

# Estudios

## 1 Mediación en asuntos civiles y mercantiles y derecho fundamental a ser tutelado judicialmente de forma efectiva\*)

JULIO SIGÜENZA LÓPEZ

Profesor Titular de Derecho Procesal. Universidad de Murcia

ISSN 1889-4380

Revista Aranzadi Doctrinal 2

### Sumario:

I. Bibliografía citada

**RESUMEN:** Frente a quienes consideran que solo debe recurrirse a la mediación si así se desea de forma espontánea o libre, hay quienes defienden que no es contrario a la esencia de este medio de gestión de conflictos que también pueda ser sugerido por los tribunales de justicia o, incluso impuesto por el legislador en algunos casos, como condición de procedibilidad. En el presente estudio abordamos dichas cuestiones con el propósito de analizar cuál es el criterio del legislador europeo en esta materia y si sería contrario al derecho fundamental a ser tutelado judicialmente de forma efectiva que, en una futura reforma, se nos exigiese acudir a mediación antes de ejercitar, en su caso, determinadas acciones ante la jurisdicción y, en consecuencia, antes de que se interpusieran algunas demandas.

**ABSTRACT:** Opposed to those who consider that mediation should only be used if it is spontaneously or freely desired, there are those who defend that it is not contrary to its essence, if this mean of conflict management can also be suggested by the courts of justice or, even imposed in some cases by the legislator, as a procedural condition. In the present study, such issues are considered with the purpose of analyzing the European legislator's criteria in this matter and whether it would be contrary to the fundamental right to be legally protected in an effective way the requirement to go to mediation before to exercise specific actions before the jurisdiction and, consequently, before any lawsuits were filed.

**PALABRAS CLAVE:** Mediación - Voluntariedad - Obligatoriedad - Derecho a la tutela judicial efectiva

**KEYWORDS:** *Mediation - Voluntariness - Obligatoriness - Right to effective judicial protection*

**Fecha recepción original:** 19 de Diciembre de 2019

**Fecha aceptación:** 31 de Diciembre de 2019

§1. Como es sabido, no hay una única forma de resolver los conflictos jurídicos que pueden surgir en el seno de la sociedad. Y aunque hoy estamos acostumbrados a que éstos normalmente se diriman por la jurisdicción, lo natural y deseable, al menos cuando se discute sobre derechos disponibles, es que aquellos se resuelvan mediante acuerdos, pactos o transacciones entre los interesados.

§2. Consciente de esta realidad, el legislador europeo ha prestado especial atención en los últimos años a la mediación, al estimar que puede proporcionar una solución extrajudicial económica y eficaz a determinados conflictos de carácter civil y mercantil; que es probable que los acuerdos que puedan resultar de la misma se cumplan voluntariamente, con los beneficios que ello conlleva; y que, a las anteriores ventajas, se añade otra no menos relevante: la de que puede favorecer que las partes mantengan una relación fluida y cortés que facilite nuevos convenios.

§3. Y, así, en menos de seis años, ha dictado dos destacadas Directivas –la 2008/52/CE y la 2013/11/UE– que inciden en este instrumento de gestión de conflictos y han sido traspuestas a nuestro ordenamiento interno a través de la Ley 5/2012, de 6 de julio, en asuntos civiles y mercantiles, y de la Ley 7/2017, de 2 de noviembre, por la que se incorpora al ordenamiento jurídico español la Directiva 2013/11/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de mayo de 2013, relativa a la resolución alternativa de litigios en materia de consumo.

§4. La mediación supone dar una oportunidad a la solución dialogada de los conflictos; una apuesta por la avenencia, por la amigable composición de las discrepancias. De ahí que, cualquier norma que pretenda regularla, deba hacerlo desde el más absoluto respeto a su carácter voluntario, comprendiendo que no es sino un instrumento flexible, ordenado, libre y confidencial a través del cual dos o más sujetos jurídicos, con la ayuda de un tercero, llamado mediador –mediadores, si son varios–, intentan alcanzar un acuerdo que ponga fin, de forma definitiva, o cuando menos parcial, a determinadas desavenencias.

§5. Constituye, por tanto, un medio autocompositivo de resolución de controversias, un instrumento a través del cual se busca conciliar intereses enfrentados, una actividad que pretende facilitar consensos y acuerdos cuando existen pareceres dispares<sup>1</sup>).

Sin embargo, siendo éste su principal propósito, no es su único objetivo, ni siquiera el que más frecuentemente se alcanzará. Pues, aunque no se consiga pacto alguno<sup>2</sup>), no por ello pierde su sentido o razón de ser: habrá facilitado la comunicación entre quienes se encuentran distantes; que quienes mantienen puntos de vista antagónicos puedan confrontar sus diferencias; que, a través del diálogo, pueda alcanzarse una solución negociada; o, más modestamente, que el conflicto que separa a quienes se acercan a ella no se exaspere<sup>3</sup>). Como acertadamente se ha señalado, “su función se contrae a dar una oportunidad a la avenencia o amigable entendimiento. Y cumple su misión –y es fiel a su esencia– aunque no produzca ningún resultado”<sup>4</sup>).

De ahí que, como antes apuntábamos, sea más adecuado calificarla como un instrumento de gestión de conflictos que como un medio de resolución de los mismos, ya que, en buenos principios, no es éste su principal ni primordial objetivo.

§6. A semejanza de lo que se dispone en la Directiva 2008/52/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, la ley española 5/2012, de 6 de julio, enuncia unos aparentes «principios» de la mediación que, en rigor, no son tales, pues de ellos no se deriva ningún sistema, ni de su inobservancia se deriva por lo general sanción alguna, ya que, en su mayoría, no son exigibles<sup>5</sup>).

§7. Cuando hablamos de los principios de una institución nos referimos a las primeras proposiciones que la inspiran, a sus razones fundamentales, a los criterios que constituyen los puntos de partida a partir de los cuales debe comenzar a estudiarse.

Y, si se analiza con detenimiento, enseguida se repara en que, al margen de la confidencialidad, que es consustancial a la esencia y razón de ser de la mediación, lo que la ley denomina “principios informadores” de dicha institución no son sino un conjunto de notas que caracterizan la intervención del mediador –quien, en su quehacer, debe actuar con imparcialidad, neutralidad y respeto al deber de reserva de cuanto se diga y haga durante su desarrollo<sup>6</sup>– y de recomendaciones que

cualquiera que desee alcanzar un acuerdo con otro debe tener presentes. Pues señalar que solo se debe intentar la mediación si voluntariamente se desea; que en ella las partes han de actuar “conforme a los principios de lealtad, buena fe y respeto mutuo” (artículo 10.2); que “en el procedimiento de mediación se garantizará que las partes intervengan...manteniendo el equilibrio entre sus posiciones y el respeto hacia los puntos de vista por ellas expresados” (artículo 7); y que “las partes deberán prestar colaboración y apoyo permanente a la actuación del mediador, manteniendo la adecuada deferencia hacia su actividad” (artículo 10.3), no son sino reglas esenciales para una buena negociación, un catálogo de condiciones necesarias para pactar o convenir con otro<sup>7</sup>), declaraciones bienintencionadas carentes de valor jurídico alguno.

§8. En realidad, para que la mediación funcione basta con que se regulen tres cuestiones, que, si se reflexiona con el debido sosiego, enseguida se advierte que no son sino los pilares que hacen que aquélla sea eficiente, una vez que quienes discrepan sobre un asunto susceptible de mediación han decidido intentar alcanzar un acuerdo<sup>8</sup>). Dichas basas son: en primer lugar, que lo revelado e intercambiado durante el procedimiento de mediación quede en dicho ámbito, salvo, claro está, que las partes dispongan otra cosa<sup>9</sup>); en segundo término, que el intento de alcanzar un acuerdo no perjudique los derechos y facultades de quienes se someten a dicho método de gestión de conflictos<sup>10</sup>); y, finalmente, que se reconozca carácter ejecutivo a los acuerdos que puedan alcanzarse tras una mediación<sup>11</sup>). Es decir, los tres aspectos que la Directiva 2008/52/CE considera necesario reglamentar para que este instituto pueda constituir un instrumento apropiado y apto para el fin para el que está pensado (cfr. su considerando 16).

§9. En el presente estudio no nos referiremos sin embargo a dichas cuestiones, sino a uno de los rasgos más destacados de la mediación, el de su voluntariedad, ya que, entre nosotros, es corriente afirmar que este atributo de la mediación supone que solo cabe acudir a ella si así se decide libremente y, por tanto, si se hace sin sujeción o subordinación alguna<sup>12</sup>).

Pretendemos, pues, analizar qué significa que la mediación es voluntaria, a fin de comprobar si la impresión antedicha es correcta; y si sería contrario al derecho de la Unión Europea y, por extensión, a nuestro ordenamiento interno, singularmente al derecho a la tutela judicial efectiva reconocido en el artículo 24.1 de nuestra Constitución, que el legislador patrio dispusiera en una futura reforma que es preciso acudir a la mediación con carácter previo al ejercicio de acciones judiciales, tal y como se prevé para algunos supuestos en el Anteproyecto de Ley de Impulso de la Mediación, aprobado por el Consejo de Ministros el pasado 11 de enero de 2019.

§10. Para responder debidamente a dichos interrogantes, parece conveniente tomar antes conciencia de algunos datos.

*Primero.*— La Directiva 2008/52/CE dispone que la mediación es 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” (considerando 13).

Dicho párrafo, leído con la debida atención, permite concluir que, en opinión del legislador europeo, cabe recurrir a la mediación no solo cuando lo deseen sus protagonistas, esto es, de forma espontánea y libre, sino también cuando así lo sugieran los órganos jurisdiccionales, siempre y cuando, claro está, estén habilitados para ello por el legislador nacional; que, iniciado el procedimiento, cualquiera de los interesados puede apartarse del mismo, sin más requisito que el de avisar al mediador y a los restantes intervinientes, lo que no es sino un deber de elemental cortesía; y que la decisión de si la mediación concluye con un acuerdo, o no, con el que se ponga fin, en su caso, a las desavenencias existentes, ya sea de forma total o parcial, es una determinación estrictamente personal, que, como tal, solo compete a quienes, si se da el caso, lo rubrican.

Lo que supone, contrariamente a lo que inicialmente podría parecer, que para el legislador europeo no resulta contrario a la esencia de la mediación que los parlamentos de los países que conforman la Unión Europea puedan imponer la necesidad de acudir a este sistema de gestión de conflictos antes de hacerlo ante la jurisdicción, ni que los tribunales puedan sugerir a los litigantes la conveniencia de acudir a una sesión informativa sobre lo que este medio de gestión de conflictos es y significa, “*si se celebran tales sesiones y ... son fácilmente accesibles*” (vid. el artículo 5 de la Directiva 2008/52/CE).

De ahí que el artículo 3, letra a), de la mencionada Directiva, al definir qué debe entenderse por “mediación”, a los efectos de la misma, disponga que se trata de un procedimiento estructurado que puede ser iniciado por las partes, sugerido u ordenado por un órgano jurisdiccional o prescrito por el Derecho de un Estado miembro.

Éste –y no otro– es el verdadero significado de la voluntariedad de la mediación para el legislador comunitario europeo, y conviene no perder de vista dicho punto de partida cuando se analiza este rasgo esencial de la mediación<sup>13</sup>).

*Segundo.*– El artículo 1 de la Directiva 2013/11/UE permite, expresamente, que los Estados miembros de la Unión puedan establecer la obligatoriedad de acudir a procedimientos de resolución alternativa de conflictos, siempre y cuando, eso sí, no impidan a los ciudadanos ejercer su derecho de acceso al sistema judicial con dicha imposición.

*Tercero.*– En coherencia con lo anterior, la sentencia (TJCE 2017, 95) dictada el 14 de junio de 2017 por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en el asunto C-75/16, Livio Menina y María Antonia Campanella contra Banco Popular Soecita Cooperativa, concluye que lo verdaderamente relevante en relación con la cuestión que nos ocupa no es si una legislación nacional dispone la obligatoriedad de recurrir a un procedimiento de mediación con carácter previo al ejercicio de acciones ante la jurisdicción, sino sí, con dicha medida, se impide a los ciudadanos ejercitar su derecho a recurrir al sistema judicial<sup>14</sup>). De donde se deduce, como señaló el Abogado General en el punto 75 de sus conclusiones, que los Estados miembros de la Unión conservan su plena autonomía legislativa para regular dicha posibilidad, siempre y cuando respeten dicho condicionante. Y, siempre y cuando, además:

- no se imponga que el procedimiento de mediación ha de concluir con un resultado vinculante para las partes;
- dicho procedimiento no implique un retraso sustancial en el posible ejercicio de acciones judiciales;
- su inicio interrumpa la prescripción de los derechos que puedan verse afectados por el intento de alcanzar un acuerdo;
- sea gratuito o, en su defecto, conlleve gastos que no sean especialmente significativos;
- pueda desarrollarse tanto presencial como telemáticamente; y
- no impida adoptar medidas provisionales, en aquellos supuestos en los que la urgencia de la situación lo requiera.

*Cuarto.*– Además de Italia, que es el Estado de la Unión Europea que, con más detalle y profusión, regula los supuestos en que debe procurarse alcanzarse un acuerdo tras una mediación antes de acudir a los tribunales en busca de tutela<sup>15</sup>), no son pocos los países europeos que disponen que ha de acudirse obligatoriamente a este medio de gestión de conflictos con carácter previo al ejercicio de acciones judiciales.

Así, en Malta la mediación es obligatoria en los asuntos de familia; en particular, en los relacionados con separaciones, derechos de visita a los hijos, cuidado y custodia de éstos, y alimentos a favor de aquellos o de los cónyuges<sup>16</sup>).

En Irlanda, y en el ámbito del derecho de familia, diversas normas disponen que, en los procesos de separación o divorcio, los representantes procesales de las partes deben examinar con el demandante o demandado, según proceda, la posibilidad de recurrir a la mediación, y que han de proporcionar a sus patrocinados el nombre y dirección de profesionales capacitados para prestar el servicio de mediación en los casos de desavenencias conyugales y certificar al tribunal que las partes han cumplido dicho requisito. Y que, si no se aporta el documento que acredita tal circunstancia, el tribunal puede aplazar el proceso por el tiempo que considere razonable, con el fin de que el representante procesal pueda encauzar el procedimiento de mediación.

A su vez, en asuntos mercantiles, el juez puede disponer, de oficio o a instancia de cualquiera de las partes, “el aplazamiento de las actuaciones judiciales por el período de tiempo que considere apropiado, hasta un máximo de 28 días, para que las partes puedan valorar la procedencia de someter la demanda o controversia a un procedimiento de mediación, conciliación o arbitraje y, en caso de que las partes decidan aceptarlo, la prórroga del plazo concedido a las mismas para cumplir lo dispuesto en las presentes normas o en cualquier resolución judicial”<sup>17</sup>).

En Escocia es obligatoria “en los conflictos sobre necesidades de asistencia adicional, y se debe ofrecer la posibilidad de conciliación en reclamaciones relacionados con discriminación por motivos de discapacidad”<sup>18</sup>).

En Austria, en determinados casos de conflictos vecinales, antes de iniciar un proceso ante la jurisdicción, es preciso tratar de resolver la cuestión extrajudicialmente, recurriendo a un comité de conciliación, procurando llegar a un acuerdo ante un órgano jurisdiccional (procedimiento conocido como *prätorischer Vergleich*) o a través de la mediación<sup>19</sup>).

En Francia, el legislador ha optado por incentivar la resolución extrajudicial de conflictos con carácter previo al acceso a

la jurisdicción, disponiendo que, quien presente una demanda, debe acreditar los intentos que haya llevado a cabo para solucionar amistosamente la disputa que le enfrenta a sus adversos y que los jueces pueden proponer a los litigantes que intenten una conciliación o una mediación, si dichos intentos no se justifican debidamente (cfr. los artículos 55, 56, 58 y 127 del *Code de procédure civile* galo).

De igual modo, en otros países se ha dispuesto la obligatoriedad de asistir a reuniones en las que se informa sobre la mediación, bien a instancia del tribunal (es el caso de *Chequia*), bien sin necesidad siquiera de ésta, en determinados litigios, singularmente en materia de familia (así sucede en *Lituania*, *Luxemburgo*, *Inglaterra* y *Gales*)<sup>20</sup>.

*Quinto.*— Asimismo, el 26 de agosto de 2016 se publicó el Informe que la Comisión Europea dirigió al Parlamento Europeo, al Consejo y al Comité Económico y Social Europeo sobre la aplicación de la Directiva 2008/52/CE<sup>21</sup>), en el que se afirma que, si bien no es necesario, por el momento, revisar dicha Directiva, sí convendría que los Estados integrantes de la Unión intensificasen sus esfuerzos por fomentar y alentar el recurso a la mediación, significando, a continuación, algunos ejemplos de lo que considera buenas prácticas a tal fin. Así, considera que sería conveniente que las partes expusieran en sus demandas si han intentado una mediación con carácter previo al ejercicio de acciones ante la jurisdicción, sobre todo en el ámbito del derecho de familia; que se impusiera la obligación de acudir a sesiones informativas sobre mediación en el marco de un proceso jurisdiccional; que los tribunales tuviesen la obligación de ponderar, en todas las fases de los distintos procesos que tuviesen encomendados, si conviene derivar el asunto a mediación; y que se garantizase la ejecución forzosa de lo acordado tras una mediación, sin necesidad de exigir para ello el consentimiento de todos los sujetos jurídicos que hubiesen alcanzado el acuerdo.

Más recientemente, el 27 de junio de 2017, la Comisión de Asuntos Jurídicos del Parlamento Europeo emitió un Informe sobre la aplicación de la Directiva 2008/52/CE<sup>22</sup>), en el que recomienda que los Estados miembros de la Unión Europea intensifiquen sus esfuerzos para fomentar el recurso a la mediación en conflictos civiles y mercantiles; que se estudie “la necesidad de desarrollar normas de calidad a escala de la Unión para la prestación de servicios de mediación, en particular normas mínimas que garanticen la coherencia, teniendo en cuenta al mismo tiempo el derecho fundamental de acceso a la justicia, así como las diferencias locales respecto a la cultura de la mediación, como medio para seguir fomentando el uso de la mediación”, y la necesidad de que los Estados integrantes de la misma establezcan y mantengan registros nacionales de procedimientos de mediación, que podrían ser una fuente de información para la Comisión y podrían ser utilizados por los mediadores nacionales para beneficiarse de buenas prácticas en toda Europa; que se lleve a cabo un análisis “detallado sobre los obstáculos que dificultan la libre circulación de los acuerdos de mediación extranjeros en la Unión”, sobre las opciones existentes para fomentar debidamente su uso, tanto en conflictos nacionales como transfronterizos en el espacio común europeo, y sobre la forma de ampliar eficazmente el ámbito de la mediación “a otras cuestiones civiles o administrativas, si procede”; y que se preste especial atención a las repercusiones que este medio de gestión de conflictos puede tener en materias tan sensibles como el derecho de familia, en las que deberían establecerse salvaguardas en favor de las partes más débiles, que las protegiera contra todo posible abuso de procedimiento o posición por las partes más poderosas y garantizase el respeto de los criterios de equidad en materia de costes.

§11. Sentado lo anterior, y por lo que hace a nuestro país, procede tener en cuenta:

*Primero.*— Que, en la actualidad, entre nosotros, que la mediación sea voluntaria significa que nadie está obligado a intentar una mediación si no lo desea; que, iniciado un procedimiento de mediación, nadie puede ser forzado a seguir en él si no quiere; y que nadie puede ser constreñido a concluir una mediación con un acuerdo que, por cualquier razón, no le satisfaga.

*Segundo.*— Que, en la primera de dichas manifestaciones, implica que la mediación solo se inicia si lo desean todos los implicados en un conflicto susceptible de ser solventado mediante un acuerdo de los afectados, lo que no impide, claro está, que también pueda tener lugar a instancia de uno de ellos, en cumplimiento, o no, de un pacto de sometimiento a mediación suscrito por aquéllos (artículo 16 de la Ley 5/2012, LMed en lo sucesivo).

¿Significa esto que no puede ser inducida o estimulada por otro? En absoluto. Lo que supone es que la mediación, por más que pueda ser sugerida, alentada o auspiciada por un tercero<sup>23</sup>), es —siempre y en todo caso— un instrumento de negociación al que se accede —o se debe acceder— en virtud de una decisión espontánea y estrictamente personal. Sin embargo, como acaba de señalarse, ello no implica que no pueda alentarse que dos o más sujetos jurídicos acudan a una mediación para procurar solventar sus diferencias. Por supuesto que puede hacerse. Pero siempre desde el más

escrupuloso respeto a su capacidad de decisión, pues han de ser ellos, y no otros, los que deben estar persuadidos de la conveniencia de buscar un acuerdo a través de este medio<sup>24</sup>).

Un ejemplo permitirá entender mejor lo que queremos decir. Supongamos que una persona decide hacer testamento y que, temerosa de que, tras su fallecimiento, sus herederos forzosos puedan discutir sus disposiciones y enfrentarse entre sí, confrontación que desea evitar, dispone en dicho documento que, de darse tal circunstancia, las diferencias que surjan entre éstos habrán de resolverse a través de una mediación o, de no alcanzarse acuerdo alguno tras dicha negociación, en virtud de un laudo arbitral, pero jamás en virtud de una decisión de la jurisdicción. Ya que, según su experiencia, ésta dicta sus resoluciones tras procesos largos y farragosos, que, precisamente por lo prolongados que son, en nada favorecen la armonía familiar que trata de preservar.

¿Puede establecerse semejante prescripción? Indudablemente. Puede establecerse. Pero ello no garantiza que el testador consiga el objetivo que persigue con ella. Pues dicho propósito no depende de su voluntad, sino de la de sus descendientes, que, como es lógico, pueden ignorar su estipulación y aventurarse a solventar sus diferencias por otras vías que consideren más adecuadas a sus intereses.

¿Qué medio tiene, pues, el testador, si es que tiene alguno, para procurar que se cumpla su voluntad y no se resienta la paz familiar que trata de proteger?

Si se piensa bien, puede intentarlo favoreciendo que sus descendientes sigan sus resoluciones; estimulando que, quienes tienen la posibilidad de seguirlos o rechazarlos, se sientan más inclinados a lo primero que a lo segundo; fomentando que sus descendientes estimen que les conviene más respetar lo ordenado que discutirlo ante los tribunales<sup>25</sup>). Y puede procurarlo a través de la llamada cláusula o cautela socini, que le permitiría acordar en su testamento que, el heredero que incumpla su condición, quedará instituido heredero en la cuota que en concepto de legítima estricta señale la ley, acreciendo la parte en que habría sido mejorado a los restantes<sup>26</sup>). Dicho con mejores palabras: señalando que, quienes sigan sus indicaciones, se verán favorecidos por el tercio de libre disposición, del que quedarán privados quienes las desconozcan, que, en virtud de tal circunstancia, solo recibirán la parte de legítima estricta o corta que les corresponda con arreglo a la ley.

Sin duda, habrá quien considere que semejante previsión compromete o grava indebidamente la legítima de los herederos, y que, por tal circunstancia, resulta contraria a derecho. Sin embargo, si se observa con atención, pronto se repara en que, pese a su usual redacción, que parece sancionar a quien desconozca lo dispuesto por el testador, la cautela socini no contiene ningún mal, permitiendo a los legitimarios optar entre distintas posibilidades, dejando pues a su decisión la elección de la que consideren más conveniente a sus legítimos intereses<sup>27</sup>). Nada hay, pues, de obligado en dicha cláusula; al contrario, es respetuosa con la libre voluntad de sus destinatarios, que, de estar en desacuerdo con lo dispuesto por el testador, pueden discutirlo como tengan por conveniente, si bien, si lo hacen del modo preferido por éste, del modo que les recomendó, verán premiada su fidelidad a tales indicaciones<sup>28</sup>).

*Tercero.*— En su segunda acepción, que la mediación es voluntaria supone que nadie está obligado a continuar una negociación si no lo desea. De donde se deduce que, quienes la iniciaron con el propósito de solucionar sus diferencias y alcanzar un acuerdo, en cualquier instante pueden concluirla, sin más requisito que el de comunicárselo fehacientemente al mediador, para que éste tenga conocimiento de tal decisión. Lo que, además de ser un deber de elemental cortesía, viene impuesto por el legislador para que exista constancia formal de dicho deseo (cfr. el artículo 22.1 de la LMed).

*Cuarto.*— Por último, que la mediación es facultativa significa que nadie está obligado a concluir este intento de avenencia con un acuerdo que no le satisfaga o no le parezca adecuado<sup>29</sup>).

Por lo que no resulta lícito tachar de temerario a quien, tras no aceptar la oferta de pacto que se le ofrece en el desarrollo de una mediación, decide acudir a la jurisdicción —o reanudar ante ella el litigio que se suspendió para intentar una solución negociada— y obtiene en ésta lo mismo que se le propuso<sup>30</sup>). De ahí que no compartamos el criterio de quienes consideran que dicha conducta sería contraria a las reglas de la buena fe y, por tanto, sancionable, bien con una multa con base en el artículo 247 de la LECiv de 2000 (LECiv en lo sucesivo), bien con la imposición de las costas procesales<sup>31</sup>). Al igual que tampoco consideramos acertado que se considere un abuso del derecho a la tutela judicial efectiva el acudir a la jurisdicción sin haber intentado antes una mediación<sup>32</sup>), tesis singularmente peligrosa que parece concebir el recurso a la jurisdicción civil como un último recurso, cuando ciertamente —aquí y ahora, en este momento histórico— no lo es entre nosotros.

Y es importante hacer notar que ese acuerdo, si se alcanza, no tiene por qué ser “justo”. En la mediación no se busca la solución más justa, sino la más adecuada, la que las partes estiman más conveniente para sus intereses<sup>33</sup>). En la mediación no se pretende hacer justicia; se busca un pacto que satisfaga a las partes. Si éstas lo alcanzan, la mediación ha cumplido su principal propósito. Y ello, como decimos, independientemente de la mayor o menor bondad de lo convenido, de que lo consensuado sea o no objetivamente equitativo. Si lo concertado es válido para las partes, parezca más o menos adecuado a ojos de terceros, la mediación ha satisfecho su objetivo: que los que se encontraban enfrentados o en desacuerdo dejen de estarlo.

Ello no significa, entiéndase bien, que el acuerdo alcanzado en mediación no deba ser justo; al contrario, el propósito es que lo sea: solo un acuerdo justo y equitativo puede ser duradero. Lo que queremos manifestar es que, si se alcanza un acuerdo tras una mediación, ello es consecuencia de que así lo quieren quienes participaron en ella, que son los que han de decidir en cada caso qué resulta más adecuado a sus intereses, qué les beneficia y qué les perjudica, en una decisión absolutamente libre y personal, autónoma, que, precisamente por eso, porque nace de la voluntad, solo a ellos pertenece.

El acuerdo conseguido tras una mediación es, por lo general, un contrato, el resultado consensuado de dos o más voluntades, las de aquellos que buscan un buen entendimiento, que son los únicos a los que ha de parecer bien lo acordado y los que, en su caso, pueden solicitar la nulidad de lo pactado<sup>34</sup>).

*Quinto.*— Conviene insistir, por tanto, en que, en nuestro país, al menos en este instante, y en el orden civil, no es necesario intentar una mediación con carácter previo al ejercicio de acciones judiciales. La Ley 5/2012 se separó en este punto del anteproyecto de ley de 19 de febrero de 2010, que sí contemplaba dicho requisito para algunos supuestos<sup>35</sup>), con el propósito —según se decía en su Exposición de Motivos— de impulsar la utilización de este instituto.

*Sexto.*— Sin embargo, la imposición de acudir a una mediación con el propósito de que, si es posible, se alcance un acuerdo que ponga fin a las desavenencias existentes no nos es totalmente extraña. Pues nuestro ordenamiento dispone que, en determinados casos, antes de acudir a los jueces del orden social en demanda de tutela, debe procurarse que el proceso jurisdiccional no tenga lugar, a través de un “*intento de conciliación o, en su caso, de mediación ante el servicio administrativo correspondiente o ante el órgano que asuma estas funciones*” (artículos 63 y 64 de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social), condición que, en el futuro, podría extenderse a otros ámbitos de la jurisdicción.

La opción escogida por el legislador español en 2012 para asuntos civiles y mercantiles no era, por tanto, la única posible. Podía haber seguido el ejemplo de Italia, donde este medio de gestión de conflictos se regula como *condizione de procedibilità* para determinadas materias<sup>36</sup>), o haberse decantado por la propuesta que figuraba en el mentado anteproyecto de ley. Sin embargo, no lo hizo. Posiblemente, porque era consciente de la polémica que ello podía suscitar y, muy probablemente también, por considerar preferible que sus indudables ventajas fuesen advirtiéndose poco a poco, y no en virtud de órdenes o imposiciones.

*Séptimo.*— Con todo, la cuestión no es pacífica y sigue abierta. Pues, como antes se apuntó, recientemente nuestro licurgo ha dispuesto que, en el ámbito financiero y en materia de protección de los usuarios del transporte aéreo, la ley obligará a las entidades financieras y a las compañías aéreas a participar en procedimientos “de resolución alternativa de litigios” cuando los consumidores decidan voluntariamente acudir a los mismos (*vide* las disposiciones adicionales primera y segunda de la Ley 7/2017, de 2 de noviembre, por la que se incorpora al ordenamiento jurídico español la Directiva 2013/11/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de mayo de 2013, relativa a la resolución alternativa de litigios en materia de consumo). Y porque, con anterioridad a dicha norma, con la Ley 5/2012 ya en vigor, distintas normas autonómicas ya habían dispuesto la obligatoriedad de acudir a la mediación con carácter previo al proceso jurisdiccional. Es el caso, por ejemplo, de la Ley catalana 20/2014, de 29 de diciembre, de modificación de la Ley 22/2010, de 20 de julio, del Código de consumo de Cataluña, para la mejora de la protección de las personas consumidoras en materia de créditos y préstamos hipotecarios, vulnerabilidad económica y relaciones de consumo, que estableció la obligatoriedad de acudir a mediación o arbitraje con carácter previo a la reclamación administrativa o judicial en supuestos de ejecución hipotecaria de la vivienda habitual como consecuencia del incumplimiento del deudor (*vid.* su artículo 8, que añadió un artículo, el 132-4, a la Ley 22/2010)<sup>37</sup>). O de la Ley vasca 7/2015, de 30 de junio, de relaciones familiares en supuestos de separación o ruptura de los progenitores, que dispone: “*Los progenitores podrán en todo momento someter voluntariamente sus discrepancias a mediación familiar con vistas a lograr un acuerdo sobre el régimen de custodia, entre otros aspectos. El sometimiento a la mediación familiar será obligatorio con anterioridad a la presentación de acciones judiciales cuando así se hubiera pactado expresamente antes de la*

*ruptura*” (artículo 6.1).

*Octavo.*– Conviene tener en cuenta, asimismo, que, aunque la Ley 5/2012 dispone sin ambages que la mediación es voluntaria, su disposición final tercera modificó diversos preceptos de la vigente Ley de Enjuiciamiento Civil, con el propósito de que, sin perjuicio de dicha característica, pudiese impulsarse desde la jurisdicción. Y, así, tras dicha reforma, el artículo 414.1 de la mentada ley procesal dispone que, cuando el letrado de la Administración de Justicia convoque a las partes a la audiencia previa al juicio, acto procesal propio del denominado “juicio ordinario”, les informará “*de la posibilidad de recurrir a una negociación para intentar solucionar el conflicto, incluido el recurso a la mediación*”; y que, posteriormente, el tribunal podrá invitarlas “*a que intenten un acuerdo que ponga fin al proceso, en su caso a través de un procedimiento de mediación, instándolas a que asistan a una sesión informativa*”, previsiones que asimismo incorporan los arts. 440.1 y 443.3 de dicho texto al referirse al llamado “juicio verbal”.

Por tanto, la mediación puede ser sugerida, estimulada o alentada por nuestras autoridades judiciales. No solo eso: el artículo 414 de la LECiv dispone que, en la audiencia previa al juicio, las partes deberán comunicar si desean intentar solucionar las diferencias que las separan mediante una negociación, recurriendo para ello a mediación, y que, si su respuesta es negativa, deberán explicar los motivos de tal decisión.

*Noveno.*– En la reciente Ley 7/2017, de 4 de noviembre, el legislador español parece entender que es conveniente, al menos en determinados ámbitos, y por cuanto parece favorecer a los consumidores, que se recurra a la mediación antes de que se ejerciten acciones judiciales.

Así se deduce de lo dispuesto en sus dos primeras disposiciones adicionales, referidas a las entidades de resolución de conflictos en el ámbito de la actividad financiera y de protección de los usuarios del transporte aéreo, de acuerdo con las cuales, en los conflictos de consumo que tengan lugar en el sector financiero, o vengán referidos a la aplicación de los Reglamentos de la Unión Europea en materia de protección de los usuarios del transporte aéreo, siempre que lo solicite un consumidor, será preceptivo participar en los procedimientos de resolución de los mismos que aquellas establezcan, entre los que se encontrarán, sin duda, procedimientos de mediación.

Por ello, al menos en dichos campos, el debate ya no se sitúa en los términos “mediación obligatoria sí, mediación obligatoria no”, sino en otro escenario: el de “mediación obligatoria sí, ¿solo si lo solicita un consumidor?, o mediación obligatoria sí, ¿en cualquier caso?”.

*Décimo.*– En la “Guía para la práctica de la mediación intrajudicial», publicada por el Consejo General del Poder Judicial<sup>38</sup>), se aconseja que los jueces y los letrados de la Administración de Justicia –según el momento procesal en que se acuerde dicha medida– seleccionen los casos que procede derivar a mediación, lo que se realizará, en su caso, a través de una resolución en la que se invitará a las partes y a sus abogados a que acudan a una sesión informativa; que, sin perjuicio de ello, y tal y como dispone el artículo 22.1 de la LMed, la determinación de si el asunto es o no mediable corresponde al mediador; y que, en la citada resolución, «se explicara de forma sucinta en qué consiste la mediación, recordando que la información de qué parte asiste no es confidencial (Art. 17,1 LMed) por lo que el órgano judicial podrá valorar esa circunstancia junto con el resto del material probatorio. Es aconsejable informar de que, en caso de no desear asistir, las partes deberán explicar los motivos de su decisión de conformidad con lo dispuesto en el apartado 1.º del segundo párrafo del art 414 de la LEC”.

**§12.** Centrada la cuestión en estos términos, y habiéndose planteado recientemente la conveniencia de regular en nuestro país la mediación como requisito previo al ejercicio de acciones judiciales, creemos que, tras la explicación realizada, pueden alcanzarse, al menos, las siguientes conclusiones:

*Primera.*– Que, de acuerdo con la normativa europea en materia de mediación, y con la interpretación de la misma realizada por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, una normativa nacional que obligue a los justiciables a intentar alcanzar un acuerdo a través de una mediación antes de acudir a la jurisdicción para dirimir sus diferencias no vulnera ningún derecho fundamental, siempre y cuando, eso sí, se preserve el derecho de los ciudadanos a acceder al sistema judicial. Es decir, siempre que no se impida a las partes acudir a los órganos jurisdiccionales en demanda de justicia.

*Segunda.*– Que, si ello es así, parece evidente que, siempre que se respete dicha cautela, no quebrantaría el derecho a la tutela judicial efectiva consagrado en el artículo 24.1 de nuestra Constitución que el legislador español acordase dicho requisito con carácter previo a la presentación de determinadas demandas.

*Tercera.*— Que dicha conclusión no impide preguntarse si dicha medida, de establecerse, sería eficaz en nuestro país, en el que, ciertamente, contamos con una experiencia, anterior a 1984, que facilita responder negativamente a dicha cuestión.

*Cuarta.*— Que, no obstante, dicha realidad no implica que hoy, transcurridos más de 35 años desde que se abrogó la necesidad de procurar la conciliación previa de los conflictos civiles, dicha iniciativa deba correr igual suerte.

Para evitarlo, en mi opinión, sería necesario adoptar, cuando menos, las siguientes medidas:

1.— Poner en marcha una amplia campaña de concienciación sobre lo que la mediación es y significa, haciendo especial hincapié en sus indudables beneficios en determinados ámbitos (singularmente, en materia de familia, conflictos vecinales y reclamaciones dinerarias de escasa cuantía).

2.— Establecer eficaces mecanismos de control en materia de formación de los mediadores, verdadera pieza esencial del sistema de mediación.

3.— Soslayar el recelo que este medio de gestión de conflictos suscita en muchos jueces y magistrados, formándolos debidamente en él, a fin de que sean conscientes de los supuestos en que puede ser conveniente remitir a los litigantes a un procedimiento de mediación.

4.— Implementar en todos los partidos judiciales de nuestro país —y de no ser ello posible, al menos en todas las provincias— una Unidad de Mediación Intrajudicial, a las que poder derivar los asuntos que deban ser mediados; unidades de mediación intrajudicial en las que, al menos inicialmente, llevasen a cabo la tarea de intermediar entre otros, gratuitamente, mediadores que acreditasen estar debidamente formados<sup>39</sup>).

5.— Comprometer en dicha labor a los distintos colegios profesionales que puedan estar interesados en la mediación (singularmente, a los colegios de abogados y de procuradores de los tribunales), ya que, sin su concurso, muy posiblemente esta iniciativa está llamada al fracaso.

6.— Modificar determinados planes de estudio universitarios, a fin de formar en mediación a las futuras generaciones de egresados en distintas titulaciones (especialmente, en Derecho, Psicología, Graduado Social y Trabajo Social).

7.— Acordar dicha medida solo en determinados y concretos casos: aquellos en los que la experiencia demuestra que puede tener cierta aceptación y éxito. Por ejemplo, como antes señalábamos, en materia de familia, conflictos vecinales y reclamaciones dinerarias de escasa cuantía.

**§13.** Apuntado lo anterior, procede reafirmar que la mediación, como medio de gestión de conflictos que es, puede ser un instrumento muy adecuado para solucionar determinados problemas sin necesidad de recurrir a la jurisdicción; y que es preciso reconocer que, pese a ello, no es suficientemente conocida por nuestros conciudadanos, a los que muy posiblemente no se les ha dado a conocer de forma adecuada, ni excesivamente apreciada por algunos de los operadores jurídicos que podrían facilitarla y contribuir a su divulgación.

**§14.** Esta, y no otra, es la razón por la que, el pasado 11 de enero de 2019, el Consejo de Ministros aprobó el Anteproyecto de Ley de Impulso de la Mediación, tal y como, con palmaria sinceridad, se reconoce en la Exposición de Motivos del referido texto.

Con ese ánimo, en dicho antecedente se apuesta por la denominada “obligatoriedad mitigada”, que, de acuerdo con lo que se propone, y muy resumidamente, implicaría la necesidad de intentar la mediación con carácter previo a la interposición de determinadas demandas, y, por tanto, como requisito de procedibilidad, o cuando, fuera de dichos supuestos, el tribunal encargado de decidir un proceso considerase adecuado que los litigantes enfrentados en él intentasen alcanzar por sí mismos un acuerdo negociado para solventar el conflicto que les distancia.

**§15.** El debate sobre la oportunidad o inoportunidad de dicha iniciativa no debe orillar, sin embargo, la necesidad de abordar, con seriedad y rigor, otras cuestiones referidas en dicho Anteproyecto que, según cómo se traten, pueden favorecer el éxito o el fracaso de ese acicate que se pretende dar a la mediación.

Así, a título de ejemplo, ¿es conveniente, adecuada o suficiente la modificación propuesta del artículo 394.1 de la LECiv para que no haya pronunciamiento en materia de costas a favor de aquel que no haya acudido, sin causa que lo justifique, a un intento

de mediación cuando este sea legalmente preceptivo o haya sido acordado por el tribunal durante el proceso? ¿No sería más adecuado replantearse si la regulación actual en materia de costas es la mejor posible? ¿Qué significa que no es confidencial el contenido del acta normalizada de las sesiones de mediación que emita el mediador “a los efectos previstos legalmente”<sup>40</sup>? ¿Quién costeará el intento de mediación previo a la interposición de determinadas demandas, en el caso de que todos o alguno de los obligados a acudir a él, tras conocer lo que es y supone el procedimiento de mediación, declinen seguir procurándolo?

Asimismo, es conveniente reflexionar sobre otras cuestiones. Entre otras, al menos, sobre las siguientes:

– En el Anteproyecto de Ley se opta por fijar, de modo alternativo, el momento en que los tribunales de primera instancia pueden ordenar que se derive la controversia a un procedimiento de mediación, señalando que ello puede realizarse bien tras la contestación a la demanda, bien tras la conclusión de la audiencia previa al juicio, si la causa se tramita por los cauces del juicio ordinario, o durante el desarrollo de la vista, si se siguen los cauces del juicio verbal. Es decir, cuando haya quedado definitivamente fijado el objeto de la disputa que enfrenta a las partes. La elección, sin duda, resulta razonable. Sin embargo, quizá fuese preferible no limitar dicha posibilidad a los momentos antedichos y permitir que pudiese tener lugar en otros distintos a los señalados, en función de las circunstancias concurrentes en cada supuesto, ya que no existe ningún impedimento para ello y podría facilitar una solución negociada de determinados conflictos.

– Aun cuando resulta loable el deseo de que, en aquellos casos en que se exija el intento de mediación como presupuesto de admisibilidad de determinadas demandas, la duración de dicho intento no sea excesiva, consideramos desacertado que se fije que, en dichos supuestos, el procedimiento de mediación no puede exceder de tres meses desde que el mediador haya recibido la petición de que se inicie, considerando preferible que se acuerde tal criterio como regla general, pero se permita, al propio tiempo, que pueda prorrogarse dicho plazo, a petición del mediador, si, a su juicio, el asunto así lo requiere. De esa manera se compaginaría la necesidad de que el procedimiento de mediación no se extienda demasiado en el tiempo con la exigencia de que se articule de forma flexible, adecuándolo a las circunstancias de cada supuesto concreto.

– ¿Resulta razonable la previsión de que el texto que finalmente apruebe las Cortes Generales tenga una *vacatio legis* de tres años, cuando otras leyes más relevantes y trascendentes han tenido un lapso de tiempo mucho más breve desde su publicación hasta su entrada en vigor? ¿No resulta un plazo ciertamente excesivo?

– Si finalmente las Cortes Generales aprueban el Anteproyecto, con las modificaciones que, durante su tramitación parlamentaria, se consideren adecuadas, debería aprovecharse dicha circunstancia para corregir el error que supone que pueda denunciarse mediante declinatoria que no se ha cumplido el pacto de procurar alcanzar un acuerdo a través de una mediación antes de acudir a la jurisdicción. Pues dicha posibilidad es contraria al propósito que se persigue con dicha excepción procesal, y, en consecuencia, con la esencia de la misma, a través de la cual, tradicionalmente, se ha pretendido el archivo de las actuaciones, no su suspensión. La equivocación procede de haber equiparado la mediación al arbitraje, cuando ciertamente se trata de figuras muy distintas, ya que, mientras la segunda excluye a la jurisdicción, la primera en modo alguno lo hace.

– Asimismo, parece conveniente que se disponga de forma expresa que, antes de rubricar ningún acuerdo, los intervinientes en la mediación deben evaluar la necesidad de ser asistidos por letrado, para que este les informe debidamente de las consecuencias jurídicas que conllevaría su aceptación; y que, si uno de ellos asume dicha sugerencia, los demás deben ser debidamente advertidos de dicha circunstancia para que, con pleno conocimiento de la misma, adopten la decisión que consideren más adecuada a sus intereses y, posteriormente, no puedan alegar ninguna queja o lamento por no haber sido avisados de semejante eventualidad.

**§16.** Por nuestra parte, consideramos desacertado que se trate de promocionar la mediación imponiéndola coactivamente (bien sea exigiendo que, al menos, se intente antes de ejercitar algunas acciones, bien sea exigiendo que, en otros casos, se acuda a ella por decisión judicial). Pensamos que es preferible que sus indudables ventajas vayan advirtiéndose poco a poco: tanto entre quienes están llamados a utilizarla, como entre quienes tienen la posibilidad de informar sobre ella y sugerirla. A nuestro entender, solo así podrán apreciarse sus auténticas posibilidades. Pues siempre es más rentable persuadir que forzar, convencer que constreñir, favorecer que obligar.

**§17.** Con todo, como apuntamos anteriormente, entendemos que, guste más o guste menos, la opción acogida en el Anteproyecto de Ley de Impulso de la Mediación, de ser finalmente asumida por el legislador español, sería plenamente conforme con el concepto de mediación recogido en la Directiva 2008/52/CE, con la doctrina sentada en la sentencia (TJCE 2017, 95) dictada

el 14 de junio de 2017 por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en el asunto C-75/16, Livio Menini y Maria Antonia Rampanelli contra Banco Popolare Società Cooperativa, y con nuestro ordenamiento interno, ya que no sería contrario al derecho fundamental a una tutela judicial efectiva, al no impedir, ni limitar, el acceso al sistema judicial a todos aquellos que deseen utilizarlo.

No es nuestra opción, pero, sin duda, es una opción válida, legítima y acorde con la normativa comunitaria europea.

§18. Sin embargo, el que pueda no ser contraria al derecho fundamental a ser tutelado de forma efectiva por los tribunales, en su modalidad de derecho de acceso a los mismos<sup>41</sup>), no implica necesariamente que sea una posibilidad acertada, adecuada, ni conveniente. Pues regular que, al menos, ha de iniciarse un procedimiento de mediación antes de entablar determinadas demandas, sin acompañar dicha medida de otras que potencien y den a conocer este medio de gestión de conflictos y transmitan la idea de que puede ser útil y beneficioso, puede trasladar la idea de que dicha exigencia no es sino un mero formalismo, un simple trámite, semejante al que implicó que tuviese que intentarse una conciliación obligatoria previa a la interposición de determinadas demandas con anterioridad a 1984. Imponer la necesidad de iniciar un procedimiento de mediación con carácter previo a la interposición de determinadas demandas sin acompañar dicha exigencia de medidas como las que hemos postulado anteriormente, o de otras igualmente convenientes, que permitan apreciar que la mediación puede suponer un beneficio social o colectivo, determinaría su absoluto descrédito y, por ende, su desprestigio y desmerecimiento.

De ahí que deba regularse la posibilidad apuntada con singular tino, de suerte que se despejen los interrogantes que antes referíamos, a los que cabe sumar otros no menos relevantes, cuya adecuada resolución puede contribuir decisivamente a que la mediación sea percibida como un medio adecuado para gestionar determinados conflictos. Pues es asimismo necesario que las Administraciones públicas se comprometan en su promoción y difusión; que la posibilidad de acudir a un procedimiento de mediación sea una realidad en todo el territorio nacional; y que se exija una formación adecuada y de calidad a quienes vayan a ejercer de mediadores, ya que la mera exigencia de estar en posesión de un título oficial universitario o de formación profesional superior y contar con una formación específica de, al menos, 100 horas<sup>42</sup>), por sí sola, no la garantiza<sup>43</sup>).

No solo eso. Es igualmente preciso que la anunciada reforma cuente con un amplio consenso, que englobe a todos los colectivos llamados a participar en su definitiva implantación. De no ser así, como parece que es el caso, habida cuenta las observaciones realizadas por el Consejo General de la Abogacía Española al mentado Anteproyecto de Ley<sup>44</sup>), quizá sería conveniente replantearse la propuesta que en este se contiene y acometer una regulación detallada de la mediación intrajudicial, sin perjuicio de abordar puntuales reformas que pudiesen hacer más atractivo intentar solventar determinados conflictos a través de la mediación antes de acudir a la vía jurisdiccional.

## I. BIBLIOGRAFÍA CITADA

ALASTRUEY GRACIA, R., “Traslación de la mediación y sus acuerdos al proceso judicial”, en *Materiales jurídicos del Libro Blanco de la Mediación en Cataluña*, vol. II, Generalitat de Catalunya, Centre d’Estudis Jurídics i Formació Especialitzada, 2011.

FERNÁNDEZ-BALLESTEROS, M. Á., *Avenencia o ADR*, Ed. Iurgium, Madrid, 2013.

FUENTES GÓMEZ, J. C., “El marco jurídico de la mediación: una perspectiva desde el procedimiento de elaboración de la Ley 5/2012, de 6 de julio, de Mediación en Asuntos Civiles y Mercantiles”, en *Manual de Mediación Civil y Mercantil y su práctica on-line* [En línea], Ed. Sepin, Madrid, enero de 2014.

GONZÁLEZ MARTÍN, L. A., “Aspectos procesales de la Ley de Mediación”, en *Iuris: Actualidad y práctica del derecho*, núm. 183, enero de 2013.

HERRERO PEREZAGUA, J. F., *Lo jurisdiccional en entredicho*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2014.

MAGRO SERVET, V., “La incorporación al derecho español de la Directiva 2008/52/CE por el Real Decreto 5/2012, de 5 de marzo, de mediación en asuntos civiles y mercantiles”, en *Diario La Ley*, núm. 7852, Sección Doctrina, 7 de mayo de 2012, año XXXIII, Ref. D-190.

MARTÍ MINGARRO, L., “La mediación civil y mercantil en la nueva Ley 5/2012, de 6 de julio”, en *Arbitraje y mediación. Problemas actuales, retos y oportunidades* (obra dirigida por Sáez Hidalgo y Dorrego de Carlos), Thomson Reuters Lex Nova, Valladolid, 2013.

SIGÜENZA LÓPEZ, J., “Precisiones conceptuales sobre lo que es y no es la mediación”, en *Il diritto patrimoniale di fronte alla crisi economica in Italia e in Spagna* (dirigido por Murga Fernández y Tomás Tomás), Wolters Kluwer Italia, Milán, 2014.

SIGÜENZA LÓPEZ, J., “Los llamados «principios» de la mediación instaurada en España por la Ley 5/2012”, en *Revista Aranzadi Doctrinal*, 2018, núm. 2, pp. 183-211.

SIGÜENZA LÓPEZ, J., *Mediación extrajudicial y proceso civil*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2018.

SIGÜENZA LÓPEZ, J., *Sistema judicial español*, 7.ª edición, Ed. Laborum, Murcia, 2019.

\* El presente trabajo forma parte del Proyecto de Investigación "Proceso, métodos complementarios o alternativos y nuevas tecnologías para una justicia más garantista: los retos pendientes en la tutela jurisdiccional" (DER2017-85675-R), financiado por MINECO/AEI/FEDER, UE, integrante de la Red Temática "Justicia civil: análisis y prospectiva" (DER2016-81752-REDT).

1 Y es importante subrayar que dicho acuerdo no tiene por qué ser “justo”, ni objetivamente, ni a juicio de terceros: basta con que sea satisfactorio para quienes lo alcanzan.

2 Conviene ser realistas y huir de visiones idílicas sobre lo que la mediación es y representa y tener presente que, muy frecuentemente, las partes no alcanzarán un acuerdo que ponga fin a sus discrepancias. La mediación no es un remedio mágico que permite poner paz donde hay desavenencia, ni la panacea que puede resolver los problemas de nuestro sistema de justicia civil: si lo fuera, que no lo es, se asemejaría al bálsamo de Fierabrás, que, según la leyenda, todo lo sanaba.

3 De ahí que, en el apartado IV del Preámbulo de la Ley 5/2012, el legislador apunte: “*El título IV regula el procedimiento de mediación. Es un procedimiento sencillo y flexible que permite que sean los sujetos implicados en la mediación los que determinen libremente sus fases fundamentales. La norma se limita a establecer aquellos requisitos imprescindibles para dar validez al acuerdo que las partes puedan alcanzar, siempre bajo la premisa de que alcanzar un acuerdo no es algo obligatorio, pues, a veces, como enseña la experiencia aplicativa de esta institución, no es extraño que la mediación persiga simplemente mejorar relaciones, sin intención de alcanzar un acuerdo de contenido concreto*”.

4 FERNÁNDEZ-BALLESTEROS, M. Á., *Avenencia o ADR*, Ed. Iurgium, Madrid, 2013, p. 131.

5 Sobre esta cuestión puede consultarse: SIGÜENZA LÓPEZ, J., “Los llamados ‘principios’ de la mediación instaurada en España por la Ley 5/2012”, en *Revista Aranzadi Doctrinal*, 2018, núm. 2, pp. 183-211; y *Mediación extrajudicial y proceso civil*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2018.

6 Notas, al menos las dos primeras, más propias de quien ha de decidir un contencioso que de quien intermedia entre otros para que éstos, si lo desean, alcancen un acuerdo.

7 Así lo reconoció en su día el entonces Subdirector General de Política Legislativa del Ministerio de Justicia al señalar que “en estos principios se reflejan los buenos usos de la mediación” (FUENTES GÓMEZ, J. C., “El marco jurídico de la mediación: una perspectiva desde el procedimiento de elaboración de la Ley 5/2012, de 6 de julio, de Mediación en Asuntos Civiles y Mercantiles”, en *Manual de Mediación Civil y Mercantil y su práctica on-line* [En línea], Ed. Sepin, Madrid, enero de 2014).

8 Que no son sino las cuestiones en las que la mediación comercial precisa alguna atención por parte del legislador, como pone de manifiesto, con singular acierto, FERNÁNDEZ-BALLESTEROS, M. Á., *Avenencia o ADR*, *ob. cit.*, p. 161.

9 Esto es, que exista un deber de reserva que garantice que lo hablado y tratado en la mediación en pos de alcanzar un acuerdo queda amparado por el manto de la confidencialidad y la privacidad de las reuniones.

10 Se debe garantizar que la mediación no se utiliza con fines dilatorios y con la sola intención de ganar tiempo. De ahí que deba asegurarse que, si el intento de conseguir un acuerdo no alcanza el resultado deseado, el paso del tiempo y, en consecuencia, las normas sobre plazos de prescripción y caducidad no perjudicarán a quienes, fracasada la mediación, decidan recurrir a la jurisdicción o al arbitraje. En consonancia con ello, la Directiva de 2008, sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles, dispone que los Estados afectados por ella deben garantizar a sus ciudadanos que, si optan por la mediación con el ánimo de solucionar un conflicto, el tiempo invertido en ésta no afectará a los plazos de caducidad o prescripción de acciones y, en consecuencia, que no les impedirá posteriormente iniciar un proceso jurisdiccional o arbitral sobre el hecho que les enfrenta con otro u otros (vid. su artículo 8). En nuestro país se ha decidido garantizar dicha posibilidad disponiendo que la petición de que se inicie la mediación, realizada del modo que legalmente se prevé, “*suspenderá la prescripción o la caducidad de las acciones desde la fecha en que conste la recepción de dicha solicitud por el mediador, o el depósito ante la institución de mediación en su caso*” (artículo 4, I de la LMed), lo que resulta contrario a nuestra tradición jurídica, según la cual la prescripción de acciones puede interrumpirse, pero no suspenderse (cfr., por ejemplo, lo dispuesto en el artículo 1.973 del Código Civil y la STS 1.ª de 30 de enero de 2017 [RJ 2017, 372], Pte. Sr. Saraza Jimena).

11 Obviamente, solo para el caso de que lo pactado no se cumpla voluntariamente. Ya que, si se hace, no existe problema alguno.

12 En relación con esta cuestión puede consultarse MARTÍ MINGARRO, L., “La mediación civil y mercantil en la nueva Ley 5/2012, de 6 de julio”, en *Arbitraje y mediación. Problemas actuales, retos y oportunidades* (obra dirigida por Ignacio Sáez Hidalgo y Alberto Dorrego de Carlos), Thomson Reuters Lex Nova, Valladolid, 2013, pp. 227-240, quien considera que la mediación no es sino una forma de conciliación que, con tal nombre, ha llegado a nuestro ordenamiento jurídico.

13 Sobre estas y otras cuestiones relacionadas con esta materia puede consultarse: SIGÜENZA LÓPEZ, J., “Precisiones conceptuales sobre lo que es y no es la mediación”, en *Il diritto patrimoniale di fronte alla crisi economica in Italia e in Spagna* (dirigido por Murga Fernández y Tomás Tomás), Wolters Kluwer Italia, Milán, 2014, pp. 449-457; y “Los llamados “principios” de la mediación instaurada en España por la Ley 5/2012”, en *Aranzadi Doctrinal*, 2018, núm. 2, pp. 183-211.

14 Como se reconoce en dicha resolución, en ella el TJUE siguió el mismo razonamiento que, con anterioridad, había adoptado en su sentencia de 18 de marzo de 2010 (TJCE 2010, 78), asuntos C-317/08 a C-320/08, Rosalba Alassini y otros, en relación con la exigencia del Estado italiano de que los conflictos en materia de servicios de comunicaciones electrónicas entre usuarios finales y proveedores, relativos a los derechos conferidos por la Directiva 2002/22/CE, de 7 de marzo de 2002, referida al servicio universal y los derechos de los usuarios en relación con las redes y los servicios de comunicaciones electrónicas (Directiva servicio universal), debían ser objeto de una tentativa de conciliación extrajudicial obligatoria como requisito de admisibilidad de las acciones judiciales.

15 Cfr. el Decreto legislativo de 4 de marzo de 2010 núm. 28 (publicado en la *Gazzetta Ufficiale* de 5 de marzo de 2010).

16 Vid. Cfr. [https://e-justice.europa.eu/content\\_mediation\\_in\\_member\\_states-64-at-es.do?member=1](https://e-justice.europa.eu/content_mediation_in_member_states-64-at-es.do?member=1).

17 Vide [https://e-justice.europa.eu/content\\_mediation\\_in\\_member\\_states-64-at-es.do?member=1](https://e-justice.europa.eu/content_mediation_in_member_states-64-at-es.do?member=1).

18 Vid. el documento titulado “Mediación e intervención de las Administraciones Públicas en la UE 28”, publicado por el Consejo General de la Abogacía Española, delegación de Bruselas, disponible en <http://web.icam.es/bucket/Mediaci%C3%B3n%20e%20intervenci%C3%B3n%20AAPP%20en%20la%20UE%2028.pdf> (consultado en línea el 8 de mayo de 2018).

19 Cfr. [https://e-justice.europa.eu/content\\_mediation\\_in\\_member\\_states-64-at-es.do?member=1](https://e-justice.europa.eu/content_mediation_in_member_states-64-at-es.do?member=1).

20 Véase a este respecto el Informe de la Comisión Europea al Parlamento, al Consejo y al Comité Económico y Social Europeo sobre la aplicación de la Directiva 2008/52/CE del Parlamento Europeo y del Consejo sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles de 26 de agosto de 2016.

21 Dicho Informe puede consultarse en:

<http://web.icam.es/bucket/Informe%20de%20la%20Comisi%C3%B3n%20Europea%20sobre%20la%20aplicaci%C3%B3n%20de%20la%20Directiva%202008-52%20CE.pdf> (consultado en línea el 8 de mayo de 2018).

22 Vide <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+REPORT+A8-2017-0238+0+DOC+XML+V0//ES>.

23 De hecho, aunque la Ley 5/2012 no dice expresamente nada al respecto, su disposición final tercera modifica diversos preceptos de la LECiv de 2000, en los que se reconocen importantes atribuciones al órgano judicial para el impulso de la mediación, sin perjuicio de su carácter estrictamente voluntario. Así, tras dicha reforma, el artículo 414.1 de dicha ley procesal dispone que, cuando el letrado de la Administración de Justicia convoque a las partes a la audiencia previa al juicio, acto procesal propio del denominado “juicio ordinario”, les informará “de la posibilidad de recurrir a una negociación para intentar solucionar el conflicto, incluido el recurso a la mediación” y que, posteriormente, el tribunal podrá invitarlas “a que intenten un acuerdo que ponga fin al proceso, en su caso a través de un procedimiento de mediación, instándolas a que asistan a una sesión informativa”, previsiones que asimismo incorporan los arts. 440.1 y 443.3 de dicho texto al referirse al llamado “juicio verbal”.

24 De ahí que no compartamos el criterio que el legislador catalán mantenía en el artículo 79.2 del derogado Código de Familia de Cataluña, precepto que permitía que, en procesos de nulidad matrimonial, separación o divorcio, la autoridad judicial pudiese remitir a las partes “a una persona o entidad mediadora con la finalidad de que intenten resolver las diferencias y que presenten una propuesta de convenio regulador”, si, atendidas las circunstancias del caso, consideraba que determinados aspectos aún podían resolverse mediante acuerdo. Semejante previsión fue interpretada por algunos tribunales como la posibilidad de imponer, en determinados casos, “la mediación o terapias educativas” (cfr., entre otras, a título de ejemplo, las SSAP de Barcelona –Sección 12.<sup>a</sup>– de 13 de diciembre de 2011 (JUR 2012, 22816), Pte. Sr. Ortuño Muñoz; 9 de mayo de 2012 (JUR 2012, 217441), Pte. Sr. Ortuño Muñoz; 16 de enero de 2013 [PROV 2013, 70639], Pte. Sr. Ortuño Muñoz; 31 de mayo de 2013 [PROV 2013, 222878], Pte. Sra. Bodas Daga; 13 de enero de 2015 [PROV 2015, 76907], Pte. Sr. Ortuño Muñoz; 16 de julio de 2015 [PROV 2015, 232670], Pte. Sr. Ballesta Bernal; 1 de octubre de 2015 [PROV 2015, 282102], Pte. Sr. Ballesta Bernal; y 20 de mayo de 2016 [PROV 2016, 196774], Pte. Sr. Ballesta Bernal. También, la SAP de las Islas Baleares, Sección 4.<sup>a</sup>, de 25 de mayo de 2012 [PROV 2012, 242966], Pte. Sra. Fernández Alonso). Dicha posibilidad, que implicaba imponer la mediación a quienes ya se encontraban litigando, resulta, a nuestro juicio, censurable. Pues no es lo mismo sugerir, esto es, proponer o aconsejar algo, que obligar a intentar un acuerdo que, muy posiblemente, ya se ha intentado y no ha sido posible o que, simplemente, no se desea.

25 Recuérdese en este punto que solo se recurrirá a la mediación si efectivamente se desea; que procurar alcanzar un acuerdo consensuado no garantiza que éste finalmente se alcance; que, si no se logra el anhelado convenio, en el ejemplo propuesto, habrá de acudir a la vía arbitral; que, en virtud de lo dispuesto en el artículo 10 de la Ley de Arbitraje, el arbitraje instituido por disposición testamentaria “será válido para solucionar diferencias entre herederos no forzosos o legatarios por cuestiones relativas a la distribución o administración de la herencia”, no en otro caso; y que, para salvar las limitaciones impuestas por dicho precepto, es conveniente establecer la cláusula de opción compensatoria o cautela socini y establecer un sistema para que los herederos forzosos manifiesten si aceptan, o no, lo dispuesto por el testador.

26 Aunque se trata de una figura que goza de un cumplido reconocimiento en la práctica testamentaria, no puede desconocerse la polémica que le acompaña desde que Mariano Sozzini, jurisconsulto italiano nacido en 1482, de quien toma su nombre, elaboró un dictamen en el que sostuvo su validez, discutiéndose por algunos autores si efectivamente fue ideada por él o por otros juristas, como Angelo degli Ubaldi o Guilielmus Durantes, el Gualdense, lo que explica por qué también es conocida como “cláusula angélica”, “cautela Angeli”, “cautela Gualdensis” y “cautela Gualdense o Durantis”.

27 Un ejemplo de dicha cláusula podría ser el siguiente: “El testador ordena que cualquier controversia que se suscite en relación con la interpretación, ejecución, validez o eficacia de este testamento, o con la administración o partición de la herencia, aunque ésta fuera

realizada por un contador-partidor, sea resuelta recurriendo a una mediación, que, en su caso, se desarrollará ante el mediador que las partes tengan a bien designar o, si no hubiese acuerdo entre ellas sobre este particular, ante el que disponga la Cámara de Industria, Comercio y Navegación de..., de conformidad con lo que prevean sus estatutos. Si la mediación resultase infructuosa, en todo o en parte, y, en este último caso, respecto de las cuestiones no resueltas, el testador dispone que las partes deben someter sus diferencias a un arbitraje de derecho, que será administrado por la Cámara de Industria, Comercio y Navegación anteriormente citada, conforme a sus normas internas, a fin de que queden definitivamente decididas; y que, solicitado dicho arbitraje por cualquiera de los interesados, los demás implicados en la controversia habrán de sumarse expresamente a dicha petición, de suerte que, si alguno no lo hiciere, o se opusiere de cualquier forma al arbitraje anteriormente reseñado, quede privado de todo derecho en la sucesión o, si se trata de un heredero forzoso, reducido a su legítima estricta, acreciendo su parte a los demás herederos. He informado al testador de las consecuencias jurídicas que supone someter a mediación y, en su caso, a arbitraje las discusiones que, en su caso, surjan sobre el presente testamento; singularmente de que el arbitraje supone la exclusión de la vía judicial; así como de la posibilidad de escoger entre diversas instituciones de mediación y arbitraje, tras lo cual optó por la indicada Cámara de Industria, Comercio y Navegación de...”.

28 Su validez, en los términos señalados, ha sido admitida por la Sala Primera del Tribunal Supremo en diferentes resoluciones (cfr. sus sentencias de 21 de noviembre de 2011 [RJ 2012, 1635], Pte. Sr. O’Callaghan Muñoz; 10 de junio de 2014 [RJ 2015, 6242], Pte. Sr. Orduña Moreno, en la que se dispone que “no constituye un *fraus legis* (fraude de ley) dirigido a imponer una condición ilícita (coacción) o gravamen directo sobre la legítima (813 del Código Civil), pues su alcance en una sucesión abierta y, por tanto, diferida, se proyecta en el plano del legitimario configurada como un derecho de opción o facultad alternativa que, sujeta a su libre decisión, puede ejercitar en uno u otro sentido conforme a sus legítimos intereses”; 3 de septiembre de 2014 [RJ 2014, 4795], Pte. Sr. Orduña Moreno; y 21 de abril de 2015 [RJ 2015, 1913], Pte. Sr. Orduña Moreno).

29 Esta regla quiebra en el caso del acuerdo extrajudicial de pagos previsto en la Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización, con el propósito de evitar la insolvencia de los que dicha norma denomina “emprendedores” – concepto más amplio que el de “comerciante” o “empresario”– y evitar el concurso de acreedores, ya que es posible redactar el plan de pagos de los créditos pendientes de abono en la fecha del citado acuerdo sin el consenso de todos los acreedores, siendo suficiente que den su conformidad quienes sean titulares, al menos, del 60% del pasivo o del 75% del mismo, si el plan consiste en que el deudor ceda sus bienes en pago de sus deudas (vid. el artículo 238 de la Ley Concursal).

30 En contra: GONZÁLEZ MARTÍN, L. A., “Aspectos procesales de la Ley de Mediación”, en *Iuris: Actualidad y práctica del derecho*, núm. 183, enero de 2013, p. 35.

31 Cfr. ALASTRUEY GRACIA, R., “Traslación de la mediación y sus acuerdos al proceso judicial”, en *Materiales jurídicos del Libro Blanco de la Mediación en Cataluña*, vol. II, Generalitat de Catalunya. Centre d’Estudis Jurídics i Formació Especialitzada, 2011, p. 404, quien aboga por que se permita al juez imponer la suspensión del proceso y derivar obligatoriamente a la mediación, “incluso imponiendo ciertas consecuencias en caso de negativa injustificada a conocer el procedimiento de mediación” y refiere como ejemplo de su propuesta la sentencia dictada por el titular del Juzgado de Primera Instancia núm. 22 de Barcelona en el asunto 779/2007 (OCU contra Red Eléctrica de España y Endesa), Sr. Ruiz de la Cuesta Muñoz, tramitado con ocasión del apagón eléctrico que padecieron los ciudadanos de la ciudad condal el 23 de julio de 2007, en la que, al referirse a las costas, se dice: “El punto de partida, dado que la demanda va a ser parcialmente estimada, ha de ser que no haya pronunciamiento en materia de costas (artículo 394 LEC).- El matiz será (toda vez que la solución que se da al pleito en lo tocante a ENDESA coincide plenamente con la oferta realizada por ésta en la audiencia previa y que la OCU no aceptó, determinando su falta de aceptación el que el procedimiento hubiese de continuar hasta su conclusión, sin aportar no obstante la actora prueba conducentes a acreditar el importe de su pretensión) que las costas de ENDESA posteriores a la audiencia previa de 01.04.09 deben ser a cargo de la actora”. Semejante criterio, que supone castigar al actor por hacer uso de un derecho legalmente reconocido y “obligar” al titular del órgano jurisdiccional a cumplir con su labor de dictar una sentencia acorde a derecho, resulta censurable y absolutamente inadmisibles. Y así lo reconoció la Audiencia Provincial de Barcelona al resolver el recurso de apelación (JUR 2010, 383076) contra la sentencia de primera instancia antes citada y señalar, acertadamente, que “la temeridad no viene definida o determinada por una mera estimación parcial de las pretensiones sostenidas”, sino por una conducta temeraria, infundada o insostenible, lo que no se apreciaba en el presente caso (SAP de Barcelona –Sección 11ª– de 21 de octubre de 2010 [PROV 2010, 383076], Pte. Sra. Alonso Martínez).

32 Cfr. el auto del Juzgado de Primera Instancia número 52 de Barcelona de 26 de enero de 2015 (AC 2015, 378), Pte. Sra. Alastruey Gracia. En igual sentido, véase el auto del Juzgado de Primera Instancia número 18 de Granada de 11 de noviembre de 2015 (PROV 2016, 21573), Pte. Sra. Frias Román, que, con clara inspiración en aquél, al que expresamente menciona, señala: “Procedimientos como el presente es en donde queda patente el “abuso del proceso”, causando un daño para los intereses generales que pudiera dar lugar a responsabilidad conforme al artículo 247 de la ley de enjuiciamiento civil, pues las partes tienen a su alcance otros métodos de realizar el valor de lo justo en cada caso concreto, mucho más barato, como mucho más rápido y menos gravoso para las arcas públicas como puede ser la mediación, cuyo uso ni si quieren lo intentan, todo ello como se afirma en el Auto del Juzgado de Primera Instancia número 52 de Barcelona de fecha 26 de enero del 2015 (AC 2015, 378) con remisión al contenido del derecho a obtener la tutela de jueces y tribunales reseñada en la STC de 16 de febrero del 2012 (RTC 2012, 20), lo que supone que pueden establecerse límites al ejercicio del derecho fundamental que serán constitucionalmente válidos sí, respetando su contenido esencial (artículo 53.1CE) están dirigidas a preservar otros derechos, bienes o intereses constitucionalmente protegidos y guarda la adecuada proporcionalidad con la naturaleza del proceso y la finalidad perseguida (entre otras SSTC 158/1987 de 20 de octubre (RTC 1987, 158), FJ 4, 32/1991 de 14 de febrero (RTC 1991, 32), FJ 4, 133/2004 de 22 de julio (RTC 2004, 133), FJ4 recaída precisamente al controlar la constitucionalidad de una norma que limitaba el acceso a la justicia en aras al cumplimiento de deberes tributarios) sentencia que también se refiere a la legitimidad de la tasa judicial para afirmar algo que es obvio: la justicia no es gratis, para hacer prevalecer en dichas resoluciones la responsabilidad personal para un uso adecuado del proceso judicial dado que los argumentos referidos por el Tribunal Constitucional sirven para valorar si constituye un comportamiento justo, ético y de rectitud social dicho uso y abuso del proceso judicial, en un momento como el presente en que los recursos públicos son escasos y el servicio prestacional que realiza los Tribunales está colapsado por un exceso de litigiosidad y se acude a los mismos sin intentar la

resolución por otras vías igualmente adecuadas y en vigor, cuando la actividad jurisdiccional se sufraga con la contribución de todos los contribuyentes y por reclamación de escasa cuantía el coste público del proceso es mucho mayor que lo que se reclama, existiendo como existe hoy en día otras vías para solucionar la controversia como es la Mediación, que nunca impediría de forma alternativa y subsidiaria el acceso al proceso judicial intentado sin efecto. Con todo ello lo único que se pretende es ajustar el ejercicio de los derechos a las pautas de buena fe como principio informador de todo ordenamiento jurídico, de conformidad con art. 7.1 del código civil y para el ámbito procesal los artículos 11.2 LOPJ y 247 LEC evitando una desproporción enorme entre lo que se discute lo que cuesta que se discuta existiendo otras alternativas que no compromete recursos públicos, que no perjudica los derechos en discusión y cuyo uso inicial evitaría muchos de los casos que hoy en día colapsan los tribunales”, razón por la cual acordó que, con carácter previo a la admisión a trámite de la demanda, las partes debían acudir “a una sesión informativa de mediación en el Il.º Colegio de Procuradores de ésta ciudad, a la que deberán asistir, una vez sean convocados por el mismo debiendo comunicar a este juzgado la decisión adoptada al respecto. Cumpliméntese la ficha correspondiente de derivación por la Sr.ª Secretaria a fin de poder llevarse la sesión informativa, debiéndose comunicar a este órgano el resultado de la misma”. La decisión, ciertamente bienintencionada, es, sin embargo, y basta una mera lectura para advertirlo, claramente contraria a nuestro ordenamiento jurídico, que, en ningún caso, autoriza una decisión como la adoptada por la jueza titular del Juzgado de Primera Instancia número 18 de Granada en el supuesto que acabamos de mencionar, por más que en él se reclamase el pago de 59.19 euros.

33 Como señala HERRERO PEREZAGUA, en la mediación “el criterio que sirve para dar solución al conflicto deja de ser la ley y, en su lugar, adquiere el papel central la voluntad de las partes” (vid. HERRERO PEREZAGUA, J. F., *Lo jurisdiccional en entredicho*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2014, p. 176).

34 De ahí que el artículo 23.4 de la LMed disponga que, contra lo convenido en el acuerdo de mediación, solo podrá ejercitarse la acción de nulidad por las causas que invalidan los contratos. Éstas se deducen de lo dispuesto en los artículos 1.261 y 1.300 del Código Civil, de los que se infiere que pueden ser total o parcialmente anulados los acuerdos en los que se haya convenido sobre materias no disponibles; en los que falte objeto, por venir referidos a cosas que estén fuera del comercio de los hombres, sean imposibles o se encuentren indeterminadas en cuanto a su especie, o, en su caso, a servicios inviables o que sean contrarios a las leyes o a las buenas costumbres (cfr. los artículos 1.271 y 1.273 del Código Civil): o en los que no exista causa, o, existiendo, sea ilícita, por oponerse a las leyes o a la moral (vide el artículo 1.275 del Código Civil).

35 Con todo, no falta quien piensa que la opción legislativa constituye un error y se muestra partidario de la obligatoriedad de la mediación en determinados supuestos, sobre todo en situaciones de crisis económica, como la que todavía padecemos en la actualidad (vid. MAGRO SERVET, V., “La incorporación al derecho español de la Directiva 2008/52/CE por el Real Decreto 5/2012, de 5 de marzo, de mediación en asuntos civiles y mercantiles”, en *Diario La Ley*, núm. 7852, Sección Doctrina, 7 de mayo de 2012, año XXXIII, Ref. D-190, pp. 1 y 4).

36 Artículo 5.1 del Decreto legislativo de 4 de marzo de 2010 núm. 28, antes mencionado.

37 Con todo, como es sabido, el Pleno del Tribunal Constitucional, por sentencia dictada el 24 de mayo de 2018 (RTC 2018, 54) (“BOE” núm. 151, de 22 de junio de 2018), declaró la inconstitucionalidad y nulidad de dicho precepto.

38 Puede consultarse en: <http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Temas/Mediacion/Guia-para-la-practica-de-la-Mediacion-Intrajudicial/>

39 Que su tarea fuese gratuita en un primer momento no significa, nótese bien, que no les sea útil y, en consecuencia, carezca de interés para ellos llevarla a cabo. Pues les serviría para adquirir una experiencia práctica de la que la mayoría carece. La experiencia en los lugares en que así se ha procedido (por ejemplo, en Murcia), así lo acredita y corrobora.

40 Redacción propuesta en el Anteproyecto para el apartado 4 del artículo 228 de la LECiv.

41 Sobre el contenido de este derecho fundamental puede consultarse: SIGÜENZA LÓPEZ, J., *Sistema judicial español*, 7ª edición, Ed. Laborum, Murcia, 2019, pp. 196-200.

42 Vid. lo dispuesto en los artículos 11 de la Ley 5/2012 y 5 del Real Decreto 980/2013, de 13 de diciembre.

43 Una crítica a la formación exigida a los mediadores puede consultarse en: SIGÜENZA LÓPEZ, J., *Mediación extrajudicial y proceso civil*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2018, pp. 42-47, especialmente, p. 45.

44 Véase en: <https://www.abogacia.es/wp-content/uploads/2019/02/Observaciones-Abogacia-ley-de-mediacion.pdf>