

La Ley de mediación obligatoria para resolver los conflictos civiles ante la crisis originada por el Coronavirus

Vicente Magro Servet

Magistrado de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo

Doctor en Derecho

Diario La Ley, N° 9614, Sección Plan de Choque de la Justicia, 16 de Abril de 2020, **Wolters Kluwer**

Comentarios

Resumen

Análisis sobre el uso de la mediación obligatoria *ex lege* como requisito de procedibilidad previo al ejercicio de la acción judicial para resolver los problemas de los conflictos entre particulares y su posible judicialización que surgirá a raíz del alzamiento del estado de alarma por la crisis del coronavirus. Propuesta de reforma de la Ley 5/2012 para introducir la obligatoriedad de la mediación civil para hacer frente a la crisis económica originada por el coronavirus evitando el colapso judicial. Importancia del aval de la sentencia del TJUE de 14 de junio de 2017

- *Comentario al documento Ante la segura judicialización de los conflictos entre particulares a raíz de la crisis del coronavirus en España desarrolla el autor una propuesta de ampliación del Anteproyecto de la Ley de mediación de 2019, a fin de evitar el colapso de la justicia civil cuando se levante el estado de alarma aprobado por RD 463/2020 y se puedan ejercitar acciones judiciales en este orden jurisdiccional. Para ello, elabora un estudio respecto a la situación actual de la mediación obligatoria en la Unión Europea, la Sentencia del TJUE14 de junio de 2017 (Asunto C-75/16) que avala la mediación obligatoria, la apuesta de la mediación obligatoria en Italia demostrada en cifras, y la necesidad de la fijación de un listado de materias en las que debe recurrirse a la mediación obligatoria extrajudicial, pero fijando la ampliación de las materias que deben incluirse por encima de las fijadas en el Anteproyecto de Ley de mediación obligatoria de 2019, a fin de dar respuesta a los conflictos reales que van a surgir después de la crisis del Coronavirus. Se realizan, por ello, una serie de propuestas para optimizar la mediación obligatoria, tanto la extrajudicial como la intrajudicial, dando razón de ser a la*

existencia de la profesión del Mediador civil en España, ante la realidad del colapso que puede sufrir la justicia civil por el excesivo recurso a las acciones judiciales y la nula utilización de la mediación en la actualidad, dado el carácter voluntario que actualmente rige en España.

I. INTRODUCCIÓN

Es necesario comenzar a analizar lo que va a ser el día después de la pandemia del Coronavirus cuando se alce el estado de alarma. Porque desde el punto de vista de la actividad judicial resulta evidente que se va a provocar un auténtico caos y colapso aún mayor del actualmente existente, a consecuencia de los conflictos que van a surgir ante los distintos órdenes jurisdiccionales.

A tal efecto, el Real Decreto 11/2020 de 31 de marzo (LA LEY 4652/2020), por el que se adoptan medidas urgentes complementarias en el ámbito social y económico para hacer frente al COVID-19 ya hecho referencia a ello a señalar en **Disposición adicional decimonovena**, que lleva por rúbrica *Agilización procesal* que: *Una vez que se haya dejado sin efecto la declaración del estado de alarma y de las prórrogas del mismo que, en su caso, se hayan acordado el Gobierno, a propuesta del Ministerio de Justicia, aprobará a la mayor brevedad posible y en todo caso en el plazo máximo de 15 días, un Plan de Actuación para agilizar la actividad judicial en los órdenes jurisdiccionales social y contencioso-administrativo así como en el ámbito de los Juzgados de lo mercantil con la finalidad de contribuir al objetivo de una rápida recuperación económica tras la superación de la crisis.*

Resulta necesario, sin embargo, que se tenga en cuenta a la jurisdicción civil, ya que puede ser una de las más atascadas cuando se levante la suspensión de las actuaciones judiciales no urgentes y que se puedan presentar las acciones judiciales correspondientes. No obstante, quizás, esta omisión venga motivada por la convicción de que solo la aprobación de una profunda y densa reforma de la Ley 5/2012 (LA LEY 12142/2012) de la mediación obligatoria en el orden civil pueda resolver la avalancha de acciones judiciales que pueden presentarse una vez se alce este estado de alarma.

La conflictividad civil surgirá sobre todo en materia de arrendamientos y de incumplimiento de contratos

De esta manera, los conflictos en el orden civil, que es donde más se va a ver reflejada la conflictividad civil, van a surgir, sobre todo en materia de arrendamientos y de incumplimiento de contratos, ya que en materia hipotecaria se ha legislado al efecto en el Real Decreto-ley 8/2020, de 17 de marzo (LA LEY

3655/2020), de medidas urgentes extraordinarias para hacer frente al impacto económico y social del COVID-19 para dejar claras las situaciones de las consecuencias del impago de la deuda hipotecaria. Pero en materia contractual los incumplimientos que se han producido determinarán si se aplica o no la cláusula *rebús sic stantibus*. No obstante, aunque se ha apelado a la buena voluntad de las partes contratantes, esto no es más que una aspiración que no se verá reflejada porque las diferencias existentes entre las mismas llevarán, en un gran porcentaje, al ejercicio de acciones judiciales ante los órganos judiciales al no llegar a un acuerdo entre las mismas, o bien porque determinados matices no terminarán de concretarse y se acabará por reclamar la intervención judicial en un elevado volumen de supuestos, ello salvo que se apruebe la tan ansiada ley de introducción de la mediación obligatoria en el orden civil.

Recordemos que el documento que se elaboró en el seno del grupo de mediación que se creó en el CGPJ para crear la *Guía de la práctica de la mediación intrajudicial* comienza su texto señalando que «en el proceso de mediación no se aborda el conflicto tal y como está planteado judicialmente, sino como las partes lo viven. No se pretende vencer al otro sino satisfacer el interés de cada uno. Es por ello que, en principio, todo conflicto que verse sobre materias de libre disposición para las partes puede gestionarse eficazmente en mediación. Dependerá básicamente de que las partes perciban que se les brinda una oportunidad para desbloquear la contienda y retomar la gestión de "su asunto", pudiendo controlar en todo momento el proceso y el diseño de acuerdos conforme a su interés, valorando expectativas y riesgos y evitando la frustración de una decisión no deseada.»

Pero se incide, y se insiste en el texto entre los principios, y en el número 1, que la voluntariedad es la pieza esencial de la mediación, al concretar que *se trata de un proceso voluntario, tanto en la decisión de inicio como en su desarrollo y en su finalización, pudiendo ser desistido por las partes implicadas en cualquier momento*. Sin embargo, esta mediación reconocida en la propia Ley 5/2012 de 6 Jul (LA LEY 12142/2012). de mediación en asuntos civiles y mercantiles se reconoce en la misma en el art. 6 que *es voluntaria*, lo que ha determinado que, pese a que se haya realizado un extraordinario esfuerzo por los colegios profesionales en fomentar el uso de la mediación entre los colegiados mediante la realización de la especialización y seguimiento de los cursos obligatorios de 100 horas para conseguir el acceso al registro de mediadores, el resultado haya sido negativo, —como se verá luego en cifras frente al modelo italiano- ante el escaso uso que la voluntariedad fijada en el art. 6 de la Ley 5/2012 (LA LEY 12142/2012) ha determinado, al hacer depender de la voluntad y decisión de los particulares el recurso a medios alternativos a la resolución de conflictos.

Por todo ello, se entiende que ha llegado el momento de recurrir de forma preceptiva y obligatoria a la mediación extrajudicial en el orden civil. Pero, además, de como medida para evitar el colapso judicial en este orden jurisdiccional, como forma oportuna, y no oportunista, de demostrar la eficacia de la mediación civil como solución alternativa a la judicial en la resolución de conflictos. Y es evidente que momentos como el presente, por la pandemia del coronavirus, que supone una situación de absoluta excepcionalidad y urgencia, es cuando el legislador tiene que tomar cartas en el asunto y evitarse los miedos que se apoderaron de todos aquellos que pensaron que huir de la voluntariedad del uso de la mediación era cargarse el sistema puro y naturalista de la mediación civil. Porque menos miedo tuvieron los italianos y los argentinos que establecieron un sistema, en principio obligatorio, y que se ha demostrado que, al final y al principio, ha acabado convenciendo a las partes que lo han utilizado, debido a la alta cualificación de los profesionales que se dedican a esta materia.

Sin embargo, en nuestro país, ocho años después de aprobarse la Ley 5/2012 de mediación (LA LEY 12142/2012) civil, todavía nos estamos preguntando cómo es posible que no nos hayamos dado cuenta de que el recurso a la voluntariedad de la utilización del sistema de la mediación ha llevado un estancamiento de la figura, y, lo que es peor, en una gran frustración de aquellos que realizaron el curso de formación de 100 horas obligatorio para poder ser inscritos en el registro de mediadores, como marca el art. 14 del Real Decreto 980/2013, de 13 de diciembre (LA LEY 21161/2013), por el que se desarrollan determinados aspectos de la Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles (LA LEY 12142/2012), pero que, sin embargo, años después han visto cómo lo que podría haberse convertido en una profesión de futuro no se ha podido utilizar por muchos de ellos.

Recordemos que se habló en su momento que la mediación era una carrera y una profesión de futuro y se postuló en muchas universidades la necesidad de establecer vías para el fomento del estudio de la mediación y la consecución de una acreditación que les permitiera desarrollar esta profesión, como ocurre en todo el derecho anglosajón, así como en Italia y Argentina como países referentes en la implementación de la mediación. Sin embargo, en nuestro país, ocho años después, y con varios anteproyectos del recurso a la mediación obligatoria, no nos dimos cuenta, o no nos hemos querido dar cuenta, de que el sistema de la voluntariedad no funcionaba, y los juzgados seguían recibiendo demandas de particulares que en ningún momento habían intentado ponerse en manos de un mediador. Así, las propuestas y recomendaciones del fomento y uso de la mediación no llegaban a ningún puerto, y, sin embargo, se seguía utilizando la vía judicial para resolver los conflictos entre particulares.

Una solución sería potenciar la mediación intrajudicial con el establecimiento de servicios procesales dentro de los órganos gubernativos del poder judicial

Por otro lado, tampoco podemos decir que una solución sería potenciar la mediación intrajudicial con el establecimiento de servicios procesales dentro de los órganos gubernativos del poder judicial, ya que ello lleva al uso previo de la acción civil y a la puesta en marcha de la maquinaria de la Administración de Justicia con registro de asuntos y traslados que colapsan las oficinas judiciales. Con ello, frente a la opción de la vía de la mediación judicial extrajudicial, resulta evidente que la crisis que va a traer el coronavirus no da opción alguna a plantearnos si se puede recurrir a la mediación intrajudicial, o a la extrajudicial, ya que la única forma de resolver el problema que se va a originar con respecto a los conflictos que van a surgir en materia contractual es la introducción de parámetros de derivación obligatoria a la mediación extrajudicial como requisito de procedibilidad antes de poder ejercer la acción civil.

Nos podríamos plantear, sin embargo, ¿Qué ocurrirá con las acciones civiles ya presentadas y en trámite? La respuesta está clara ante la tesis que sostenemos, y es que ahí podría, también, establecerse una derivación preceptiva, y no potestativa de las partes, por parte del juez civil con capacidad decisoria para entender que el asunto en concreto está dentro de los parámetros que la Ley que debería establecer la derivación obligatoria la mediación le permitiría actuar cuando ya el procedimiento judicial se ha iniciado, pero para aplicarlo de forma retroactiva dentro del procedimiento judicial.

La mecánica a seguir sería fijar por resolución judicial que la derivación a la mediación civil es obligatoria en la intrajudicial, a fin de que las partes acudan a un mediador antes de continuar el procedimiento civil. Ello nos permitiría instalar en la organización judicial un auténtico *respirador* como los que se han utilizado en todos los centros sanitarios para salvar muchas vidas durante la crisis de la pandemia, y permitir que los órganos judiciales se dediquen a aquello en donde realmente resulta imposible el recurso de la mediación, desatascando y dando oxígeno a la justicia sin necesidad de plantear medidas de ataque ante el colapso judicial, y que supondría la inversión económica por parte del Estado en medios materiales y humanos que es preciso dedicar ahora mismo a otros puntos, incluso, dentro de la Administración de Justicia donde es preciso el refuerzo económico para resolver las cuestiones que se han presentado, por ejemplo en aquellas materias donde no es posible el recurso de la mediación, y que, sin embargo, sí que se va a ver reflejado en un aumento de conflictos entre los particulares.

II. LA NECESIDAD DE INTRODUCIR LA OBLIGATORIEDAD EN LA MEDIACIÓN CIVIL EXTRAJUDICIAL ANTE LA CRISIS DEL CORONAVIRUS

Con respecto a las materias donde se puede trabajar con eficacia en la resolución de los conflictos que han surgido durante el período de la crisis del Coronavirus podemos destacar los siguientes:

1. La materia relativa al arrendamiento de locales de negocio

Es este uno de los puntos, o caballos de batalla, donde más conflictividad va a existir ante la decisión de muchos arrendatarios de haber suspendido de forma unilateral el pago de la renta de local de negocio, y ello en base a la clara posición que el Tribunal Supremo (Sentencia 333/2014 de 30 Jun. 2014, Rec. 2250/2012 (LA LEY 84939/2014), Sentencia 591/2014 de 15 Oct. 2014, Rec. 2992/2012 (LA LEY 171646/2014)) ha adoptado con relación a la aplicación de la cláusula *rebús sic stantibus* y la imprevisibilidad de los acontecimientos de que ocurriera una pandemia como la que se ha originado, con intervención del Estado en la suspensión obligatoria de la actividad de los locales de negocio.

Ello es lo que puede provocar el recurso a la fuerza mayor y a la aplicación de la cláusula citada en cuanto a la alteración y modificación de las bases del negocio, la inexistencia de la constatación del riesgo concreto de la pandemia en los contratos de arrendamiento, así como la imprevisibilidad de lo que ha surgido. Ciertamente es que a partir de ahora se abrirá un escenario distinto en donde las partes van a poder pactar estas circunstancias extraordinarias en sus contratos, pero ahora mismo nos tenemos que referir a la situación actual y cómo se va a dar solución a los conflictos que van a surgir ahora en donde esa circunstancia no constaba en los contratos de arrendamiento de local de negocio.

Con ello, ante la vía de la suspensión del arrendamiento por parte del arrendatario se abre la vía de buscar una mediación obligatoria antes de que el arrendador realice el recurso a la acción civil, una vez pase el estado de alarma con su alzamiento por el transcurso de la última prórroga fijada, y ante el parón provisional de la interposición de las acciones judiciales, salvo las urgentes, como se dictaminó por el CGPJ con acierto, porque tras el alzamiento van a llover una gran cantidad de reclamaciones judiciales ante la suspensiones del pago de la renta por los arrendatarios.

En algunos casos, podrá haber acuerdo entre las partes, pero no nos engañemos, porque en la mayoría habrá muchos arrendatarios de locales de negocio que, directamente, van a haber acudido a la resolución del contrato enviando, incluso, requerimientos notariales (vía posible al estar incluida entre las *actividades esenciales* RD 11/2020, Punto n.º 17) ante el daño irreparable producido por la

declaración del estado de alarma, el cierre del negocio, el despido de los trabajadores y la imposibilidad de pagar a sus proveedores.

Es en este escenario donde se mueve con una gran eficacia la mediación para establecer el recurso obligatorio a esta vía en estos casos, y ello antes de acudir a la acción civil en el ámbito judicial, lo que debería fijarse en la propuesta ley de mediación obligatoria ante la crisis del Coronavirus, que es el objetivo que planteamos en las presentes líneas, y que sería la justificación de por qué no se ha incluido en el RD 11/2020, en la Disposición adicional decimonovena, las medidas de apoyo a la jurisdicción civil, ya que, en su defecto, no tiene sentido el olvido, ya que va a ser una de las jurisdicciones más castigadas por la crisis del coronavirus.

En estos casos que se fijan en esta reforma legal que proponemos de la Ley de mediación obligatoria en las materias que se incluyan, no podría ser admitida una acción civil sin aportar el demandante el acuerdo del intento de mediación sin efecto.

Operaría esta exigencia *ex lege* como un requisito de procedibilidad de probar haber recurrido a la mediación, y sin el cual no podría admitirse la demanda. Ahora bien, resulta importante, y esto es lo más trascendentes de la propuesta para dar viabilidad a la mediación obligatoria como solución ante los conflictos civiles originados tras la crisis del coronavirus, que será preciso que quede claro en la reforma que se propone que no bastaría con haber acudido a la «sesión informativa» ante el mediador a que se refiere el art. 17 de la Ley 5/2020, sino que será preciso que se desarrolle el procedimiento íntegro de mediación para acabar con un acta del mediador «con efecto», o «sin efecto». Solo así se habría llevado a cabo un intento real de conseguir el acuerdo, ya que la fijación de la «sesión informativa» podría ser una burla a la idea del recurso a la preceptividad de la mediación obligatoria si se acude a ésta y al momento las partes, o una de ellas, señala que ya están instruidas, pero que «no les convence» la mediación y optan por acudir a la vía judicial, lo que significaría una auténtica «burla» a la filosofía de desatacar los juzgados para luchar contra la conflictividad generada por la crisis del coronavirus. Y se perdería una oportunidad histórica para que los profesionales y los ciudadanos se den cuenta de las ventajas que tiene el recurso a la mediación y que sean las propias partes las que puedan llegar a una solución pactada, consensuada y conforme que es lo que, luego, va a facilitar la ejecución de lo acordado en mediación frente a lo resuelto en un procedimiento judicial.

2. Medidas relativas al régimen de visitas y ejecución de custodia compartida

Otro escenario donde también se ha planteado mucha conflictividad y mucha disparidad de criterios es en el relativo a la suspensión, o no, del régimen de visitas y los periodos de la custodia compartida, ya

que ha habido dos puntos de vista al respecto, en tanto en cuanto algunos profesionales eran partidarios de seguir cumpliendo el régimen que corresponda durante el estado de alarma para mantener el derecho del progenitor de estar con sus hijos, pero, por otro, se ha mantenido un criterio, quizás más coherente, de suspender toda movilidad del menor de domicilio a domicilio, precisamente amparándonos en el propio *interés del menor*, y fijando posteriormente un sistema de compensación de los periodos de tiempo no disfrutados.

En cualquier caso, resulta evidente que esto es uno de los temas que mayor conflictividad va a generar, en tanto cuanto las posturas son diametralmente opuestas entre los expertos en la materia, y ello requeriría también el recurso de la mediación obligatoria, pero no solamente de cara a este estado de alarma y cuando ello acabe, sino para resolver todas las diferencias que en el derecho de familia puedan surgir. Y ello, para apelar a la mediación obligatoria antes de poder plantear ante el juez competente que lleva el procedimiento el recurso al uso de medidas coercitivas, o que exijan el pronunciamiento judicial. Con ello, no podría ser admisible esta conflictividad en el orden judicial civil si no se hubiera presentado con carácter previo el acuerdo de mediación sin efecto, al haber intentado resolverlo ante un profesional mediador experto en derecho de familia.

Ello debería contemplarse, del mismo modo, al resto de materias en derecho de familia para articular *ex lege* el recurso a la mediación obligatoria antes de acudir al juez de familia, en una materia que ha sido una en las que más se ha apostado por la mediación por la alta carga personal que el conflicto entre las partes lleva consigo, evitando que tenga que acudirse a una resolución judicial en una previa confrontación y enfrentamiento de las posiciones entre las partes donde sufrirían, y, más aún, si hay menores en ello. Lo que se pretende con la mediación obligatoria en derecho de familia es evitar más sufrimiento, más conflicto y evitar una negativa o dificultades ante la ejecución de una resolución judicial dimanante de un conflicto en el juzgado entre las partes que agrava más la propia crisis generada entre ellos.

3. Mediación extrajudicial obligatoria en propiedad horizontal

Está claro, y los expertos en economía ya lo han adelantado, la crisis económica que se va a producir, y de suyo se ha producido ya con más de un millón de personas que han perdido su empleo, con respecto a esta crisis de la pandemia, va a provocar muchas situaciones de impago, y ello va a afectar en gran medida a nuestras comunidades de propietarios en donde se ha llevado a efecto el confinamiento de todos los ciudadanos, ya que quienes han perdido sus puestos de trabajo, y aquellos otros que han tenido que cerrar sus negocios determina una imposibilidad material de que muchos ciudadanos puedan atender sus obligaciones de pago, y ello se refleja, en gran medida, en el ámbito

de la propia horizontal donde se van a producir un elevado impago en gastos de comunidad y en la imposibilidad de acometer las derramas correspondientes con arreglo a la necesidad de hacer obras obligatorias de las que constan en el artículo 10 de la Ley de Propiedad Horizontal (LA LEY 46/1960), y que se refiere a las obras de mantenimiento, rehabilitación y reparación de defectos en nuestros viejos edificios que existen en nuestro país.

Se va a necesitar de un mayor apoyo institucional en la necesidad de acometer estas obras con unas subvenciones mayores que las actualmente establecidas

Nos planteamos, por ello, cómo es posible que las empresas de reparación, mantenimiento y rehabilitación afronten estas reparaciones con las dudas que les va a producir el posible impago del contrato por parte de la comunidad si los comuneros no afrontan el pago que se ha fijado en el acuerdo de la junta, que, no olvidemos, que es obligatorio, dado que este tipo de obras de reparación y mantenimiento no se votan, sino que tienen el carácter de obligatorias, en tanto en cuanto un perito haya dictaminado la necesidad de la reparación o el mantenimiento. Con ello, se va a necesitar de un mayor apoyo institucional en la necesidad de acometer estas obras con unas subvenciones mayores que las actualmente establecidas. Y es ahí donde la Administración del Estado debe ayudar a las comunidades de propietarios para llevar a efecto estas obras de reparación y mantenimiento que son, no olvidemos, declaradas de carácter urgente e inaplazable por el artículo 10 LPH. No olvidemos, tampoco, las posibles responsabilidades civiles y penales para los presidentes de comunidad que no acometan la obra entendida como obligatoria y de cuya inacción puedan derivarse posteriormente daños y perjuicios.

En estos casos, es posible acudir a la mediación en materia de propiedad horizontal con respecto a pactar aplazamientos, o fraccionamientos, en el pago de aquellas personas que acrediten insuficiencia de recursos, o que se encuentren, también, en situación de vulnerabilidad como se ha fijado en los Reales Decretos 8 y 11/2020 con respecto a la situación de moratoria del deudor hipotecario o del arrendatario de vivienda que precise de ayudas.

Ello permitiría el recurso a la mediación para fijar los criterios de aplazamiento o fraccionamiento en el pago de aquellos comuneros que se encuentran en situación de dificultades graves a la hora de afrontar sus pagos, en lugar de acudir al recurso de la reclamación judicial directa contra el comunero, sobre todo en estos casos en los que nos encontramos con supuestos justificados de imposibilidad

directa de acometer un pago con respecto a aquellos compañeros que han sido debidamente cumplidores en sus obligaciones comunitarias, y que ahora, a raíz de un suceso inesperado e imprevisible como la crisis de Coronavirus, ha conllevado la imposibilidad de llevar a efecto el pago.

Sin embargo, es sabido que las juntas de propietarios pueden por mayoría simple aprobar fraccionamientos o aplazamientos de pago a comuneros que se encuentren en situaciones de especial dificultad, pero resulta más factible fijar criterios claros, al objeto de que en una mediación obligatoria en materia de propia horizontal se pueda buscar un pacto que evite la necesidad de acudir a un acuerdo de junta que podría excluir ese aplazamiento en los casos de insolidaridad de comuneros que opten por oponerse a esa medida.

4. La sentencia del TJUE de 14 de junio de 2017 (Asunto C-75/16)

Resulta importante en el objetivo trazado en las presentes líneas la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de fecha 14 de junio de 2017 (asunto C-75/16 (LA LEY 61335/2017)), mediante la que resuelve una petición de decisión prejudicial que tiene por objeto la interpretación de la Directiva 2013/11/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de mayo de 2013 (LA LEY 9646/2013), relativa a la resolución alternativa de litigios en materia de consumo y por la que se modifica el Reglamento (CE) n.º 2006/2004 y la Directiva 2009/22/CE (LA LEY 7639/2009), y de la Directiva 2008/52/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de mayo de 2008 (LA LEY 6958/2008), sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles.

Recuerda Aránzazu PÉREZ MORIONES (1) que la mencionada sentencia tiene su origen en las dudas que se le suscitan al Tribunal Ordinario de Verona en relación con la compatibilidad con el Derecho de la Unión de la regulación italiana en materia de mediación. En particular, esta normativa exige el recurso a la mediación como requisito de admisibilidad de la demanda judicial en determinados litigios, y que el TJUE se pronuncia acerca de la compatibilidad con el Derecho de la Unión de la normativa italiana, que exige una mediación previa obligatoria en litigios promovidos por consumidores, así como de los requisitos exigidos al respecto.

Recuerda esta autora que en la legislación italiana en materia de mediación las partes están obligadas a instar el procedimiento de mediación solo en ciertas categorías de asuntos, en concreto, en las enumeradas en el art. 5.1 bis del Decreto Legislativo n.º 28/2010. Ahora bien, aquellas únicamente están obligadas a intentar la mediación, es decir, a celebrar un primer encuentro con el mediador, de modo que si la reunión concluye sin acuerdo se entiende satisfecho el requisito de previa incoación del

procedimiento de mediación a efectos del ejercicio de la correspondiente demanda judicial, no debiendo abonar cantidad alguna.

En este caso concurre con la presente propuesta la referencia a un listado de materias previamente establecido para que sean las que se deriven a la mediación extrajudicial o a la intrajudicial, como a continuación veremos, pero se entiende que debe darse «un paso más» a fin de exigir que no sea suficiente el recurso a la sesión informativa, sino que debe concluirse el acuerdo de mediación tras su «real intento» y no con el recurso mínimo a la sesión informativa.

III. SOLUCIÓN CON RESPECTO A LOS PROCEDIMIENTOS CIVILES YA EN TRÁMITE EN LA MEDIACIÓN INTRAJUDICIAL OBLIGATORIA

Con respecto a aquellas actuaciones que ya están en trámite en un órgano judicial también se plantea la posibilidad del recurso a la introducción de la derivación a la mediación obligatoria en el ámbito de la mediación intrajudicial. Y ello, por cuanto si nos encontramos con procedimientos que entrarían dentro de lo que podemos denominar materias susceptibles del uso de la mediación obligatoria, podríamos establecer una retroactividad en la aplicación de la ley de mediación obligatoria necesaria en este momento de crisis a los procedimientos que ya se encuentran en trámite, a fin de permitir al juez el dictado de un auto que estableciera la necesidad de recurrir a la mediación intrajudicial antes de la prosecución del procedimiento.

Ello permitiría que el conflicto latente que existe entre las partes, y que está sometido al procedimiento judicial, le dé la oportunidad a un mediador de intentar llegar a una avenencia de las partes en una materia de las que se han clasificado en la Ley que se propone como una de las posibles que pueda derivarse a la mediación obligatoria para evitar la continuidad del procedimiento.

Con ello, abrimos una ventana, no solamente a la imposibilidad de articulación de la acción civil en estas materias incluidas en la ley de mediación obligatoria, sino a la necesidad de recurrir a la mediación intrajudicial antes de la prosecución del procedimiento. Así, se aprovecha para que en aquellos procedimientos en trámite se pueda establecer el uso de la mediación en el ámbito intrajudicial, ya que sabido que esta mediación está infrautilizada, ya que las partes una vez que han visto que el procedimiento ya está en curso que hay señalamientos de vistas y de fechas posibles de celebración no utilizan el modo alguno el recurso a la mediación, salvo que por disposición del juez así se acuerde por disposición *ex lege*.

La preceptividad de la mediación intrajudicial es una vía adecuada para que los órganos judiciales se dediquen a aquello que sea estrictamente susceptible del pronunciamiento judicial

Con ello, la preceptividad de la mediación intrajudicial es una vía adecuada para que los órganos judiciales se dediquen a aquello que sea estrictamente susceptible del pronunciamiento judicial, dejando las materias que se han fijado en el texto legal que se propone que puedan ser resueltas por la mediación, y dejando a la vía judicial como recurso subsidiario, pero una vez acreditada la imposibilidad del acuerdo entre las partes en la mediación.

IV. MATERIAS QUE SE PUEDEN DERIVAR A LA MEDIACIÓN CIVIL OBLIGATORIA ANTE LA CRISIS DEL CORONAVIRUS

El listado de materias es fundamental para reconducir la mediación obligatoria a aquellas materias en donde se pueden llegar a acuerdos y que pueden ser susceptibles de que sean adoptados. Así, en materia de derecho comparado recuerda PÉREZ MORIONES las siguientes:

- 1.- Grecia: Hogares *sobre endeudados*
- 2.- Hungría: Asuntos de custodia y tutela, aunque estas previsiones no se han incluido con el propósito de transponer la Directiva 2008/52/CE (LA LEY 6958/2008), sino que se dirigen a garantizar el cumplimiento del nuevo Código Civil.
- 3.- Croacia la mediación se ha fijado como obligatoria en procedimientos de divorcio en los que las partes tienen hijos y en conflictos relacionados con el cuidado parental y relaciones con aquellos.
- 4.- Austria se establece la mediación obligatoria en los casos de terminación anticipada de contratos de aprendizaje.
- 5.- Francia, el Decreto de simplificación del procedimiento civil sobre la comunicación electrónica y la resolución amistosa de litigios de 11 de marzo de 2015 modificó el art. 56 del Código Procesal Civil francés, en el sentido de obligar al demandante a acreditar los esfuerzos realizados para solucionar amistosamente la controversia antes de la presentación de la demanda. Además, desde el día 1 de septiembre de 2017 hasta el día 31 de diciembre de 2019 se aplicará un programa piloto, que ha introducido la mediación previa obligatoria para litigios relacionados con el ejercicio de la autoridad parental y las pensiones alimenticias en determinados juzgados franceses.

Ahora bien, dado que la pandemia es mundial y que, a buen seguro, todos los países de nuestro entorno van a ver incrementada su litigiosidad judicial, que en el nuestro llega a los dos millones de asuntos cada año, es seguro que en todos los Estados se van a introducir medidas para ampliar la obligatoriedad de la mediación civil, y el nuestro debe dar un paso adelante para evitar el colapso de la justicia civil y aprovechar el volumen de profesionales de la mediación que hay preparados para dar respuesta a la conflictividad civil que se va a generar a consecuencia de la crisis del coronavirus.

El uso de la mediación en Europa se refleja en un estudio de PÉREZ MORIONES (2) , del que se obtienen datos importantes que destaca esta autora que se reflejaron en un informe presentado por la Comisión de Asuntos Jurídicos del Parlamento Europeo en febrero de 2014 en Bruselas, y que dio este uso en cifras de la mediación:

- a.-** Italia había informado de un número de mediaciones superior a las 200.000 al año;
- b.-** Alemania, Holanda y Reino Unido: 10.000
- c.-** Bulgaria, Croacia, Chipre, República Checa, Estonia, Finlandia, Grecia, Letonia, Lituania, Luxemburgo, Malta, Portugal y Suecia: menos de 500 mediaciones
- d.-** España: Número de mediaciones entre 500 y 2000.

Necesidad de ampliar el Anteproyecto de ley de mediación obligatoria de 11 de enero de 2019

Existe ya un texto sobre el que se estuvo trabajando, pero que se queda corto en el contexto de la grave situación actual tras la pandemia del coronavirus. Y ello, por cuanto se contemplan las siguientes materias:

- a) medidas que se adopten con ocasión de la declaración de nulidad del matrimonio, separación, divorcio o las relativas a la guarda y custodia de los hijos menores o alimentos reclamados por un progenitor contra el otro en nombre de los hijos menores, así como aquellas que pretendan la modificación de las medidas adoptadas con anterioridad;
- b) responsabilidad por negligencia profesional;
- c) sucesiones;
- d) división judicial de patrimonios;
- e) conflictos entre socios y/o con los órganos de administración de las sociedades mercantiles;
- f) reclamaciones en materia de responsabilidad extracontractual que no traigan causa de un hecho de la circulación;
- g) alimentos entre parientes;
- h) propiedad horizontal y comunidad de bienes;
- i) derechos reales sobre cosa ajena;
- j) contratos de distribución, agencia, franquicia, suministro de bienes y servicios siempre que hayan sido objeto de negociación individual;
- k) reclamaciones de cantidad inferiores a 2000 euros entre personas físicas cuando no traigan causa de un acto de consumo;
- l) defectos constructivos derivados

de un contrato de arrendamiento de obra; m) protección de los derechos al honor, intimidad y a la propia imagen; y n) procesos arrendaticios que hayan de ventilarse por los cauces del juicio ordinario.

En este listado, como propone PEREZ MORIONES debería ampliarse el listado a los contratos bancarios, al contrato de seguro.

Desde nuestro punto de vista, ante la crisis del coronavirus, deberían introducirse las siguientes ampliaciones de materias:

- a.- Elevar las reclamaciones de cantidad que deben derivarse a mediación obligatoria a aquellos de cuantía no superior a los 25.000 euros
- b.- Introducir las reclamaciones por daños y lesiones producidos por la siniestralidad vial que desatascarían a los juzgados y justificarían la vía del art. 14 RD 8/2004 introducido por la Ley 35/2015 (LA LEY 14543/2015) del baremo de tráfico que apuesta por la mediación, pero que no puede implantarla si no se introduce su expresa referencia en el texto del anteproyecto de ley.
- c.- Contratos de arrendamiento de cualquier tipo. (Con especial incidencia en los de local de negocio que son los que más conflictividad van a dar tras la pandemia).
- d.- Contratos celebrados entre particulares y/o personas jurídicas de los que se derive un incumplimiento contractual (con especial incidencia de los que tengan su razón de ser en la crisis provocada por la pandemia del coronavirus).

V. SISTEMA SANCIONADOR SI LA NEGATIVA A LA PROPUESTA DE MEDIACIÓN EN EL ACUERDO INTENTADO SIN EFECTO ES SIMILAR A LA SENTENCIA JUDICIAL

Una vía muy interesante que poner en práctica para el fomento de la mediación obligatoria es que, además de que sea preceptiva la misma en materia de contratación por ejemplo en la práctica bancaria, o en contratos entre particulares, es que se introduzca en la reforma y se tenga en cuenta que podría introducirse una modificación en la Ley de mediación para establecer la necesidad de que en el acuerdo de mediación intentado sin efecto se determine cuál era la propuesta que se había llegado al final en las sesiones constitutivas de la mediación. Y ello, para saber cuál era el pronunciamiento que había sido rechazado por una de las partes que había determinado que no se hubiera podido conseguir la mediación.

Una propuesta del mediador fijada en el acuerdo de mediación intentado sin efecto.

Ello es relevante, porque podría introducirse una modificación en la Ley de mediación para establecer la necesidad de que en el acuerdo de mediación intentado sin efecto se determine cuál era la propuesta que se había llegado al final en la última sesión de la mediación, para saber cuál era el pronunciamiento que había sido rechazado por una de las partes y no se había podido conseguir la mediación. Es importante este extremo, porque la propuesta que se había planteado ante el mediador, o el seno de la discusión que surja, determinaría que si la sentencia final gira en torno a la propuesta que constaba en el acuerdo de mediación sin efecto, y fueran similares, determinaría la imposición de unas costas más gravosas para la parte que impidió el acuerdo de mediación, o el establecimiento de unos intereses superiores a los fijados *ex lege* en la actualidad en el caso de reclamaciones de cantidad, lo que podría llevarse, por ejemplo, a aplicar el art. 20.4 de la Ley de contrato de seguro (LA LEY 1957/1980) en estos supuestos.

Ello determinaría que quien rehúse el acuerdo y luego sea ese punto que rechaza el que es reconocido por el juez en la sentencia debe llevar un componente sancionador económico para la parte vencida, por cuanto las partes conocerán que «forzar» la judicialización del conflicto entre ellas no puede ser gratuito, sino que llevará un perjuicio económico para la parte que no aceptó el acuerdo y más tarde se dicta una sentencia en parecidos términos que la propuesta del acuerdo de mediación.

VI. CONCLUSIÓN

A raíz de la crisis estatal como consecuencia de la pandemia del coronavirus se hace preciso adoptar ante los conflictos del orden civil una reforma al margen de planes de apoyo judiciales para evitar la congestión y colapso del orden civil ante la previsible sobrecarga de trabajo que puede recaer sobre los juzgados de primera instancia en el *día después* al estado de alarma:

- a.- Necesidad de una modificación en la Ley 5/2012 (LA LEY 12142/2012) para introducir la mediación obligatoria en el orden civil para que opere como requisito de procedibilidad el intento de mediación antes de presentar la acción judicial.
- b.- La posibilidad de que España, como miembro de la UE, establezca la obligatoriedad de la participación en procedimientos de resolución alternativa está admitida en Europa. Se recoge en los arts. 3.a) (LA LEY 6958/2008) y 5.2 de la Directiva 2008/52 (LA LEY 6958/2008) en materia de mediación en asuntos civiles y mercantiles, pero también en el inciso final del art. 1 de la Directiva 2013/11 (LA LEY 9646/2013) en este caso, en materia de resolución alternativa de litigios de consumo en general.
- c.- Será preciso que se lleve a cabo la mediación, no bastando el recurso a la mera sesión informativa.

d.- Debe introducirse la vía de que el mediador recoja en el acuerdo de mediación, si éste no ha sido eficaz, la propuesta que al final se estuvo discutiendo.

e.- La negativa de una de las partes a aceptar la mediación con una propuesta concreta que se sostuvo en el intento de mediación conllevaría una sanción económica si el juez en la sentencia dicta el mismo contenido de la propuesta rechazada. Esta sanción consistirá en unas costas más gravosas para la parte vencida en juicio, así como el devengo de unos intereses superiores a los fijados *ex lege* en la cuantía que se fije en la reforma. (Por ejemplo, los del art. 20.4 LCS.

f.- Debe fijarse un cuadro de materias de preceptivo recurso a la mediación obligatoria y que se centran en las más afectadas por las consecuencias de la crisis del coronavirus, lo que llevaría a ampliar a las que constan en el anteproyecto de 2019 las siguientes:

1.- Contratación bancaria.

2.- Contratos de seguros.

3.- Contratos entre particulares y personas jurídicas. (En especial arrendamientos)

4.- Contratos de arrendamiento

5.- Reclamaciones de cantidad que deben derivarse a mediación obligatoria a aquellos de cuantía no superior a los 25.000 euros

6.- Siniestralidad vial.

g.- Necesidad de modificar *ex lege* la mediación intrajudicial para permitir al juez proceder a aplicar de forma preceptiva el recurso a la mediación si la materia ya judicializada una vez se apruebe la reforma forma parte del paquete de materias que se derivan de forma obligatoria a la mediación extrajudicial.

h.- Nuestro país debe dar un paso adelante para evitar el colapso de la justicia civil y aprovechar el volumen de profesionales de la mediación que hay preparados para dar respuesta a la conflictividad civil que se va a generar a consecuencia de la crisis del coronavirus.

i.- La mediación obligatoria en determinadas materias no atenta al derecho a la tutela judicial efectiva, por cuanto se trata solo de un requisito de procedibilidad, no una prohibición de acudir a los tribunales.

(1)

Mediación obligatoria previa al ejercicio de la acción judicial en litigios promovidos por consumidores: a propósito de la STJUE de 14 de junio de 2017 (Asunto C-75/16 (LA LEY 61335/2017)). Aránzazu PÉREZ MORIONES Profesora Titular de Derecho Mercantil. Universidad del País Vasco (UPV-EHU) Diario La Ley, N.º 9076, Sección Doctrina, 8 de noviembre de 2017, Editorial Wolters Kluwer

(2)

El Anteproyecto de Ley de Impulso de la Mediación: en particular, la regulación de la mediación obligatoria mitigada. Aránzazu Pérez Moriones Diario La Ley, N.º 9360, Sección Doctrina, 18 de febrero de 2019, Editorial Wolters Kluwer