

FACULTAD DE
CIENCIAS
JURÍDICAS



TRABAJO FIN DE MÁSTER

Máster de Acceso a la Abogacía

MEDIACIÓN OBLIGATORIA Y TUTELA JUDICIAL EFECTIVA

Julia Isabel Senosiain Maya

DIRECTORA

María Teresa Hualde Manso

Pamplona

12 de enero de 2017

SUMMARY

The present project develops the institution of mandatory mediation in the field of civil and commercial conflicts. In this sense, it begins with the conciliation between such system and the basic principle of willingness which is applied on the mediation process. The possibilities the 2008/52/CE Directive offers are analysed as well as the European legal systems, as the Italian, which has introduced mandatory mediation as a previous requirement of admissibility to a future potential claim. Additionally, the study approaches the analysis of the European Court of Justice's jurisprudence about the coordination among the mandatory mediation, European Law and the respect to the effective judicial protection.

KEY WORDS:

Alternative Dispute Resolution, Mandatory Mediation, Principle of willingness.

RESUMEN

El presente trabajo aborda la institución de la mediación obligatoria en el ámbito de los conflictos civiles y mercantiles. En este sentido se parte de la conciliación entre dicho sistema y el principio básico de voluntariedad que rige la mediación.

Se analizan además las posibilidades que ofrece la Directiva 2008/52/CE y los ordenamientos europeos, como es el italiano, que han implantado la mediación obligatoria configurándola como un requisito previo de admisibilidad de una eventual demanda posterior. Asimismo, el estudio aborda el análisis de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea a propósito de la acomodación de la mediación obligatoria al Derecho Europeo y su respeto al principio de la tutela judicial efectiva.

PALABRAS CLAVE:

Resolución alternativa de conflictos, Mediación obligatoria, Principio de voluntariedad.

ÍNDICE

I. INTRODUCCIÓN	5
II. ASPECTOS GENERALES DE LA MEDIACIÓN	7
1. Origen histórico y regulación	7
2. Caracteres esenciales de la mediación	8
2.1. <i>Concepto y diferencias de figuras afines</i>	8
2.2. <i>Principios básicos en la mediación</i>	10
2.3. <i>Ámbito de aplicación de la mediación según la Ley 5/2012</i>	13
III. LA MEDIACIÓN OBLIGATORIA	15
1. La Directiva Europea 2008/52/CE y la mediación obligatoria	15
2. La aplicación de la mediación obligatoria en Italia	16
3. Posibilidades de instauración de la mediación obligatoria en España	17
3.1. <i>Obstáculos potenciales de la mediación obligatoria a superar</i>	18
3.2. <i>Ventajas</i>	19
IV. LA JURISPRUDENCIA EUROPEA	23
1. La STJUE del 14 de junio de 2017	23
2. La STJUE del 18 de marzo de 2010	30
V. LA TENTATIVA ESPAÑOLA DE LA MEDIACIÓN OBLIGATORIA	36
1. España: de la previsión de la mediación obligatoria a la instauración de la mediación voluntaria pura	36
1.1. <i>La posibilidad ofrecida por la Directiva 2008/52</i>	36
1.2. <i>La mediación obligatoria en el Anteproyecto de Ley de 2011</i>	36
2. Italia: modelo europeo de implantación de mediación obligatoria	41
2.1. <i>Antecedentes legislativos y motivaciones</i>	41
2.2. <i>Definición y ámbito de aplicación de la mediación obligatoria</i>	42
2.3. <i>Tipos de mediación</i>	43
2.4. <i>Procedimiento en la mediación obligatoria</i>	44
VII. CONCLUSIONES	47
VIII. BIBLIOGRAFÍA	49
IX. JURISPRUDENCIA	52
X. ANEXOS	53

ABREVIATURAS

ADR	<i>Alternative Dispute Resolution</i>
BOE	Boletín Oficial del Estado
CEDH	Convenio Europeo de Derechos Humanos
CGPJ	Consejo General del Poder Judicial
CORECOM	<i>Coordinamento Nazionale dei Comitati Regionali per le Comunicazioni</i>
EEUU	Estados Unidos
FMCS	<i>Federal Mediation and Conciliation Service</i>
LEC	Ley de Enjuiciamiento Civil
LMed	Ley 5/2012 de Mediación civil y Mercantil
ODR	<i>Online Dispute Resolution</i>
RAC	Resolución Alternativa de Conflictos
SIMA	Servicio Interconfederal de Mediación y Arbitraje
TC	Tribunal Constitucional
TJUE	Tribunal de Justicia de la Unión Europea

I. INTRODUCCIÓN

El objeto del presente trabajo es el estudio de uno de los aspectos de la mediación civil y mercantil, concretamente, el que se refiere a una de las modalidades de la misma: la mediación obligatoria.

La instauración de la mediación obligatoria ha provocado gran reacción doctrinal, llegando el debate a nivel europeo donde el Tribunal de Justicia de la Unión Europea se ha pronunciado en dos importantes sentencias que se analizarán más adelante. Esta materia no es ajena para el ordenamiento español. De hecho, fue incluida en el texto del Anteproyecto de la Ley de Mediación de 2011, en el que se preveía la mediación como requisito de admisibilidad de la demanda en determinados supuestos. Pero finalmente esta previsión fue suprimida en la actual Ley 5/2012.

Debido a las características extraordinarias que concurren en la mediación obligatoria y al encendido debate doctrinal que suscita, se ha decidido incluir, además, un análisis del derecho fundamental que con más intensidad se ve afectado en la mediación obligatoria: el derecho a la tutela judicial efectiva. Este derecho, junto con el principio de voluntariedad, son la base en todo método alternativo de resolución de conflictos. Asimismo, y como complemento imprescindible, se ha considerado oportuno prestar atención al ordenamiento italiano que en el panorama jurídico europeo es un supuesto extraordinario en el que la mediación obligatoria (para terminado tipo de conflictos) se viene aplicando desde 2010, no sin incidencias y litigios acerca de su constitucionalidad.

Este estudio se basa fundamentalmente en los estudios y trabajos doctrinales publicados, tanto de ámbito nacional como internacional. Los pronunciamientos jurisprudenciales que son objeto de atención a lo largo del trabajo son los llevados a cabo por el TJUE en dos sentencias importantes de los años 2010 y 2017 respectivamente que de una manera directa analizan la admisibilidad de la mediación obligatoria y su coherencia con la tutela judicial efectiva.

Aunque en estas líneas introductorias únicamente se pretende llevar a cabo un planteamiento del desarrollo del trabajo, ha de decirse -aun a riesgo de avanzar o esbozar alguna de las conclusiones que se obtienen- que la mediación obligatoria, admitida como posible por el TJUE, constituye un sistema que presenta determinadas ventajas para los ciudadanos y para la sociedad en general . Pero al a vez provoca –o puede provocar- efectos perniciosos en el total entramado jurídico de un determinado

ordenamiento nacional. Es por ello por lo que en el trabajo se abordan de forma descriptiva ventajas e inconvenientes posibles de la mediación obligatoria.

II. ASPECTOS GENERALES DE LA MEDIACIÓN

1. Origen histórico y regulación

Históricamente, la mediación proviene del movimiento filosófico-jurídico de la RAC (Resolución Alternativa de Conflictos) o ADR (*Alternative Dispute Resolution*), originado a principios del siglo XX en Estados Unidos¹ como resultado de la creciente litigiosidad de la ciudadanía y la urgente necesidad de encontrar métodos alternativos a la jurisdicción para, en primer lugar, rebajar la carga de trabajo de los Tribunales, y en segundo lugar, mejorar la calidad de su servicio otorgándoles a los ciudadanos un papel protagonista en la resolución de sus propios conflictos. En 1947, se crea en Washington, Estados Unidos, el Servicio Federal de Mediación y Conciliación (FMCS)², cuya función era la resolución de conflictos en el ámbito laboral, extendiéndose la mediación a la ciudadanía. La implantación de estos métodos alternativos se fue expandiendo internacionalmente, y en Europa tuvo sus primeros frutos en los años 1978-79, año en el que se publicó el resultado de *The Florence Access to Justice Project*³, un programa formado por académicos de todo el mundo para tratar cualquier tipo de cuestión susceptible en el derecho de acceso a los Tribunales, y entre ellas, los métodos alternativos de resolución de conflictos o ADR.

Conforme arraigaban estos cambios provenientes de Estados Unidos en la concepción de la justicia, la legislación europea fue avanzando de forma paralela, y en 1986 se aprobó la Recomendación R (86) 12 del Comité de Ministros del Consejo de Europa, relativa a ciertas medidas para prevenir y reducir el exceso de trabajo de los Tribunales. A pesar de que ésta no tenía carácter vinculante, abogaba por “la solución amistosa de los conflictos, cualquiera que sea el orden jurisdiccional, se pueda producir antes o durante el procedimiento judicial”. Posteriormente, el 21 de enero de 1998 se aprobó la Recomendación R (98) 1 sobre mediación familiar, por el Comité de Ministros, utilizando por primera vez la mediación como titular de un documento oficial.

¹ MACHO GÓMEZ, C. “Origen y evolución de la mediación: el nacimiento del ‘movimiento ADR’ en Estados Unidos y su expansión a Europa”, en *ADC*, tomo I, XVII, 2014, fasc. III, pág. 5 y ss.

² CRUZ PARRA, J A. *La mediación penal. Problemas que presenta su implantación en el proceso español y sus posibles soluciones*, Universidad de Granada, Granada, 2013, pág. 128.

³ ALPHEN AAN DEN RIJN Y MILAN, *The Florence Access to Justice Project*, M. Cappelletti, 1978-79.

Finalmente, el Parlamento Europeo y Consejo aprueban el 21 de mayo de 2008 la Directiva 2008/52/CE⁴, sobre aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles, que es transpuesta en nuestro país, no sin cierto retraso⁵, a través de la actual Ley 5/2012, del 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles⁶. Esta Ley, a su vez, es desarrollado por el Real Decreto 980/2013, del 13 de diciembre.⁷

2. Caracteres esenciales de la mediación

2.1. Concepto y diferencias de figuras afines

Comenzando por el concepto, la Directiva 2008/52/CE en su artículo 3 da una definición general sosteniendo que se trata de “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. Este procedimiento puede ser iniciado por las partes, sugerido u ordenado por un órgano jurisdiccional o prescrito por el Derecho de un Estado miembro”. A su vez, la Ley 5/2012 (Ley de Mediación) en su artículo 1 recoge que “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”.

Sin embargo, conviene combinar dichas definiciones legales con las extraídas de la doctrina. En este caso, entre las concepciones más completas está la de FOLBERG y TAYLOR en 1984, quienes la presentan como “aquel proceso mediante el cual los participantes, junto con la asistencia de una persona o personas neutrales, aíslan sistemáticamente los problemas en disputa con el objeto de encontrar opciones, considerar alternativas, y llegar a un acuerdo mutuo que se ajuste a sus necesidades”⁸. Por otro lado, es acertada la definición de ROZEMBLUM⁹ que la concibe como “un proceso de resolución de conflictos en el que las dos partes enfrentadas recurren

⁴ 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, Diario Oficial de la Unión Europea, núm. 136, 24 de mayo de 2008.

⁵ El plazo para transponer la Directiva europea finalizaba el 21 de mayo de 2011.

⁶ Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles, Boletín Oficial del Estado, núm. 162, 7 de julio de 2012.

⁷ Real Decreto 980/2013, de 13 de diciembre, por el que se desarrollan determinados aspectos de la Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles, Boletín Oficial del Estado, núm. 310, de 27 de diciembre de 2013.

⁸ FOLBERG, J. & TAYLOR, A., *Mediación: resolución de conflictos sin litigio*, Jossey-Bass Publishers, 1984, San Francisco, pág. 27.

⁹ ROZENBLUM DE HOROWITZ, S.: *Mediación en la escuela. Resolución de conflictos en el ámbito educativo*, Ed. Aique, Buenos Aires, 1998, págs. 3 y ss.

‘voluntariamente’ a una tercera persona ‘imparcial’, el mediador, para llegar a un acuerdo satisfactorio. Es un proceso extrajudicial o diferente a los canales legales o convencionales de resolución de disputas (...) mueve a la búsqueda de soluciones que satisfagan las necesidades de las partes, e implica no restringirse a lo que dice la Ley”.

Sin embargo, personalmente la más completa y específica sería la de PUY MUÑOZ, quien la define, a la vez que señala los elementos básicos de la mediación, como “procedimiento (1) que resuelve un conflicto entre dos (2) con un acuerdo justo y legal (3), obtenido de un diálogo mantenido de forma voluntaria (4), y moderado por un mediador imparcial y neutral (5), provisto de autoridad moral y privado de potestad coercitiva (6)”¹⁰.

Una vez ya perfilada la concepción de la mediación, resulta interesante su distinción respecto de otras figuras parecidas. A saber:

- El arbitraje: mientras que en la mediación el mediador o tercero adquiere una posición neutral intentando aproximar a las partes a un punto en el que estén de acuerdo, el árbitro dicta un laudo que es vinculante para los litigantes y no es el resultado de un acuerdo entre ellas. De esta manera, el mediador sería una especie de “negociador” mientras que el árbitro más parecido a un “juez” que dicta una resolución a la vista de unos hechos. Por otro lado, en la mediación las partes tienen plena disposición del proceso, incluso pueden abandonarlo en cualquier momento sin tener obligación de llegar a un acuerdo. Sin embargo, en el arbitraje no existe esta posibilidad, dado que el árbitro dictará laudo en todo caso sin que las partes puedan abandonar el procedimiento.

- La negociación o transacción: su máxima diferencia reside en la inexistencia del tercero “mediador”, dado que las partes en la negociación se encuentren sin estar atendidas por ningún agente externo. Normalmente en la negociación, las partes suelen estar representadas por sus abogados, al contrario que en la mediación.

- La conciliación: en la conciliación el papel del tercero neutral es dar sus opiniones respecto de las pretensiones de ambas partes, mientras que en la mediación su papel es imparcial, sin poder decantarse o valorar las pretensiones en ningún caso, sino acercar ambas posiciones a un punto común.

¹⁰ PUY MUÑOZ, F., “La expresión ‘mediación jurídica’. Un análisis tópico”, en SOLETO, H. y OLETO M. M. (Coord.), *Mediación y solución de conflictos. Habilidades para una necesidad emergente*, Tecnos, Madrid, 2007, págs. 25-26.

2.2. Principios básicos en la mediación

A pesar de existir diferentes tipos o escuelas de mediación, la piedra angular de este proceso son una serie de principios comunes en todos ellos:

- Voluntariedad: si bien hay varios principios que intervienen en el proceso de mediación, la voluntariedad es sin duda el más fundamental de todos ellos, y al que mayor profundidad se le va a dar en este trabajo. Se encuentra recogido en el artículo 6 de la Ley de Mediación¹¹, y en el motivo 10 de la Directiva 2008/52/CE¹². Supone una garantía de la libertad de las partes para decidir sobre sus derechos y deberes, de acuerdo con la información obtenida en el procedimiento y de esta forma, asumir sus consecuencias. Este principio se manifiesta a lo largo de las tres fases del proceso de mediación: en el inicio, las partes tienen plena libertad para decidir si acogerse a este procedimiento; durante su desarrollo, para pactar el acuerdo que deseen, sea total o parcial; y finalmente, en su caso, desistir unilateralmente sin consecuencias gravosas o elevar el acuerdo a título ejecutivo. Además, dicha voluntariedad es independiente del proceso judicial, dado que puede iniciarse la mediación sea antes o durante el proceso judicial.

Respecto a este principio, BARONA VILAR sostiene que “la opción de ir a mediación por voluntad propia, asumiendo esta decisión, va a favorecer evidentemente la posición que se adopta en mediación, que debe ser proactiva si se pretende llegar a un acuerdo satisfactorio para los sujetos que en ella participan”¹³.

Este es el principio al que se le va a dar un mayor estudio en este trabajo, especialmente al tratar la obligatoriedad de la mediación (término aparentemente opuesto a la voluntariedad).

¹¹ Art. 6 LMed.: “1. La mediación es voluntaria; 2. Cuando exista un pacto por escrito que exprese el compromiso de someter a mediación las controversias surgidas o que puedan surgir, se deberá intentar el procedimiento pactado de buena fe, antes de acudir a la jurisdicción o a otra solución extrajudicial. Dicha cláusula surtirá estos efectos incluso cuando la controversia verse sobre la validez o existencia del contrato en el que conste; 3. Nadie está obligado a mantenerse en el procedimiento de mediación ni a concluir un acuerdo”.

¹² Motivo 10 de la Directiva 2008/25/CE: “La presente Directiva debe aplicarse a los procedimientos en los que dos o más partes en un conflicto transfronterizo intenten voluntariamente alcanzar por sí mismas un acuerdo amistoso sobre la resolución de su litigio con la ayuda de un mediador.”

¹³ BARONA VILAR, S. *Mediación en asuntos civiles y mercantiles en España*, Tirant Lo Blanch, Madrid, 2013, pág. 168.

- Igualdad de las partes: en el artículo 7 la LMed enuncia que “se garantizará que las partes intervengan con plena igualdad de oportunidades, manteniendo el equilibrio entre sus posiciones y el respeto hacia los puntos de vista por ellas expresados”. Este principio tiene como base el artículo 14 CE, la igualdad como derecho fundamental, pero la doctrina y jurisprudencia lo ha perfilado a la “igualdad de armas” o de oportunidades¹⁴, refiriéndose a la obligación de que ambas dispongan de las mismas posibilidades, recursos y derechos en el procedimiento. Además, este principio conlleva a su vez la prohibición de actuar perjudicando a las partes o en interés a una de ellas, en referencia a la actitud del mediador.
- Imparcialidad: recogida en los artículos 7 y 13 de la LMed¹⁵, se traduce en la obligación del mediador a garantizar el equilibrio de las partes. El artículo 13 LMed establece el requisito de imparcialidad en la selección del mediador, en el que no pueden concurrir ninguna circunstancia que altere su objetividad¹⁶ (en cuyo caso y en virtud del art. 5, el mediador debe revelarlo antes del comienzo de la mediación). En el *Código de Conducta Europeo para mediadores*¹⁷, este principio queda reflejado en el artículo 2¹⁸ el cual estipula las situaciones tipo en las que puede haber algún conflicto en la imparcialidad del mediador, además del deber de revelar cualquier situación que pueda afectarle potencialmente. Sin embargo, es conveniente señalar que el Código Europeo sostiene que dicha circunstancia es susceptible de ser subsanada si “el mediador está seguro de poder mediar con total independencia”, mientras que la LMed en su artículo 13.4 contiene una prohibición absoluta en caso de concurrir cualquier circunstancia que le afecte.
- Neutralidad: principio rector de la mediación, al igual que un deber específico

¹⁴ TORRES LANA, J. Á. “Principios rectores de la mediación” en LÓPEZ SIMÓ, F. y GARAU SOBRINO, F. F. (Coord.), *Mediación en materia civil y mercantil*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2014, págs. 139 y ss.

¹⁵ Art. 7 LMed.: “En el procedimiento de mediación se garantizará que las partes intervengan con plena igualdad de oportunidades, manteniendo el equilibrio entre sus posiciones y el respeto hacia los puntos de vista por ellas expresados, sin que el mediador pueda actuar en perjuicio o interés de cualquiera de ellas”.

¹⁶ El Art. 2 del Código de Conducta Europeo de mediadores recoge circunstancias tales como: “todo tipo de relación personal, contractual o empresarial con cualquiera de las partes; cualquier interés directo o indirecto en el desenvolvimiento y acuerdo de mediación ó que el mediador, o un miembro de su empresa, haya actuado anteriormente a favor de una o varias de las partes en cualquier circunstancia, con excepción de la mediación”.

¹⁷ Aprobado en 2004 por la Comisión Europea, el cual establece una serie de principios éticos para el desarrollo de la labor de los mediadores.

¹⁸ Art. 2 del Código de Conducta Europeo de mediadores: “Antes de iniciar o de continuar su tarea, el mediador deberá revelar cualquier circunstancia que afecte o pueda afectar a su independencia o bien crear un conflicto de intereses. (...)”

del mediador, queda recogido en los artículos 8 y 13 LMed¹⁹. El artículo 13, detalla este principio en una serie de pautas para el mediador:

- Facilitará la comunicación entre las partes y velará porque dispongan de la información y el asesoramiento suficientes (párrafo 1.º).
- Desarrollará una conducta activa tendente a lograr el acercamiento entre las partes, con respeto a los principios recogidos en la Ley (párrafo 2.º).
- Podrá renunciar a desarrollar la mediación, con obligación de entregar un acta a las partes en la que conste su renuncia (párrafo 3.º).
- No podrá iniciar o deberá abandonar la mediación cuando concurren circunstancias que afecten a su imparcialidad (párrafo 4.º).

La Ley se enfoca en la capacidad de decisión del mediador, al tener un papel activo en conocer las voluntades de las partes, sus emociones y facilitar un acuerdo satisfactorio para ambas.

- Confidencialidad: la base angular de la mediación, junto con la voluntariedad, se encuentra recogida en el Considerando 16²⁰ de la Directiva 52/2008, y en el artículo 9 de la LMed. Su alcance cubre un amplio espectro: son confidenciales todos los actos y documentos participantes en el proceso de mediación, incluidas las sesiones individuales que el mediador tenga con cada parte y los testigos y peritos. De esta manera, VEGAS TORRES dice “se trata de impedir que en el proceso se utilicen informaciones y documentos derivados de la mediación en perjuicio de la parte que haya aportado dichos elementos de juicio en el procedimiento de mediación. Lo que se pretende, en definitiva, es facilitar las mejores condiciones para que la mediación se desarrolle en libertad, garantizando a las partes que las concesiones que ofrezcan en el curso de las negociaciones no se volverán en su contra si la mediación no llega a buen fin y el litigio se dirime finalmente en un proceso judicial”.

¹⁹ Art. 8 LMed.: “Las actuaciones de mediación se desarrollarán de forma que permitan a las partes en conflicto alcanzar por sí mismas un acuerdo de mediación, actuando el mediador de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 13”.

²⁰ Considerando 16 Directiva 52/2008: “Para asegurar la necesaria confianza mutua en lo que respecta a la confidencialidad, el efecto sobre los plazos de caducidad y prescripción, y el reconocimiento y ejecución de los acuerdos resultantes de la mediación, los Estados miembros deben promover, por los medios que consideren adecuados, la formación de mediadores y el establecimiento de mecanismos eficaces de control de calidad relativos a la prestación de servicios de mediación”.

2.3. *Ámbito de aplicación de la mediación según la Ley 5/2012*

Es necesario diferenciar entre el ámbito material y el territorial de aplicación de la Ley de Mediación.

Con respecto al primer apartado, la Ley declara en su artículo 2 que se aplicará a las “mediaciones en asuntos civiles o mercantiles, incluidos los conflictos transfronterizos”, quedando expresamente excluidas las materias de mediación penal, laboral y con las Administraciones Públicas. Sin embargo, según MERINO ORTIZ y LASHERAS HERRERO “la Ley de mediación incluye en este artículo 2 varios supuestos de exclusión, que como indica la Exposición de Motivos, constituyendo una de las novedades de la Ley respecto del Real Decreto Ley anterior, no lo son para limitar la mediación en los ámbitos a que se refieren sino para reservar su regulación a las normas sectoriales correspondientes”²¹.

De las materias excluidas, cabe destacar el ámbito laboral, el cual es en el que más se ha avanzado dentro de las materias excluidas de la Ley. En virtud del Acuerdo sobre Solución Extrajudicial de Conflictos de 1996²², se creó el Servicio Interconfederal de Mediación y Arbitraje (SIMA), el cual se encarga de mediar en conflictos colectivos de ámbito superior a la Comunidad Autónoma, teniendo competencia nacional. Igualmente, las propias Comunidades han desarrollado sus propios órganos de mediación dentro de su territorio.

En cuanto al ámbito penal, la mediación ha avanzado igualmente de manera paralela a la legislación estatal. Comunidades como Cantabria²³, ya disponen de su propia Ley de mediación en la que incluyen el ámbito penal²⁴. Según BARONA VILAR, las exclusiones que contiene la LMed obedecen “o a sectores diferenciados en los que no es posible reclamar derechos subjetivos de los ciudadanos que puedan ser ejercitados o renunciados en cualquier vía y por ello conocerse en mediación y consensuar en este procedimiento) o bien porque se trata de sectores del ordenamiento jurídico en los que hay o va a haber una regulación específica en materia de mediación”²⁵. Concretamente

²¹ MANZANARES CASTILLEJO R. “Comentarios a la Ley 5/2012, de Mediación en Asuntos Civiles y Mercantiles”, en *Tirant lo Blanch*, 2013, págs. 41 y ss.

²² A través de la Resolución de 29 de enero de 1996 de la Dirección General de Trabajo.

²³ Ley 1/2011, de 28 de marzo, de Mediación de la Comunidad de Cantabria, publicada en el BOE n.º 99, de 26 de abril de 2011.

²⁴ Artículo 43.3 Ley 1/2011: “3. Los acuerdos alcanzados en el ámbito penal deberán ser trasladados al procedimiento penal en cuyo seno se adopten para surtir efectos, en caso de existir procedimiento en curso, en aquellos aspectos en que exista capacidad dispositiva de las partes afectadas.”

²⁵ BARONA VILAR, S.: “La mediación en asuntos civiles y mercantiles en España, op. cit., pág 121.

el ámbito penal sería uno de los sectores que trata conflictos que no implican derechos subjetivos disponibles por las partes.

Sin embargo, de acuerdo con BARONA VILAR, las exclusiones materiales contenidas en la LMed no significan una exclusión total de la norma de mediación en otros sectores. En este sentido el Preámbulo de la LMed manifiesta que las materias excluidas “no lo son para limitar la mediación en los ámbitos a que se refieren sino para reservar su regulación a las normas sectoriales correspondientes”. Puede ocurrir que en caso de que el legislador así lo decida, la LMed podría convertirse en la norma “común o general en mediación” con aplicación supletoria en otros ámbitos jurídicos, con las correspondientes salvedades²⁶.

En lo que respecta al ámbito territorial, la Ley de Mediación determina en su artículo 2.1 “En defecto de sometimiento expreso o tácito a esta Ley, la misma será aplicable cuando, al menos, una de las partes tenga su domicilio en España y la mediación se realice en territorio español”. Por tanto, existe la posibilidad de que las partes, a través de una sumisión expresa o tácita, se sometan a la Ley de Mediación si cumplen una serie de premisas.

En definitiva, la Ley de Mediación se aplicará cuando²⁷:

- Las partes se hayan sometido expresamente.
- Las partes se hayan sometido tácitamente.
- A falta de sometimiento, una de las partes tenga su domicilio en España y la mediación se realice en territorio español.

²⁶ BARONA VILAR, S. *Mediación en asuntos civiles y mercantiles en España*, op. cit. pág. 168.

²⁷ ESCUDERO HERRERA, C. Y MONTERROSO CASADO, E. *Mediación civil y mercantil*, CEF, Madrid, 2015, págs. 54 y ss.

III. LA MEDIACIÓN OBLIGATORIA

1. La Directiva Europea 2008/52/CE y la mediación obligatoria

Nuestra Ley 5/2012 fue el resultado de la transposición de la Directiva que el Parlamento Europeo y el Consejo aprobaron el 21 de mayo de 2008, sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles. Dicha Directiva fue de los primeros impulsos legislativos procedentes de la Unión Europea, cuya intención era fomentar la mediación en los Estados miembros y promover en éstos la legislación (o su armonización) con respecto a este método de resolución de conflictos.

Esta norma ofrecía una legislación marco reguladora civil y mercantil para los Estados miembros, quienes debían transponerla en el plazo de dos años desde su aprobación (11 de mayo de 2011). No sin faltas de cumplimiento del plazo por parte de diversos Estados, entre ellos España, finalmente países como Francia, Italia, Reino Unido o Portugal la han traspuesto y plasmado en sus legislaciones nacionales.

Con respecto a si la Directiva Europea deja la puerta abierta a la mediación obligatoria, comenzaremos por analizar el artículo 3.a que define la mediación como “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 (...)”. Es decir, lo está definiendo como un procedimiento “voluntario”, al igual que nuestra legislación nacional en su artículo 1 (“Se entiende por mediación aquel medio de solución de controversias (...) en que dos o más partes intentan voluntariamente alcanzar por sí mismas un acuerdo con la intervención de un mediador”). En un principio, esta voluntariedad puede parecer contraria u opuesta a un sistema de mediación obligatoria. Como ya analizamos en líneas precedentes, la obligatoriedad de la mediación no reside en llegar a un acuerdo de manera forzada sino en someterse al procedimiento, sin compromiso de llegar a un acuerdo.

Se entiende que la Directiva Europea deja la puerta abierta a la adopción legislativa de una mediación obligatoria. En el mismo sentido se pronuncia el Informe del Parlamento Europeo de 2014 “*‘Rebooting’ the Mediation Directive: Assessing the Limited Impact of Its Implementation and Proposing Measures to Increase the Number of Mediations in the EU*”, en el que se llevó un estudio pormenorizado de los efectos de

esta Directiva sobre las legislaciones de los Estados miembros²⁸ y propuestas de mejora. Aunque el sentido del informe puede resultar un tanto pesimista en términos generales²⁹, nos ayuda a observar los avances de algunos Estados y datos estadísticos de gran importancia. Una gran parte de su contenido trata sobre las propuestas dadas por expertos en la mediación y las observaciones por parte de los Estados miembros, quienes las evalúan según supongan un impacto positivo o negativo. Dentro de las medidas propuestas para fomentar la mediación, se sitúa con un éxito rotundo la medida de la mediación obligatoria para fomentar este procedimiento³⁰.

Más concretamente, la propuesta ofrecida consiste en la obligatoriedad del inicio de la mediación, con la posibilidad de retirarse con poco o nulo coste (opción “*opt-out*”) tras la primera reunión. Existen Estados miembros que han apoyado esta medida en sus territorios, por lo que se puede realizar un estudio más realista de los beneficios y obstáculos de esta medida, que detallaremos en los siguientes apartados.

2. La aplicación de la mediación obligatoria en Italia

En el informe de 2014 al ser la mediación obligatoria la propuesta mejor valorada por los Estados miembros, es necesario un análisis de Italia, país que ha implantado esta medida dentro de su legislación³¹.

Gracias al Decreto Legislativo 28/2010, Italia introdujo la mediación civil y mercantil obligatoria como condición previa para poder acceder al procedimiento judicial para determinados litigios³². Tras la introducción de ésta en el ordenamiento jurídico, se reportaron más de 220.000 mediaciones al año, la mayor cifra de la Unión Europea. La relación entre esta normativa y el número de mediaciones es directa dado que en 2012 se eliminó esta obligación y la tasa decayó, volviendo a aumentar cuando se reinstauró de nuevo a finales de 2013. Tal y como está diseñado en el ordenamiento

²⁸ Se estudiaron de manera detallada once Estados miembros y de manera más genérica los otros diecisiete.

²⁹ Sostiene que fue “decepcionante” el uso de la mediación por los Estados miembros tras la trasposición de la Directiva, además de llevar en el propio título el “limitado impacto” de las medidas propuestas por la Unión Europea.

³⁰ Es la medida que ha recibido un mayor número de reacciones positivas por los Estados miembros (con un 61% de Estados otorgándole una alta puntuación a esta propuesta). Ningún Estado la consideró negativa.

³¹ AZCÁRRAGA MONZONÍS, C. “El (limitado) impacto de la Directiva sobre mediación en asuntos civiles y mercantiles y la mediación obligatoria como medida de promoción”, en BARONA VILAR, S. (Coord.), *Mediación, arbitraje y jurisdicción en el actual paradigma de justicia*, Civitas, Madrid, 2016, págs. 103-118.

³² HERRERA DE LAS HERAS, R. “La mediación obligatoria para determinados asuntos civiles y mercantiles”, en *Revista Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, número 1, 2017.

italiano, la mediación obliga a las partes a pasar por un proceso de mediación sin el cual su demanda no sería admitida a trámite. El procedimiento de mediación es gratuito para ambas partes³³. Si no se llega en tres meses a un acuerdo, la demanda es admitida. Todo ello lleva a confirmar su absoluta relevancia en el sistema judicial italiano. La razón principal de su implantación fue desatascar los juzgados y aligerarles la carga de un gran número de procesos judiciales³⁴, entre otras que posteriormente analizaremos. De esta manera, el caso italiano se convierte en un referente europeo e internacional acerca de los beneficios de la instauración de la mediación obligatoria en determinadas circunstancias³⁵.

3. Posibilidades de instauración de la mediación obligatoria en España

En nuestra legislación nacional actual, la Ley 5/2012 define la mediación como un proceso voluntario, sin contemplar la obligatoriedad siquiera de la sesión informativa previa a la mediación. Sin embargo, de acuerdo con FRANCO CONFORTI³⁶, “la mediación obligatoria es jurídicamente posible y viable”. Ello es así dado que instaurar la obligatoriedad del inicio de la mediación no contradice el principio de la tutela judicial efectiva ni la voluntariedad. La obligación queda satisfecha en el momento en que las partes acuden a la llamada “sesión constitutiva” (artículo 19 de la Ley 5/2012) en la cual dejan constancia de su deseo de llevar a cabo este procedimiento y de la que se levanta acta. No es necesario tener que llegar a un acuerdo y las partes pueden retirarse en cualquier momento de la mediación para seguir el curso de su proceso jurisdiccional. Es a éste tipo de mediación obligatoria a la que nos referimos en este trabajo, cuando hablamos de ella.

Hay autores que no consideran este tipo de mediación como “obligatoria” dado que no se obliga a las partes a alcanzar acuerdo alguno. Por ello, VARGAS PÁVEZ³⁷ señala que “si uno de los principios fundantes de la mediación es la participación voluntaria de los involucrados en el conflicto, entonces la expresión mediación

³³ HERRERA DE LAS HERAS, R. “La mediación obligatoria para determinados asuntos civiles y mercantiles”, op. cit. pág. 55.

³⁴ CONSORTI, P. “Gestión de los conflictos y mediación social en Italia”, en Revista *La Mediación y las ciencias sociales: resolución alternativa de conflictos*, Vol. 50, número 1, 2013, págs. 99-111.

³⁵ Atendiendo al Informe europeo, los casos son: arrendamientos, derechos de propiedad, sucesiones, negligencias médicas, difamación por la prensa y otros medios, contratos y seguros y finanzas.

³⁶ FRANCO CONFORTI, O. D. “La sesión informativa obligatoria en la mediación intrajudicial en España”, en *Diario La Ley*, número 8486, 2015.

³⁷ VARGAS PAVEZ, M. “Mediación obligatoria. Algunas razones para justificar su incorporación”, en *Revista de Derecho*, Vol. XXI, núm. 2, 2008, págs. 183 y ss.

obligatoria no parece del todo feliz”, por lo que sugiere nombres como “comparecencia obligatoria a la mediación” o “mediación voluntaria mitigada” para poder darle una denominación más ajustada a la realidad.

Aún así, es posible la instauración de la mediación obligatoria en determinados ámbitos como en Derecho de Familia, Derecho Hipotecario o de Consumo. De hecho, que la legislación española ya prevé métodos ADR para otras cuestiones e incluso menos flexibles que la mediación (por ejemplo, el proceso de arbitraje obligatorio en tema de transportes).

3.1. Obstáculos potenciales de la mediación obligatoria a superar

3.1.1. La vulneración del principio de tutela judicial efectiva

El 14 de junio de 2017, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea declaró que la normativa que imponía acudir a la mediación antes que a los juzgados no era contraria a Derecho, y mucho menos en contra de la tutela judicial efectiva³⁸. La demanda fue interpuesta por ciudadanos italianos, puesto que su legislación desde 2010 impone este procedimiento de manera preceptiva en algunos casos. De esta manera, se disipan aquellas dudas sobre si el hecho de imponer la mediación obligatoria impide el libre acceso al sistema judicial pues en todo momento se preserva dicho derecho de las partes, ya que el principio de voluntariedad reside en que “las partes se responsabilizan de él y pueden organizarlo como lo deseen y darlo por terminado en cualquier momento”³⁹.

Según TAMAYO HAYA⁴⁰, “lejos de suponer un perjuicio para el ‘justiciable’, los nuevos métodos no jurisdiccionales son una garantía más para él, en primer lugar porque tendrá acceso a la justicia, entendida en modo global y, en segundo lugar, porque su interés será adecuadamente resuelto, ya que al hecho de que la cuestión se solventará con una mayor participación suya, se une el que la aplicación de estos sistemas le ofrecerá la posibilidad de acordar con la otra parte en disputa lo que realmente le convenga, bajo una ‘especial vigilancia’ del desequilibrio de ambas partes en el proceso”.

³⁸ TJUE 14/06/2017, SP/SENT/906891.

³⁹ Considerando 13 de la Directiva 2008/52

⁴⁰ TAMAYO HAYA, S. “La mediación familiar desde una perspectiva comparada”, ARRANZ DE ANDRÉS C. y SERNA VALLEJO, M. (Coord.), en *Estudios de Derecho español y europeo*, Universidad de Cantabria, 2009, págs. 950 y ss.

3.1.2. El riesgo de tomar la mediación obligatoria como una mera formalidad

La imposición del inicio del procedimiento de mediación de forma legal puede acarrear la visión de este procedimiento como un trámite procesal más en el *íter* judicial, para poder ser admitida su demanda. Este enfoque puede desembocar en una falta de involucración de las partes en el proceso, falta de voluntad de solucionar el problema de manera conciliadora o rechazo a este procedimiento tiñéndolo de innecesario⁴¹.

3.1.3. Actitud de las partes

Si bien no es un efecto automático, puede ocurrir que el hecho de tener que pasar por la mediación obligatoria haga que las partes sientan malestar y existe el peligro de que no tengan una actitud reconciliadora para aprovechar la oportunidad de solucionar el conflicto sin recurrir a las autoridades judiciales. Además, puede suponer una pérdida de tiempo y recursos en caso de que una de las partes no tenga la menor intención de llegar a un acuerdo, aunque dicha actitud no es inteligente de cara a futuras sanciones en el proceso judicial, como la declaración de mala fe.

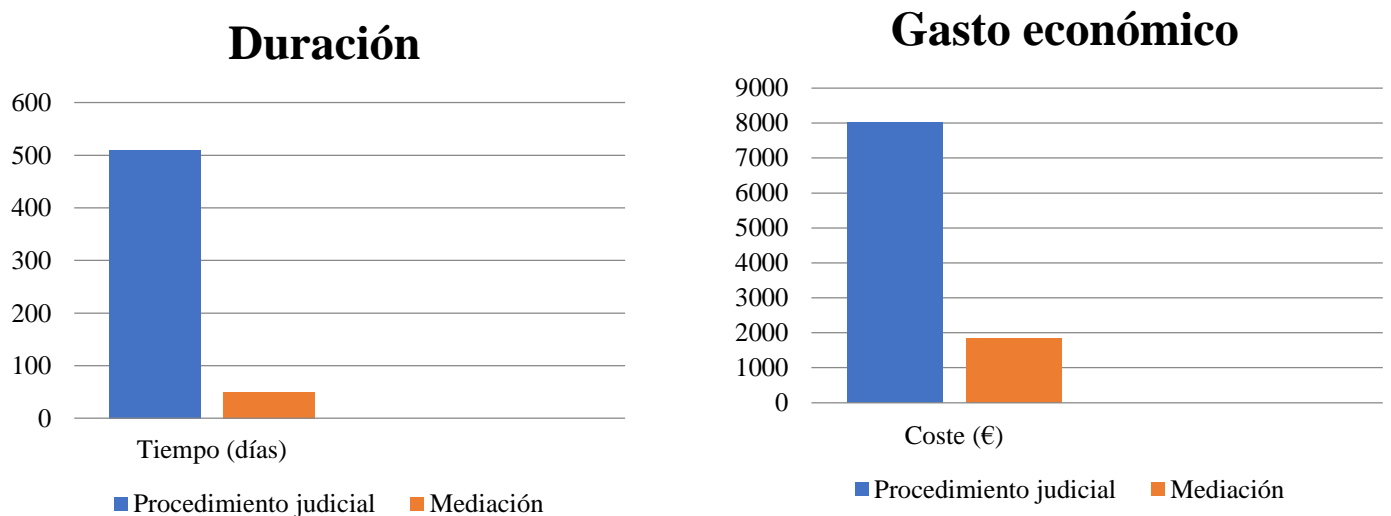
3.2. Ventajas

3.2.1. De la mediación en general

A) Mejora la calidad de la justicia, haciéndola más rápida y eficiente: una de las razones fundamentales para instaurar la mediación obligatoria es desatascar el gran volumen de casos y procedimientos que obstruyen el sistema judicial español. Al imponer un inicio de mediación, la controversia se desvía hacia este procedimiento que tiene probabilidades de ser exitoso y de esta forma, evitar una interposición del caso ante los juzgados. Además, la reducción del volumen de trabajo de los juzgados podría producir una mejora en la calidad de la justicia, donde se podrían estudiar mejor las demandas de las partes y por tanto, conseguir sentencias mejor razonadas y examinadas. La distribución de controversias entre la mediación y la jurisdicción produciría que ambos canales funcionasen en tiempos más breves.

⁴¹ PELAYO LAVÍN, M. “La mediación como vía complementaria de resolución de conflictos”, Salamanca, 2012, págs. 83 y ss.

B) Ahorra tiempo (y dinero): según el informe anteriormente mencionado del Parlamento Europeo, un litigio en España tarda en resolverse por la vía judicial un total de 510 días de media, frente a los 50 días que tarda por la vía de la mediación. Ello supone un ahorro muy significativo del 98% de tiempo, cifra que desbancan cualquier otro método alternativo de resolución de conflictos. Por otro lado, también habría amplias ventajas en el aspecto económico. El coste global medio de un procedimiento judicial en España es de 8.015 euros, mientras que en la mediación esta cifra se sitúa en los 1.833 euros de coste, con un ahorro del 76% a favor de la mediación.



C) Fomenta que el acuerdo final sea cumplido voluntariamente: es indiscutible que es siempre más fácil cumplir con unas disposiciones en las que uno mismo se ha involucrado en su creación y modificación y con las que está claramente de acuerdo, que con otras que le vienen impuestas por un juez y con las que puede no estar tampoco de acuerdo. Ello quiere decir que el acuerdo obtenido a través de la mediación, es más tendente a ser cumplido de manera voluntaria⁴². Tal y como dice IBORRA GRAU, “la ventaja de ese sistema está en que son los propios implicados los que buscan la solución más adecuada a su conflicto, el acuerdo que se alcanza es un traje a su medida”⁴³.

D) El acuerdo resultante es más flexible a un cambio de las circunstancias venideras: especialmente en cuestiones de Derecho de Familia, conforme transcurre el tiempo el contexto familiar puede ir variando con nuevas eventualidades. En caso de

⁴² Atendiendo a estudios realizados en Estados Unidos, el índice de cumplimiento de los acuerdos adoptados por mediación es mucho mayor que en el caso de resoluciones judiciales, con una diferencia del 15 %.

⁴³ IBORRA GRAU, C. “La mediación civil y mercantil: luces y sombras”, en *Revista Derecho Mercantil*, 2014, pág. 48 y ss.

existir un acuerdo de mediación que se ajustase inicialmente a una serie de circunstancias, si éstas sufriesen una alteración sustancial, sería posible revisarlo o modificarlo para re-adaptarlo a la realidad presente, siempre con la voluntad de ambas partes.

E) El acuerdo final es más acorde a las circunstancias y necesidades de las partes: otra cuestión que no admite duda alguna es el hecho de que un acuerdo en el que las partes han puesto sobre la mesa todas aquellas cuestiones que más les preocupan y tras una negociación ha quedado plasmado en un acuerdo, hace que el resultado final haya tenido en cuenta todas las circunstancias de mayor importancia para las partes y por ello, resulta mucho más completo que una resolución judicial.

F) Recompone la relación entre las partes: es relevante recordar que el papel del mediador no es de enjuiciador, sino de neutralidad entre las partes y acercamiento en sus puntos de desacuerdo. El mediador debe intermediar entre las partes, y “facilitar la comunicación entre las partes (además de) velar porque dispongan de la información y el asesoramiento suficientes” (artículo 13.1 de la Ley 5/2012). El sistema donde son las partes las protagonistas y quienes, responsables de su conflicto, son las encargadas de resolverlo entre ellas, es muy diferente a aquel sistema donde un tercero ajeno al conflicto impone una solución que, aunque ajustada a Derecho, puede resultar injusta desde el punto de vista de las partes.

Además de todo ello, *The State Justice Institute* (SIJ) de EEUU, país con una larga trayectoria de mediación, estableció las Normas Recomendadas por Programas de Mediación Anexo a Tribunales, aconsejando que la mediación obligatoria operase siempre con 3 premisas: a) que sus costos fuesen cubiertos por el Estado; b) que no existan coerciones para llegar a acuerdos; c) que los mediadores y los programas de mediación sean de alta calidad, de fácil acceso, permitan la participación de las partes y de los abogados cuando así lo deseen las primeras, y que brinden información clara y completa sobre los procesos⁴⁴.

3.2.2. De la mediación obligatoria

A) Incorporación de este procedimiento en el sistema: una razón para apoyar la instauración temporal de la mediación obligatoria por autores como ALEXANDER⁴⁵, es

⁴⁴ STATE JUSTICE INSTITUTE, “Alternative Dispute Resolution practitioners’ Guide”, 1998, págs. 42 y ss. en <<<https://www.usaid.gov/sites/default/files/documents/1868/200sbe.pdf>>>.

⁴⁵ ALEXANDER, N, *International and Comparative Mediation*, Kluwer Law International, 2009, págs. 143

utilizándola como una estrategia de implantación en nuestro sistema jurídico. Esta fórmula tendría como efectos la integración y aceptación en la práctica jurídica de la mediación y una mayor presencia en la gestión de controversias. Con la herramienta de la mediación obligatoria se introduciría este método de manera habitual en el procedimiento judicial y, en caso de levantar la obligación en algún momento, quedaría arraigada a la práctica jurídica.

B) Promoción e información: aunque no resulte necesario instaurar la mediación de manera obligatoria para que se promueva este procedimiento, sí es cierto que en ese caso, su impulso sería mucho mayor. El someter a las partes al intento obligatorio de mediación, precisa que se les informe de las ventajas del procedimiento y su funcionamiento. La normativa y recursos materiales y humanos a disposición de la mediación se perfeccionarían, haciendo de este método un procedimiento perfectamente regulado y apoyado por el Estado a través de una mejor formación de los mediadores, una mayor promoción de la mediación, la información sobre su funcionamiento por parte de los abogados de las partes, el aumento de conocimiento sobre sus ventajas, etc. Además, estas medidas podrían conllevar a una mayor utilización de la mediación voluntaria en aquellos ámbitos en los que no estuviese impuesta la mediación obligatoria.

C) Reducción del índice de litigiosidad: la obligatoria desviación del conflicto por el cauce del procedimiento de mediación hace que más mediaciones terminen exitosamente en acuerdo, sin haber intervenido los tribunales en manera alguna. Este hecho hace que la carga de trabajo que soportan actualmente los juzgados se reduzca sobremedida y puedan concentrarse a los casos que comprendan una mayor complejidad.

IV. LA JURISPRUDENCIA EUROPEA

1. La STJUE del 14 de junio de 2017

1.1. Antecedentes y finalidad de la sentencia

El litigio resuelto por el TJUE proviene del Tribunal Ordinario de Verona que interpuso una cuestión prejudicial el 28 de enero de 2016 durante el procedimiento que se estaba siguiendo entre Don Silvio Menini y Doña Maria Antonia Rampanelli (los demandantes) frente al Banco Popolare Società Cooperativa (demandado).

Los hechos comenzaron el 16 de julio de 2009 cuando los demandantes contrataron con el citado Banco la apertura de un crédito a través de tres contratos sucesivos, con el objetivo de adquirir acciones tanto del propio Banco como de otras sociedades. Sin embargo, tras el impago del crédito, el 15 de junio de 2015, el Banco Popolare obtuvo un requerimiento de pago frente al Sr. Menini y la Sra. Rampanelli e inició las medidas de ejecución provisional con la finalidad de saldar la deuda cuyo importe ascendía a 991.848,21 €. Los demandantes se opusieron al proceso ejecutivo y solicitaron la suspensión de las medidas anteriormente mencionadas.

Dado que para el Tribunal italiano el litigio se encuentra dentro del ámbito de aplicación del Código de Consumo por la cualidad de consumidores de los demandantes al haber suscrito un “contrato de servicios” fuera de una actividad comercial o empresarial (art. 4.1.d) Directiva 2013/11)⁴⁶ las partes en principio debían de haber iniciado un procedimiento de mediación necesaria para la resolución de la controversia.

Artículo 1 Objeto

El objetivo de la presente Directiva es contribuir, a través de un alto nivel de protección del consumidor, al buen funcionamiento del mercado interior, garantizando que los consumidores puedan, si así lo desean, presentar reclamaciones contra los comerciantes ante entidades que ofrezcan procedimientos de resolución alternativa de litigios (en lo sucesivo, «procedimientos de resolución alternativa») que sean independientes, imparciales, transparentes, efectivos, rápidos y justos. La presente Directiva se

⁴⁶ Art. 4.1.a): “‘Consumidor’: toda persona física que actúe con fines ajenos a sus actividades comerciales o empresariales, a su oficio o a su profesión”;

4.1.d) “‘Contrato de servicios’: todo contrato, con excepción de un contrato de compraventa, en virtud del cual el comerciante presta o se compromete a prestar un servicio al consumidor y el consumidor paga o se compromete a pagar su precio”.

entenderá sin perjuicio de la obligatoriedad de participar en este tipo de procedimientos prescrita en la legislación nacional, siempre que esta no impida a las partes ejercer su derecho de acceso al sistema judicial.

Artículo 2 Ámbito de aplicación

1. La presente Directiva se aplicará a los procedimientos de resolución extrajudicial de litigios nacionales y transfronterizos relativos a obligaciones contractuales derivadas de contratos de compraventa o de prestación de servicios entre un comerciante establecido en la Unión y un consumidor residente en la Unión, mediante la intervención de una entidad de resolución alternativa de litigios (en lo sucesivo, «entidad de resolución alternativa»), que propone o impone una solución o que reúne a las partes con el fin de facilitar una solución amistosa.

Artículo 3 Relación con otros actos jurídicos de la Unión

1. Salvo que se disponga de otro modo en la presente Directiva, en caso de que cualquier disposición de la presente Directiva sea incompatible con una disposición establecida en otro acto jurídico de la Unión que se refiera a procedimientos extrajudiciales de recurso incoados por un consumidor contra un comerciante, prevalecerá lo dispuesto en la presente Directiva.

2. La presente Directiva se entenderá sin perjuicio de la Directiva 2008/52/CE.

Para el Tribunal remitente la primera cuestión que no está clara es si la Directiva 2013/11 debe interpretarse de manera que permite a los Estados miembros instaurar y regular el procedimiento de mediación obligatoria, señalando sus dudas sobre si la Ley italiana podría ser contraria a la Directiva 2013/11 porque ésta deja que las partes elijan si participar en un procedimiento de mediación o no, y a abandonar este en cualquier momento. En cambio, el Decreto Legislativo italiano 28/2010, artículo 8.4 bis⁴⁷ prevé sanciones a aquellas partes que lo hagan sin causa justificada, obstaculizando la premisa de la Directiva.

⁴⁷ Art. 8.5 del Decreto Legislativo 28/2010: “El juez podrá inferir elementos de prueba en el procedimiento posterior, en el sentido del artículo 116, apartado 2, del Código de procedimiento civil, de la falta de participación sin causa justificada en el procedimiento de mediación. El juez condenará a la parte que, en los supuestos previstos en el artículo 5, no haya participado en el procedimiento sin que medie causa justificada a pagar al Tesoro Público la correspondiente tasa judicial unificada.”

Tras todo lo expuesto, el Tribunal de Verona resume sus dudas al TJUE en las siguientes preguntas:

- ¿Debe interpretarse el artículo 3.2 de la Directiva 2013/11 en el sentido de que mantiene la posibilidad de que un Estado miembro establezca la obligatoriedad de la mediación únicamente en los supuestos no comprendidos en el ámbito de la Directiva 2013/11 (artículo 2 Directiva 2013/11)? Es decir, ¿puede un Estado miembro establecer la mediación obligatoria en supuestos fuera del ámbito del consumo?
- ¿Se opone el art. 1 de la Directiva 2013/11 a la norma italiana, la cual impone la mediación como un requisito de admisibilidad de la demanda judicial, obliga a las partes a asistir con abogado e impide salir de la mediación si no hay causa justificada? Es decir, ¿vulnera la Ley italiana el derecho a la tutela judicial efectiva, por la cual los ciudadanos (en este litigio, los “consumidores”) tienen derecho a presentar reclamaciones ante las autoridades judiciales?

La legislación aplicable al caso está compuesta por las siguientes normas:

a) Marco legislativo europeo:

- Directiva 2008/52: Considerados 8 y 13 y artículos 1, 2.1, 3.a), 5.2.
- Directiva 2013/11: Considerandos 16, 19, 45 y artículos 1, 3, 4, 8, 9, 12.

b) Marco legislativo italiano:

- Decreto Legislativo n.º 28 de 4 de marzo de 2010, sobre la mediación en asuntos civiles y mercantiles: artículos 4.3, 5 y 8.
- Decreto Legislativo n.º 130, de 4 de agosto de 2015, por el que se transpone la Directiva 2013/11/UE relativa a la resolución alternativa de litigios en materia de consumo.
- Código de Consumo italiano o Decreto Legislativo n.º 206, de 6 de septiembre de 2005: artículo 141.

1.2. Resolución por el TJUE de las cuestiones planteadas

A) Primera cuestión: relación entre la Directiva 2013/11 y la Directiva 2008/52

El TJUE comienza por recordar que el objeto de la Directiva 2008/52 es facilitar el acceso a métodos de ADR para litigios transfronterizos tanto civiles como mercantiles, sin perjuicio de aplicarse a los sistemas nacionales de mediación. Sin

embargo, el presente litigio no tiene carácter transfronterizo, dado que ninguna de las partes reside en un Estado miembro diferente del de la otra.

El hecho de que el ámbito de aplicación de la Ley italiana (Decreto Legislativo n.º 28/2010 que traspuso la Directiva 2008/52) se extienda a litigios nacionales, no significa que el ámbito de la Directiva 2008/52 se haya ampliado igualmente de la misma manera. Por tanto, se concluye que la Directiva 2008/52 no es aplicable al presente litigio porque ésta únicamente se aplica a litigios transfronterizos⁴⁸ y, por tanto, no es necesario entrar a analizar la mención a la Directiva 2008/52 por parte de la Directiva 2013/11 en su artículo 3.2.

B) Segunda cuestión: relación entre la Directiva 2013/11 y la legislación italiana

Respecto de la segunda cuestión prejudicial, referente a la interpretación del artículo 2 de la Directiva 2013/11, el TJUE la resuelve dividiéndola en tres cuestiones: a) ¿es la mediación un requisito previo para poder admitirse la demanda judicial?; b) ¿cómo debe calificarse jurídicamente la obligación de los consumidores de acudir a la mediación con abogado? y c) ¿pueden las partes sortear el requisito de la mediación alegando causa justificada?

Antes de abordar la primera cuestión de manera directa, el TJUE comienza estudiando la aplicación de la Directiva 2013/11 al litigio actual. En virtud de su artículo 1 se aplicará la Directiva a un litigio que cumpla los siguientes requisitos:

- El procedimiento debe ser iniciado por un consumidor contra un comerciante, en base a un contrato de compraventa o de servicios que han contraído previamente y del que derivan una serie de obligaciones.
- La mediación previa por la que se canalice en un comienzo el litigio, debe ser un procedimiento independiente, imparcial, transparente, efectivo, rápido y justo.
- La mediación debe ser llevada a cabo por una entidad de resolución alternativa que esté establecida de manera duradera y ofrezca solventar

⁴⁸ Considerando número 10: “(10) La presente Directiva debe aplicarse a los procedimientos en los que dos o más partes en un conflicto transfronterizo intenten voluntariamente alcanzar por sí mismas un acuerdo amistoso sobre la resolución de su litigio con la ayuda de un mediador. Debe aplicarse a asuntos civiles y mercantiles.”

litigios a través de ADR, además de figurar en la lista a la que se refiere el artículo 20.2 de la Directiva⁴⁹.

El TJUE sostiene que la Directiva 2013/11 es aplicable al litigio en cuestión pero precisando que es al Tribunal nacional al que compete el enjuiciamiento de los mismos.

Avanzando al análisis del primer punto, relativo a imposición de la mediación como un requisito previo al proceso judicial, la Directiva 2013/11, en su artículo 1 contiene la posibilidad de encauzar las reclamaciones entre consumidores y comerciantes por un procedimiento ADR. La duda principal del Tribunal italiano sobre este punto, es si los Estados miembros pueden únicamente establecer la mediación obligatoria en aquellos litigios que no están comprendidos en la Directiva 2013/11, es decir, que no sean litigios de consumo.

Para contestarla, el TJUE trae a colación jurisprudencia que repite la necesidad de interpretar la norma no sólo por su contenido sino también por su contexto y objetivo/s. El artículo 1 de la Directiva utiliza la expresión “si así lo desean” respecto de los consumidores, pero en el mismo artículo se dice “La presente Directiva se entenderá sin perjuicio de la obligatoriedad de participar en este tipo de procedimientos prescrita en la legislación nacional, siempre que esta no impida a las partes ejercer su derecho de acceso al sistema judicial”, por lo que el TJUE concluye que la Directiva admite que los Estados miembros establezcan la obligatoriedad de procedimientos ADR (“siempre que su legislación no impida a las partes ejercer su derecho de acceso al sistema judicial”) en otras materias.

Y no sólo el artículo 1 da pistas sobre esta apreciación, sino que incluso el artículo 3.a) de la Directiva 2008/52⁵⁰ por la que define la mediación, añade en su frase final “este procedimiento puede ser iniciado por las partes, sugerido u ordenado por un órgano jurisdiccional o prescrito por el Derecho de un Estado miembro”, sin especificar

⁴⁹ Art. 20.2 Directiva 2013/11: “Cada autoridad competente elaborará, basándose en la evaluación mencionada en el apartado 1, una lista de las entidades de resolución alternativa que se le hayan notificado y que cumplan las condiciones establecidas en el apartado 1.”

⁵⁰ Art. 3.1.a): “‘Mediación’: 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. Este procedimiento puede ser iniciado por las partes, sugerido u ordenado por un órgano jurisdiccional o prescrito por el Derecho de un Estado miembro. Incluye la mediación llevada a cabo por un juez que no sea responsable de ningún procedimiento judicial vinculado a dicho litigio. No incluye las gestiones para resolver el litigio que el órgano jurisdiccional o el juez competentes para conocer de él realicen en el curso del proceso judicial referente a ese litigio”.

el ámbito material. Por todo ello, queda claro que los Estados miembros tienen la facultad de legislar acerca de la obligatoriedad de métodos ADR.

Por otro lado, para el TJUE lo esencial no es el carácter obligatorio o no de la mediación, sino que se “preserve el derecho de las partes a acceder al sistema judicial” posteriormente. Este objetivo no es impedido por la aplicación de la mediación como requisito previo para la admisibilidad de la demanda que regula y contempla la legislación italiana⁵¹. El intento de mediación obligatoria se constituye, sencillamente, como una etapa anterior al procedimiento judicial, por la que es necesario pasar para poder acceder al sistema judicial.

Sin embargo, al estar dicha restricción afectando al derecho fundamental de la tutela judicial efectiva, es necesario que se respeten dos premisas, para evitar su obstrucción: que no sea vinculante el resultado de la mediación para las partes y que durante la mediación no venzan los plazos de caducidad o prescripción. La primera de ellas tiene relación con el artículo 9.2.b) de la Directiva 2013/11, que establece que al finalizar la mediación se propondrá a las partes una solución, la cual pueden aceptarla, rechazarla o conformarse con ella. Si la legislación nacional lo prevé, en caso de que las partes acepten el acuerdo (el consumidor especialmente), éste será vinculante. La segunda premisa deberá ser respetada por las legislaciones de los Estados miembros.

Como conclusión de este primer punto, el TJUE mantiene que la mediación obligatoria es compatible con la tutela judicial efectiva (y el artículo 1 de la Directiva 2013/11) siempre y cuando: a) no conlleve una solución vinculante para las partes; b) no implique un retraso vital para el litigio judicial (es decir, debe interrumpir la prescripción) y c) no ocasione gastos o si lo hace, sean meramente simbólicos para las partes. Dichos requisitos deben ser valorados por el Tribunal nacional.

El segundo punto de la cuestión se refiere a la obligación de las partes de asistir con abogado a la mediación. Con respecto a este tema, el TJUE es contundente: “una legislación nacional no puede exigir que un consumidor que participe en un procedimiento de resolución alternativa tenga la obligación de ser asistido por un

⁵¹ De hecho, el Considerando 13 de la Directiva afirma: “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. No obstante, el Derecho nacional debe dar a los órganos jurisdiccionales la posibilidad de establecer límites temporales al procedimiento de mediación; por otra parte, también deben poder señalar a las partes la posibilidad de la mediación, cuando resulte oportuno.”

abogado”, dado que es obligación de los Estados miembros velar para que las partes puedan acceder al procedimiento de resolución alternativa sin tener esta obligación⁵².

El tercer punto relacionado con la aplicación de sanción a la parte que se retire de la mediación sin alegar causa justificada, es resuelto por el TJUE de la siguiente forma: “la eventual retirada del consumidor (...) no debe tener consecuencias desfavorables para éste en el contexto del procedimiento jurisdiccional relativo al litigio objeto del procedimiento de resolución alternativa”. Es decir, los Estados miembros deben velar por que las partes puedan salir del procedimiento en cualquier momento, si no están satisfechas y sin que ello le acarree efectos negativos. El Decreto Legislativo italiano transgrede la Directiva 2013/11 pues restringe el derecho de las partes de retirarse de la mediación sin consecuencias desfavorables.

1.3. Conclusiones

El TJUE ha definido los límites de la mediación obligatoria a través de esta sentencia. Si bien apoya la utilización de los métodos alternativos de resolución de conflictos (y lo ha demostrado a través de numerosas Directivas), también defiende una aplicación moderada que sea armónica con los derechos fundamentales que pueden verse afectados, especialmente la tutela judicial efectiva. El Tribunal sostiene que no debe existir obligación alguna para las partes de asistir a la mediación con abogado, por el riesgo de desnaturalizar este procedimiento. Además, tampoco se deben imponer sanciones o repercusiones negativas a las partes que se retiren de este procedimiento. De esta manera, se muestran los defectos de la legislación italiana en su Decreto Legislativo 28/2010 y su inminente necesidad de reforma.

Dado que el TJUE ha asentado con esta sentencia las bases desde las que partir para legislar la mediación obligatoria, es tarea de los Tribunales nacionales aplicar el ordenamiento comunitario, en primer lugar, y posteriormente el estatal, garantizando en todo caso el derecho a la tutela judicial efectiva y fomentando la utilización de los métodos ADR y ODR (*Online Dispute Resolution*)⁵³.

⁵² RALUCA STROIE, I. “Los Estados miembros pueden imponer un procedimiento de mediación como requisito de admisibilidad de una demanda judicial”, en Publicaciones jurídicas, Centro de Estudios de Consumo, 2017.

⁵³ LUQUIN BERGARECHE, R. “La Directiva 2013/11/UE relativa a la resolución alternativa de litigios en materia de consumo: especial referencia al principio de voluntariedad de las ADR en su interpretación por la STJUE de 14 de junio de 2017”, en *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, número 8, 2017, págs. 117 y ss.

2. La STJUE del 18 de marzo de 2010

2.1. Antecedentes y finalidad de la sentencia

Esta sentencia tuvo lugar a raíz de la cuestión prejudicial interpuesta por el *Giudice di pace*⁵⁴ de Ischia, Nápoles, y acumula cuatro casos diferentes que tienen los hechos en común. Las demandantes, que eran clientas de los servicios de telecomunicación Telecom Italia, SpA y Wind SpA, interpusieron individualmente demandas por reparación de daños sufridos por incumplimiento de contrato con estas compañías. Las empresas alegaron que las demandas debían ser inadmitidas porque las demandantes incumplieron el requisito de haber intentado la conciliación extrajudicial obligatoria previamente a la interposición de la demanda, en virtud del artículo 84 del Decreto Legislativo n.º 259, de 1 de agosto de 2003 (relativo al Código de las comunicaciones electrónicas de Italia) y el artículo 3 del Reglamento relativo a la resolución de litigios entre operadores de comunicaciones y usuarios finales, ambos normativa italiana.

Artículo 3:

1. En relación con los litigios del artículo 1, apartado 1, el recurso judicial es inadmisibile hasta que no se haya efectuado el intento de conciliación obligatorio ante el CORECOM [Comité regional de comunicaciones] territorialmente competente que cuente con delegación para desempeñar la función conciliadora, o bien ante los órganos de resolución extrajudicial de los litigios mencionados en el artículo 13.
2. Cuando el CORECOM territorialmente competente no sea titular de la delegación mencionada en el apartado 1, el intento de conciliación obligatorio deberá efectuarse ante los órganos a que se refiere el artículo 13.
3. El plazo para la conclusión del procedimiento de conciliación es de treinta días desde la fecha de presentación del escrito de solicitud de iniciación; una vez transcurrido dicho plazo, las partes podrán interponer un recurso judicial, aunque el procedimiento no haya concluido.

El Tribunal italiano remitente tenía dos dudas acerca del caso: en primer lugar, el citado Reglamento prevé que la conciliación obligatoria debe llevarse a cabo ante el

⁵⁴ Según PEDRAZ PENALVA, E. en “Los jueces de proximidad” en *Revista Jurídica de Castilla y León*, número 8 (2006), este órgano italiano proviene del anterior “*giudice conciliatore*”, cuya competencia se extiende a los ámbitos civil y penal en casos de cuantía determinada, y constituyen el “primer escalón organizativo judicial” italiano.

CORECOM, órgano que todavía no se había instaurado en la Región de Campania (donde se encuentran las partes) por lo que era necesario recurrir a otros organismos (los contemplados en el artículo 13 del mismo Reglamento). Sin embargo, estos organismos no habían sido examinados ni se había verificado el cumplimiento de principios que establece la Recomendación 2001/310⁵⁵, lo que deja en duda si realmente son los competentes para llevar a cabo dicha conciliación obligatoria.

En segundo lugar, el Tribunal italiano duda que, el hecho de que la Ley nacional imponga un intento de conciliación extrajudicial obligatoriamente, pueda suponer un obstáculo para el derecho de la tutela judicial efectiva.

Por lo expuesto, la cuestión prejudicial quedaría formulada de la siguiente manera: “¿Las normas comunitarias (las referentes a los derechos fundamentales, entre otras) tienen eficacia directamente vinculante y deben interpretarse en el sentido en que los litigios ‘en manera de comunicaciones electrónicas entre usuarios finales y operadores, relativos a la infracción de las disposiciones sobre el servicio universal y los derechos de los usuarios finales restablecidas por las normas legislativas, por las decisiones de la Autoridad, por las condiciones contractuales y por la carta de servicios’ no deben someterse al intento de conciliación obligatorio previsto so pena de inadmisibilidad del recurso judicial?”.

2.2. *Legislación aplicable*

a) El Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de Libertades Fundamentales: artículo 6.1, donde se expone el derecho a la tutela judicial efectiva.

b) Marco legislativo europeo:

- Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea: artículo 47.

- Directiva 2002/22/CE relativa al servicio universal y los derechos de los usuarios en relación con las redes y los servicios de comunicaciones electrónicas: Considerando 47⁵⁶, artículos 1 y 34.

- Directiva 1999/44/CE sobre determinados aspectos de la venta y las garantías de los bienes de consumo: artículos 1.1 y 1.2.

- Recomendación 98/257/CE relativa a los principios aplicables a los órganos

⁵⁵ Los cuales son enumerados en el Capítulo II de la Recomendación: imparcialidad, transparencia, eficacia y equidad.

⁵⁶ “Conviene establecer procedimientos eficaces para la solución de litigios que opongán, por una parte, a los consumidores y, por otra, a las empresas que prestan servicios de comunicaciones disponibles al público.”

responsables de la solución extrajudicial de los litigios en materia de consumo: Considerados 5, 6 y 9, y punto VI (principio de libertad).

- Recomendación 2001/ 310/CE relativa a los principios aplicables a los órganos extrajudiciales de resolución consensual de litigios en materia de consumo: punto I (ámbito de aplicación).

c) Marco legislativo nacional:

- Decreto Legislativo n.º 259, de 1 de agosto de 2003 relativo al Código de las comunicaciones electrónicas (GURI n.º 24, de 15 de diciembre de 2003): artículo 84.

- Reglamento de resolución de litigios entre operadores de comunicaciones y usuarios finales (Decisión 173/07/CONS): artículos 3 y 13.

2.3. *Análisis por el TJUE de la cuestión planteada*

2.3.1. En cuanto a la admisibilidad de la cuestión prejudicial

El Gobierno italiano solicitó la inadmisibilidad de la cuestión, apoyándose en el argumento de que el órgano judicial remitente no había especificado los derechos que pueden verse afectados por la conciliación extrajudicial obligatoria. A pesar de que en este punto, el Gobierno italiano tiene razón en discutir dicha cuestión⁵⁷ dado que no proporciona “información exhaustiva” acerca de los derechos objeto del procedimiento, el TJUE mantiene la admisibilidad. Para defenderla, argumenta, en primer lugar, que si tales derechos se encuentran dentro de la normativa comunitaria, el TJUE tiene obligación de pronunciarse. En segundo lugar, que únicamente puede rechazar una solicitud de cuestión prejudicial cuando el objeto del asunto no tiene relación con el Derecho comunitario, circunstancia que en este caso no se da porque la Directiva 2002/22, de servicio universal, justo es de aplicación al contexto del caso⁵⁸.

Como conclusión, la cuestión prejudicial es admitida por el TJUE.

2.3.2. En cuanto al fondo de la cuestión prejudicial

Antes de analizar el fondo del asunto, el TJUE especifica la normativa aplicable que incluye la Directiva 2002/22/CE (o de “Servicio universal”), el artículo 6 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH) y las Recomendaciones 2001/310 y

⁵⁷ Conclusiones de la abogada general Sra. Juliane Kokott, el 19 de noviembre de 2009, referente a la STJUE del 18/03/2010.

⁵⁸ Los derechos de los usuarios finales y las obligaciones de que las empresas proporcionen redes y servicios de comunicaciones electrónicas.

98/257. Ello significa que queda fuera la Directiva 1999/44, por no incluir en su ámbito de aplicación los servicios telefónicos. Definitivamente, la normativa más relevante es el artículo 34 de la Directiva 2002/22 y la tutela judicial efectiva, quedando las Recomendaciones relegadas a ser “tenidas en cuenta”, por no ser jurídicamente vinculantes⁵⁹.

Por tanto, la cuestión prejudicial queda resumida a si el artículo 34 de la Directiva 2002/22 y el principio de tutela judicial efectiva son contrarios a la imposición de una tentativa de conciliación extrajudicial obligatoria como requisitos de admisibilidad de la demanda en materia de servicios de comunicaciones electrónicas. Ello se resuelve mediante el estudio de:

2.3.2.1. El artículo 34 de la Directiva 2002/22

La Directiva se dedica a establecer unos requisitos mínimos que deben cumplir los procedimientos extrajudiciales que los Estados miembros decidan establecer. El primer requisito es la transparencia, que significa que se puedan identificar fácilmente los organismos que son competentes para el procedimiento (la conciliación, en este caso). La normativa italiana, en su Reglamento relativo a la resolución de litigios entre operadores de comunicaciones y usuarios finales, establece que el órgano competente para llevar a cabo la conciliación será el CORECOM, y en su defecto, los declarados por su Decreto Legislativo 28/2010, del 4 de marzo, artículo 16⁶⁰). El segundo requisito es la economía de costes, la cual es cumplida por Italia gracias a la gratuidad del procedimiento llevado a cabo en el CORECOM y el coste muy reducido en los demás órganos.

A pesar de que en principio el ordenamiento jurídico italiano parece cumplir los requisitos del procedimiento de conciliación, corresponde al órgano jurisdiccional remitente comprobar que efectivamente es así. Por tanto, la Directiva 2002/22 no da realmente una solución contundente, debiéndose examinar entonces el derecho a la tutela judicial efectiva.

⁵⁹ En virtud del artículo 249.5 CE del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea: “Las recomendaciones y los dictámenes no serán vinculantes”.

⁶⁰ Incluye, entre otros, organismos públicos o privados que ofrezcan garantías de seriedad y eficiencia, y lleven un registro de sus miembros.

2.3.2.2. El principio de la tutela judicial efectiva

Recogida en el artículo 6 del CEDH⁶¹, la tutela judicial efectiva ha sido uno de los principios con una mayor trascendencia comunitaria y con mayor presencia en su normativa. El TJUE la analiza desde la perspectiva de dos principios: el de equivalencia y el de efectividad.

El principio de equivalencia significa que, “las normas nacionales que regulen las acciones derivadas del Derecho de la Unión, no pueden ser menos favorables que las establecidas para el ejercicio de las acciones del Derecho interno, asegurando así idéntica protección a los Derechos surgidos en ambos ámbitos”⁶². Es decir, los derechos surgidos de legislación comunitaria no pueden ser regulados por el Estado miembro de manera más gravosa que los derechos ya regulados en la legislación interna. Dado que el Tribunal italiano remitente no había suscitado ninguna cuestión sobre la falta de este requisito, y además, el Gobierno italiano confirmó su cumplimiento en los Tribunales italianos, dicho requisito no es analizado por el TJUE.

El principio de efectividad prohíbe que la legislación interna imposibilite en la práctica o dificulte excesivamente el ejercicio de tales derechos comunitarios, dentro de la normativa interna. En el presente caso, este requisito es el que realmente tiene una mayor importancia porque la imposición de la tramitación previa de un intento de conciliación extrajudicial como requisito de admisibilidad de la demanda, puede interceder con el derecho a la tutela judicial, derecho conferido por la normativa comunitaria.

Atendiendo a las condiciones del principio de efectividad, el TJUE considera que la conciliación ni imposibilita ni dificulta excesivamente el ejercicio de la tutela judicial efectiva, por diversas razones: (a) el resultado no es vinculante; (b) no implica un retraso sustancial para el ejercicio de la acción judicial; (c) interrumpe la

⁶¹ Artículo 6 CEDH: “1. Toda persona tiene derecho a que su causa sea oída equitativa, públicamente y dentro de un plazo razonable, por un Tribunal independiente e imparcial, establecido por la Ley, que decidirá los litigios sobre sus derechos y obligaciones de carácter civil o sobre el fundamento de cualquier acusación en materia penal dirigida contra ella. La sentencia debe ser pronunciada públicamente, pero el acceso a la Sala de Audiencia puede ser prohibido a la prensa y al público durante la totalidad o parte del proceso en interés de la moralidad, del orden público o de la seguridad nacional en una sociedad democrática, cuando los intereses de los menores o la protección de la vida privada de las partes en el proceso así lo exijan o en la medida considerada necesaria por el Tribunal, cuando en circunstancias especiales la publicidad pudiera ser perjudicial para los intereses de la justicia.”

⁶² MOYA HURTADO DE MENDOZA, F. “Efectividad del Derecho de la Unión Europea vs. Principio Constitucional de Imperio de la Ley”, en *UNED Revista de Derecho Político*, número 99, 2017, págs. 399 y ss.

prescripción; (d) no ocasiona gastos si es ante el CORECOM, o los que ocasiona ante otros órganos no son significativos.

El TJUE concluye que se cumple el principio de efectividad siempre y cuando se pueda realizar la conciliación a través de otros medios aparte de la vía electrónica. Si sólo existe la vía electrónica para llevarlo a cabo, podría dificultar gravemente el acceso a la justicia para aquellas personas que no tuviesen internet y constituiría una injerencia desproporcionada en el derecho a la tutela judicial efectiva⁶³. Sin embargo, en virtud de la legislación interna italiana, tal limitación no existe. Otra condición para evitar el perjuicio del derecho es que se debe permitir adoptar medidas provisionales en aquellos casos en los que sea urgente y necesario.

Finalmente, el hecho de que la conciliación sea un requisito previo a la admisibilidad de la demanda, no perjudica la tutela judicial efectiva. En primer lugar, porque esta medida está dirigida a conseguir una mayor rapidez y economía de los litigios en materia de comunicaciones electrónicas, y disminuir la carga de trabajo de estos casos a los Tribunales. Éstos objetivos constituyen de interés general. En segundo lugar, la imposición del intento de conciliación no es desmesurada con respecto a los objetivos que persigue el Gobierno italiano. Para el TJUE “no existe una alternativa menos severa a la aplicación de un procedimiento obligatorio” dado que “un procedimiento de solución extrajudicial meramente facultativo no constituye un medio igualmente eficaz para alcanzar dichos objetivos”.

2.4. Conclusiones

El TJUE conviene, por un lado, que el artículo 34 de la Directiva 2002/22/CE de servicio universal debe interpretarse de manera que no es contraria a la legislación italiana que impone el intento de conciliación extrajudicial obligatoria como requisito de admisibilidad de las acciones judiciales.

Por otro lado, los principios de equivalencia y efectividad se encuentran en armonía igualmente con dicha imposición.

Finalmente, el principio de tutela judicial efectiva tampoco se ve perjudicado dado que el Gobierno italiano únicamente prevé esta medida para el ámbito de las telecomunicaciones en base éstos objetivos legítimos de interés general, sin haber desproporción entre la medida y éstos.

⁶³ Conclusiones de la abogada general Sra. Juliane Kokott, el 19 de noviembre de 2009, referente a la STJUE del 18/03/2010.

V. LA TENTATIVA ESPAÑOLA DE LA MEDIACIÓN OBLIGATORIA

1. España: de la previsión de la mediación obligatoria a la instauración de la mediación voluntaria pura

1.1. La posibilidad ofrecida por la Directiva 2008/52

La Directiva 2008/52 sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles prevé en su artículo 5.2 “La presente Directiva no afectará a la legislación nacional que estipule la obligatoriedad de la mediación o que la someta a incentivos o sanciones, ya sea antes o después de la incoación del proceso judicial, siempre que tal legislación no impida a las partes el ejercicio de su derecho de acceso al sistema judicial.”, dejando entender la posibilidad de los Estados miembros de establecer la mediación obligatoria, si así lo desean.

A pesar de que la Directiva es una norma de mínimos, impone el requisito de que la obligatoriedad no impida el ejercicio del derecho de acceso al sistema judicial, o en otras palabras, la tutela judicial efectiva.

A raíz de esta Directiva, varios han sido los Estados miembros que han aplicado la mediación obligatoria en distintas materias, como Austria, Irlanda o Italia, lo cierto es que España realizó un amago de establecerla, quedándose en un Anteproyecto de Ley de Mediación, que nunca llegó a aprobarse.

1.2. La mediación obligatoria en el Anteproyecto de Ley de 2011

La necesidad de trasponer la Directiva 2008/52 a la legislación española llevó a la redacción de un Anteproyecto de la Ley de Mediación que se presentó en 2011.

El Anteproyecto constaba de una Exposición de Motivos, treinta y tres artículos estructurados en cinco capítulos, más una disposición adicional y seis disposiciones finales. Destaca la relevancia que daba a los principios que rigen la institución mediadora⁶⁴, puesto que a la hora de definir la mediación en su artículo 1 disponía “A los efectos de esta Ley se entiende por mediación aquella negociación estructurada de acuerdo con los principios de esta Ley, en que dos o más partes en conflicto intentan

⁶⁴ GARCÍA VILLALUENGA, L. “La mediación a través de sus principios. Reflexiones a la luz del Anteproyecto de Ley de Mediación en asuntos civiles y mercantiles”, en *Revista General de legislación y jurisprudencia*, núm. 4, 2010, págs. 717 y ss.

voluntariamente alcanzar por sí mismas un acuerdo para su resolución con la *intervención* de un mediador”. Igualmente en su artículo 5.2 atribuía a las instituciones de mediación y la Administración la obligación de respetarlos⁶⁵.

Uno de los principios clave es el de la voluntariedad, el cual se recogía así “El sometimiento a mediación es voluntario, sin perjuicio de la obligatoriedad de su inicio cuando lo prevea esta Ley o la legislación procesal. Nadie está obligado a concluir un acuerdo ni a mantenerse en el procedimiento de mediación” (artículo 7). Posteriormente, el Anteproyecto añadía en su Disposición Adicional Final segunda una nueva redacción al artículo 437.3 LEC por el cual introducía la obligatoriedad del intento de la mediación en los “juicios verbales (...) que consistan en una reclamación de cantidad” de menos de 6.000 euros siempre y cuando no sean sobre materias excluidas del Anteproyecto (penal, laboral y consumo). Esta obligatoriedad se constituía como un requisito de procedibilidad que debía cumplirse dentro de los seis meses anteriores a la interposición de la demanda.

Pero, ¿hasta dónde llegaba dicha obligación y cuándo se veía satisfecha? En este sentido, el artículo 19.1 segundo párrafo declaraba que “se podrá tener por intentada la mediación y cumplida la obligación legal justificando la asistencia” a la sesión informativa, en donde el mediador explicaría a las partes “las características de la mediación, su coste, la organización del procedimiento y las consecuencias del acuerdo que se pudiera alcanzar”. El artículo 24.3 mantenía “La mediación exigida por Ley se tendrá por intentada mediante la aportación del acta en la que conste la inasistencia de cualquiera de las partes”. Todo ello quería decir que a pesar de que se establecía un procedimiento obligatorio de mediación para ciertos procesos, éste quedaba cumplido simplemente con la asistencia certificada de las partes a la primera sesión informativa dentro de los seis meses anteriores a la interposición de la demanda⁶⁶.

En caso de su incumplimiento, el Anteproyecto preveía tres consecuencias procesales acerca del posterior procedimiento judicial⁶⁷ (reforma de los artículos 395 y 305 LEC): primero, en caso de inasistencia de cualquiera de las partes a la sesión

⁶⁵ Artículo 5.2 del Anteproyecto: “2. Los poderes públicos velarán porque las instituciones de mediación que actúen en sus respectivos ámbitos respeten los principios de la mediación establecidos en esta Ley, así como por la buena actuación de los mediadores inscritos en sus registros, en la forma que establezcan sus normas reguladoras.”

⁶⁶ CARRETERO MORALES, E.: “Comentarios al anteproyecto de Ley de mediación en asuntos civiles y mercantiles”, en *Revista Internacional de Estudios de Derecho Procesal y Arbitraje*, núm. 1, 2011, pág 1 y ss.

⁶⁷ HUALDE MANSO, T.: “Del Proyecto Caamaño al Proyecto Gallardón sobre mediación en asuntos civiles y mercantiles”, en *Revista civil-mercantil. Revista doctrinal*, vol. 2, núm, 2, 2012, págs. 31 y ss.

informativa, ésta incurriría en temeridad en relación con las costas, con la consecuente imposición de éstas a la parte inasistente. Segundo, el allanamiento del demandado conllevaría la imposición de costas, cuando se hubiera iniciado un procedimiento de mediación. Finalmente, en caso de no acreditarse el intento de mediación por las partes, se inadmitiría la demanda.

Esta orientación fue fuertemente criticada por el Consejo General del Poder Judicial (CGPJ), a través de su Informe del Anteproyecto de Ley de Mediación⁶⁸. El CGPJ comienza en su informe exponiendo la necesidad de una regulación nacional de la mediación, que a pesar de que puede resultar nueva, ha sido utilizada de manera continuada en nuestro sistema judicial⁶⁹. En este sentido, el Plan Estratégico de Modernización de la Justicia 2009-2012⁷⁰, defiende la necesidad del desarrollo e implantación “de nuevos mecanismos de solución alternativa de controversias”, como la mediación. A pesar de la enorme importancia que la mediación ha ido adquiriendo, no existía regulación general antes de este Anteproyecto, al contrario que en el caso del arbitraje (con el que propone coordinar la regulación de la mediación)⁷¹. Es por eso por lo que el Anteproyecto era un trabajo que había sido largamente necesitado y esperado.

El objetivo del Anteproyecto, (y se puede decir que también el de la Ley de Mediación actual), es el complemento de la función jurisdiccional “propiciando que los propios interesados alcancen el arreglo de sus diferencias por cauces amigables en aquellos casos en que, dada la índole de la materia, ello sea posible”. Por ello, la mediación constituye una “alternativa a la justicia” y no una “justicia alternativa”. Igualmente, otro propósito es “contribuir a descongestionar los Tribunales que actualmente operan en muchos casos [como] única vía de solución de los conflictos intersubjetivos” y “ofrecer a la sociedad nuevas formas de arreglo de problemas, quedando el recurso a los Tribunales como ‘ultima ratio’”.

La principal crítica que da el CGPJ a la instauración de la mediación obligatoria es que “supone la restauración de un sistema muy similar al que ya fue abandonado por nuestro legislador al eliminar el trámite preceptivo del acto de conciliación previo a la demanda de juicio declarativo que se establecía en el artículo 460 LEC/1881, lo que

⁶⁸ Informe al Anteproyecto de Ley de mediación en asuntos civiles y mercantiles, del Consejo General del Poder Judicial, 2010.

⁶⁹ El CGPJ pone como ejemplo la conciliación en el ámbito laboral, o la posibilidad de las partes de someterse a mediación en el ámbito del Derecho de Familia.

⁷⁰ Poder Judicial España <<http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Temas/Modernizacion-de-la-Justicia/El-Plan-de-Modernizacion-de-la-Justicia/>>

⁷¹ Página 69 del Informe del CGPJ sobre el Anteproyecto de Mediación.

acaeció en virtud del artículo 8 de la Ley 34/1984”. El CGPJ entiende que “se corre el riesgo de acabar convirtiéndose [la mediación] en una suerte de formalidad cumplimentada de forma rutinaria” sobre todo cuando la propia Memoria del Análisis de Impacto Normativo que acompaña al Anteproyecto dice que el intento de mediación será “un mero trámite de carácter previo que permite dar por cumplida la obligación legal en la sesión informativa si no se llegara a iniciar la mediación”. El CGPJ sostiene que “no parece que tenga mucho sentido instaurar supuestos de mediación obligatoria cuando el propio legislador presume que se van a convertir en meros trámites previos sin una verdadera efectividad”. Igualmente, añade que para que la mediación pueda ser efectiva y una alternativa real a la resolución jurisdiccional, las partes que acudan a ella deben hacerlo por voluntad propia y no por exigencia legal, porque en caso de esto último, los intentos no llegarán a plasmarse en acuerdos.

Dentro de esta línea de opinión que sigue la del CGPJ, también la doctrina se pronunció en el mismo sentido. Así, ALEMÁN MONTERREAL, quien añade que la voluntariedad que plasma el Anteproyecto acerca del procedimiento de mediación es “aparente” por enunciar determinados supuestos obligatorios. Esto “supone un duro golpe a su esencia” puesto que el principio de voluntariedad es sin duda alguna el más importante y con mayor relevancia en la naturaleza de la mediación⁷². En palabras de PÉREZ CONESA⁷³, es “difícil de entender que se obligue a las partes a resolver un conflicto mediante una solución consensuada, la que, por lo demás, a veces ni se quiere, ni se puede, con ello lo único que probablemente se consiga sea privar de eficacia a este procedimiento de resolución de conflictos”. Asimismo, el imponer la mediación con carácter obligatorio, aunque sea en determinados supuestos, hace que exista una contradicción con uno de sus principios esenciales, lo que significa “arriesgar si eficacia ab initio, pues sólo si las partes quieren voluntariamente será más viable que, con la ayuda del mediador, puedan lograrlo”. También en opinión de BALLARÍN MARCIAL, todo lo que conlleve rigidez en el procedimiento u obligatoriedad para las partes intervinientes, no se ajusta a la mediación⁷⁴.

No obstante, otra parte de la doctrina apoyó la instauración de la mediación

⁷² ALEMÁN MONTERREAL A. “La autonomía de la voluntad y la eficacia de los acuerdos mediados en el Anteproyecto y en el Proyecto de Ley de Mediación en asuntos civiles y mercantiles”, en LÓPEZ SAN LUIS, R. (Coord.), *Aportaciones de la mediación en el marco de la prevención, gestión y solución de conflictos familiares*, Ed. Comares, Granada, 2011, págs. 217 y ss.

⁷³ PÉREZ CONESA, C. “Mediación en asuntos civiles y mercantiles”, en *Aranzadi civil*, núm. 4, 2010, págs. 3 y ss.

⁷⁴ BALLARÍN MARCIAL, A. “La mediación”, en *Revista Jurídica del Notariado*, núm. 46, 2003, págs. 9 y ss.

obligatoria que contenía el Anteproyecto. Así, CARRETERO MORALES encontraba muy positivo el hecho de que se hubiera decidido impulsar la mediación a través de la imperatividad de su intento⁷⁵. Aún así, reprochaba que no se instaurase en los supuestos más indicados (como habrían sido en temas de Derecho de Familia o propiedad horizontal) y consideraba que para que este intento sea efectivo la sesión informativa debía realizarse de manera completa y exhaustiva por un mediador profesional. En el mismo sentido, GARCÍA VILLALUENGA sostenía que “no ha de ponerse en tela de juicio la voluntariedad del proceso por el hecho de que se derive a las partes a una sesión en que puedan ser informados”⁷⁶. Por otra parte, ORTIZ PRADILLO sostenía que la mediación obligatoria no contradice el principio de voluntariedad porque en primer lugar, respeta la Directiva 52/2008, que prevé esta circunstancia, y en segundo lugar, “no se trata de un requisito de difícil cumplimiento que impida o dificulte dicho libre acceso (STC 124/1988), sino únicamente cierta actividad previa similar al intento de conciliación vigente hasta 1984”⁷⁷. En su opinión, esta medida era un método de dar a conocer la mediación, divulgarla y legitimarla socialmente para que la ciudadanía tomase conciencia de su existencia y de las ventajas que ofrecía a las partes, como el otorgarles protagonismo en todo el procedimiento.

A pesar de la intención reflejada en el Anteproyecto de instaurar la mediación obligatoria, y así aprovechar la oportunidad que daba la Directiva 2008/52/CE, ésta se vio frustrada al caducar con la legislatura de José Luis Rodríguez Zapatero y fue sustituida por la actual Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles, con Mariano Rajoy en la Presidencia del Gobierno. La Ley de Mediación 5/2012 eliminó cualquier atisbo de obligatoriedad y apoyó la voluntariedad en su naturaleza más pura dentro de este procedimiento alternativo (artículo 6)⁷⁸. Por consiguiente, tampoco se reformó la LEC en los artículos que se necesitaban para poder incorporarla.

Ya en la Exposición de Motivos, la Ley 5/2012 declara que “asume un modelo de mediación basado en la voluntariedad”, resolviendo cualquier debate acerca de la posibilidad de tomar mediación como un presupuesto de admisibilidad en el sistema

⁷⁵ CARRETERO MORALES, E.: “Comentarios al anteproyecto de Ley de mediación en asuntos civiles y mercantiles”, op. cit. pág 1 y ss.

⁷⁶ GARCÍA VILLALUENGA, L.: “La mediación a través de sus principios. Reflexiones a la luz del Anteproyecto de Ley de Mediación en asuntos civiles y mercantiles”, op. cit. Pág. 717 y ss.

⁷⁷ ORTIZ PRADILLO, J. C.: “Análisis de los principios informadores de la mediación en materia civil y mercantil”, en el *Boletín del Ministerio de Justicia*, núm. 2.135, págs. 2-34.

⁷⁸ Artículo 6 de la Ley 5/2012: “1. La mediación es voluntaria. (...) 3. Nadie está obligado a mantenerse en el procedimiento de mediación ni a concluir un acuerdo.”

español⁷⁹, por ahora.

2. Italia: modelo europeo de implantación de mediación obligatoria

2.1. Antecedentes legislativos y motivaciones

La transposición que realizó Italia para introducir la Directiva 2008/52 en su ordenamiento jurídico tuvo un resultado normativo novedoso, pues fue el primer Estado miembro que implantó la mediación obligatoria de manera tan regulada en el marco europeo y recogió expresamente las directrices mínimas de la Directiva 2008/52.

Históricamente, y de acuerdo con la doctrina, se presenta con un país muy tendente al conflicto⁸⁰, por lo que la introducción de la mediación obligatoria no estuvo a salvo de cuestiones de inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional italiano⁸¹ y cuestiones prejudiciales ante el TJUE. De esta manera, Italia intentaba solucionar la crisis que llevaba sufriendo de hace algunos años en el proceso civil⁸², mediante la descongestión de sobrecargas y retrasos judiciales a través de su canalización por el proceso de mediación. Además, con la nueva regulación se cumplió la voluntad de organizar y regular desde el inicio toda la infraestructura orgánica que conllevaba la instauración de la mediación en territorio italiano, y diseñar programas de formación de mediadores para ofrecer todas las garantías durante su duración.

Aunque en este trabajo no se estudiará atentamente, el Gobierno italiano también prevé una serie de ventajas fiscales para aquellas partes participantes en la mediación, con el objetivo de hacerla más atractiva y permitir su uso por toda la sociedad⁸³.

El *iter* legislativo italiano arrancó con la Ley 69/2009, del 18 de junio⁸⁴ que, a través del artículo 60, delegaba en el Gobierno italiano la potestad para aprobar dentro de los seis meses siguientes una reforma sobre la mediación y conciliación en materia civil y comercial, de acuerdo con el Derecho comunitario y de conformidad con determinados principios y criterios⁸⁵. En menos de un año después, la delegación se vio

⁷⁹ MARTÍ MINGARRO, L. “La mediación civil y mercantil en la nueva Ley 5/2012, de 6 de julio”, en *Revista Jurídica de Castilla y León*, núm. 29, 2013, págs. 1 y ss.

⁸⁰ QUERZOLA, L. “La mediación en materia civil”, en QUESADA LÓPEZ, P. M. (Coord.) y CABRERA MERCADO, R. (Dir.), *La mediación como método para la resolución de conflictos*, Ed. Dykinson, Jaén, 2017, págs. 537 y ss.

⁸¹ Véase la interpuesta por el Organismo Unitario de la Abogacía frente al Tribunal Administrativo regional de Lazio el 12/04/2011, recogida en la Ordenanza núm. 268, del 28/11/2011.

⁸² QUERZOLA, L. “La mediación en materia civil”, op. cit. Pág. 537.

⁸³ PILIA, C. Y MACALEONI, A. M. “La mediación en Italia: con la mediación civil y mercantil, Italia elige Europa”, en *Revista Aranzadi de Derecho Patrimonial*, núm. 28, 2012, págs. 387 y ss.

⁸⁴ Publicada en la *Gazzeta Ufficiale* núm. 140 del 19 de junio 2009 (suplemento ordinario núm. 95).

⁸⁵ Dentro de los criterios básicos que debían desarrollarse en la reforma estaban: la creación de

materializada en el Decreto Legislativo 28/2010, de 4 de marzo⁸⁶, de implementación del artículo 60 de la Ley 18/2009, sobre la mediación destinada a la conciliación de las controversias civiles y comerciales (en adelante, el DL 28/2010).

En lo que respecta a la cuestión de inconstitucionalidad, el DL 28/2010 fue recurrido como inconstitucional por el Organismo Unitario de la Abogacía por contemplar la mediación obligatoria. El Tribunal Constitucional italiano falló declarándolo inconstitucional pero no en base a que este tipo de mediación vulnerase la tutela judicial efectiva (principal argumento del recurrente), sino en base al “exceso de la delegación legislativa [del DL], en la medida en que prevé la obligatoriedad de la mediación”, (sentencia 272/2012, de 6 de diciembre). Es decir, el TC italiano consideró que el problema residía en que la Ley 69/2009, concretamente su artículo 60, no contenía de manera expresa la delegación parlamentaria para regular la mediación obligatoria, y ello por tanto sobrepasaba las delegaciones que el Gobierno tenía atribuidas. Esta sentencia hizo que la mediación obligatoria no se aplicase durante el periodo del 24 de octubre 2012 al 21 de septiembre de 2013, fecha en la que el Gobierno italiano aprobó el nuevo Decreto Ley número 69/2013, de 21 de junio, con la previsión expresa de la delegación normativa de mediación, y se continúa con la aplicación de la mediación en los mismos términos que habían sido previstos en el DL 28/2010.

2.2. Definición y ámbito de aplicación de la mediación obligatoria

El artículo 1.1 DL 28/2010 define la mediación como “la actividad, desarrollada por un tercero imparcial y destinada a ayudar a dos o más partes tanto en la búsqueda de un acuerdo amigable por la composición de una controversia, como en la formulación de una propuesta por la resolución de la misma”.

Aunque en la definición no se menciona la mediación iniciada por mandato legal, en el artículo 5 se establecen las materias en las que deberá iniciarse. Estas materias incluyen: condominio, derechos reales, de división sucesión hereditaria, pactos de familia, arrendamiento, préstamo, de empresas de alquiler, indemnización por daños resultantes de la circulación de vehículos y barcos, responsabilidad médica y difamación por medio de la prensa u otros medios de publicidad, o de contratos y servicios

organismos competentes para llevar a cabo la mediación, la identificación de los principios que la rigen, la obligación de los abogados de informar a sus clientes de este procedimiento y de la ejecutividad del acuerdo final.

⁸⁶ Publicado en la *Gazzeta Ufficiale* núm. 53, del 5 de marzo de 2010.

financieros, bancarios y de seguros. Como puede observarse tras la enumeración, la lista de materias es extensa y el impacto de la reforma es muy elevado. La elección de las materias a las que se le aplicaría la mediación obligatoria como requisito de admisibilidad se realizó en función de tres criterios: la necesidad social de contención, debido al enorme volumen de este tipo de casos que entraban en los juzgados (como ocurre con las reclamaciones, condominio o derechos reales); su impacto negativo en la opinión pública (es el caso de la responsabilidad médica y la difamación en la prensa), y la necesidad de preservar la cooperación entre las partes (en los arrendamientos o servicios bancarios)⁸⁷.

En dichos casos, la mediación será un presupuesto para que se admita la demanda para el inicio del proceso judicial. En caso de no cumplirse, deberá ser la parte demandada quien la alegue, bajo pena de caducidad, o ser detectada de manera automática por el propio Tribunal en la primera audiencia como tarde.

2.3. Tipos de mediación

La legislación italiana distingue cuatro tipos de mediación:

A) La mediación voluntaria: cuando las partes, de mutuo acuerdo, de someten a este procedimiento sea antes del inicio del proceso judicial, sea posteriormente.

B) La mediación judicial: cuando el juez, una vez iniciado el proceso, invita las partes a someterse a un procedimiento de mediación, en virtud del estado del proceso, la naturaleza del caso y el comportamiento de las partes. En caso de que las partes acepten la invitación, el Tribunal fijará una próxima audiencia para después de la mediación (la cual no puede durar más de tres meses), otorgándoles un plazo de quince días para presentar la solicitud de mediación. En caso de que las partes rechacen la invitación o ésta no concluye en acuerdo, el procedimiento judicial continuará de forma habitual⁸⁸.

C) La mediación convencional: aquella que surge de un contrato, estatuto o acto constitutivo de cualquier tipo, en la cual se plasma por acuerdo de las partes la voluntad de acudir a la mediación ante el organismo acreditado elegido o un Tribunal, en determinadas circunstancias.

D) La mediación normativa u obligatoria: que aquí analizamos.

⁸⁷ PILIA, C. Y MACALEONI, A. M. “La mediación en Italia: con la mediación civil y mercantil, Italia elige Europa”, op. cit. Pág 389 y ss.

⁸⁸ ORTIZ PRADILLO, J. C. “Normativa procesal de la UE: la mediación en materia civil y mercantil en Italia: la transposición de la Directiva europea 2008/52/CE sobre mediación en asuntos civiles y mercantiles”, en *Revista General de Derecho Procesal*, núm. 21, 2010, págs. 28 y ss.

2.4. Procedimiento en la mediación obligatoria

La duración máxima que puede tener el procedimiento de mediación es de tres meses, según la Ley 98/2013 del 9 de agosto⁸⁹, de conversión y modificación del Decreto Ley 69/2013. Dicha duración comienza con la fecha de presentación de la solicitud de mediación.

El primer paso para iniciar la mediación es la presentación de la solicitud (con un contenido similar al de la demanda judicial)⁹⁰ ante el organismo de mediación. Numerosas webs oficiales ofrecen sus propios modelos de instancia que pueden ser descargados y rellenados por las propias partes. En el presente trabajo se añade como Anexo I el modelo que ofrece la Cámara de Mediación Nacional italiana. A continuación, el organismo de mediación nombra un mediador y establece la fecha de la primera reunión de las partes con éste dentro de un plazo de quince días. Las partes pueden elegir el mediador que deseen, siempre que cumpla las garantías legales del artículo 9 del DL 28/2010.

Además, la presentación de la solicitud de mediación tiene efectos sobre la prescripción y la caducidad: sobre la primera, queda interrumpida durante todo el procedimiento; respecto de la segunda, impide sus efectos al menos una vez.

La mediación obligatoria puede acabar de dos maneras: con acuerdo o sin acuerdo. En el primer caso, el mediador recogerá por escrito dicho acuerdo en un acta firmada por las partes y por él mismo. El acuerdo deberá ser homologado por el juez o Tribunal del distrito donde tiene su sede el organismo de mediación (o en caso de ser un acuerdo transfronterizo, por el Tribunal del lugar en el que el acuerdo deba ejecutarse), quien verificará que el acuerdo se ajusta a la legalidad y cumple los requisitos formales⁹¹. Dentro de su contenido, se puede fijar una cuantía económica que se deberá pagar en caso de incumplimiento o retraso en el cumplimiento del acuerdo.

En caso de no llegar a un acuerdo, el mediador puede redactar una propuesta escrita de acuerdo. Esta opción puede ser elegida a discreción del mediador si lo estima

⁸⁹ Publicado en la *Gazzeta Ufficiale* núm. 194, del 20 de agosto de 2013.

⁹⁰ QUERZOLA, L. "La mediación en materia civil", en op. cit. Pág. 537 y ss.

⁹¹ Artículo 12.1 DL italiano: "*In tutti gli altri casi l'accordo allegato al verbale è omologato, su istanza di parte, con decreto del presidente del Tribunale, previo accertamento della regolarità formale e del rispetto delle norme imperative e dell'ordine pubblico.*" traducido como "En todos los demás casos, el acuerdo anexo al acta que se homologará, a instancia de parte mediante decreto del presidente del Tribunal, tras haber verificado la regularidad formal y el cumplimiento de las reglas imperativas y de orden público".

conveniente, o de manera obligatoria si las partes lo solicitan conjuntamente⁹². Las partes tienen siete días para aceptar o rechazar la propuesta. Si la aceptan, el mediador elabora el acta y le adjunta tanto la propuesta como el escrito de aceptación de las partes. Si la rechazan o las partes no la aceptan dentro del plazo correspondiente, el acta que redacte el mediador reflejará la propuesta escrita y su rechazo. Ésto último, además acarrea importantes consecuencias. En caso de que, el juez decida exactamente lo mismo que la propuesta, el juez podrá ordenar que se excluya al litigante vencedor (si es éste quien rechazó la propuesta) de la recuperación las costas procesales (artículo 13.1 DL)⁹³. Igualmente le puede condenar a pagar los gastos de la otra parte, y una indemnización por daños y perjuicios por su temeridad. Para que el juez pueda condenar de éstos últimos cargos, el mediador debe haber informado claramente de estos riesgos a las partes antes de remitirles su propuesta⁹⁴.

Si el fallo judicial no coincide completamente con el contenido de la propuesta, el juez puede, sólo en casos graves y excepcionales, excluir de la recuperación de los gastos los ocasionados por la intervención de peritos y expertos en el proceso de mediación.

El acuerdo resultante de la mediación es título de ejecución forzosa, por mandato de la Directiva 2008/52 en su artículo 6.1⁹⁵, que obliga a los Estados a garantizar la fuerza ejecutiva del acuerdo. Este carácter ejecutivo puede ser igualmente reconocido en cualquier otro Estado miembro y, por tanto, ser asimismo ejecutivo en esos territorios, de acuerdo con la legislación nacional y comunitaria⁹⁶. Este documento tiene la misma fuerza ejecutiva que un laudo arbitral o que una escritura pública.

⁹² PILIA C. Y MANCALEONI, A.M. “La mediación en Italia: con la mediación en materia civil y mercantil, Italia elige Europa”, op. cit. Pág. 387 y ss..

⁹³ Artículo 13.1 DL: “Cuando la decisión del Tribunal se base enteramente en el contenido de la propuesta, el Tribunal excluirá el reembolso de los gastos incurridos por la parte ganadora que denegó la propuesta para el período posterior a la redacción de la misma y el reembolso de los costes incurridos por la parte que no ha tenido éxito durante el mismo período, así como el pago a la entrada en el presupuesto estatal de una suma adicional del monto correspondiente a la contribución unificada adeudada. (...) Las disposiciones de este párrafo se aplicarán también a los gastos de indemnización pagados al Defensor del Pueblo y a la remuneración adeudada al experto a que se refiere el artículo 8”.

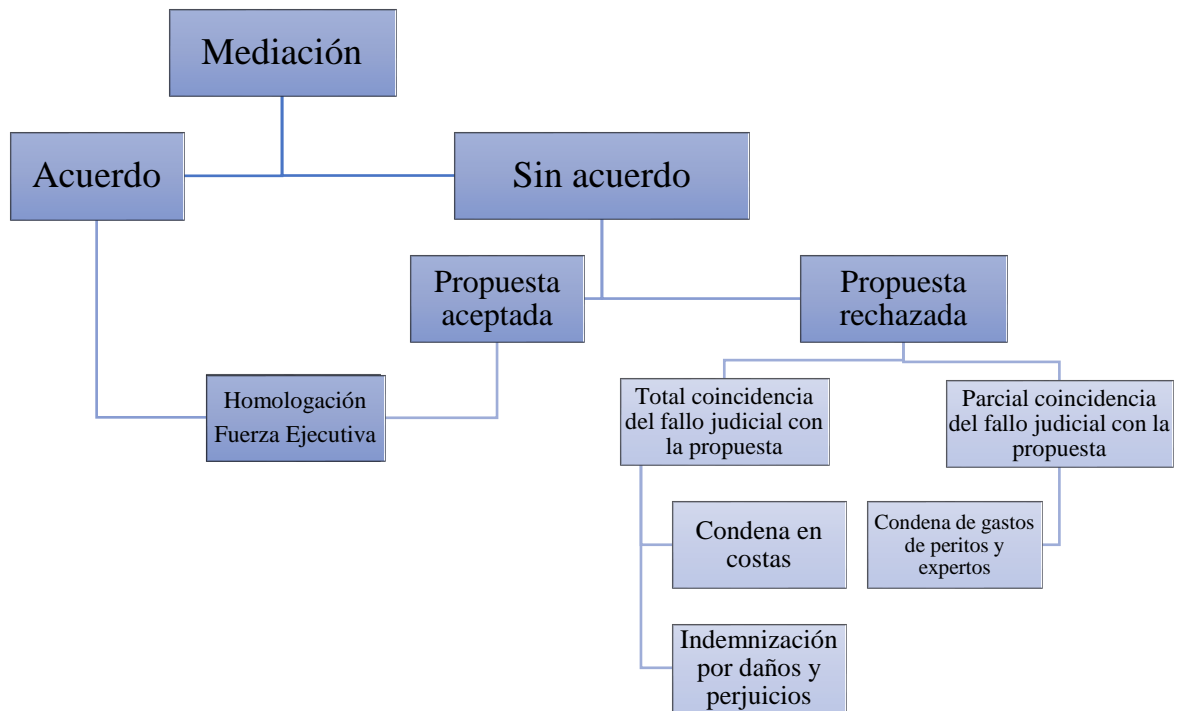
⁹⁴ PILIA C. Y MANCALEONI, A.M. “La mediación en Italia: ...”, op. cit., pág. 389.

⁹⁵ Artículo 6.1 de la Directiva 2008/52/CE: “Los Estados miembros garantizarán que las partes, o una de ellas con el consentimiento explícito de las demás, puedan solicitar que se dé carácter ejecutivo al contenido de un acuerdo escrito resultante de una mediación. El contenido de tal acuerdo se hará ejecutivo a menos que, en el caso de que se trate, bien el contenido de ese acuerdo sea contrario al Derecho del Estado miembro donde se formule la solicitud, bien la legislación de ese Estado miembro no contemple su carácter ejecutivo.”

⁹⁶ Normativa comunitaria aplicable para estos casos son el Reglamento 44/2001, de 22 de diciembre de 2000, o el Reglamento (CE) n.º 2201/2003 del Consejo, de 27 de noviembre de 2003.

Finalmente, en el procedimiento de mediación no es obligatoria la asistencia letrada, en virtud de la sentencia del TJUE del 14/06/2017, que anuló dicha disposición que preveía el DL 28/2010. En caso de que las partes contraten abogados, no se permite que ellos asistan a las reuniones que se convoquen en nombre de las partes, ya que éstas deben asistir personalmente⁹⁷.

Cuadro explicativo del proceso de mediación obligatoria en Italia



⁹⁷ QUERZOLA, L.: “La mediación en material civil en Italia”, op. cit. Pág. 537 y ss.

VII. CONCLUSIONES

I. La mediación es un proceso alternativo de resolución de conflictos en el que dos o más partes en conflicto intentan voluntariamente alcanzar por sí mismas un acuerdo con la intervención de un mediador. El principio vertebrador de este proceso es el principio de voluntariedad recogido en la Directiva 2008/52/CE y en todas las legislaciones europeas que la trasponen.

II. La Directiva 2008/52/CE demuestra la intención europea de apoyar este método alternativo de resolución de conflictos permitiendo la posible imposición de su obligatoriedad en su art. 5,2. Sin embargo, esta norma europea condiciona la adopción de un sistema de *mandatory mediation* a que “la legislación (que imponga la obligatoriedad de la mediación) no impida a las partes el ejercicio de su derecho de acceso al sistema judicial”.

III. La jurisprudencia del TJUE a través de sus sentencias del 18 de marzo de 2010 y del 14 de junio de 2017, sentencias ambas suscitadas por pleitos provenientes de Italia, país que fue el primero en instaurar la mediación obligatoria ayuda a precisar cuáles han de ser los condicionantes o las limitaciones para que cada Estado miembro decida instaurar este sistema en su Derecho nacional:

1) En la sentencia del 18 de marzo de 2010 el Tribunal disipó las dudas de su confrontación con el principio de voluntariedad y el de la tutela judicial efectiva, estableciendo unos requisitos mínimos que debían respetarse en las legislaciones de los Estados miembros que apoyasen este procedimiento. Así: la transparencia, la economía de costes, el resultado no vinculante, la interrupción de la prescripción y la no provocación de un “retraso sustancial” para el ejercicio de la acción judicial. Además, deben acatar los principios de equivalencia y efectividad, los cuales reflejan el grado de cumplimiento del principio de tutela judicial efectiva.

2) En la STJUE del 14 de junio de 2017, se trató nuevamente la cuestión de la mediación obligatoria, esta vez en el ámbito de los conflictos de consumo. El Tribunal ha mantenido que la Directiva 2013/11 sobre derechos de los consumidores admite que los Estados establezcan este procedimiento “siempre que no impida a las partes ejercer su derecho de acceso al sistema judicial”. Al igual que en la sentencia anterior, incide el Tribunal en los requisitos que deben aplicarse a la mediación obligatoria para que ésta sea legítima (la falta de vinculación del acuerdo, la interrupción de los plazos procesales y el bajo coste económico), añadiendo la innecesariedad de que las partes estén asistidas

por un abogado durante el procedimiento y la no imposición de sanciones o repercusiones negativas a las partes que se retiren de este procedimiento.

IV. En España el único atisbo de mediación obligatoria que ha existido fue el contenido en el Anteproyecto de la Ley de Mediación de 2011 (fuertemente criticado por el CGPJ y parte de la doctrina), el cual preveía la obligatoriedad de la sesión informativa en aquellos juicios verbales de cuantía menor de 6.000 euros que no tratasen sobre materias excluidas del Anteproyecto. Sin embargo, dicho Anteproyecto fue sustituido por el de la actual Ley 5/2012, que eliminó la disposición legal de mediación obligatoria y apoyó la mediación en su versión completamente voluntaria.

V. Italia ha sido el primer Estado miembro de la UE que ha establecido la mediación obligatoria en su sistema legislativo, no sin algunos conflictos como la declaración parcial de inconstitucionalidad de su DL 28/2010 y dos cuestiones prejudiciales al TJUE. Sin embargo, a pesar de la litigiosidad que ha provocado la adopción de esa opción imperativa, se puede decir que el sistema ha sido avalado por las más altas instancias judiciales europeas, cumple con las premisas legales y respeta los derechos fundamentales de las partes, constituyendo un ejemplo a nivel internacional de la instauración de la mediación obligatoria. Deberán pasar todavía algunos años para juzgar sus efectos y su influencia en la administración de justicia.

VIII. BIBLIOGRAFÍA

- ALEXANDER, N, *International and Comparative Mediation*, Kluwer Law International, 2009, págs. 143 y ss.
- ALEMÁN MONTERREAL, A. “La autonomía de la voluntad y la eficacia de los acuerdos mediados en el Anteproyecto y en el Proyecto de Ley de Mediación en asuntos civiles y mercantiles”, en LÓPEZ SAN LUIS, R. (Coord.), *Aportaciones de la mediación en el marco de la prevención, gestión y solución de conflictos familiares*, Ed. Comares, Granada, 2011, págs. 217 y ss.
- ALPHEN AAN DEN RIJN Y MILAN, *The Florence Access to Justice Project*, M. Cappelletti, 1978-79.
- AZCÁRRAGA MONZONÍS, C. “El (limitado) impacto de la Directiva sobre mediación en asuntos civiles y mercantiles y la mediación obligatoria como medida de promoción”, en BARONA VILAR, S. (Coord.), *Mediación, arbitraje y jurisdicción en el actual paradigma de justicia*, Civitas, Madrid, 2016, págs. 103-118.
- BALLARÍN MARCIAL, A. “La mediación”, en *Revista Jurídica del Notariado*, núm. 46, 2003, págs. 9 y ss.
- BARONA VILAR, S. *Mediación en asuntos civiles y mercantiles en España*, Tirant Lo Blanch, Madrid, 2013, pág. 168.
- CARRETERO MORALES, E. “Comentarios al anteproyecto de Ley de mediación en asuntos civiles y mercantiles”, en *Revista Internacional de Estudios de Derecho Procesal y Arbitraje*, núm. 1, 2011, pág 1 y ss.
- CRUZ PARRA, J A. *La mediación penal. Problemas que presenta su implantación en el proceso español y sus posibles soluciones*, Universidad de Granada, Granada, 2013, pág. 128.
- CONSORTI, P. “Gestión de los conflictos y mediación social en Italia”, en *Revista La Mediación y las ciencias sociales: resolución alternativa de conflictos*, Vol. 50, número 1, 2013, págs. 99-111.
- ESCUDERO HERRERA, C. Y MONTERROSO CASADO, E. *Mediación civil y mercantil*, CEF, Madrid, 2015, págs. 54 y ss.
- FOLBERG, J. & TAYLOR, A., *Mediación: resolución de conflictos sin litigio*, Jossey-Bass Publishers, 1984, San Francisco, pág. 27.
- FRANCO CONFORTI, O. D. “La sesión informativa obligatoria en la mediación

- intrajudicial en España”, en *Diario La Ley*, número 8486, 2015.
- GARCÍA VILLALUENGA, L. “La mediación a través de sus principios. Reflexiones a la luz del Anteproyecto de Ley de Mediación en asuntos civiles y mercantiles”, en *Revista General de legislación y jurisprudencia*, núm. 4, 2010, págs. 717 y ss.
 - HERRERA DE LAS HERAS, R. “La mediación obligatoria para determinados asuntos civiles y mercantiles”, en *Revista Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, número 1, 2017.
 - HUALDE MANSO, T. “Del Proyecto Caamaño al Proyecto Gallardón sobre mediación en asuntos civiles y mercantiles”, en *Revista civil-mercantil. Revista doctrinal*, vol. 2, núm, 2, 2012, págs. 31 y ss.
 - IBORRA GRAU, C.: “La mediación civil y mercantil: luces y sombras”, en *Revista Derecho Mercantil*, 2014.
 - LUQUIN BERGARECHE, R. “La Directiva 2013/11/UE relativa a la resolución alternativa de litigios en materia de consumo: especial referencia al principio de voluntariedad de las ADR en su interpretación por la STJUE de 14 de junio de 2017”, en *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, número 8, 2017, págs. 117 y ss.
 - MACHO GÓMEZ, C. “Origen y evolución de la mediación: el nacimiento del ‘movimiento ADR’ en Estados Unidos y su expansión a Europa”, en *ADC*, tomo I, XVII, 2014, fasc. III, pág. 5 y ss.
 - MANZANARES CASTILLEJO R. “Comentarios a la Ley 5/2012, de Mediación en Asuntos Civiles y Mercantiles”, en *Tirant lo Blanch*, 2013, págs. 41 y ss.
 - MARTÍ MINGARRO, L. “La mediación civil y mercantil en la nueva Ley 5/2012, de 6 de julio”, en *Revista Jurídica de Castilla y León*, núm. 29, 2013, págs. 1 y ss.
 - MOYA HURTADO DE MENDOZA, F. “Efectividad del Derecho de la Unión Europea vs. Principio Constitucional de Imperio de la Ley”, en *UNED Revista de Derecho Político*, número 99, 2017, págs. 399 y ss.
 - ORTIZ PRADILLO, J. C. “Normativa procesal de la UE: la mediación en materia civil y mercantil en Italia: la transposición de la Directiva europea 2008/52/CE sobre mediación en asuntos civiles y mercantiles”, en *Revista General de Derecho Procesal*, núm. 21, 2010, págs. 28 y ss.
 - ORTIZ PRADILLO, J. C. “Análisis de los principios informadores de la mediación

- en materia civil y mercantil”, en el Boletín del Ministerio de Justicia, núm. 2.135, págs. 2-34.
- PEDRAZ PENALVA, E. en “Los jueces de proximidad” en *Revista Jurídica de Castilla y León*, número 8, 2006.
 - PELAYO LAVÍN, M. “La mediación como vía complementaria de resolución de conflictos”, Salamanca, 2012, págs. 83 y ss.
 - PÉREZ CONESA, C. “Mediación en asuntos civiles y mercantiles”, en *Aranzadi civil*, núm. 4, 2010, págs. 3 y ss.
 - PILIA, C. Y MACALEONI, A. M. “La mediación en Italia: con la mediación civil y mercantil, Italia elige Europa”, en *Revista Aranzadi de Derecho Patrimonial*, núm. 28, 2012, págs. 387 y ss.
 - PUY MUÑOZ, F., “La expresión ‘mediación jurídica’. Un análisis tópico”, en SOLETO, H. y OLETO M. M. (Coord.), *Mediación y solución de conflictos. Habilidades para una necesidad emergente*, Tecnos, Madrid, 2007, págs. 25-26.
 - QUERZOLA, L. “La mediación en materia civil”, en QUESADA LÓPEZ, P. M. (Coord.) y CABRERA MERCADO, R. (Dir.), *La mediación como método para la resolución de conflictos*, Ed. Dykinson, Jaén, 2017, págs. 537 y ss.
 - RALUCA STROIE, I. “Los Estados miembros pueden imponer un procedimiento de mediación como requisito de admisibilidad de una demanda judicial”, en Publicaciones jurídicas, Centro de Estudios de Consumo, 2017.
 - ROZENBLUM DE HOROWITZ, S. *Mediación en la escuela. Resolución de conflictos en el ámbito educativo*, Ed. Aique, Buenos Aires, 1998, págs. 3 y ss.
 - STATE JUSTICE INSTITUTE, “Alternative Dispute Resolution practitioners’ Guide”, 1998, págs. 42 y ss. en <<<https://www.usaid.gov/sites/default/files/documents/1868/200sbe.pdf>>>.
 - TAMAYO HAYA, S. “La mediación familiar desde una perspectiva comparada”, ARRANZ DE ANDRÉS C. y SERNA VALLEJO, M. (Coord.), en *Estudios de Derecho español y europeo*, Universidad de Cantabria, 2009, págs. 950 y ss.
 - TORRES LANA, J. Á. “Principios rectores de la mediación” en LÓPEZ SIMÓ, F. y GARAU SOBRINO, F. F. (Coord.), *Mediación en materia civil y mercantil*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2014, págs. 139 y ss.
 - VARGAS PAVEZ, M. “Mediación obligatoria. Algunas razones para justificar su incorporación”, en *Revista de Derecho*, Vol. XXI, núm. 2, 2008, págs. 183 y ss.

IX. JURISPRUDENCIA

- Sentencia del TJUE del 14 de junio de 2017.

- Sentencia del TJUE del 18 de marzo de 2010.

- Sentencia del TC italiano del 6 de diciembre de 2012.

- Sentencia del TC español del 15 de junio de 1998.

X. ANEXOS

1. Anexo 1:



645 srl Organismo di Mediazione
 c.f. p.iva 10808361009
 Iscritto al N°341 del Registro degli organismi
 deputati a gestire tentativi di conciliazione
 a norma dell'art. 38 del D.Lgs. 17/01/2003, n. 5
 Viale Libia, 120 - 00199 ROMA
 Fax 06.92933362
IBAN IT76M0312703207000000001271

*Inviare per fax allo 06.92933362
 ovvero per mail a info@cameradimediazionenazionale.it*

ADESIONE AL PROCEDIMENTO DI MEDIAZIONE

----- **DATI ANAGRAFICI** -----

Il sottoscritto/a _____, nato/a a _____,
 il _____, C.F. _____,
 P.Iva _____,
 residente a _____, prov. _____,
 in Via/Piazza/Corso _____,
 n° _____ CAP _____ telefono _____,
 fax _____, cell. _____,
 e-mail _____

DA COMPILARE SOLO NEL CASO IN CUI LA PARTE SIA UNA PERSONA GIURIDICA
 dati del legale rappresentante o del difensore con procura alle liti

Dott./Avv. _____,
 città _____, prov. _____,
 Via/Piazza/Corso _____, n° _____,
 CAP _____, P.IVA/C.F. _____,
 telefono _____, fax _____,
 email _____,
 cellulare _____

(Assistente)

Rappresentato dal Dott./Avv. _____,
con studio professionale in _____,
 tel. _____, fax _____,
 cell. _____, mail _____

ACCETTA

di prendere parte al procedimento di mediazione, ai sensi e con gli effetti del D.Lgs. 28/2010, che si svolgerà secondo i principi e le regole contenute nel Regolamento di Mediazione di 645 srl – qui interamente richiamato -, che dichiara di conoscere e accettare insieme alle Tabelle di Indennità (Tariffe), per la definizione stragiudiziale della controversia insorta con:

l'Impresa/il Sig. _____,
 P.IVA /C.F. _____,
 avente sede/residente a _____, prov. _____,
 via _____, n° _____, CAP _____,
 telefono _____, fax _____,
 cell. _____, email _____,

Eventuali documenti da allegare ovvero osservazioni da fare possono essere inoltrate unitamente al presente modulo per fax allo 06.92933362 ovvero per mail a info@cameradimediazionenazionale.it

_____, li _____

Firma _____

Avviso di riservatezza e protezione dei dati personali

Il/la sottoscritto/a, nel trasmettere i propri dati al Servizio di Mediazione finalizzata alla Conciliazione della società 645 srl, acconsente al loro trattamento da parte della stessa, limitatamente a quanto ritenuto necessario all'organizzazione e all'espletamento del tentativo di mediazione e per gli obblighi previsti *ex lege*. Il/la sottoscritto/a dichiara inoltre, all'atto del conferimento dei dati, di essere stato debitamente informato/a, anche attraverso la consultazione dell'apposita "informativa privacy" riportata nel sito www.cameradimediazionenazionale.it, di quanto previsto dall'art. 13 e ss., D.Lgs. 196/2003, ivi compresi i diritti che gli derivano ai sensi dell'art. 7 del medesimo decreto, in relazione al trattamento dei dati, in relazione al quale esprime formale consenso. Titolare e responsabile del trattamento dei dati è la 645 srl, V.le Libia 120 – 00199 Roma.

_____, li _____

Firma _____

