2.1. A propósito de la amplitud conceptual; 2.2. A propósito de la flexibilidad procedimental; 2.3. A propósito de la voluntariedad mitigada: 2.3.1. *Incentivos económicos para el fomento de los ADR en España*; 2.3.2. «Zanahorias» económicas: *gratuidad de los servicios ADR y devolución de las tasas judiciales*; 2.3.3. *Instrumentos procesales civiles para el fomento de métodos ADR en España*; 2.3.4. *La búsqueda de un acuerdo extrajudicial versus la justificación de haber intentado un método ADR como presupuesto procesal para acceder a la Justicia*; 2.3.5. *La derivación intrajudicial a los métodos ADR*; 2.3.6. *Las sanciones —«palos»— por no haber asistido o haber rechazado participar en un método ADR*. 3. BIBLIOGRAFÍA.

1. Introducción: Estándares europeos de los sistemas ADR en el proceso civil

La utilización de mecanismos ADR —alternative or adequate dispute resolution— o MASC —métodos alternativos o adecuados de solución de conflictos o controversias— (según utilicemos sus siglas en inglés o en castellano) constituye uno de los temas perennes que presiden los debates y estudios jurídicos a propósito de garantizar una Justicia ágil y eficaz, sobre todo cuando se trata de buscar soluciones

* Profesor Titular de Derecho Procesal — Universidad Complutense de Madrid — Miembro del Instituto de Derecho Europeo e Integración Regional (IDEIR) — juancarlosortiz@ucm.es — ORCID: 0000-0001-6092-6137. WoS ResearcherID AAG-7424-2019.

ante la multiplicación de la litigiosidad judicial y la sobrecarga de trabajo de la Administración de Justicia.

La armonización de los sistemas procesales civiles en la Unión Europea no sólo se ha fijado en el acercamiento de los sistemas judiciales de los Estados miembros, mediante la importante labor jurisprudencial del TJUE, así como en el impulso de un Derecho Procesal Civil Europeo en asuntos transfronterizos, fruto de la competencia legislativa prevista en el Artículo 81 TFUE. También se ha buscado impulsar y armonizar los mecanismos de resolución de conflictos alternativos a la vía judicial —en adelante, utilizaremos indistintamente la expresión «métodos ADR» o «métodos MASC» para referirnos genéricamente a los distintos sistemas extrajudiciales de resolución de conflictos previstos legalmente—, así como también lograr su adecuado encaje dentro de los procesos jurisdiccionales, ya que la Unión Europea considera que dichos mecanismos constituyen también una eficaz herramienta para garantizar el acceso a la Justicia, consagrado como derecho fundamental y principio general del Derecho Europeo en el artículo 6 CEDH y el artículo 47 CDFUE¹.

En este sentido, la herramienta legislativa dispuesta en el art. 81.2.g TFUE para adoptar medidas de aproximación de las disposiciones legales de los Estados miembros para *garantizar el desarrollo de métodos alternativos de resolución de litigios* en asuntos civiles con repercusión transfronteriza, basada en el principio de reconocimiento mutuo de las resoluciones judiciales y extrajudiciales, ha dado lugar a toda una batería de iniciativas y avances legislativos (Planes de Acciones, Libros Verdes, Recomendaciones, Directivas y Reglamentos), para lograr una cierta armonización *horizontal* de la Justicia Civil en Europa en cuanto a los requisitos y estándares o principios rectores de dichos procedimientos ADR, que contribuyan a la solución de controversias a través de procedimientos «rápidos y poco costosos»², al entender que con ello se conseguirá, tanto facilitar el acceso a la Justicia y a la resolución eficaz de las controversias, como ayudar igualmente a la descongestión de la carga de trabajo que pesa sobre los órganos jurisdiccionales.

1. Un estudio más detallado sobre los avances legislativos de la Unión Europea en materia de sistemas ADR puede verse en ORTIZ PRADILLO, J. C. (2021) «Los mecanismos alternativos de resolución de conflictos y su operatividad presente y futura», *VV.AA. JUSTICIA Y TRANSNACIONALIDAD. TUTELA JUDICIAL Y MECANISMOS ALTERNATIVOS DE SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS* (Dir. Jorge Argudo González, Coord. Lucía López de Castro García-Morato), Madrid: Iustel, pp. 133-165.

2. No parece cuestionable que la rapidez, agilidad y «coste reducido» de los ADR haya sido una de las máximas presentes en casi todas las propuestas e iniciativas europeas en dicha materia. Basta con leer, por ejemplo, lo analizado en el Libro Verde sobre el acceso de los consumidores a la justicia y las soluciones de litigios en materia de consumo en el Mercado único [COM (1993) 576 final] o en el Libro Verde de 2002 sobre las modalidades alternativas de solución de conflictos en el ámbito del derecho civil y mercantil [COM(2002) 196 final].

1.1. Marco jurídico europeo

Existen tres principales instrumentos legislativos reguladores de métodos ADR en la Unión Europea: la Directiva 2008/52/CE, de 21 de mayo de 2008, sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles (en adelante, la «Directiva de Mediación»); la Directiva 2013/11/UE, de 21 de mayo de 2013, relativa a la resolución alternativa de litigios en materia de consumo (en adelante, la «Directiva RAL») y el Reglamento (UE) 524/2013, también de 21 de mayo de 2013, sobre resolución de litigios en línea en materia de consumo (en adelante, el «Reglamento RLL»).

Los dos últimos vinieron a tratar de fijar un marco jurídico horizontal y común aplicable a los distintos sistemas ADR en materia del Derecho de consumo, referidos a la resolución de controversias entre consumidores y comerciantes de la UE derivados de la compra de un producto o la contratación de un servicio, y en los cuales se establecieron determinados principios de calidad armonizados para las entidades y los procedimientos ADR o RLL (abarcando tanto los sistemas en los que el tercero puede imponer soluciones vinculantes, como a aquellos en los que el tercero reúne a las partes con el fin de facilitar una solución amistosa y, en su caso, proponer una solución); determinadas obligaciones de información sobre los comerciantes que decidieran someterse a dichos sistemas y sobre las entidades ADR; y determinadas obligaciones de control, certificación y seguimiento por parte de los Estados respecto de las entidades ADR y de sus procedimientos³.

El primero, sin embargo, optaba por buscar una armonización europea sobre un concreto mecanismo ADR como lo es la mediación, y a diferencia de los otros dos instrumentos referidos al ámbito del consumo, sí que fija una serie de criterios o normas mínimas a la hora de integrar dicho mecanismo ADR en los procesos jurisdiccionales civiles y mercantiles, lo cual constituye el objeto del presente trabajo. Es decir, tanto la Directiva de mediación, como otras iniciativas *soft law* posteriores en la Unión Europea sí nos permiten atisbar hacia dónde se encamina la Justicia Civil europea en materia de incorporación de los métodos ADR al sistema jurisdiccional⁴. Y esa visión puede quedar resumida en las siguientes notas características: Amplitud conceptual, flexibilidad procedimental y voluntariedad mitigada.

3. Con mayor detalle, vid. VILLAMARÍN LÓPEZ, M. L. (2018) «Los estándares mínimos exigibles a los mecanismos alternativos de resolución de litigios de consumo», en *Innovación tecnológica, mercado y protección de los consumidores* (Coord. María Teresa Álvarez Moreno), Barcelona: Reus, pp. 317-332.

4. Además de las iniciativas objeto de análisis específico —la Propuesta de Directiva sobre normas mínimas comunes del proceso civil de la Unión Europea y las Reglas Modelo Europeas de Proceso Civil—, las tendencias de la UE en materia de incorporación de métodos ADR a los sistemas judiciales se aprecian igualmente en el Informe de la Comisión al Parlamento europeo, al Consejo y al Comité Económico y Social europeo sobre la aplicación de la Directiva 2008/52/CE del Parlamento Europeo y del Consejo sobre ciertos aspectos de la

1.1.1. *Amplitud conceptual*

La Unión Europea ha comprendido que uno de los modos para facilitar la utilización de mecanismos ADR en los distintos sistemas procesales de los Estados miembros pasa por fijar un marco jurídico predecible y fiable, pero también pasa por habilitar, a partir de una normativa de mínimos, que los Estados se sirvan de aquellos métodos ADR más adecuados, cognoscibles o encajables en su cultura procesal. Por ello, ambos instrumentos legislativos (la Directiva RAL y la Directiva de Mediación) mantienen unas definiciones abiertas de lo que ha de entenderse por «solución consensuada», y más en concreto, por «mediación» y por «mediador».

La Directiva de Mediación de 2008 definió la «mediación» en términos muy genéricos: *un procedimiento estructurado, sea cual sea su nombre o denominación, en el que dos o más partes en un litigio intentan voluntariamente alcanzar por sí mismas un acuerdo sobre la resolución de su litigio con la ayuda de un mediador*. De este modo, tal definición ampara, tanto a aquellos procedimientos en los que el tercero puede llegar a proponer una solución práctica (mediación valorativa), como a aquéllos otros en los que dicho tercero ejerce como mero conductor del proceso para la gestión del conflicto, pero sin ofrecer propuestas de solución (mediación facilitadora), a la vez que ampara también las distintas formas a partir de las cuales se accede a la mediación, como por ejemplo, por la espontánea voluntad de las partes de acudir a la misma, por venir establecida como cláusula contractual, porque venga exigida como requisito previo a la vía judicial por el ordenamiento jurídico nacional o sea propuesta o exigida por el órgano judicial en el marco de un proceso judicial⁵. Únicamente se quiso dejar claro que se excluían aquellas gestiones llevadas a cabo por el órgano judicial competente para resolver el litigio en el curso de un proceso judicial (art. 3.a.II), así como las negociaciones precontractuales, la conciliación judicial, los sistemas aplicables a las reclamaciones de consumo, el arbitraje, la determinación por experto o el asesoramiento de éste al órgano jurisdiccional, ni los procesos administrados por personas u órganos que formulan recomendaciones formales, ya sean jurídicamente vinculantes o no, sobre la solución del conflicto⁶.

De igual modo, la Directiva RAL también optó por una visión muy amplia de los procedimientos de resolución extrajudicial de litigios, al amparar tanto aquellos en los que la entidad RAL impone una solución vinculante, como aquellos otros en los

mediación en asuntos civiles y mercantiles [COM(2016) 542 final], así como en la Resolución del Parlamento Europeo, de 12 de septiembre de 2017, sobre la aplicación de la Directiva 2008/52/CE [2016/2066(INI)].

5. CASO SEÑAL, M. (2008) «Mediación. Signo distintivo de Europa», *La Ley*, 31 de octubre de 2008, pp. 8 y ss.

6. Considerandos 11 y 12 de la Directiva. Se eliminó la exclusión expresa del «recurso al Defensor del Pueblo» que establecía la Propuesta de Directiva de 2004, aunque tal cauce puede incluirse dentro de *los procesos administrados por personas u órganos que formulan recomendaciones formales, ya sean jurídicamente vinculantes o no*.

que tan sólo propone o reúne a las partes con el fin de facilitar una solución amistosa, si bien el apartado 2 de su artículo 2 también enumera una serie de métodos ADR que deben entenderse excluidos (por ej., los procedimientos en los que el encargado de resolver el litigio esté empleado o sea retribuido exclusivamente por el comerciante en cuestión, los sistemas internos de atención al cliente, la negociación directa entre el consumidor y el comerciante, o los intentos realizados por un juez para resolver un litigio en el marco de un procedimiento judicial relativo a dicho litigio).

Ahora bien, esta amplitud conceptual ha sido, justamente, criticada por dar lugar a una «colcha de patchwork» compuesta por una miríada de diferentes entidades y métodos ADR que resultan desconocidos y extraños para los nacionales de otros Estados miembros diferentes a aquél en el que se lleva a cabo la búsqueda de la solución consensuada del conflicto⁷.

1.1.2. Flexibilidad procedimental

En segundo lugar, hablamos de flexibilidad procedimental porque la UE también ha abogado por otorgar un amplio margen a los Estados y a la autonomía de la voluntad de las partes a la hora de configurar el procedimiento ADR en cuestión.

Con respecto a la mediación, la Directiva de 2008 indicó expresamente que «La mediación a que se refiere la presente Directiva debe ser un procedimiento voluntario, en el sentido de que *las partes se responsabilizan de él y pueden organizarlo como lo deseen y darlo por terminado en cualquier momento*⁸». No obstante, en el Libro Verde sobre modalidades alternativas de solución de conflictos en el ámbito del derecho civil y mercantil del año 2002 ya se advertía que «La calidad de las ADR se basa esencialmente en la competencia de los terceros responsables de éstas. El control de las técnicas exigidas por dichas modalidades requiere una sólida formación. La formación profesional desempeña, pues, un papel primordial, y no sólo desde el punto de vista del funcionamiento de las ADR, de su calidad y, por consiguiente, de la protección de los usuarios de las ADR, sino también en la perspectiva de la libre prestación de servicios que garantiza el artículo 49 del Tratado».

Sin embargo, la Directiva de 2008 apenas entró a regular esos mínimos de calidad, optando por establecer una doble remisión: La primera, dirigida a los Estados

7. Véase el estudio *The Relationship between Formal and Informal Justice: the Courts and Alternative Dispute Resolution Report of the European Law Institute and of the European Network of Councils for the Judiciary. Report of the European Law Institute and of the European Network of Councils for the Judiciary*. European Law Institute, 2018, pp. 6 y ss. Documento accesible online en la página web: https://www.europeanlawinstitute.eu/fileadmin/user_upload/p_eli/Publications/ADR_Statement.pdf.

8. Considerando nº13 de la Directiva.

miembros, a los que otorgó libertad a la hora de configurar el modelo de mediación o las exigencias con respecto a la formación y capacitación de los mediadores, instándoles únicamente a fomentar la elaboración de códigos de conducta voluntarios y la adhesión de los mediadores y las organizaciones que presten servicios de mediación a dichos códigos, como es el caso del *Código de Conducta Europeo para Mediadores* aprobado en 2004⁹. Y la segunda, dirigida expresamente a los mediadores, consistente en una remisión expresa a los principios establecidos como normas deontológicas para la mediación de consumo en la Recomendación 2001/310/CE de la Comisión, de 4 de abril de 2001, relativa a los principios aplicables a los órganos extrajudiciales de resolución consensual de litigios en materia de consumo¹⁰.

La Directiva de 2008 fijó muy pocas reglas positivas de procedimiento a la hora de encajar los ADR dentro de la Justicia civil, y lo hizo de manera consciente porque entendía que deberían ser los Estados miembros los que decidieran el modelo de mediación y su correspondiente encaje en su normativa procesal nacional. Más allá de la amplia definición de «mediación» en su artículo 3, no indicaba la estructura del procedimiento de mediación, aunque de los Considerandos del texto comunitario se deduce que dicho procedimiento deberá ser «económico y rápido» (considerando n.º6), en el que las partes «se responsabilizan de él y pueden organizarlo como lo deseen y darlo por terminado en cualquier momento» (considerando n.º13) y que debe aspirar a «preservar la flexibilidad del procedimiento de mediación y la autonomía de las partes, y a garantizar que la mediación se lleve a cabo de una forma eficaz, imparcial y competente» (considerando n.º17).

No obstante, y partiendo de la máxima según la cual la mediación *no debe considerarse una alternativa peor que el proceso judicial*¹¹, fijó los siguientes límites a la autonomía procesal de los Estados y de las partes a la hora de configurar dichos mecanismos ADR:

- a) los Estados debían prever la posibilidad de que los órganos jurisdiccionales puedan establecer límites temporales al procedimiento de mediación, así como la posibilidad de «señalar» a las partes la posibilidad de acudir a la mediación, cuando resulte oportuno;

9. http://ec.europa.eu/civiljustice/adr/adr_ec_code_conduct_es.pdf

10. Considerando n.º18 de la Directiva: «Se debe alentar a todos los mediadores u organizaciones que entran en el ámbito de aplicación de dicha Recomendación a que respeten sus principios».

11. Considerando n.º 19 de la Directiva 2008/52/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de mayo de 2008, sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles (DOUE L 136, de 24 de mayo de 2008).

- b) la necesidad de que los ordenamientos nacionales garanticen que el hecho de que las partes que opten por la mediación con ánimo de solucionar un litigio no les impida posteriormente iniciar un proceso judicial o un arbitraje en relación con dicho litigio por haber vencido los plazos de caducidad o prescripción durante el procedimiento de mediación;
- c) la protección de la confidencialidad de la información derivada de un procedimiento de mediación o relacionada con dicho proceso salvo acuerdo contrario de las partes o cuando concurran ciertas premisas dispuestas en el artículo 7; y
- d) la posibilidad de que el ordenamiento nacional pueda disponer el carácter ejecutivo del acuerdo escrito resultante de una mediación.

La normativa europea sobre ADR de consumo (Directiva y Reglamento de 2013), por el contrario, sí que fijaron una gran pléyade de normas y principios aplicables a la configuración del procedimiento ADR a seguir.

Respecto a la Directiva RAL, cabe citar, entre otros ejemplos, cómo el artículo 5 no sólo dispone la información mínima que la entidad RAL debe facilitar a los consumidores relativa al procedimiento utilizado por dicha entidad, sino que insta en concreto a que dicho procedimiento «permita al consumidor presentar una reclamación fuera de línea» y «haga posible el intercambio de información entre las partes por vía electrónica o, si procede, por correo». Además de ello, los principios de Eficacia y Equidad de los artículos 8 y 9 imponen igualmente un sinfín de normas procedimentales, como por ejemplo, que las partes tengan acceso al procedimiento, sin estar obligadas a ser asistidas por letrado o asesor jurídico, y sin que el procedimiento les prive de su derecho a obtener asesoramiento independiente o a estar representadas o asistidas por un tercero en cualquier fase del procedimiento; que el procedimiento de resolución alternativa sea gratuito o se preste a cambio de un precio simbólico para los consumidores; que el resultado del procedimiento de resolución alternativa se dé a conocer en un plazo de noventa días naturales (ampliable) contados desde la fecha en que la entidad de resolución alternativa haya recibido el expediente completo de reclamación, y además, dicho resultado se les informe por escrito o en un soporte duradero y con una exposición de las razones en las que se funda; que las partes tengan la posibilidad de expresar su punto de vista en un plazo razonable; o que dichas partes reciban de la entidad de resolución alternativa los argumentos, las pruebas, los documentos y los hechos presentados por la otra parte, cualesquiera declaraciones realizadas y dictámenes de expertos, y puedan presentar alegaciones al respecto.

Y en cuanto respecta al Reglamento RLL, también se dispone el contenido mínimo del formulario electrónico de reclamación, la información a remitir a la empresa o comerciante reclamados, la información a remitir a la parte reclamante, o la información que caracterice al procedimiento en línea seguido por la entidad RAL.

1.1.3. Voluntariedad mitigada

La tercera de las características que definen la visión europea de cómo incorporar los métodos ADR al sistema jurisdiccional civil es la modulación del carácter voluntario de los mismos. Se habla de «voluntariedad mitigada» porque, si bien es cierto que la principal nota definitoria de los sistemas ADR es la voluntariedad en cuanto a su utilización, referida tanto a la decisión de emplear o no dichos mecanismos ADR para la búsqueda de un acuerdo consensuado, como a la posibilidad de dar por finalizado su empleo o no llegar a un acuerdo sobre la controversia, lo cierto es que las instituciones europeas han remarcado reiteradamente la conveniencia de impulsar el uso de los mecanismos ADR a través de dos caminos: por una parte, difundir la existencia de tales sistemas, y más en particular, exigir que los abogados y demás profesionales jurídicos informen adecuadamente a sus clientes sobre la posibilidad de recurrir a la mediación y a otros sistemas ADR; y por otra, a través de «incentivos financieros¹²» y exigencias de que el recurso a la mediación sea algo obligatorio antes de acudir a la vía judicial.

De ahí que la Directiva de Mediación permita a los distintos ordenamientos jurídicos nacionales regular el uso de fórmulas de resolución consensuada de las controversias como un requisito previo, incluso obligatorio, a la vía judicial, siempre que ello no impida a aquéllas acudir a la vía judicial una vez finalizada o intentada la mediación sin éxito, así como la posibilidad de que el órgano judicial pueda obligar a las partes procesales a acudir a una sesión de mediación. Y en la misma dirección, la Directiva RAL no exige la participación obligatoria de los comerciantes en los diversos procedimientos de resolución alternativa de conflictos, pero no impide que las legislaciones nacionales puedan establecer la obligatoriedad de participar en dichos procedimientos, siempre que dichas normas no impidan a las partes ejercer su derecho a acceder al sistema judicial, tal como establece el artículo 47 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (considerando nº 49 y artículo 1).

El que la UE vea con buenos ojos la imposición de obligar a las partes a acudir a sistemas ADR con carácter obligatorio antes de acudir a la vía judicial se deriva, entre otras causas, de la denominada «paradoja de la mediación»: En diversos estudios encargados por las instituciones europeas se aprecia que, a pesar de haberse documentado altos porcentajes de éxito en diversos países respecto de los conflictos en los que los litigantes participaron en la mediación, dichos éxitos son extremadamente limitados en número (apenas el 1% de los litigios iniciados en la UE), de modo que Europa concluye que, si bien el uso de la mediación produce

12. El enfoque optimista con el que la UE valora esos incentivos financieros (recuperación de tasas judiciales o ausencia de costas procesales) puede verse en ORTIZ PRADILLO, J. C. (2021) «Los mecanismos alternati- vos...», op. cit., p. 152.

resultados altamente exitosos, rara vez es utilizada de manera sistemática por los litigantes y abogados, y de ahí la conveniencia de exigir su utilización¹³.

Además, esta postura de las instituciones europeas proclive a exigir la utilización de mecanismos ADR con carácter previo al acceso a la vía judicial ha sido objeto de respaldo jurisprudencial por parte del TJUE en sus Sentencias *Alassini*¹⁴ y *Menini y Rampanelli*¹⁵, en donde dicho Tribunal ha declarado que el Derecho de la Unión (y en especial, el art. 47 CDFUE) no se opone a una normativa nacional conforme a la cual, en determinados litigios, pueda exigirse una mediación o conciliación previa como requisito de admisibilidad de la demanda judicial, siempre que tal exigencia no impida que las partes ejerzan su derecho de acceso al sistema judicial y que dichos mecanismos ADR tengan una serie de características concretas:

- que dicho procedimiento no implique un retraso sustancial a efectos del ejercicio de una acción judicial posterior,
- interrumpa la prescripción o caducidad para el ejercicio de los correspondientes derechos;
- no ocasione gastos significativos para las partes;
- no sea únicamente a través de instrumentos y canales electrónicos; y
- permita la adopción de medidas provisionales urgentes.

1.2. Recomendaciones y propuestas a futuro: la Propuesta de Directiva sobre normas mínimas comunes del proceso civil de la Unión Europea y las *Reglas Modelo Europeas de Proceso Civil*

En el camino hacia la convergencia de las normativas procesales civiles nacionales, en la Unión Europea se han propuesto una serie de principios y normas comunes para alcanzar sistemas judiciales eficaces —y, sobre todo, eficientes—, que faciliten el acceso a la justicia y la resolución justa de los litigios, en unos plazos y con unos costes razonables (máxime, ante la actual coyuntura postpandémica). Y tales propuestas parten de dos ideas clave: a) la gestión activa del procedimiento (*case-management*), con unos órganos jurisdiccionales que se impliquen activamente en los asuntos de los que conocen, con amplios poderes y facultades para adecuar y

13. Véase el estudio «Quantifying the Cost of Not Using Mediation - a Data Analysis (2011 Study)», de 6 de abril, elaborado por Giuseppe De Palo, Ashley Feasley y Flavia Orecchini, por encargo de la Dirección General de Políticas Interiores de la Unión Europea, pág. 10.

14. STJUE de 18 de marzo de 2010. Asuntos C-317/08 a C-320/08 - *Alassini* y otros. ECLI:EU:C:2010:146.

15. STJUE de 14 de junio de 2017, asunto C-75/16 - *Menini y Rampanelli*. ECLI:EU:C:2017:457. Como análisis sobre dichas sentencias y la relación entre la mediación obligatoria y el acceso a la Justicia, vid. PEITEADO MARISCAL, P. (2018) «Consideraciones sobre la relación entre el derecho a la tutela judicial efectiva y la mediación obligatoria». *Estudios de Deusto*, vol. 66, n.º 2, 2018, pp. 283-322. [http://dx.doi.org/10.18543/ed-66\(2\)-2018](http://dx.doi.org/10.18543/ed-66(2)-2018).

adaptar el procedimiento a las necesidades de las partes o de la causa; y b) el fomento de la cooperación entre las partes para alcanzar una solución justa, eficiente y rápida de la controversia (*cooperation*), lo cual incluye la obligación de buscar la solución consensual del litigio (*settlement*), tanto antes como después de la judicialización del asunto, para lo cual se hace necesario impulsar adecuadamente el uso de los métodos ADR, también en el seno de los procesos judiciales civiles y mercantiles.

La evolución que advertimos en estas propuestas europeas, con respecto a la actual normativa vigente (Directiva de 2008 y Directiva y Reglamento de 2013) radica en que el fomento de los mecanismos ADR no busca únicamente su utilización alternativa a la vía jurisdiccional y *fuera* de la misma (métodos *out-of-court*), como una exigencia previa y preprocesal, sino también que tales instrumentos ADR sean vistos como una herramienta procesal más, a emplear por los abogados y por el propio órgano jurisdiccional (*Court-based Dispute Resolution Processes*) a la hora de impulsar aquel mecanismo más apropiado para alcanzar, una vez judicializado y examinado el asunto, una solución consensual a su controversia (*in-Court-settlement*).

1.2.1. La Propuesta de Directiva sobre normas mínimas comunes del proceso civil de la Unión Europea

La *Propuesta de Directiva sobre normas mínimas comunes del proceso civil de la Unión Europea* de 2017¹⁶ incluyó específicas alusiones al uso de métodos tanto judiciales como extrajudiciales de resolución de litigios a la hora de garantizar un juicio equitativo, un mejor acceso a la justicia y la confianza mutua, como parte de la política de la UE encaminada a crear un espacio de libertad, seguridad y justicia. Además de reiterar la necesidad de que los ordenamientos nacionales fijen expresamente normas que interrumpan la caducidad y la prescripción de las acciones con el fin de no desalentar el uso de la mediación previa al proceso (considerando n°15), también se consideraban normas adecuadas para impulsar los mecanismos ADR dentro de la Justicia civil y mercantil, las siguientes:

- i) la facultad judicial de implicarse activamente en ayudar a las partes a llegar a una transacción sobre la totalidad o parte del litigio (artículo 9.2.e); y
- ii) la facultad judicial de poder proponer a las partes, en cualquier fase del proceso, el recurso a la mediación para llegar a una transacción o estudiar la posibilidad de una transacción (artículo 12.1).

16. Resolución del Parlamento Europeo, de 4 de julio de 2017, con recomendaciones destinadas a la Comisión sobre normas mínimas comunes del proceso civil en la Unión Europea (2015/2084(INL)). DOUE C 334, de 19 de septiembre de 2018, p. 39–59.

1.2.2 *La Reglas Modelo Europeas de Proceso Civil*

De igual modo, las *Reglas Modelo Europeas de Derecho Procesal Civil*¹⁷ (ERCP) adoptadas a finales de 2020 por el Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado (Unidroit) y el Instituto de Derecho Europeo (ELI) también constituyen una herramienta de *soft law* a través de la cual se pretende ofrecer un modelo sistemático de normas procesales civiles para cualquier país europeo; una suerte de «parte general» o «teoría general» del proceso civil eficiente¹⁸ en donde se han identificado y propuesto principios y pautas generales a seguir como «mejores soluciones» (*best practice* o *best rule approach*, en la terminología inglesa).

En dichas Reglas Modelo, vemos en primer lugar como los principios de cooperación entre las partes (*Cooperation*) y búsqueda de solución consensual del litigio (*Settlement*) se elevan a la categoría de principios generales del proceso (Rules 2, 9 y 10). Las ERCP no regulan cómo deben ser los métodos ADR a emplear durante el proceso civil, a diferencia de otras propuestas y textos legislativos europeos, sino que se centran en las obligaciones, facultades y posibilidades de las partes y del órgano judicial a la hora de servirse de dichos métodos ADR, bien con carácter previo a la judicialización de la causa, bien durante la pendencia del proceso jurisdiccional. Y la consideración de la búsqueda de una solución consensuada como principio general es una muestra de la importancia que para dichas Reglas adquiere la necesaria implicación de las partes y del órgano judicial a la hora de buscar, determinar y utilizar aquel procedimiento ADR que facilite la consecución de dicho objetivo.

Con respecto a las partes, se incide especialmente en el deber de los abogados de informar a sus clientes acerca de los diversos métodos ADR existentes y asistirles a la hora de elegir el más adecuado en función de la tipología de su controversia, e incluso servirse de métodos obligatorios, o de procurar soluciones consensuadas parciales.

Las ERCP no pretenden imponer el recurso a métodos ADR con carácter obligatorio o como requisito de procedibilidad de las acciones judiciales en todo caso, sino que lo dejan a la autonomía procesal de los Estados, para que decidan cómo de-sean impulsar el uso de dichos métodos con carácter previo a la judicialización de

17. *European Rules of Civil Procedure* (ERCP). La versión original en inglés se encuentra disponible en la dirección web: <https://www.unidroit.org/instruments/civil-procedure/eli-unidroit-rules>. La versión española es obra de Fernando Gascón Inchausti y Marco de Benito Llopis-Llombart, en el marco de las actividades de la Cátedra Jean Monnet de Derecho Procesal Civil Europeo de IE University, 2022, y se encuentra disponible en la dirección web: <https://www.unidroit.org/wp-content/uploads/2022/06/Reglas-en-espan%CC%83ol-2022-28-junio.pdf>.

18. GASCÓN INCHAUSTI, F. (2021) «Las European Rules of Civil Procedure: ¿un punto de partida para la armonización del proceso civil?», *Cuadernos de Derecho Transnacional* (Marzo 2021), Vol. 13, Nº 1, pp. 277-297. DOI: <https://doi.org/10.20318/cdt.2021.5960>.

la causa (por ej., a través de exigir haber intentado un acuerdo como presupuesto procesal para la admisibilidad de las demandas, o mediante la imposición de costas y sanciones a aquella parte que haya rechazado sin justa causa acudir a los mecanismos ADR). Lo que sí se disponen son obligaciones de conducta preprocesales o «deberes procesales preliminares» (*Pre-commencement procedural duties*, Rule 51), entre las cuales se exige a las partes cooperar en la búsqueda de una solución consensual de la controversia —lo cual incluye también la posibilidad de llegar a acuerdos parciales que reduzcan el número de cuestiones controvertidas (Rule 9.4)— o, en su caso, en un posterior desarrollo eficiente del proceso, a través de la evitación de costes, pérdidas de tiempo, o actuaciones judiciales innecesarias.

En virtud de esa Regla 51, las partes deberían intercambiarse ágilmente información sobre la naturaleza de la reclamación y concretar los aspectos fácticos y jurídicos de la controversia, antes de su judicialización, a fin de valorar la conveniencia o no de acudir a un método ADR, para lo cual se ponen como ejemplos de dicha conducta preprocesal los protocolos previos al ejercicio de acciones judiciales del sistema inglés (*Pre-Action Protocols*), previstos para materias tales como las reclamaciones de viajes combinados, reclamaciones dinerarias, daños personales, responsabilidad profesional, conflictos en materia sanitaria, daños en viviendas, accidentes de tráfico, etc.

En realidad, la conexión entre el *case management*, los *pre-action protocols* y la potenciación de los ADR preprocesales e intraprocesales para la promoción de acuerdos tempranos entre las partes no es novedoso. Las ERCP se inspiran en la reforma de las *Civil Procedure Rules* del sistema inglés, que a su vez se inspiraron en el informe de lord Harry Woolf de 1996¹⁹, y en el que ya se defendía la importancia del comportamiento de los abogados en las etapas anteriores a la judicialización de la controversia y la necesidad de que los tribunales, además de alentar el uso de métodos alternativos antes y durante la tramitación del proceso, tuvieran en cuenta la conducta de las partes a la hora de participar, o bien, rechazar injustificadamente participar en tales métodos.

Respecto al órgano judicial, el principio de *case-management* busca que el juez se implique activamente en propiciar que las partes puedan alcanzar acuerdos; para ello, se fija el «deber» del órgano judicial de facilitar la consecución de acuerdos, totales o parciales, a lo largo del proceso, pudiendo incluso ordenar a las partes acudir en persona a reuniones o audiencias para informarles y recomendarles específicos mecanismos ADR (Rules 10.1 y 10.2). Es más, dentro de esa gestión activa del procedimiento, se prevé que el órgano judicial pueda participar en los intentos

19. WOOLF, H. (1996) Access to Justice: Final Report to the Lord Chancellor on the Civil Justice System in England and Wales. H.M. Stationery Office.

de consecución de acuerdos e implicarse en la redacción de borradores de acuerdos, si bien ello no significa que pueda existir una suerte de «mediación judicial» dentro del proceso. Se reputa contrario al derecho a ser oído el que el juez lleve a cabo reuniones o comunicaciones privadas con una sola de las partes.

Las ERCP proponen, por ende, un proceso civil flexible con un juez pro-activo, con importantes poderes de gestión como esa facultad de exhortar a las partes a acudir a un mecanismo ADR, incluso recomendándoles el empleo de una modalidad concreta (Rule 10) que estime adecuada en función de la materia o de las circunstancias objetivas y subjetivas del caso; la facultad de exigir a las partes medidas activas y concretas para poner fin al proceso por acuerdo en todo o en parte; la fijación de un calendario procesal o cronograma prefijado; disponer la celebración de audiencias para la gestión del proceso (Rule 49), y en su caso, homologar o certificar un acuerdo alcanzado por las partes, tanto antes del proceso como durante su pendencia, que lo haga plenamente eficaz y ejecutivo²⁰ (Rule 141).

En conclusión, y si se nos permiten los coloquialismos, un proceso civil «arbitralizado» y un órgano judicial «empoderado» con importantes facultades para adecuar la gestión del caso —plazos, calendario de actuaciones, número de audiencias, orden en el examen de las cuestiones litigiosas, delimitación de los medios de prueba a emplear, instrumentos ADR a emplear, etc.— a las concretas circunstancias del asunto, de acuerdo con los principios de cooperación y proporcionalidad, y en defecto de reglas procedimentales taxativas y preclusivas.

2. ¿Cumple la legislación española con esa visión europea de incorporar los métodos ADR al seno del proceso civil?

Situación actual y propuestas

Según hemos desgranado, la UE apuesta por una visión amplia de los métodos ADR o MASC, para que sean las partes o las legislaciones nacionales las que decidan cuál se adapta mejor o puede ser más efectivo a la hora de lograr una solución de la controversia; fija una serie de reglas procesales mínimas (interrupción de la caducidad y la prescripción, confidencialidad de lo tratado durante la mediación y posibilidad de dotar de fuerza ejecutiva al acuerdo alcanzado) para que la utilización de estos mecanismos no impida o dificulte el acceso a la Justicia; y pretende abogar por que la utilización de métodos ADR sea preferente, mientras que la judicialización de la controversia sea la última opción.

20. GASCÓN INCHAUSTI, F. (2021) «Las European Rules...», op. cit., p. 289.

La actual legislación española, sobre el papel, parece cumplir gran parte de esas indicaciones ofrecidas por las instituciones europeas, de modo que podríamos decir que nuestra normativa procesal civil en materia de promoción y derivación a métodos ADR es parcialmente convergente con los planteamientos de la UE. No obstante, esta afirmación merece un mayor desarrollo argumental para destacar por qué, incluso allí donde se cumple con los estándares europeos, la utilización de sistemas ADR no termina de funcionar en España, como tampoco sucede en Europa. De nada sirve seguir a rajatabla las propuestas y recomendaciones europeas para potenciar el uso de los sistemas ADR en la justicia civil y mercantil, si las mismas no son incorporadas de conformidad con las particularidades y características propias del sistema judicial nacional, y menos aún sin la debida adecuación a la cultura y práctica forense de los operadores jurídicos llamados a servirse de tales instrumentos.

2.1. A propósito de la amplitud conceptual

El artículo 1 de la Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles sigue estrictamente la definición dada por la Directiva 2008/52/CE (artículo 3.a): «Se entiende por mediación aquel medio de solución de controversias, cualquiera que sea su denominación, en que dos o más partes intentan voluntariamente alcanzar por sí mismas un acuerdo con la intervención de un mediador» Es más, el ámbito de la ley española se refiere a cualquier mediación que tenga lugar en España en asuntos civiles y mercantiles, y no sólo a los litigios transfronterizos.

Por su parte, la posterior Ley 7/2017, de 2 de noviembre, por la que se incorpora al ordenamiento jurídico español la Directiva RAL de 2013, se centra más en los requisitos que deberán cumplir las entidades de resolución alternativa que ofrezcan procedimientos de resolución alternativa o extrajudicial de litigios de consumo, mientras que a la hora de delimitar conceptualmente el método extrajudicial de resolución de conflictos a seguir, lo hace en sentido negativo, excluyendo en su artículo 3.2 diversos mecanismos como la negociación directa entre las partes, los procedimientos iniciados por los empresarios contra los consumidores, los gestionados por los empresarios u oficinas y servicios de información y de atención al cliente, o los intentos o actuaciones realizadas en el marco de un procedimiento judicial con el fin de intentar solucionar el litigio objeto del mismo, por citar algunos ejemplos.

Y aún mayor amplitud conceptual se aprecia *lege ferenda*, pues el *Proyecto de Ley de Medidas de Eficiencia Procesal del Servicio Público de Justicia* de 2022²¹ define

21. Proyecto de Ley de medidas de eficiencia procesal del servicio público de Justicia. BOCG, Serie A: 22 de abril de 2022 nº 97-1.

como MASC «cualquier tipo de actividad negociadora, tipificada en esta u otras leyes, a la que las partes de un conflicto acuden de buena fe con el objeto de encontrar una solución extrajudicial al mismo, ya sea por sí mismas o con la intervención de un tercero neutral» (art. 1), a la vez que enumera un listado no cerrado de modalidades como la mediación regulada en la Ley 5/2012, la conciliación privada (art. 14), la oferta vinculante confidencial (art. 16), la opinión de experto independiente (art. 17), así como «cualquier otro medio adecuado de solución de controversias previsto en otras normas —v. gr., la conciliación notarial, registral o ante el LAJ—» y «la negociación directa o, en su caso, a través de sus abogados» (art. 13.1).

2.2. A propósito de la flexibilidad procedimental

La legislación española incorporó igualmente en 2012 las normas mínimas procesales exigidas en la Directiva de 2008 para interrumpir el cómputo de la caducidad o prescripción durante el procedimiento de mediación; la protección de la confidencialidad de la información derivada de un procedimiento de mediación o relacionada con dicho proceso y la posibilidad de que el ordenamiento nacional pueda disponer el carácter ejecutivo del acuerdo escrito resultante de una mediación.

Igualmente, convirtió la cláusula compromisoria de sometimiento a mediación en una excepción procesal equiparable a las cláusulas arbitrales (artículos 39 y 63 LEC), lo cual ya criticamos en su momento porque falla lo esencial: a diferencia del arbitraje, lo que caracteriza a la mediación es que se trata de un instrumento voluntario en el que las partes quieren resolver el conflicto por sí mismas y acuden a un tercero para que les ayude, no para que decida por ellos. No tiene sentido prohibir a las partes interponer entre sí ninguna acción judicial o extrajudicial si han firmado un pacto de mediación, porque ésta nacería ya desprovista de cualquier probabilidad de éxito, o al menos dichas probabilidades se verían seriamente mermadas. Cuando alguien acude a los tribunales en defensa de la tutela de sus derechos es debido a que los demás cauces de pacificación de la controversia (reuniones, contactos, reclamaciones previas, negociaciones, etc.) no han operado el efecto deseado y resulte casi imposible intentar una solución consensuada²².

Con la equiparación de la cláusula compromisoria de sometimiento a mediación con la cláusula arbitral tan sólo se posterga lo inevitable; que se cumpla el formalismo de convocar a la otra parte a una sesión y firmar un documento (acta) en el que se recoja lo obvio: que no existe voluntad de acuerdo y el intento de mediación debe darse por zanjado. Es curioso que al mediador se le conceda la potestad de

22. ORTIZ PRADILLO, J. C. (2016) ESTUDIO SISTEMÁTICO DE LA MEDIACIÓN FAMILIAR: PROPUESTAS DE ACTUALIZACIÓN Y MEJORA. Toledo: Ediciones Parlamentarias de Castilla-La Mancha, p. 186 y ss.

dar por finalizado el procedimiento de mediación por apreciar de manera justificada que las posiciones de las partes son irreconciliables (art. 22.3 de la Ley 5/2012) y, sin embargo, tal posibilidad no se les permita a las partes con carácter previo al inicio de dicho procedimiento de mediación, si en su momento firmaron un documento con la intención de someterse a mediación para resolver sus disputas.

Cuestión distinta es que, instada o iniciada una mediación u otro mecanismo ADR, se impida a las partes ejercitar contra las otras partes ninguna acción judicial o extrajudicial en relación con su objeto, salvo la solicitud de medidas cautelares, pues ello constituye una clara manifestación del principio de buena fe y de cooperación entre las partes que debe presidir cualquier sistema ADR. Así se prevé genéricamente en el artículo 10.2 de la Ley 5/2012, y también más específicamente, entre otras, en la normativa referida a la búsqueda de soluciones extrajudiciales en materia de reclamaciones de consumidores contra entidades de crédito con motivo de cláusulas abusivas contenidas en contratos de préstamo o crédito garantizados con hipoteca inmobiliaria²³.

En cuanto a la flexibilidad procedimental de los sistemas ADR en España, y frente al principio de legalidad procesal establecido en el art. 1 LEC, cabe preguntarse si en la mediación es necesario o conveniente que una ley regule cómo debe ser el procedimiento a seguir, pues la mediación se caracteriza justamente por ser lo opuesto al proceso jurisdiccional: flexible, confidencial, privada, y capaz de adaptarse a las necesidades de las partes en conflicto.

En la mediación se habla de «deslegalización», en el sentido de que la ley ocupa un papel menos central en el desarrollo de la negociación; de «desjudicialización», toda vez que la solución del conflicto no pasa necesariamente por la decisión de los órganos judiciales; y de «desjuridificación», en el sentido de que el Derecho como sistema cerrado de normas no determina de forma necesaria el contenido del acuerdo restaurativo o reparatorio²⁴. Por ello, la voluntariedad como principio caracterizador de la mediación no debe tener su reflejo únicamente en la decisión de acceder a la mediación o permanecer en ella, sino que exige que las partes asuman un papel protagonista en su diseño y su desarrollo, con una participación activa en la búsqueda de una solución a su problema.

23. De conformidad con el artículo 3.6 del Real Decreto-ley 1/2017, de 20 de enero, de medidas urgentes de protección de consumidores en materia de cláusulas suelo, «Las partes no podrán ejercitar entre sí ninguna acción judicial o extrajudicial en relación con el objeto de la reclamación previa durante el tiempo en que esta se sustancie. Si se interpusiera demanda con anterioridad a la finalización del procedimiento y con el mismo objeto que la reclamación de este artículo, cuando se tenga constancia, se producirá la suspensión del proceso hasta que se resuelva la reclamación previa».

24. ORTUÑO MUÑOZ, P., HERNÁNDEZ GARCÍA, J. (2007) *Sistemas alternativos a la resolución de conflictos (ADR): la mediación en las jurisdicciones civil y penal*, ed. Fundación Alternativas, Madrid, p. 8.

Pero, por otra parte, deben existir determinadas garantías que otorguen a los participantes la certeza de que el esfuerzo por alcanzar una solución consensuada no será tiempo y dinero perdido, sino que tendrá un reconocimiento por parte del Ordenamiento jurídico. Al fin y al cabo, los sistemas ADR *son flexibles pero tienen que basarse en unas normas mínimas de calidad entre las que figuran determinados principios básicos de procedimiento*²⁵. Y en nuestra opinión, el establecimiento de unas garantías mínimas es el factor clave para lograr el fomento y desarrollo de los sistemas ADR, por lo que resulta muy conveniente el establecimiento de un marco regulatorio que dote de seguridad jurídica a las actuaciones a desarrollar, de tal manera que los acuerdos alcanzados a través de la mediación sean eficaces y puedan ser cumplidos, y generen en los ciudadanos la confianza suficiente como para acudir a dichos métodos.

Ahora bien, una cosa es establecer previamente un cierto número de criterios mínimos que garanticen la transparencia del procedimiento y la profesionalidad de la persona o entidad mediadora, y otra muy distinta es normar sobre aspectos accesorios como, por ejemplo, que las partes deben «respetar los puntos de vista por ellas expresados»; que las partes deben prestar colaboración y apoyo permanente a la actuación del mediador, «manteniendo la adecuada deferencia hacia su actividad»; que se debe establecer por escrito el programa de actuaciones, el lugar de celebración o la lengua del procedimiento; que el mediador facilitará a las partes la exposición de sus posiciones y su comunicación de modo igual y equilibrado; o que las mediaciones para la reclamación de cantidad inferior a 600 euros deberán intentar resolverse a través de medios electrónicos, salvo que el empleo de éstos no sea posible para alguna de las partes.

En nuestra opinión, aunque la Ley 5/2012 afirme en su articulado que, *sin perjuicio del respeto a los principios establecidos en esta Ley, la mediación se organizará del modo que las partes tengan por conveniente*, vemos como dicha ley abusa de reglas procedimentales que impiden que la mediación regulada en España pueda calificarse como «flexible»²⁶, pues el grado de autonomía reconocido a las partes para configurar procedimentalmente la mediación a seguir es mucho menor que la concedida en la configuración de un arbitraje, en el que la mayoría de las normas son dispositivas y, por tanto, modificables por acuerdo de las partes.

Dicha Ley exige a las partes el respeto a numerosos requisitos respecto a plazos, forma y contenido de las solicitudes, notificaciones y actas; la propia tramitación de la mediación; los requisitos del mediador o de la institución mediadora; trámites a seguir para su nombramiento, aceptación, renuncia, sustitución, etc., y se da la paradoja de que la

25. Vid. el Libro Verde sobre las modalidades alternativas de solución de conflictos en el ámbito del derecho civil y mercantil, publicado por la Comisión el 19 de abril de 2002, pág. 30. COM (2002) 196 final.

26. ORTIZ PRADILLO, J. C. (2016) ESTUDIO SISTEMÁTICO... op. cit., p. 201.

legislación actual exige más requisitos para poder actuar como tercero mediador, sin capacidad de resolución, que para ser árbitro (y por tanto, poder imponer la resolución del conflicto a través de la emisión de un laudo con efectos de cosa juzgada).

Y en la misma línea, la citada Ley 7/2017 reguladora de las entidades de resolución alternativa de conflictos en materia de consumo también dedica su Sección 2ª (artículos 8 a 21) a fijar determinados requisitos que deben cumplir los procedimientos extrajudiciales gestionados por las entidades de resolución alternativa que aspiren a acreditarse como tales en España. Así, por ejemplo, y en materia de asistencia jurídica, el art. 10 obliga a aquella parte (consumidor o empresario) que pretenda valerse de abogado o asesor jurídico, a «comunicarlo a la entidad de resolución de conflictos dentro de los tres días siguientes a la fecha de presentación de la reclamación, en el caso del consumidor, o de la recepción de la reclamación si se tratara del empresario».

2.3. A propósito de la voluntariedad mitigada

Examinados los distintos estudios realizados por las instituciones europeas para analizar la eficacia de la Directiva de 2008, podemos extraer que desde Europa se ha puesto el foco en dos extremos para mejorar y aumentar la utilización de los mecanismos ADR en el plano civil y mercantil: los incentivos financieros, de una parte, para impulsar el uso de la mediación y el establecimiento de normas que impongan acudir a un sistema ADR con carácter previo a la judicialización de la controversia, o bien, que permitan al órgano judicial derivar a las partes a uno de dichos sistemas, durante la tramitación procesal de la controversia.

2.3.1. Incentivos económicos para el fomento de los ADR en España

Con respecto a los incentivos económicos ideados para impulsar los métodos ADR, resulta necesario diferenciar entre aquellos incentivos económicos «en sentido positivo» y referidos a la financiación, minoración, exoneración o devolución de los costes asociados con la litigación —que llamaremos «zanahorias»— y aquellos otros «en sentido negativo» —que podrían denominarse coloquialmente como «palos»—, consistentes en la imposición de sanciones o consecuencias económicas desfavorables por el hecho de no haber utilizado o haber rechazado sin motivo justificado el empleo de métodos ADR.

2.3.2. «Zanahorias» económicas: gratuidad de los servicios ADR y devolución de las tasas judiciales

La gratuidad de los servicios ADR constituye una de las características que más pueden impulsar su empleo masivo por parte de la ciudadanía. De hecho, uno de

los factores que más ha impulsado la utilización del sistema arbitral de consumo ha sido, precisamente, su gratuidad para el consumidor. Por ello, la Directiva RAL de 2013 determinó que los procedimientos de resolución alternativa de conflictos de consumo fueran, preferiblemente, gratuitos para el consumidor, y en su defecto, tuvieran un coste simbólico con el que *resultaren accesibles, atractivos y asequibles para los consumidores*.

En nuestra opinión, una de las mejores iniciativas que podrían adoptarse en España para impulsar la utilización masiva de métodos ADR en materia civil y mercantil sería la creación de «Autoridades Administrativas Independientes» (AAI), similares a las «Agencias» norteamericanas, con capacidad para resolver extrajudicialmente controversias en sectores concretos y caracterizados por una alta tasa de litigiosidad, que descarguen de trabajo a la vía jurisdiccional, y cuyos procedimientos resulten gratuitos para el consumidor²⁷.

Fuera de tales procedimientos ADR en materia de consumo, la gratuidad no es uno de los principios rectores, ni del arbitraje, ni de la mediación civil y mercantil. Ni en la Unión Europea ni en nuestro país. En el primero, siempre cabe que el laudo disponga la condena en costas, mientras que en el segundo, la regla general es que el coste de la mediación será soportado por igual entre las partes, salvo pacto en contrario, y que el mediador o la Institución mediadora deberán informar con carácter previo sobre los gastos y tarifas del procedimiento de mediación (honorarios del mediador, gastos de la Institución, etc.). Y a ello hay que añadir el coste de la defensa jurídica que se utilice en dichos procedimientos, no cubierto por la vigente Ley de Asistencia Jurídica Gratuita²⁸.

El art. 6 LAJG, modificado en virtud de la Ley 42/2015, de 5 de octubre, advierte que el derecho a la asistencia jurídica gratuita comprende el asesoramiento y orientación gratuitos previos al proceso a quienes pretendan reclamar la tutela judicial de sus derechos e intereses, *así como información sobre la posibilidad de recurrir a la mediación u otros medios extrajudiciales de solución de conflictos*, en los casos no prohibidos expresamente por la ley, cuando tengan por objeto evitar el conflicto procesal o analizar la viabilidad de la pretensión. Es decir, sólo información sobre la posibilidad de acudir a mediación, pero no los gastos derivados de aquélla.

27. La posibilidad de crear una entidad ADR para la resolución extrajudicial de litigios en un sector jurídico concreto se prevé expresamente en la Directiva RAL de 2013. Conforme a ello, la Ley 7/2017 prevé la creación por ley de una única entidad ADR de litigios de consumo para el sector financiero —la denominada Autoridad Administrativa Independiente de Defensa del Cliente Financiero (ADCF)— y otra para la resolución de determinados litigios de los usuarios del transporte aéreo —la Agencia Española de Seguridad Aérea (AESA)—. Con más detalle, vid. ORTIZ PRADILLO, J. C. (2022) *Justicia Civil eficiente y M.A.S.C.: Propuestas a partir de las Reglas Modelo europeas de Proceso Civil*. Pendiente de publicación.

28. En el mismo sentido, GÓMEZ AMIGO, L. (2013) «Estudio del procedimiento de mediación en asuntos civiles y mercantiles», *Revista General de Derecho Procesal*, núm. 31.

Únicamente cuando se trate de un litigio civil o mercantil transfronterizo el art. 46.2 LAJG, en consonancia con lo dispuesto en el artículo 10 de la Directiva 2003/8, incluye también «los procedimientos extrajudiciales en estas mismas materias cuando la Ley los imponga a las partes o el Juzgado o Tribunal remita a éstas a dichos procedimientos». Sin embargo, como quiera que la legislación española no impone la mediación, y los poderes del órgano jurisdiccional se limitan a «recomendar» o «informar» a las partes sobre la posibilidad de acudir a una sesión informativa, la mediación no se entiende incluida dentro de la asistencia jurídica gratuita.

El hecho de que a los profesionales jurídicos del turno de oficio no se les remunere por sus actuaciones en tales procedimientos ADR también resulta, en la práctica, un desincentivo para que los abogados recomienden a sus clientes acudir a una mediación intraprocesal²⁹. Por ello, el citado *Proyecto de Ley de Medidas de Eficiencia Procesal* prevé la reforma de la LAJG para que incluya también los honorarios de los abogados que intervengan en dichos métodos ADR, cuando su utilización 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 judicial³⁰.

Por otra parte, otra de las recomendaciones de la UE parte de la consideración de que la devolución de las tasas judiciales también podría contribuir a potenciar la utilización de los sistemas ADR dentro del proceso. Así, en la Resolución del Parlamento Europeo de 13 de septiembre de 2011 se destacó muy positivamente el ejemplo búlgaro, en donde se fijaba que las partes recibirían un reembolso del 50 % de la tasa estatal ya abonada para dirimir el conflicto ante los tribunales si lo resuelven mediante la mediación, y el sistema rumano, cuya legislación preveía el reembolso total de las costas judiciales si las partes resuelven un conflicto jurídico pendiente a través de la mediación³¹.

29. En el mismo sentido, ORTUÑO MUÑOZ, P. (2021) «Comentarios al Anteproyecto Ley de Eficiencia Procesal», LA LEY Mediación y Arbitraje, N°7, abril-junio 2021, para quien también constituye un desincentivo a la derivación judicial a mediación el que el CGPJ decidiera no valorar los acuerdos de mediación dentro de los módulos de rendimiento profesional, a efectos de retribuciones, con la misma puntuación que las sentencias.

30. La Disposición final tercera prevé la adición de un nuevo apartado 11 al artículo 6 con la siguiente redacción: «11. Los honorarios de los abogados que hubieren asistido a las partes, cuando acudir a los medios adecuados de solución de controversias sea presupuesto procesal para la admisión de la demanda, resulte de la derivación judicial acordada por los jueces, juezas, los tribunales, los letrados o las letradas de la Administración de Justicia 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.»

31. No obstante, además de aludir a «los logros alcanzados por los incentivos financieros previstos por la ley búlgara sobre la mediación», esa misma Resolución reconocía, *no obstante, que estos se deben también al interés manifestado hace tiempo por la mediación por el ordenamiento jurídico de Bulgaria, habida cuenta de que la mediación existe desde 1990 y de que el Centro de Solución de Conflictos - integrado por mediadores que trabajan por turnos - viene proporcionando diariamente desde 2010 servicios gratuitos de mediación e*

A nuestro juicio, llama la atención esa visión tan positiva por parte del Parlamento Europeo sobre la influencia de esos incentivos económicos a la hora de valorar el éxito o no del recurso a la mediación³², pues la experiencia española en esa dirección no arrojó, ni por asomo, unos resultados mínimamente satisfactorios.

En España, la *Ley de Tasas Judiciales* del año 2012³³ indicaba en su Exposición de Motivos que con dicha ley se pretendía *incentivar la solución de los litigios por medios extrajudiciales*³⁴, de igual modo que la Exposición de Motivos de la Ley de Arbitraje de 2003 defendía la necesidad de que *La legislación interna de un país en materia de arbitraje ha de ofrecer ventajas o incentivos a las personas físicas y jurídicas para que opten por esta vía de resolución de conflictos*.

Sin embargo, la realidad queda lejos de esa intención. Es cierto que la Ley de Tasas previó una devolución del 60% de la cuota de la tasa por el ejercicio de la potestad jurisdiccional en los órdenes civil, contencioso-administrativo y social, cuando en el proceso jurisdiccional se alcanzara «una solución extrajudicial del litigio³⁵», y siempre que la resolución que pusiera fin al proceso fuera firme y se hiciera constar esa forma de terminación (art. 8.5), pero de los datos del CGPJ del periodo 2012-2021 no se aprecia un cambio significativo en el número de asuntos derivados a mediación u otro sistema ADR, una vez judicializado el asunto. Es más, la Ley de Tasas no establecía ninguna exención o bonificación fiscal para el caso de que las partes hubieran acudido a un sistema ADR con carácter previo al proceso y, alcanzado un acuerdo dentro del mismo, una de ellas solicitara judicialmente su ejecución forzosa ante el incumplimiento voluntario de la contraparte. Todo lo contrario; la inter-

información para las partes en casos judiciales pendientes (...). Quizás esto segundo pueda haber tenido una mayor repercusión que lo primero en el posterior dato facilitado por esa Resolución de 2011: «que en Bulgaria fueron objeto de mediación dos terceras partes de los casos mencionados y que la mitad de los casos se resolvieron satisfactoriamente mediante la mediación».

32. En el Apartado 11 de la Resolución de 13 de septiembre de 2011, el Parlamento «Reconoce los logros alcanzados por los incentivos financieros previstos por la ley búlgara sobre la mediación; reconoce, no obstante, que estos se deben también al interés manifestado hace tiempo por la mediación por el ordenamiento jurídico de Bulgaria, habida cuenta de que la mediación existe desde 1990 y de que el Centro de Solución de Conflictos - integrado por mediadores que trabajan por turnos - viene proporcionando diariamente desde 2010 servicios gratuitos de mediación e información para las partes en casos judiciales pendientes; señala que en Bulgaria fueron objeto de mediación dos terceras partes de los casos mencionados y que la mitad de los casos se resolvieron satisfactoriamente mediante la mediación».

33. Ley 10/2012, de 20 de noviembre, por la que se regulan determinadas tasas en el ámbito de la Administración de Justicia y del Instituto Nacional de Toxicología y Ciencias Forenses. BOE n.º 280, de 21 de noviembre de 2012.

34. «Con la finalidad básica de incentivar la solución de los litigios por medios extrajudiciales, se establece una devolución de la cuota de la tasa, en todos los procesos objeto de la misma, cuando se alcance una terminación extrajudicial que ahorre parte de los costes de la prestación de servicios».

35. El Real Decreto-ley 3/2013, de 22 de febrero, por el que se modifica el régimen de las tasas en el ámbito de la Administración de Justicia y el sistema de asistencia jurídica gratuita modificó dicho art. 8.5, sustituyendo la expresión «acuerdo extrajudicial» por «un allanamiento total o un acuerdo que ponga fin al litigio», lo cual no parece incentivar el uso de mecanismos ADR.

posición de una demanda de ejecución de un título ejecutivo extrajudicial, resultado de un método ADR, también constituye un hecho imponible (art. 2.ª³⁶). Ante ello, la pregunta era clara: ¿Por qué el Estado exige la misma tasa judicial a quien acude a la Administración de Justicia y utiliza toda la fase declarativa, con sus consiguientes gastos en medios materiales y personales, recursos no devolutivos, incidentes procesales, etc., que a quien acude sólo a los efectos de que se ejecute lo ya resuelto con efectos de cosa juzgada en un arbitraje o lo pactado en un acuerdo de mediación elevado a público³⁷? Se genera así la paradoja de que el vencedor del arbitraje o la parte que desea el cumplimiento forzoso de lo fijado en dicho procedimiento ADR, a pesar de haber «descargado de trabajo» a la Administración de Justicia y haber decidido acudir y costear el procedimiento ADR, se ven también obligados a abonar la tasa judicial por el simple hecho de que la contraparte no cumple voluntariamente.

La posterior reforma parcial de dicha norma en virtud del RD-Ley 3/2013 excluyó expresamente como hecho imponible la demanda ejecutiva de los *laudos dictados por las Juntas Arbitrales de Consumo* (art. 4.1.e), lo cual, además de infrecuente —y carecer de mucho sentido tras la exención de tasas a las personas físicas a través del RD-Ley 1/2015—, resulta insuficiente y contradice claramente esa pretensión legislativa de incentivar el recurso a sistemas ADR.

Por todo ello, la pretendida reforma de la asistencia jurídica gratuita la consideramos muy positiva; no así la actual normativa en materia de reducción o devolución de las tasas judiciales, pues con ello no se descarga verdaderamente de trabajo a la Administración de Justicia ni se incentiva la utilización de mecanismos ADR.

Deben establecerse verdaderos incentivos fiscales que fomenten el uso preprocesal de mecanismos ADR, gestionados o administrados por personas físicas, entidades MASC o Cortes de Arbitraje. Por ejemplo, más allá de considerar determinadas indemnizaciones como «rentas exentas» a los efectos previstos en la Ley 35/2006, de 28 de noviembre, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, cuando sean fruto de un acuerdo ADR³⁸, la ley ya prevé como «gasto deducible» los *gastos de*

36. En la Consulta Vinculante nº V0965-13, la Dirección General de Tributos vino a señalar expresamente que la exigencia de tasa a la ejecución de laudos arbitrales «no entra en contradicción con el hecho de que a algunos títulos ejecutivos extrajudiciales (expresión que no es extraña a la LEC) -como los laudos y acuerdos de mediación- se les dé desde el punto de vista procesal el mismo régimen que a los títulos judiciales».

37. ORTIZ PRADILLO, J. C. (2014) «Laudo arbitral y ejecución forzosa: algunos obstáculos que remover», en VV. AA., *HACIA UNA GESTIÓN MODERNA Y EFICAZ DE LA EJECUCIÓN PROCESAL* (director: Francisco Ramos Méndez), Barcelona: Atelier, p. 379.

38. Aunque el objetivo inicial parece ser, *lege ferenda*, ampliar el concepto de renta exenta a determinadas indemnizaciones como consecuencia de responsabilidad civil cuyo abono sea consecuencia de un acuerdo de mediación o de cualquier otro medio adecuado de solución de controversias legalmente previsto, la Disposición final quinta del Proyecto de Ley de medidas de eficiencia procesal del servicio público de Justicia prevé modificar el artículo 7 de la Ley 35/2006 para que dicha consideración como «renta exenta» sólo tenga lugar

defensa jurídica derivados directamente de litigios suscitados en la relación del contribuyente con la persona de la que percibe los rendimientos, con el límite de 300 euros anuales (art. 19.2.e).

Por ello, proponemos que el *Proyecto de Ley de Medidas de Eficiencia Procesal del Servicio Público de Justicia* vaya más lejos en la reforma de la citada Ley 35/2006 e incluya también, como gastos deducibles —en su caso, también con determinados límites anuales—, los honorarios de los mediadores, árbitros o terceros neutrales, así como las tasas abonadas a las entidades encargadas de administrar dichos procedimientos ADR.

2.3.3. Instrumentos procesales civiles para el fomento de métodos ADR en España

La imposición de, al menos, un intento de solución consensual de la controversia con carácter previo a la judicialización del asunto, la posibilidad de derivación judicial a ADR con carácter imperativo o la introducción de reglas especiales en materia de costas y multas procesales son otras de las recomendaciones formuladas por las instituciones europeas que más calado han tenido en España, sobre todo por la repercusión que ello pueda tener en el objetivo de descongestionar la Administración de Justicia³⁹.

Una vez que la llamada «obligatoriedad mitigada» de la mediación ha sido respaldada por el TJUE⁴⁰, es cuestión de tiempo que en España se regulen tales herramientas para trata de incentivar la utilización de métodos alternativos de resolución de conflictos que eviten o anticipen la finalización del litigio. Todas ellas guardan relación con esa noción de obligatoriedad mitigada de los métodos ADR

cuando la indemnización derive de un acuerdo de mediación o de cualquier otro medio adecuado de solución de controversias legalmente establecido, *siempre que en la obtención del acuerdo por ese medio haya intervenido un tercero neutral y el acuerdo se haya elevado a escritura pública* [la cursiva y el subrayado es nuestro], hasta la cuantía que resulte de aplicar, para el daño sufrido, el sistema para la valoración de los daños y perjuicios causados a las personas en accidentes de circulación, incorporado como anexo en el texto refundido de la Ley sobre responsabilidad civil y seguro en la circulación de vehículos a motor, aprobado por el Real Decreto Legislativo 8/2004, de 29 de octubre». Es decir, quedarían fuera los acuerdos fruto de la negociación directa entre las partes, por sí o por medio de sus abogados, lo cual no incentiva verdaderamente la consecución de un acuerdo, sino que el mismo venga «avalado» por un tercero.

39. Apartado 10 de la Resolución de 13 de septiembre de 2011.

40. De igual modo, el requisito de un intento de mediación o conciliación previa, que no impida el posterior acceso a la vía judicial, debe considerarse compatible con el derecho a la tutela judicial efectiva conforme a la jurisprudencia de nuestro TC: *De un lado, porque en ningún caso excluyen el conocimiento jurisdiccional de la cuestión controvertida, ya que únicamente suponen un aplazamiento de la intervención de los órganos judiciales; y, de otro, porque son trámites proporcionados y justificados, ya que su fin no es otro que procurar una solución extraprocésal de la controversia, lo cual resulta beneficioso tanto para las partes, que pueden resolver así de forma más rápida y acomodada a sus intereses el problema, como para el desenvolvimiento del sistema judicial en su conjunto que ve aliviada su carga de trabajo.* (STC 217/1991, de 14 de noviembre, F. J. 5).

a la que nos estamos refiriendo y que permitiría exigir su utilización como condición de acceso al sistema jurisdiccional, facultar a los tribunales a remitir a las partes a tales métodos una vez judicializada la pretensión, o sancionar económicamente a quien, pese a haber ganado el pleito, pudo haber evitado el mismo aceptando una solución similar, pero en vía extrajudicial.

La última de las propuestas legislativas en materia de ADR —el citado *Proyecto de Ley de Medidas de Eficiencia Procesal*— recupera y profundiza en esa «voluntariedad mitigada» con el objetivo de impulsar los ADR, a través de tres mecanismos: a) la fijación de justificar haber intentado alguno de los métodos MASC señalados en el Proyecto de Ley como requisito de procedibilidad para que la demanda sea admitida a trámite; b) la previsión procesal de que el órgano judicial pueda derivar a las partes a mediación u otro método ADR; y c) a través de lo que hemos venido a denominar «incentivos en sentido negativo» —o «palos»—, esto es, la imposición de sanciones o consecuencias económicas negativas por el hecho de no haber asistido o haber rechazado sin motivo justificado el empleo de métodos ADR.

2.3.4. La búsqueda de un acuerdo extrajudicial versus la justificación de haber intentado un método ADR como presupuesto procesal para acceder a la Justicia

Según hemos señalado anteriormente, el prelegislador español ha considerado en reiteradas ocasiones, y ahora se vuelve a poner de manifiesto en el *Proyecto de Ley de Medidas de Eficiencia Procesal*, que un modo de impulsar el uso de métodos ADR con carácter previo a la judicialización de la controversia consiste en la exigencia de acompañar a la demanda la documentación que justifique haber intentado alguno de los métodos MASC señalados en el Proyecto de Ley como presupuesto procesal para su admisión a trámite⁴¹. Ni siquiera se esconde la verdadera finalidad —aunque parcial— de dicha formulación: *acoger el previsible incremento de la litigiosidad en los próximos tiempos y para recuperar el pulso de la actividad judicial, al compás de la recuperación económica y social tras la terminación del estado de alarma declarado como consecuencia de la pandemia COVID-19*, según reza la Exposición de Motivos de dicho Proyecto de Ley.

Como ya advertimos en su momento, la reducción de la litigiosidad se convirtió en España en las primeras décadas del segundo milenio en una especie de «mantra» invocado en cada una de las reformas procesales que se llevaban a cabo en nuestro

41. El artículo 4 lo denomina «Requisito de procedibilidad», aunque verdaderamente deba ser entendido como un presupuesto procesal para la admisión de la demanda, pues constituye una circunstancia previa que debe concurrir para la eficacia del posterior acto procesal consistente en la interposición de la demanda. Sobre ello, BANACLOCHE PALAO, J. (2021) «Las reformas en el proceso civil previstas en el Anteproyecto de Ley de Medidas de Eficiencia Procesal: ¿una vuelta al pasado?», *Diario La Ley*, Nº 9814, de 19 de marzo.

país, caracterizadas todas por su voluntad de lograr la «modernización», «eficacia», «eficiencia», «calidad» y, sobre todo, la «agilización» de la Administración de Justicia⁴².

Esta opción, en nuestra opinión, parte de un error en su planteamiento: exigir un intento de autocomposición como requisito previo para el acceso al sistema judicial no reducirá la litigiosidad ni descargará de trabajo a la Administración de Justicia; todo lo más, pospondrá el acceso a la misma. La verdadera descarga de trabajo de la Administración de Justicia tendrá lugar el día en que el sistema judicial pueda servirse, también durante la tramitación procesal de las demandas, de instrumentos complementarios y extrajudiciales para la adecuada solución, ágil y temprana, según sus circunstancias, de determinadas controversias.

Junto con la creación de Autoridades Administrativas Independientes que conozcan de reclamaciones con anterioridad a su judicialización y utilicen procedimientos ADR, el espejo en el que debería mirarse el legislador estatal a la hora de incorporar instrumentos complementarios que colaboren con los Tribunales de Justicia es el referido a las iniciativas de las Comunidades Autónomas y su legislación específica en materia de mediación familiar, en donde se prevén organismos administrativos que cooperan durante los procesos jurisdiccionales en aras a lograr o llevar a la práctica las posibles soluciones consensuadas (Puntos de Encuentro Familiar, Coordinadores de Parentalidad, Servicios Públicos de Mediación Social y Familiar, Servicios de Justicia restaurativa, etc.)—. Ello es debido a que las Comunidades Autónomas perciben la mediación como una valiosa herramienta para la pacificación de la conflictividad familiar y la evitación de conflictos más graves que terminen judicializándose, mientras que el Estado observa la mediación como un nuevo método de ahorro de costes en la Justicia, al igual que la informatización de las oficinas judiciales o el empleo de la videoconferencia para minorar los gastos de los desplazamientos de peritos y testigos. De ahí que la Ley de Mediación en Asuntos Civiles y Mercantiles de 2012, que se enmarcó igualmente dentro de ese paquete de medidas legislativas que trataban de reducir el número de procesos incoados ante los tribunales, no haya dado los frutos esperados.

La principal crítica vertida por la doctrina a esta idea de fijar un intento de solución extrajudicial como requisito para la admisión a trámite de la demanda se basa en

42. ORTIZ PRADILLO, J. C. (2016) ESTUDIO SISTEMÁTICO... op. cit., p. 43. La expresa alusión a una Justicia ágil, eficaz, o moderna se citaba, por ejemplo, en la Ley 13/2009, de 3 de noviembre, de reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva Oficina judicial; en la Ley 4/2011, de 24 de marzo, de modificación de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, para facilitar la aplicación en España de los procesos europeos monitorio y de escasa cuantía; en la Ley 11/2011, de 20 de mayo, de reforma de la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje y de regulación del arbitraje institucional en la Administración General del Estado; en la Ley 18/2011, de 5 de julio, reguladora del uso de las tecnologías de la información y la comunicación en la Administración de Justicia; o en la Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social.

que supondría reinstaurar un sistema muy similar a la conciliación previa a la demanda que se establecía en el art. 460 de la LEC 1881⁴³ y que no ofreció resultados positivos. Y no les falta razón a dicho sector crítico; más que incentivar la búsqueda de una solución consensuada y evitar acudir a los Tribunales de Justicia, la propuesta española parece buscar que las partes acrediten un *intento fallido de solución ADR* para, entonces sí, poder acceder al sistema judicial. Es decir, no se incentiva tratar de conseguir el acuerdo, sino acreditar la persistencia en el des-acuerdo.

La expresión «antes de entrar en el templo de la Justicia, se ha de pasar por el templo de la concordia», recogida en el citado Proyecto de Ley de Medidas de Eficiencia Procesal, verbaliza exactamente esta crítica que estamos advirtiendo: al convertir la justificación de haber intentado alguno de los métodos ADR como una condición *sine qua non* para el acceso a la vía jurisdiccional, los esfuerzos de las partes seguirán centrándose en el objetivo final (acceso a los tribunales) en vez de dirigirse hacia la consecución de una solución a su controversia.

No obstante, de la propuesta legislativa del año 2022 se puede extraer el siguiente aspecto positivo: al exigir al demandante describir «el proceso de negociación previo llevado a cabo» (proyectado artículo 399.3 LEC) —eso sí, dentro de los límites marcados por el principio de confidencialidad que caracteriza a los distintos métodos ADR— y no únicamente adjuntar los documentos que justifiquen haber acudido o intentado iniciar dicho método, se facilitará que el órgano judicial pueda tener un mejor conocimiento del concreto método ADR intentado, cómo se invitó a participar a la parte contraria, o quién dejó de asistir.

Lo consideramos positivo porque si se logra implantar una práctica forense consistente en requerir, por una parte, y justificar adecuadamente, desde la otra, no sólo el haber intentado una solución extrajudicial, sino el verdadero esfuerzo realizado por tratar de reducir los extremos controvertidos y alcanzar un acuerdo previo al proceso, el concreto método ADR seleccionado y el devenir fáctico del mismo, se aproximaría a lo pretendido por las Reglas Modelo Europeas de Derecho Procesal Civil: que los abogados de las partes asuman como un deber preprocesal la bús-

43. Informe del informe del CGPJ al Anteproyecto de Ley de mediación en asuntos civiles y mercantiles de 19 de mayo de 2010, pág. 96 y ss. También DE LA OLIVA SANTOS, A. (2011) «Mediación y Justicia: síntomas patológicos», *Otrosí*, núm. 8, octubre-diciembre 2011, p. 10, advertía que «no se ha registrado cambio alguno en la cultura jurídica española que permita suponer que la obligatoriedad de la mediación proyectada en asuntos civiles será ahora efectiva cuando antes la conciliación resultó un mero estorbo» y BANACLOCHE PALAO (2021, op. cit) también señala que dicha exigencia «recuerda demasiado a la obligación de intentar la conciliación que se requería, para ese mismo fin, en la LEC de 1881». Algunas voces han ido más allá, como MARTÍN DIZ, F. (2010) *La mediación: sistema complementario de Administración de Justicia*, Madrid: CGPJ, p. 73, para quien sería inaceptable y de nulo valor jurídico las disposiciones legales, las cláusulas compromisorias e incluso las resoluciones judiciales que impongan la mediación obligatoria como requisito previo e imprescindible antes de proceder en vía jurisdiccional.

queda de una solución temprana y previa al conflicto (Rules 9 y 51) y cooperen de buena fe en la selección del mecanismo ADR más adecuado en función de las circunstancias y características de las partes y de su controversia.

Con ello, además, se facilitaría igualmente la labor de los tribunales de Justicia —no sólo del juez—, al tener un mejor conocimiento del método ADR intentado, a la hora de adecuar la continuación de la vía jurisdiccional a las verdaderas necesidades de las partes. Sin duda, no debe considerarse innecesario o superfluo que, a lo largo de la tramitación procesal de la causa, se prevean posteriores invitaciones o derivaciones intrajudiciales «a mediación» —entiéndase, a cualquier método ADR—; a medida que avanza el proceso, las partes y el tribunal cuentan con una mayor información sobre los hechos (y sobre las posibles pruebas a emplear para su acreditación o las dificultades a la hora de constatar determinados extremos fácticos), que les permitirán estar en mejores condiciones a la hora de proponer o aceptar acudir a instrumentos alternativos para la consecución de un acuerdo.

Por ello, la constatación de un intento fallido de acuerdo previo al proceso no debe impedir que a lo largo del mismo se prevea legalmente la posibilidad de volver a informar a las partes sobre la conveniencia de «recurrir a una negociación para intentar solucionar el conflicto, incluido el recurso a una mediación» (actual art. 414.1.II LEC), o 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» (actual art. 414.1.IV LEC).

No obstante, y vistos los términos en los que se plantea tener por cumplido dicho trámite preprocesal, mucho nos tememos que el resultado no será tan positivo como deseáramos. El segundo inciso del Artículo 4.1 del Proyecto de Ley de Medidas de Eficiencia Procesal señala que «Se considerará cumplido este requisito si se acude previamente a la mediación, a la conciliación o a la opinión neutral de un experto independiente, si se formula una oferta vinculante confidencial o si se emplea cualquier otro tipo de actividad negociadora, tipificada en esta u otras normas, pero que cumpla lo previsto en los capítulos I y II del título I de esta ley o en una ley sectorial. *Singularmente, se considerará cumplido el requisito cuando la actividad negociadora se desarrolle directamente por las partes, asistidas de sus abogados cuando su intervención sea preceptiva de acuerdo con este Título*» y el Artículo 13 reitera que dicho requisito de procedibilidad se entenderá cumplido por las partes «mediante la negociación directa o, en su caso, a través de sus abogados». ¿Acaso un intercambio de burofaxes no es ya considerable una «actividad negociadora⁴⁴»?

44. En esta línea, el artículo 9.2 del citado Proyecto de Ley considera acreditado el intento de negociación, cuando la misma tuviera lugar directamente entre las partes, sin intervención de tercero, «mediante cualquier

Frente a la actual y proyectada concepción de la legislación española de que sea el órgano judicial (LAJ o juez) quien justifique en su resolución o acto de comunicación la conveniencia de acudir a un sistema ADR a la luz de las circunstancias concretas del caso, debería procederse a efectuar un cambio de paradigma y hacer recaer en las partes el deber de justificar motivadamente el concreto método ADR escogido, por qué no se ha podido alcanzar una solución consensuada y cuáles son los elementos fácticos y jurídicos donde persiste la controversia. En este sentido, valoramos positivamente que los tribunales puedan valorar las circunstancias por las que una parte rehusó participar en dicho método ADR o rechazó la propuesta vertida dentro del mismo, a la hora de pronunciarse sobre las costas procesales y moderar su cuantía (proyectados artículos 245, 394.1 y 394.2 LEC), pero ello acontece al final del proceso, cuando la inversión de tiempo, recursos materiales y personales por parte de la Administración de Justicia ya se ha producido. Si el objetivo de impulsar los mecanismos ADR es garantizar una Justicia ágil y eficaz, a la par que descargarla de trabajo, el verdadero examen judicial acerca de la utilización de sistemas extrajudiciales de solución de conflictos debería tener lugar en las primeras etapas del proceso.

Por ello, no encontramos sentido a que se amplíe el catálogo de «métodos adecuados de solución de conflictos», por una parte, pero se mantenga la invitación en la audiencia previa a que las partes intenten un acuerdo que ponga fin al proceso, *en su caso a través de un procedimiento de mediación*. Cada uno de los MASC indicados tienen unas características propias que, además de diferenciarles de los otros métodos extrajudiciales, facilitan que las partes y el órgano judicial pudieran anticipar (por ej., con motivo de la admisión a trámite de la demanda) la delimitación de dónde radican las controversias fácticas y jurídicas, y qué instrumento —«procesal», como una conciliación previa ante el LAJ o una audiencia preliminar ante el juez, o «extraprocesal», como una propuesta económica formulada por un tercero neutral— puede resultar más eficaz y ágil para solventar el asunto.

2.3.5. La derivación intrajudicial a los métodos ADR

La segunda de las propuestas formuladas en España para impulsar los métodos ADR también sigue las directrices europeas y consiste en incorporar a la legislación procesal la facultad del órgano judicial de poder derivar a las partes a un ADR una vez el conflicto ya se encuentre *lite pendente*.

En nuestra opinión, no obstante, no basta con impulsar normativamente la derivación judicial (desde la Administración de Justicia) a mecanismos extrajudiciales

documento firmado por ambas partes en el que se deje constancia de la identidad de las mismas, la fecha, el objeto de la controversia, y la determinación de la parte o partes que formularon propuestas iniciales».

(fuera de la Administración de Justicia) y esperar a que las partes «vuelvan» al proceso con una respuesta; los mecanismos ADR deben incorporarse a la Administración de Justicia como una herramienta más a emplear por los profesionales jurídicos (*Court-connected ADR programs*), también durante la tramitación procesal de la controversia, de manera que, sin perjuicio de que puedan emplearse con carácter preliminar a la judicialización de aquélla, también puedan ser utilizados por parte de los tribunales de justicia para aprovechar sus ventajas y agilizar la posibilidad de alcanzar una solución consensual (*in-Court-settlement*).

La configuración de un *Sistema de Justicia integral* compuesta por instrumentos judiciales y extrajudiciales no es novedosa. La noción «*Multi-door Courthouse*» planteada por SANDER en 1976 sigue plenamente de actualidad y es un recurso comúnmente mencionado por la doctrina a la hora de referirse al ideal de una Justicia que sepa servirse de los métodos ADR también en el seno jurisdiccional, como una opción o herramienta más, a la hora de dispensar una tutela judicial efectiva. Lo que tratamos de explicitar, cuando nos referimos a que los tribunales de justicia deben poder servirse de los métodos ADR para facilitar la resolución de los asuntos dentro del sistema de justicia civil (*in Court*), es que, en palabras de ANDREWS, la justicia civil puede ser vista como una molécula de ADN, compuesta por la unión de dos cadenas entrelazadas, en donde una de esas cadenas se correspondería con el proceso jurisdiccional ante los tribunales y la otra cadena estaría formada por los distintos sistemas ADR; ambas cadenas conforman el ADN, y de la misma manera, ambas cadenas conformarían el sistema de justicia civil: una «justicia de doble hélice⁴⁵». Y aún más; los tribunales de justicia deben disponer de preceptos procesales que les permitan incorporar herramientas basadas en el diálogo, la negociación, la detección temprana de los puntos controvertidos, o la concreción y deslinde de los puntos en que haya acuerdo y desacuerdo, también en el seno del proceso jurisdiccional.

Por todo ello, aun cuando se haya acreditado un intento fallido de solución consensuada con anterioridad y se haya accedido a la Administración de Justicia, consideramos muy conveniente que dicha derivación, a la luz de las circunstancias concretas del asunto, se caracterice por:

- a) resultar imperativa cuando así lo decida el órgano judicial, en cuanto al deber de las partes de acudir al procedimiento ADR indicado y justificar por qué rehúsan participar en él, por cuanto el tribunal considere que existen elementos suficientes para intentar una solución consensuada,

45. ANDREWS, N. (2013) Justicia civil inglesa. Proceso y otras formas de resolución de controversias. Bogotá: Editorial Temis, p. 249. Se hace eco de esta idea y la desarrolla VARGAS PAVEZ, M. (2018) «La justicia civil de doble hélice. Hacia un sistema integral de resolución de conflictos en sede civil», *Revista Chilena de Derecho Privado*, nº31, diciembre 2018, p. 202.

- b) anticiparse a los inicios del proceso y permitir al órgano judicial indicar y justificar el específico instrumento ADR que sería conveniente u oportuno, salvo mejor criterio —motivado— de las partes,
- c) permitir a los tribunales de justicia gestionar, durante la tramitación judicial de la causa, los tiempos y plazos de dicha derivación a ADR, así como obligar a las partes a que justifiquen en el proceso jurisdiccional el porqué de la solución alcanzada/inalcanzada.

a) Derivación intrajudicial imperativa a instrumentos ADR

El matiz de que la facultad judicial permita «derivar imperativamente» no es baladí, pues la proyectada «derivación intrajudicial a métodos ADR» no se prevé como un requerimiento judicial que las partes deban cumplir en todo caso, aunque sí generará una importante vinculación «indirecta» a las mismas, desde la perspectiva económica, a través de la imposición de consecuencias negativas en materia de pronunciamiento sobre las costas procesales, tasación y modulación de las mismas, y posibles multas procesales.

El actual artículo 414.1.II LEC permite al LAJ, a la hora de convocar a las partes a la audiencia previa, informarles sobre «la posibilidad de recurrir a una negociación para intentar solucionar el conflicto, incluido el recurso a una mediación», y en términos similares, y ya durante la celebración de la misma, el apartado IV del citado artículo prevé que «En atención al objeto del proceso, 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».

Aunque el espíritu de la reforma sea impulsar dicha derivación y el apartado 4º del artículo 4 del Proyecto de Ley de Medidas de Eficiencia Procesal de 2022, diga, en términos generales, que *La iniciativa de acudir a los medios adecuados de solución de controversias puede proceder de una de las partes, de ambas de común acuerdo o bien de una decisión judicial o del letrado o la letrada de la Administración de Justicia de derivación de las partes a este tipo de medios*, lo cierto es que, en los términos en los que se pretende reformar la legislación procesal, esa derivación no resulta vinculante para las partes, al menos directamente.

Con respecto al LAJ, el Anteproyecto de Ley de Medidas de Eficiencia Procesal de 2020 sí que disponía, en el inicial tenor del art. 414.1 LEC, que en la convocatoria a la audiencia previa, el LAJ «podrá citar a comparecencia a las partes en el plazo de diez días, siempre que considere que el asunto es susceptible de conciliación y que compruebe que no está comprendido en ninguno de los supuestos del artículo 139.2 de la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria». Es decir, y frente a la actual conciliación prevista en la Ley de Jurisdicción Voluntaria, que siempre debe ser llevada a cabo a instancia de parte (art. 141 LJV), se pretendía

facultar al LAJ para *citar a comparecencia*. Sin embargo, la actual propuesta de redacción del artículo 414 LEC en el Proyecto de Ley 2022 no prevé ya dicha citación y se mantiene el tenor literal vigente, según el cual 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*. La posible derivación a ADR por parte del LAJ se recoge ahora en el proyectado artículo 19.5 LEC en los siguientes términos: «En cualquier momento del procedimiento que resulte comprendido entre la contestación a la demanda y la celebración de la vista o juicio en los procesos declarativos o tras la orden general de ejecución y despacho de esta en los procesos de ejecución forzosa, el letrado o la letrada de la Administración de Justicia podrá plantear a las partes la posibilidad de derivar el litigio a mediación o a otro medio adecuado de solución de controversias, siempre que considere, mediante resolución motivada, que concurren circunstancias que posibilitan una solución del conflicto en dicho ámbito. La derivación requerirá la conformidad de las partes, que podrán pedir conjuntamente la suspensión del procedimiento». Al requerir la conformidad de las partes, decae su carácter imperativo.

En el caso del órgano judicial, y además de la referida invitación que pueda efectuar conforme al artículo 414 LEC durante la audiencia previa, se prevé reformar el art. 429.2 LEC para que *pueda plantear* a las partes la posibilidad de derivación del litigio a un medio adecuado de solución de controversias —que deberá desarrollarse durante el tiempo que media entre la finalización de la audiencia previa y la fecha señalada para el juicio—, siempre que considere fundadamente que es posible un acuerdo entre las partes», pero incluye la siguiente advertencia: «Si todas las partes manifestaran su conformidad con la derivación, se acordará mediante providencia que podrá dictarse oralmente». Es decir, requerirá que las partes acepten voluntariamente acudir al método ADR propuesto. De hecho, la proyectada reforma de la Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles también prevé incorporar una nueva letra d) al artículo 16, conforme a la cual el procedimiento de mediación podría iniciarse «Por derivación judicial o del letrado o la letrada de la Administración de Justicia, *previa conformidad de las partes* en los términos previstos en las leyes procesales».

Sorprendentemente, la única previsión legal en donde sí se dispone una derivación obligatoria a mediación es la Ley 7/2015 del Parlamento Vasco, de 30 de junio, de relaciones familiares en supuestos de separación o ruptura de los progenitores⁴⁶, cuyo artículo 6.2 dispone lo siguiente:

46. BOE núm. 176, de 24 de julio de 2015. En el mismo sentido, el vigente artículo 233-6 del Código Civil de Cataluña (reformado a través de la Ley 9/2020, de 31 de julio) indica en su epígrafe 3º que «Una vez iniciado el proceso judicial, la autoridad judicial, a iniciativa propia o a petición de una de las partes o de los abogados o de otros profesionales, puede derivar a las partes a una sesión previa sobre mediación, de carácter obligato-

*Una vez iniciado el proceso, el juez, a iniciativa propia o a petición de una de las partes, y a los efectos de facilitar un acuerdo entre estas, **podrá derivarlas con carácter obligatorio** a una sesión informativa de mediación intrajudicial a fin de que sean informadas sobre dichas medidas, su funcionamiento y beneficios. En dicha sesión las partes podrán comunicar al mediador o mediadora su decisión de continuar o no el proceso de mediación.*

¿Hasta qué punto puede una norma autonómica establecer una regla procesal que habilite a un órgano judicial a poder derivar «con carácter obligatorio» a una sesión informativa de mediación intrajudicial? Una cosa es que las CC.AA. puedan establecer la obligatoriedad de acudir a métodos ADR con carácter previo a la interposición de la demanda en materias de consumo, porque ello pueda incluirse dentro de la previsión referida a «las necesarias especialidades que en este orden se deriven de las particularidades del derecho sustantivo de las Comunidades Autónomas» y el Derecho de consumo es materia legislativa propia de las CC.AA⁴⁷, y otra muy distinta es que en virtud de esas especialidades derivadas del Derecho Civil foral o especial se dispongan preceptos procesales dirigidos al órgano judicial⁴⁸.

Lejos de defender la posible inconstitucionalidad de dicho precepto, abogamos por su incorporación expresa a la LEC. En materia de familia, la indisponibilidad sobre el objeto del proceso no está reñida con la búsqueda de soluciones consensuales a través de instrumentos basados en la negociación y el diálogo, de modo que la derivación judicial a mediación o cualquier otro método ADR que resulte adecuado en función del objeto del proceso debería preverse procesalmente desde los primeros instantes tras la admisión a trámite de la demanda.

Por un lado, y al igual que el artículo 777.3 LEC prevé una comparecencia para que los cónyuges ratifiquen su acuerdo, cabría incorporar al artículo 770 LEC la previsión de una comparecencia temprana para informar a las partes, o en su caso, derivarlas directamente a una sesión de mediación. Por otro lado, y *más allá de que las partes puedan, en cualquier momento, solicitar la suspensión del proceso para acudir a mediación* (arts. 770.7^a y 19.4 LEC), debe preverse la facultad del órgano judicial de ordenar, en cualquier momento, de oficio o a petición de cualquiera de las partes, el acudir a un específico mecanismo ADR.

rio, para que conozcan el valor, las ventajas, los principios y las características de la mediación, con el fin de que puedan alcanzar un acuerdo (...).

47. GIMENO SENDRA, V. (2010) «Competencias autonómicas en la regulación del proceso en defensa de los derechos estatutarios», *Revista de Derecho Político*, núm. 79, septiembre-diciembre, p. 22. Véase, también, JUAN SÁNCHEZ, R. (2013) «Legislación Procesal y Comunidades Autónomas», *Cuadernos Aranzadi de Tribunal Constitucional*, núm. 32, p. 146 y PÉREZ DAUDÍ, V. (2015) «Aspectos procesales de la mediación preceptiva en los procesos hipotecarios», *Diario La Ley*, núm. 8541, de 18 de mayo de 2015.

48. PINTO ANDRADE, C. (2015) La dudosa constitucionalidad de la Ley Vasca 7/2015 de custodia compartida. Comentario publicado el 23 de diciembre de 2015 en el blog <https://www.hayderecho.com/2015/12/23/la-dudosa-constitucionalidad-de-la-ley-vasca-72015-de-custodia-compartida/>.

Por lo tanto, podría incorporarse una disposición general a los procesos recogidos en el Título I del Libro IV (procesos sobre provisión de medidas judiciales de apoyo a las personas con discapacidad, filiación, matrimonio y menores), bien en el artículo 751 (a la hora de permitir reglas especiales a la indisponibilidad del objeto del proceso), bien en el artículo 753 (al regular la tramitación de tales procesos) con un párrafo similar a lo establecido en el apartado 12 del artículo 778 quinquies LEC. Por ello, proponemos la adición de un apartado 4 al artículo 751 LEC que establezca lo siguiente:

En los procesos a los que se refiere este título, el juez podrá, en cualquier momento, de oficio o a petición de cualquiera de las partes, proponer la utilización de otros métodos adecuados de solución del conflicto si, atendiendo a las circunstancias concurrentes, estima posible que lleguen a un acuerdo total o parcial sobre lo que constituye el objeto del proceso.

Un proceso civil caracterizado con importantes facultades en manos del órgano judicial a la hora de examinar de oficio determinados elementos, acomodar la tramitación de la causa a la complejidad de la misma o a determinadas circunstancias específicas de las partes, también debería permitir que los tribunales de Justicia, una vez cuenten con una visión panorámica de la controversia (por ej., por el propio órgano judicial competente para la causa, en la audiencia previa, o por el servicio procesal MASC, en una audiencia *ad hoc* fijada tras la recepción de la demanda), pueda ordenar a las partes que acudan al sistema MASC cuyas características mejor puedan servir para una posible solución consensual de la controversia (*court-promoted ADR*).

b) Anticipación del momento procesal de derivación y selección del específico instrumento ADR: la creación de Secciones MASC en los Tribunales de Instancia, Servicios comunes procesales MASC, u otros órganos con funciones MASC.

Al igual que las relaciones sociales, económicas y jurídicas han cambiado en nuestra Sociedad, el modo de afrontar la resolución de las controversias surgidas con ocasión de estas nuevas formas de contratar y relacionarnos también debe ser objeto de reflexión. Un alto porcentaje de los asuntos incoados año tras año en la jurisdicción civil se refieren a reclamaciones de cantidad entre particulares, desahucios o reclamaciones de consumidores en diversos ámbitos —bancario, comercial, etc—. El instrumento ADR más eficaz para tratar de alcanzar una solución consensuada en cada una de dichas materias no tiene por qué ser el mismo —mediación—; ni el momento de su utilización; ni el órgano encargado de valorar la conveniencia de su derivación y empleo.

La incorporación de los diferentes mecanismos ADR al sistema de Justicia civil en España, en los términos aquí defendidos, no tiene por qué significar que los mismos sean desarrollados por personal perteneciente a la Administración de Justicia,

pero sí que los tribunales de justicia puedan servirse de instrumentos extrajudiciales a la hora de indicar a las partes cómo comportarse cooperativamente una vez se ha judicializado la controversia. Y a la hora de facilitar una gestión eficiente de los asuntos que acceden a la jurisdicción cada año, así como una ágil comunicación entre los tribunales de justicia competentes para el conocimiento y resolución del asunto y las entidades o sujetos que desarrollen tales procedimientos extrajudiciales, consideramos que, al igual que en los sistemas *multi-door*, en España sería perfectamente factible la configuración de un órgano, servicio o equipo en el seno de la Administración de Justicia que lleve a cabo, en una etapa temprana del proceso, un diagnóstico o «triaje» (*intake and referral*) que permita analizar las circunstancias del caso y delimitar qué *puerta* o *sala* resulta más apropiada para dispensar a los ciudadanos una justicia ágil y eficaz.

Hasta ahora, esa etapa en la que los tribunales pueden recomendar o invitar a las partes a acudir a mediación u otro sistema ADR se ha residenciado legalmente en la audiencia previa o vista. El Proyecto de Ley de 2022 aspira a anticipar ese diagnóstico proclive a la utilización de métodos ADR a «cualquier momento del procedimiento que resulte comprendido entre la contestación a la demanda y la celebración de la vista o juicio en los procesos declarativos o tras la orden general de ejecución y despacho de esta en los procesos de ejecución forzosa» para que el LAJ pueda plantear a las partes la posibilidad de derivar el litigio a mediación o a otro medio adecuado de solución de controversias (proyectado artículo 19.5 LEC), así como también al inicio de la audiencia previa (proyectados artículos 414 y 415.11 LEC), e incluso a la finalización de la misma, una vez admitidas las pruebas pertinentes y útiles (proyectado artículo 429.2 LEC).

No obstante, y a semejanza de lo propuesto en la Propuesta de Directiva sobre normas mínimas comunes del proceso civil y en las Reglas Modelo Europeas, la facultad judicial de poder proponer a las partes el acudir a un mecanismo ADR debe poder tener lugar «en cualquier fase del proceso».

Pensemos, por un momento, que una de las partes solicita y obtiene una diligencia preliminar o una medida de anticipación o aseguramiento de la prueba. En función de lo que constituya el objeto de la controversia, el recurrir seguidamente, y tras la práctica de tales actuaciones, a ciertos mecanismos ADR (por ej., la invitación a las partes a que valoren la conveniencia de obtener la opinión confidencial de un experto independiente y, sobre la misma, ofrecer y aceptar ofertas vinculantes igualmente confidenciales) podría agilizar la finalización del litigio a través de soluciones consensuadas que serían homologadas judicialmente.

De ahí que, si en materia de familia defendíamos un específico apartado 4 en el artículo 751 que permita al juez en cualquier momento, de oficio o a petición de cualquiera de las partes, proponer la utilización de otros métodos adecuados de

solución del conflicto, también consideramos que resultaría acertada una medida de agilización del proceso civil consistente en adicionar un segundo inciso al artículo 19.2 LEC, dentro del poder de disposición de las partes sobre el proceso y sobre sus pretensiones, que dijera lo siguiente:

2. Si las partes pretendieran una transacción judicial y el acuerdo o convenio que alcanzaren fuere conforme a lo previsto en el apartado anterior, será homologado por el tribunal que esté conociendo del litigio al que se pretenda poner fin. En atención al objeto del proceso, el tribunal también podrá, en cualquier momento, de oficio o a solicitud de una de las partes, invitar a las partes a utilizar otros métodos adecuados de solución del conflicto si, atendiendo a las circunstancias concurrentes, estima posible que lleguen a un acuerdo total o parcial sobre el objeto de la controversia.

Incluso resulta posible anticipar aún más el examen de la controversia para determinar si resulta conveniente la derivación jurisdiccional a ADR. El actual artículo 438.3 LOPJ, desde su redacción dada por la L.O. 7/2015, permite al Ministerio de Justicia y a las Comunidades Autónomas crear y organizar un servicio común procesal con funciones de «mediación⁴⁹», de modo que sería procesalmente viable que se organizara un equipo de profesionales, formados en sistemas ADR, en el seno de dicho servicio común que, con motivo de la recepción de los escritos procesales, pudieran informar y asesorar a las partes, sobre los diversos sistemas ADR existentes, pero también proponer al órgano judicial (LAJ o juez) la conveniencia de una inicial comparecencia con las partes para resolver si procede o no acordar la oportuna derivación judicial a dichos sistemas, así como también qué método ADR pudiera resultar el más conveniente (mediación, conciliación, determinación por tercero neutral, etc.) en virtud de la materia del asunto (pequeñas reclamaciones de cantidad, consumo, familia, propiedad horizontal,...) y sus circunstancias⁵⁰.

49. El artículo 5 de la Orden JUS/1721/2014, de 18 de septiembre, por la que se amplía la Oficina Judicial de Murcia (BOE núm. 233, de 25 de septiembre de 2014) creó la «Unidad de Mediación Intrajudicial de Murcia» (UMIM), dentro del Servicio Común Procesal de Ordenación del Procedimiento, como unidad que centralizaría la actividad de mediación correspondiente a todas las jurisdicciones, y entre cuyas funciones estaban las de «Elaborar las propuestas de protocolos de derivación intraprocesal a mediación, su revisión, ampliación o actualización en su caso, conforme a los protocolos de mediación intrajudicial que establezca el Consejo General del Poder Judicial», «asumir las funciones de impulso procesal, calificando demandas y asuntos susceptibles de derivación a mediación intraprocesal y dictando, en su caso, las resoluciones que procedan» o «colaborar con la jefatura de la sección y con los mediadores en la completa elaboración de cuantas actas, minutas de sesión y demás documentación requeridas en las sesiones de mediación».

50. el estudio *The Relationship between Formal and Informal Justice...*, op. cit., p. 9, propone que los tribunales de justicia valoren, a la hora de remitir a las partes a un concreto mecanismo ADR, factores tales como la naturaleza de la controversia; las características de las partes; la complejidad del objeto; el historial procesal y la relación anterior entre las partes; la edad y capacidad legal de las mismas; su familiaridad con el sistema legal; o el posible desequilibrio de poder e información entre aquellas.

Otra opción pasaría por la creación de órganos mixtos dependientes del Ministerio de Justicia o de la correspondiente Comunidad Autónoma, a imagen de las actuales Comisiones de Asistencia Jurídica Gratuita, y que en coordinación con los servicios de orientación jurídica y con los profesionales, administraciones e instituciones MASC, llevaran a cabo ese *triaje* de derivación. Pero vemos como, *lege ferenda*, la Disposición Adicional cuarta del Proyecto de Ley de 2022 prevé que el Ministerio de Justicia y las Comunidades Autónomas constituirán, en la forma que consideren adecuada, los *servicios de medios adecuados de solución de controversias* —el Anteproyecto, por su parte, aludía a la creación de «Unidades de métodos adecuados de solución de controversias» en el ámbito de cada Tribunal Superior de Justicia, Audiencia Provincial o Decanato, según el número de unidades judiciales que lo integren—, con las siguientes funciones:

- a) *Proporcionar a la ciudadanía y a los profesionales información sobre los medios adecuados de solución de controversias, naturaleza, contenido, efectos de su utilización y recursos existentes.*
- b) *Administrar dichos recursos.*
- c) *Gestionar y controlar el registro de profesionales de medios adecuados de solución de controversias para ese territorio, en coordinación con los restantes registros existentes.*
- d) *Poner a disposición de todas las personas interesadas los datos de los terceros neutrales que reúnan los requisitos que se determinen legalmente.*
- e) *Informar a los órganos judiciales sobre estos métodos y prestar el apoyo necesario a la derivación judicial.*
- f) *Llevar a cabo el control, seguimiento y estadística del desarrollo de este servicio.*
- g) *Coordinar la actuación de todos los colectivos profesionales, administraciones e instituciones implicados en su desenvolvimiento.*
- h) *Desarrollar cuantas labores sean necesarias para la implantación y utilización de estos métodos en el servicio público de Justicia.*

Como vemos, la senda elegida intenta aproximar nuestra Administración de Justicia, aunque incipientemente, a ese modelo de «Administración de Justicia multisala». Y puestos a soñar despiertos, la hipotética implantación en nuestro país de los Tribunales de Instancia, con Secciones propias en Civil, Mercantil, Familia, e incluso Secciones especializadas para la ejecución de las resoluciones judiciales, permitiría la creación de una Sección MASC (con su juez o jueza formados en técnicas y procedimientos ADR, su unidad procesal y su servicio común procesal correspondientes) encargada de gestionar inicialmente las derivaciones a ADR de aquellos asuntos en los que se considere que pueda anticiparse una solución ágil de la controversia, y en caso contrario, su remisión a la correspondiente Sección del orden jurisdiccional competente.

c) Gestión judicial de la duración y del desarrollo del método ADR empleado

La derivación intrajudicial a cualquier método ADR no puede limitarse a invitar a las partes a acudir a un método extrajudicial (*out of Court*) de solución de conflictos. El modelo de Justicia civil aquí propuesta, consistente en incorporar los métodos ADR a la Administración de Justicia, pasa por considerar los mecanismos ADR como herramientas a disposición del proceso civil (*Court-connected ADR programs*).

Una gestión activa del proceso civil pasa también por una implicación de los tribunales de justicia, no sólo en saber si las partes aceptan acudir o no a dichos sistemas extrajudiciales, sino también en conocer los avances en cuanto a la reducción de los aspectos controvertidos, la consecución o no de un acuerdo, así como de los problemas u obstáculos que pudieran surgir con motivo de la tramitación del método seleccionado, dónde encallan las posiciones de las partes o qué avances permiten la adopción de acuerdos parciales. No se trata de que el tribunal deba conocer el contenido de lo negociado, por supuesto, pero sí resultaría más eficiente si al tribunal (o a ese servicio MASC integrado en la Oficina judicial) se le informa oportunamente que, con motivo de una de las sesiones de mediación, las partes aceptan la emisión de un informe por un tercero neutral, por ejemplo.

Por ello, resultaría muy positivo que no se acordara en ningún caso la suspensión del proceso civil y que el tribunal, de acuerdo con las partes, pudiera establecer un «calendario procesal» (en los términos propuestos en la Rule 49 ERCP) para que éstas le informen, incluso personalmente a través de las oportunas audiencias, de los avances logrados en el seno de dicho mecanismo ADR, a los fines de poder anticipar la posibilidad de excluir determinados elementos fácticos o jurídicos de la controversia —sobre los que ya haya acuerdo—, resolver déficits procesales de capacidad de las partes con anterioridad a la audiencia previa o centrar el objeto de la prueba en lo verdaderamente litigioso.

Desde el momento en que el órgano judicial que se encuentra conociendo de una controversia decide impulsar la utilización de un concreto método ADR porque lo estima conveniente y fundadamente considera que puede arrojar elementos positivos para la resolución de la controversia, la duración de dicho método ADR afectará a la propia duración del proceso judicial, de modo que debe facilitarse legalmente que sea el órgano judicial el que disponga, de conformidad con las partes y con la persona o institución MASC correspondiente, un oportuno calendario de actividades para que las partes alcancen un acuerdo en el seno de dicho mecanismo extrajudicial o, por el contrario, lo den por finalizado ante la imposibilidad de avances significativos y se retomen las actuaciones procesales.

En este sentido, valoramos positivamente la propuesta de reformar el artículo 429.2 LEC para que el juez pueda instar a las partes a acudir a un medio adecuado de solución de controversias y que éste deba desarrollarse «durante el tiempo que media entre la finalización de la audiencia previa y la fecha señalada para el juicio», y que las partes puedan «manifestar la conveniencia de prorrogar dicho plazo —en realidad, y más que solicitar una prórroga, deberían solicitar una nueva fecha para el juicio, si las negociaciones avanzaran— por un tiempo determinado que deberán especificar». Lo valoramos positivamente porque ahonda en la dirección de fomentar el *case-management* y las facultades judiciales de implicarse activamente en ayudar a las partes en la consecución de un acuerdo transaccional (artículo 9 de la Propuesta de Directiva sobre normas mínimas comunes del proceso civil de la Unión Europea de 2017 y Rules 9 y 49 ERCP) y acomodar la tramitación procesal de la causa a sus circunstancias fácticas y personales.

Pero valoramos negativamente que se disponga taxativamente que «si quince días antes de llegar dicho término todas las partes manifestaran la conveniencia de prorrogar dicho plazo *por una sola vez y por un tiempo determinado* que deberán especificar, el letrado o la letrada de Administración de Justicia fijará nueva fecha para la celebración del juicio» (último inciso del proyectado artículo 429.2 LEC). Sería más eficiente que fuera el órgano judicial, junto con las partes y la entidad MASC, quienes adecúen con cierta flexibilidad las actuaciones procesales en función de los avances advertidos en la negociación extraprocesal.

Una cosa es disponer legalmente una duración máxima de un sistema ADR cuando el mismo tiene lugar con carácter preprocesal, extrajudicial y, en su caso, como requisito para la admisibilidad de la demanda judicial⁵¹, y otra distinta es que legalmente se fijen plazos tasados e improrrogables a dicha actividad ADR, una vez la causa ya está judicializada. De ahí que deba traerse a colación lo recogido en el artículo 18.3 de la Ley 9/2011 de mediación familiar de Aragón, que estimamos podría servir de referencia para la reforma procesal civil: «En el supuesto de iniciación por la

51. Así, por ejemplo, el artículo 8 de la Directiva RAL 2013 (y el correlativo artículo 20 de la Ley española 7/2017) fijan una duración máxima, aunque prorrogable, de noventa días naturales. Y en la misma línea, muchas de las leyes autonómicas sobre mediación familiar disponen concretos plazos de duración a tales procedimientos (sobre ello, vid. ORTIZ PRADILLO, J. C. (2016) ESTUDIO SISTEMÁTICO... op. cit., p. 54 y ss). En esta línea, el proyectado artículo 20.2 de la Ley 5/2012 retoma la idea de fijar un plazo máximo de tres meses desde la recepción de la solicitud por el mediador, en los casos en que se opte por el intento de mediación como requisito de procedibilidad, algo que ya fue en su momento cuestionado en el Informe del CGPJ de 13 de mayo de 2010 al Anteproyecto de Ley de Mediación en Asuntos Civiles y Mercantiles (p. 58) porque «con ser plausible la finalidad perseguida por esta norma [fijar la duración del procedimiento, si se quiere configurar la mediación como un método alternativo de resolución de controversias, procurando que éste sea breve y que las actuaciones se concentren en el menor número posible de sesiones], cabe dudar si no sería más acorde con los principios de voluntariedad y autoorganización el no señalamiento legal de un tope máximo de duración del procedimiento, dejando que sean las partes en función de la complejidad del conflicto las que fijen en el acta inicial el plazo de duración del procedimiento».

Autoridad Judicial, la duración no podrá exceder del plazo de suspensión del procedimiento acordado judicialmente o previsto en la legislación procesal⁵²».

Por tanto, cuando las partes procesales comuniquen al tribunal su voluntad de intentar una solución extrajudicial o cuando aquél las derive a un concreto método ADR, no debería acordarse la suspensión del proceso civil en los términos establecidos en el artículo 19.4 LEC. Y subsidiariamente, debería reformarse dicho precepto para que la duración de la suspensión acordada por el LAJ pudiera acomodarse a la complejidad de la causa o a las circunstancias personales de las partes (v. gr., el carácter transfronterizo del litigio, la existencia de pluralidad de partes, el ejercicio de acciones colectivas). Condicionar la duración del instrumento ADR judicialmente seleccionado a un plazo cerrado —máximo 60 días— y sin atender a las circunstancias concretas del caso no resultará positivo ni eficiente. Primero, porque nada impediría a las partes, aunque no pudieran seguir los cauces institucionales previstos para tal fin, mantener negociaciones extrajudiciales e instar la homologación judicial de su acuerdo en un trámite procesal ulterior. Y segundo, porque aquéllas podrían volver a solicitar la suspensión temporal del proceso para continuar sus negociaciones extraprocerales. ¿Denegaría el órgano judicial esa segunda solicitud de suspensión del proceso, a sabiendas de la predisposición de las partes de intentar llegar a un acuerdo?

2.3.6. Las sanciones —«palos»— por no haber asistido o haber rechazado participar en un método ADR

El tercer y último mecanismo para tratar de impulsar los métodos ADR consiste en lo que hemos venido a denominar «incentivos en sentido negativo» —«palos»—, que tratan de imponer sanciones o consecuencias económicas negativas por el hecho de no haber asistido o haber rechazado sin motivo justificado el empleo de métodos ADR, y ello con la intención de persuadir «indirectamente» a las partes a que acudan a sistemas ADR con carácter previo al proceso o a que acepten la referida derivación procesal a dichos sistemas.

El Proyecto de Ley de 2022 introduce una modulación del régimen de las costas procesales, así como una nueva regulación referente a la imposición de posibles

52. En términos similares, el artículo 15 de la Ley 14/ 2010, de 9 de diciembre, de mediación familiar de las Illes Balears (reformada en virtud de la Ley 13/2019, de 29 de marzo. BOE núm. 109, de 7 de mayo de 2019) diferencia en su artículo 15 según la mediación haya sido acordada por las partes o bien sea debida a la derivación judicial. En el primer caso, el apartado 1 dispone que «La duración del procedimiento de mediación familiar depende de la naturaleza y la conflictividad de las cuestiones a tratar, pero, en todo caso, se procurará concentrar las actuaciones y evitar dilaciones que alarguen indebidamente el procedimiento -la anterior versión establecía una duración inicial de hasta 3 meses, prorrogable por el tiempo que el mediador o la mediadora considere necesario en relación con la expectativa de acuerdo existente-» y el apartado 2 declara que «Cuando se trate de mediaciones que derive la administración de justicia, la duración del procedimiento no puede ser superior al plazo de suspensión del procedimiento judicial que establece el artículo 19.4, en relación con el artículo 770.7, de la Ley de enjuiciamiento civil».

multas por mala fe procesal y por «abuso del servicio público de Justicia» cuando las partes no hubieran asistido o hubieren rehusado a participar en un ADR.

En el caso de la parte vencedora, la ley prevé la posibilidad de que el órgano judicial no le conceda las costas cuando «hubiere rehusado expresamente o por actos concluyentes, y sin justa causa, participar en un medio adecuado de solución de controversias al que hubiese sido efectivamente convocado» (proyectado art. 394.1 LEC), e incluso, que se le pueda condenar al pago de las costas, en los casos de estimación parcial de la demanda, cuando «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 juez, la jueza o el tribunal o el letrado de la Administración de Justicia durante el proceso».

En el caso de la parte vencida, se prevé la posibilidad de que el órgano judicial le exima de la condena en costas si fue la parte que requirió «iniciar una actividad negociadora previa tendente a evitar el proceso judicial y la parte contraria hubiese rehusado intervenir en la misma» (proyectado art. 394.4 LEC), así como también se le permite solicitar la moderación de aquella cuantía «cuando hubiera formulado —bien la parte condenada, bien el tercero neutral— 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» (art. 245.5 LEC).

Consideramos acertado que se incorporen reglas especiales en materia de determinación y modulación de las costas procesales en función de cuál hubiera sido la conducta de los litigantes en un posible procedimiento extrajudicial de resolución de controversias previo al proceso o con motivo de su derivación judicial, pero el verdadero *quid* de la cuestión radicará en cómo sancionar procesalmente a la parte o sector que, de manera reiterada, imposibilita una solución extrajudicial y obliga a la parte contraria a tener que acudir a los tribunales de Justicia.

No en vano, la modulación de las costas procesales en atención a la «conducta preprocesal» de las partes ya fue ensayado en nuestro país con motivo del aluvión de demandas en materia de cláusulas suelo que colapsaron durante años nuestros tribunales de justicia. El Real Decreto Ley 1/2017, de 20 de enero, de Medidas Urgentes de Protección de Consumidores en Materia de Cláusulas Suelo aspiraba a arbitrar, según se indicaba en su Exposición de Motivos, *un cauce sencillo y ordenado, de carácter voluntario para el consumidor, que facilite que pueda llegar a un acuerdo con la entidad de crédito que les permita solucionar sus diferencias mediante la restitución de dichas cantidades*, pero se incluyó un artículo específicamente dirigido a modular el régimen procesal de las costas procesales, según el cual, la entidad bancaria únicamente sería

condenada en costas si la posterior sentencia judicial concediese al consumidor una cantidad superior a la calculada previamente o consignada por dicha entidad.

En la práctica, dicho procedimiento extrajudicial de reclamación previa ante la propia entidad bancaria se convirtió, indirectamente, en una obligación para el consumidor reclamante si quería, llegado el momento, poder recuperar las costas procesales⁵³. Y de los datos ofrecidos por el CGPJ⁵⁴ no se pueden extraer conclusiones que permitan indicar que dicho «cauce sencillo y ordenado» haya ayudado a reducir la litigiosidad ante la Administración de Justicia en materia de cláusulas bancarias abusivas o que se haya potenciado la consecución de acuerdos entre los ciudadanos y las entidades bancarias. Desde la puesta en marcha de los juzgados especializados en materia de cláusulas abusivas en junio de 2017, el porcentaje de asuntos resueltos con sentencia estimatoria a favor del cliente se sitúa en el 97,2% de las sentencias dictadas. Durante 2020, los juzgados especializados dictaron un total de 97.450 sentencias, y el número de ellas que fueron favorables al cliente ascendió a 95.449, lo que equivale al 97,9%.

Quizás fracaso sea el término que mejor defina el sistema ideado para que el cliente bancario tenga que reclamar internamente a su entidad, y ante la falta de respuesta o el ofrecimiento de una solución contraria a sus intereses, se vea obligado a acudir a la Administración de Justicia para que la misma falle a su favor en 98 de las 100 demandas planteadas.

3. Bibliografía

- ANDREWS, N. (2013) Justicia civil inglesa. Proceso y otras formas de resolución de controversias. Bogotá: Editorial Temis.
- BANACLOCHE PALAO, J. (2021). «Las reformas en el proceso civil previstas en el Anteproyecto de Ley de Medidas de Eficiencia Procesal: ¿una vuelta al pasado?», Diario La Ley, Nº 9814, de 19 de marzo.
- CASO SEÑAL, M., «Mediación. Signo distintivo de Europa», La Ley, 31 de octubre de 2008, pp. 8 y ss.

53. Ese sistema de condena en costas procesales incorporado en el artículo 4 del citado RD-Ley 1/2017 llegó a ser tildado de «norma exorbitante» (por todas, vid. SSAP, Zaragoza, de 11 de junio de 2018, ECLI:ES:APZ:2018:1508, y de 23 de octubre de 2020, ECLI: ES:APZ:2020:1541) y fue declarado parcialmente inconstitucional y nulo (el apartado 2 del art. 4) en la STC 156/2021, de 16 de septiembre de 2021, por vulnerar los arts. 14, 24.1 y 51.1 CE, pues «favorece de manera notoria a quien impuso unilateralmente la cláusula abusiva y perjudica a quien sufrió tal imposición y debe reclamar lo indebidamente abonado para obtener su restitución, consecuencia que no solo se manifiesta carente de toda razonabilidad, sino que, además, supone una traba excesiva y desproporcionada para los consumidores».

54. <https://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Poder-Judicial/En-Portada/La-pendencia-de-los-Juzgados-de-clausulas-abusivas-mantuvo-en-2020-la-tendencia-a-la-baja-pese-a-la-paralizacion-de-la-actividad-judicial-por-el-Covid-19>

- DE LA OLIVA SANTOS, A. (2011) «Mediación y Justicia: síntomas patológicos», *Otrosí*, núm. 8, octubre-diciembre 2011.
- GASCÓN INCHAUSTI, F. (2021) «Las *European Rules of Civil Procedure*: ¿un punto de partida para la armonización del proceso civil?», *Cuadernos de Derecho Transnacional* (Marzo 2021), Vol. 13, Nº 1, pp. 277-297. DOI: <https://doi.org/10.20318/cdt.2021.5960>.
- GIMENO SENDRA, V. (2010) «Competencias autonómicas en la regulación del proceso en defensa de los derechos estatutarios», *Revista de Derecho Político*, núm. 79, septiembre-diciembre 2010.
- GÓMEZ AMIGO, L. (2013) «Estudio del procedimiento de mediación en asuntos civiles y mercantiles», *Revista General de Derecho Procesal*, núm. 31.
- JUAN SÁNCHEZ, R. (2013) «Legislación Procesal y Comunidades Autónomas», *Cuadernos Aranzadi de Tribunal Constitucional*, núm. 32.
- MARTÍN DIZ, F. (2010) *La mediación: sistema complementario de Administración de Justicia*, Madrid: CGPJ.
- ORTIZ PRADILLO, J. C. (2014) «Laudo arbitral y ejecución forzosa: algunos obstáculos que remover», en VV.AA., *HACIA UNA GESTIÓN MODERNA Y EFICAZ DE LA EJECUCIÓN PROCESAL* (director: Francisco Ramos Méndez), Barcelona: Atelier.
- ORTIZ PRADILLO, J. C. (2016) *ESTUDIO SISTEMÁTICO DE LA MEDIACIÓN FAMILIAR: PROPUESTAS DE ACTUALIZACIÓN Y MEJORA*. Toledo: Ediciones Parlamentarias de Castilla-La Mancha.
- ORTIZ PRADILLO, J. C. (2021) «Los mecanismos alternativos de resolución de conflictos y su operatividad presente y futura», VV.AA. *JUSTICIA Y TRANSNACIONALIDAD. TUTELA JUDICIAL Y MECANISMOS ALTERNATIVOS DE SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS* (Dir. Jorge Argudo González, Coord. Lucía López de Castro García-Morato), Madrid: lustel.
- ORTIZ PRADILLO, J. C. (2022) *Justicia Civil eficiente y M.A.S.C: Propuestas a partir de las Reglas Modelo europeas de Proceso Civil*. Pendiente de publicación.
- ORTUÑO MUÑOZ, P., HERNÁNDEZ GARCÍA, J. (2007) *Sistemas alternativos a la resolución de conflictos (ADR): la mediación en las jurisdicciones civil y penal*, ed. Fundación Alternativas, Madrid.
- ORTUÑO MUÑOZ, P. (2021) «Comentarios al Anteproyecto Ley de Eficiencia Procesal», *LA LEY Mediación y Arbitraje*, Nº7, abril-junio 2021
- PEITEADO MARISCAL, P. (2018) «Consideraciones sobre la relación entre el derecho a la tutela judicial efectiva y la mediación obligatoria». *Estudios de Deusto*, vol. 66, n.º 2, pp. 283-322. [http://dx.doi.org/10.18543/ed-66\(2\)-2018](http://dx.doi.org/10.18543/ed-66(2)-2018).
- PÉREZ DAUDÍ, V. (2015) «Aspectos procesales de la mediación preceptiva en los procesos hipotecarios», *Diario La Ley*, núm. 8541, de 18 de mayo de 2015.
- PINTO ANDRADE, C. (2015) *La dudosa constitucionalidad de la Ley Vasca 7/2015 de custodia compartida*. Comentario publicado el 23 de diciembre de 2015 en el blog <https://www.hayderecho.com/2015/12/23/la-dudosa-constitucionalidad-de-la-ley-vasca-72015-de-custodia-compartida/>.
- VARGAS PAVEZ, M. (2018) «La justicia civil de doble hélice. Hacia un sistema integral

de resolución de conflictos en sede civil», *Revista Chilena de Derecho Privado*, nº31, diciembre 2018.

VILLAMARÍN LÓPEZ, M. L. (2018) «Los estándares mínimos exigibles a los mecanismos alternativos de resolución de litigios de consumo», en *Innovación tecnológica, mercado y protección de los consumidores* (Coord. María Teresa Álvarez Moreno), Madrid: Reus, pp. 317-332.

WOOLF, H. (1996) *Access to Justice: Final Report to the Lord Chancellor on the Civil Justice System in England and Wales*. H.M. Stationery Office.

SEGUNDA PARTE

**EL PROCESO CIVIL A TRAVÉS DE
ACTUACIONES E INSTITUCIONES
CONCRETAS**

