

Rafael Bellido Penadés

**MEDIOS ALTERNATIVOS DE SOLUCIÓN DE CONFLICTOS Y
DERECHO A LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA EN DERECHO
PRIVADO (ESPAÑOL Y DE LA UNIÓN EUROPEA)**

RAFAEL BELLIDO PENADÉS
Catedrático de Derecho Procesal
Universitat de València
Ex Letrado del Tribunal Constitucional

Valencia, 2022

INDICE

SIGLAS Y ABREVIATURAS

CONSIDERACIONES INICIALES

CAPÍTULO PRIMERO

EL FOMENTO DE LOS MEDIOS ALTERNATIVOS DE RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS EN DERECHO PRIVADO Y SU COMPATIBILIDAD CON EL DERECHO FUNDAMENTAL A LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA

1. En el ordenamiento jurídico de la Unión Europea. Referencias a los ordenamientos de los Estados miembros

A) En el Derecho positivo de la UE. Referencias a los ordenamientos de los Estados miembros

B) En la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea

a) Conciliación previa obligatoria

b) Mediación previa obligatoria

2. En el ordenamiento jurídico español

A) En el Derecho positivo vigente

a) Arbitraje

b) Mediación

c) Medios de resolución alternativa de litigios en materia de consumo

d) Reclamación extrajudicial en materia financiera y de cláusulas suelo

e) Reclamación extrajudicial en materia de transporte aéreo

B) En la jurisprudencia del Tribunal Constitucional

a) Arbitrajes obligatorios en Derecho privado: trasportes terrestres y seguro de defensa jurídica

b) Reclamación administrativa y conciliación previas y obligatorias en el ámbito laboral

c) Reclamación previa voluntaria y régimen de condena en costas en materia de cláusulas suelo

C) En los Anteproyectos y Proyectos de Ley recientes

- a) El Anteproyecto de Ley de impulso de la mediación de diciembre de 2018
- b) El Proyecto de Ley de medidas de eficiencia procesal del servicio público de justicia de 22 de abril de 2022

CAPÍTULO SEGUNDO

EFICACIA DE LOS MEDIOS ALTERNATIVOS DE SOLUCIÓN DE CONFLICTOS EN DERECHO PRIVADO

- 1. En los Estados de la Unión Europea
- 2. La eficacia de la mediación en España. Algunos datos estadísticos sobre mediación intrajudicial

A MODO DE CONCLUSIÓN

BIBLIOGRAFIA

SIGLAS Y ABREVIATURAS

ALIM	Anteproyecto de Ley de impulso de la Mediación
ALMEP	Anteproyecto de Ley de medidas de eficiencia procesal del servicio público de justicia
Art.	Artículo
Arts.	Artículos
BOE	Boletín oficial del Estado
CE	Constitución española
CEFUE	Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea
Coord.	Coordinación
CGPJ	Consejo General del Poder Judicial
DA	Disposición adicional
Dir.	Dirección
€	Euro
FD	Fundamento de Derecho
FFDD	Fundamentos de Derecho
FJ	Fundamento Jurídico
FFJJ	Fundamentos Jurídicos
LA	Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje
LAJ	Letrado de la Administración de Justicia
LAJG	Ley 1/1996, de 10 de enero, de asistencia jurídica gratuita
LCS	Ley 50/1980, de 8 de octubre, de Contrato de Seguro
LEC	Ley 1/2000, de Enjuiciamiento Civil
LET	Ley del Estatuto de los Trabajadores
LM	Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles
LPL	Ley de Procedimiento Laboral
LO	Ley Orgánica
Loc. cit.	Lugar citado
LOPJ	Ley Orgánica 6/1985, de 2 de julio, del Poder Judicial
LOTT	Ley 16/1987, de 30 de julio, de ordenación de los transportes terrestres
LRJS	Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social

LRALMC	7/2017, de 2 de noviembre, 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
MAIN	Memoria de análisis de impacto normativo
MASC	Medio alternativo de solución de conflictos
Núm.	Número
Ob. cit.	Obra citada
P.	Página
PLMEP	Proyecto de Ley de medidas de eficiencia procesal del servicio público de justicia
PP.	Páginas
RAL	Resolución alternativa de litigios
RD	Real Decreto
RDL	Real Decreto-ley
RGDP	Revista General de Derecho Procesal
S.	Siglo
SS.	Siguientes
STC	Sentencia del Tribunal Constitucional
STJUE	Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea
TFUE	Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea
UE	Unión Europea

I. CONSIDERACIONES INICIALES.

El fomento de los métodos alternativos de resolución de conflictos ¹ viene siendo un objetivo del Derecho de la Unión Europea que se ha ido potenciando progresivamente en las últimas dos décadas, especialmente, en sede de protección de los derechos de los consumidores y usuarios, materia en la que resultan necesarios todos los medios posibles de protección de los derechos de estos, tanto medios jurisdiccionales –individuales y colectivos–, como medios alternativos –heterocompositivos y autocompositivos– de resolución de conflictos.

El Derecho de la Unión ha ido intentando proteger los derechos de los consumidores y usuarios con instrumentos normativos de diferente intensidad o carácter vinculante. A finales del S. XX y comienzos del S. XXI optó por el instrumento de recomendaciones de alcance general, a través de la Recomendación 98/257/CE de la Comisión, de 30 de marzo de 1998, relativa a los principios aplicables a los órganos responsables de la solución extrajudicial de los litigios en materia de consumo ² y de la Recomendación 2001/310/CE de la Comisión, de 4 de abril de 2001, relativa a los principios

¹ Es muy variada la terminología que se utiliza para referirse a los medios de resolución de conflictos diferentes al proceso judicial en el que se ejerce la función jurisdiccional (medios alternativos, medios extrajudiciales, medios adecuados ...). Sin desconocer que esos medios pueden ser tanto alternativos, como complementarios, según el momento en el que se utilicen, estimo más acertados los términos “medios alternativos” que los de “medios extrajudiciales”, porque, en ocasiones, esos medios se utilizan durante la pendencia de un proceso judicial. Sin embargo, me parecen menos acertados los términos “medios adecuados”, pues podrían dar a entender que el proceso judicial no es un medio adecuado para la resolución de controversias, cuando es precisamente ese medio el que desde una perspectiva constitucional y supranacional mayores garantías comporta para el ciudadano que impetra tutela de sus derechos e intereses legítimos.

² Diario Oficial de las Comunidades Europeas 17. 4. 1998, L 115/31.

aplicables a los órganos extrajudiciales de resolución consensual de litigios en materia de consumo ³.

El diferente objeto de estas recomendaciones se determina, entre otras, en la STJUE (Sala 4ª) de 18 de marzo de 2010, asuntos acumulados C-317/08 a 320/08, en la que se advierte que, según el noveno considerando de la Recomendación 98/257, su ámbito de aplicación se circunscribe a los procedimientos que, con independencia de su denominación, conducen a la solución de un litigio gracias a la intervención activa de un tercero que propone o impone una decisión. Por el contrario, la Recomendación 2001/310 no tiene ese objeto, sino que su objeto lo constituyen aquellos procedimientos que se limitan a intentar acercar a las partes, ayudándolas a encontrar una solución de común acuerdo ⁴.

Así mismo, el legislador de la Unión Europea utilizó y utiliza con frecuencia el instrumento normativo de la directiva, bien con relación a sectores más específicos, o bien de alcance más general.

Entre las directivas relativas a sectores más específicos se encuentra la Directiva 2002/22/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 7 de marzo de 2002, relativa al servicio universal y los derechos de los usuarios en relación con las redes y los servicios de comunicaciones electrónicas.

En ella, su artículo 34 regula la «Resolución extrajudicial de litigios», en el que se dispone que «los Estados miembros garantizarán la disponibilidad de procedimientos extrajudiciales transparentes, sencillos y poco onerosos para tratar litigios no resueltos que afecten a los consumidores y se refieran a asuntos regulados por la presente Directiva. Los Estados miembros adoptarán medidas para garantizar que tales procedimientos permitan la resolución equitativa y rápida de los litigios y, en caso

³ Diario Oficial de las Comunidades Europeas 19.4.2001, L 109/56.

⁴ STJUE Sección 4ª 18/03/2010, apartados 33 y 34.

justificado, podrán adoptar un sistema de reembolso o indemnización. Los Estados miembros podrán ampliar el ámbito de estas obligaciones de modo que cubran también los litigios que impliquen a otros usuarios finales»⁵.

Entre las directivas que se ocupan de la materia con un alcance más general, se encuentra la Directiva 2008/52/CE, de 21 de mayo, sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles⁶.

En la última década en materia de consumo han proliferado diversos instrumentos normativos comunitarios más recientes sobre mecanismos alternativos de resolución de conflictos, como la Directiva 2013/11/UE, de 21 de mayo de 2013, relativa a la resolución alternativa de litigios en materia de consumo⁷, y el Reglamento (UE) n.º 524/2013, de 21 de mayo de 2013, sobre resolución de litigios en línea en materia de consumo⁸.

A nivel de Derecho español la regulación de los medios alternativos de solución de conflictos tradicionalmente ha proliferado en algunos sectores específicos y, sobre todo, a instancias del legislador comunitario, en materia de consumo. Así, en desarrollo de la previsión contenida en el art. 31 de la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, mediante Real Decreto 636/1993, de 3 de mayo, se procedió a la regulación por primera vez del Sistema Arbitral de Consumo, más tarde

⁵ Así mismo, su apartado 4 recuerda que «el presente artículo no menoscabará los procedimientos judiciales nacionales».

⁶ Directiva 2008/52/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de mayo de 2008, sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles (DOUE 24.5.2008, L 136/3), que, como después se verá, se refiere al modelo voluntario u obligatorio de la mediación y a su relación con el derecho de acceso a los tribunales en los considerandos 13 y 14 y en los arts. 1 y 5.

⁷ 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 (DOUE 18.6.2013, L 165/63) y por la que se modifica el Reglamento (CE) n.º 2006/2004 y la Directiva 2009/22/CE. Esta directiva se refiere a la relación de los medios alternativos de solución de conflictos con el derecho de acceso a los tribunales en los considerandos 42, 43 y 45 y en los arts. 9 y 10.

⁸ Reglamento (UE) n.º 524/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de mayo de 2013, sobre resolución de litigios en línea en materia de consumo (DOUE 18.6.2013, L 165/1). Este Reglamento también hace referencia a la relación de los medios alternativos de solución de conflictos con el derecho de acceso a los tribunales en el considerando 26.

sustituido por el Real Decreto 231/2008, de 15 de febrero, ante la necesidad de adaptar el Sistema Arbitral de Consumo al Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuario, así como a la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje.

Junto a la Ley 60/2003 de Arbitraje, primer método alternativo de resolución de conflictos al que se concedió protagonismo en nuestro ordenamiento, la regulación general de la mediación, como segundo método alternativo de resolución de conflictos en Derecho privado, vio la luz con la Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles (LM), la cual, a su vez, es desarrollada por el Real Decreto 980/2013, de 13 de diciembre ⁹. La Ley 5/2012, si bien regula la mediación extrajudicial, también modificó diversos artículos de la Ley 1/2000, de Enjuiciamiento Civil, para introducir, potenciar y regular en esta la mediación intrajudicial.

Pero, además, en el curso de la última década se han llevado a cabo en Derecho español dos Anteproyectos de ley que afectan directamente a la materia aquí objeto de análisis, el Anteproyecto de Ley de impulso de la mediación (ALIM) de diciembre de 2018 y el Anteproyecto de Ley de medidas de eficiencia procesal del servicio público de justicia (ALMEP) de noviembre de 2020, el segundo de los cuales se está tramitando en la actualidad y se ha transformado ya en el Proyecto de Ley de medidas de eficiencia procesal del servicio público de justicia (PLMEP) de 22 de abril de 2022¹⁰.

⁹ 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.

¹⁰ El presente trabajo fue realizado con arreglo al texto del Anteproyecto de Ley de medidas de eficiencia procesal del servicio público de justicia (ALMEP) de noviembre de 2020 y fue enviado a la editorial el 24 de enero de 2022. Tras su revisión, fue aceptado para su publicación por la editorial el 24 de febrero de 2022. Sin embargo, durante el procedimiento de producción editorial el Anteproyecto de Ley de noviembre de 2020 se transformó en el Proyecto de Ley de 22 de abril 2022, lo que ha provocado una actualización de urgencia del trabajo original.

La particularidad de estos dos últimos Anteproyectos reside en que, ante la falta de una efectiva implantación de los mecanismos establecidos por la normativa a la que nos acabamos de referir, establecen modelos de mediación (ALIM), o de mecanismos alternativos de resolución de conflictos (ALMEP), de carácter obligatorio, lo cual, como se ha puesto de manifiesto desde distintos sectores, puede entrar en colisión con el respeto del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva consagrado en el art. 24. 1 Constitución española (CE) y en el art. 47 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea (CDFUE), tema del que nos ocuparemos en el presente trabajo, junto con otras cuestiones relacionadas con el mismo.

Cfr. Boletín Oficial de las Cortes Generales, Congreso de los Diputados, XIV Legislatura, Serie A: Proyectos de Ley, 22 de abril de 2022, Núm. 97-1.

CAPÍTULO PRIMERO

EL FOMENTO DE LOS MEDIOS ALTERNATIVOS DE RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS EN DERECHO PRIVADO Y SU COMPATIBILIDAD CON EL DERECHO FUNDAMENTAL A LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA.

1. En el ordenamiento de la Unión Europea. Referencias a los ordenamientos de los Estados miembros.

El fomento de los medios alternativos de solución de conflictos es uno de los objetivos perseguidos en el seno de la Unión Europea desde hace tiempo, lo que viene realizándose en la regulación de ámbitos más o menos específicos. Nosotros nos ocuparemos brevemente de su regulación en la Directiva 2008/52/CE, de 21 de mayo sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles, y en la Directiva 2013/11/UE, de 21 de mayo, relativa a la resolución alternativa de litigios en materia de consumo. Ambas se pronuncian sobre la posible afectación de las regulaciones de los medios alternativos de solución de conflictos en el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva reconocido en la Carta de Derechos Fundamentales de la UE. También resulta oportuno observar cómo han respondido los ordenamientos de otros Estados miembro de la UE ante las normas y sugerencias realizadas desde las instituciones de la UE.

Obviamente, en este tema merece una destacada atención la jurisprudencia emanada del Tribunal de Justicia de la UE, al resolver cuestiones prejudiciales planteadas por tribunales nacionales con relación a la compatibilidad de normas de sus legislaciones nacionales con el ordenamiento de la UE, sin excluir su compatibilidad con el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva reconocido en el art. 47 de la CDFUE.

A) En el Derecho positivo de la UE. Referencias a los ordenamientos de los Estados miembros.

El objetivo del fomento de los medios alternativos de resolución de conflictos en el Derecho de la UE se encuentra unido a la finalidad de asegurar un mejor acceso a la justicia, en el convencimiento de que «el objetivo de asegurar un mejor acceso a la justicia, como parte de la política de la Unión Europea encaminada a establecer un espacio de libertad, seguridad y justicia, debe abarcar el acceso a métodos tanto judiciales como extrajudiciales de resolución de litigios»¹¹ y en el entendimiento de que «la mediación puede dar una solución extrajudicial económica y rápida a conflictos en asuntos civiles y mercantiles, mediante procedimientos adaptados a las necesidades de las partes»¹². Pero, además ese objetivo de la Unión Europea de fomento de los medios alternativos de solución de conflictos (MASC) se configura como objetivo incluso en el propio Derecho primario, pues, según el artículo 81 TFUE, apartado 2, letra g), en el marco de la cooperación judicial en materia civil, el legislador de la Unión deberá adoptar medidas destinadas a garantizar «el desarrollo de métodos alternativos de resolución de litigios»¹³.

Sin embargo, esos loables objetivos deben alcanzarse de forma armónica con los derechos fundamentales reconocidos normativamente en el ámbito del Consejo de Europa, de la Unión Europea y de los Estados miembros. Por lo que respecta a España, el derecho de acceso a los tribunales es una vertiente del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva reconocido en el art. 24. 1 CE, y no una vertiente cualquiera, sino la primigenia o principal, sin la cual no es posible disfrutar de las otras

¹¹ Directiva 2008/52, considerando 5.

¹² A lo que se añade en igual lugar que «Es más probable que los acuerdos resultantes de la mediación se cumplan voluntariamente y también que preserven una relación amistosa y viable entre las partes. Estos beneficios son aún más perceptibles en situaciones que presentan elementos transfronterizos».

¹³ Como declara la STJUE de 14 de mayo de 2020, asunto C-667/18, & 41.

vertientes del derecho a la tutela judicial efectiva comprendidas en el mismo, cuyo contenido ha ido desgranando la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, aunque solo sea porque son posteriores en el tiempo al acceso al tribunal y rigen ante él ¹⁴.

Los medios de solución de conflictos alternativos a la vía judicial en el Derecho de la Unión se han configurado como medios voluntarios, como mínimo para el consumidor, pues de configurarse como medios de solución de conflictos obligatorios se puede vulnerar el contenido esencial del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva.

Como ha declarado la STC (Pleno) 1/2018, de 11 de enero, con relación al arbitraje obligatorio instaurado por el art. 76, e) de la Ley 50/1980, de 8 de octubre, de Contrato de Seguro, respecto del seguro de defensa jurídica, «ello quiere decir que la falta de la necesaria concurrencia de la voluntad de ambas partes litigantes para someterse a este mecanismo extrajudicial de resolución de conflictos y su imposición a una de ellas, en principio, no se compadece bien con el básico aspecto contractual del arbitraje y con el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva que garantiza el derecho de acceso a los órganos jurisdiccionales (art. 24.1 CE). La razón estriba en que ha de entenderse que en el mecanismo arbitral, la renuncia al ejercicio del derecho fundamental proviene de la legítima autonomía de la voluntad de las partes, que, libre y voluntariamente, se someten a la decisión de un tercero ajeno a los tribunales de justicia para resolver su conflicto, y ello, correctamente entendido, no implica una renuncia general al derecho fundamental del artículo 24 CE, sino a su ejercicio en un determinado momento».

¹⁴ Sobre el contenido de este derecho fundamental y sus vertientes DE LA OLIVA SANTOS, A. y Díez-PICAZO GIMÉNEZ, I., *Tribunal Constitucional, jurisdicción ordinaria y derechos fundamentales*, MacGraw-Hill, 1996 y BORRAJO INIESTA, I., Díez-PICAZO GIMÉNEZ, I y FERNÁNDEZ FARRERES, G., *El derecho a la tutela judicial efectiva y el recurso de amparo*, Civitas, 1995.

Por otra parte, en el Derecho de la UE el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva se reconoce en el art. 47 de la CDFUE, el cual dispone que «toda persona cuyos derechos y libertades garantizados por el Derecho de la Unión hayan sido violados tiene derecho a la tutela judicial efectiva respetando las condiciones establecidas en el presente artículo (...).

Se prestará asistencia jurídica gratuita a quienes no dispongan de recursos suficientes siempre y cuando dicha asistencia sea necesaria para garantizar la efectividad del acceso a la justicia».

La Directiva 2008/52/CE, de 21 de mayo, sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles, no desconocía el riesgo que un fomento de los medios alternativos de solución de conflictos de carácter obligatorio podía entrañar para el derecho a la tutela judicial efectiva. Por ello, *el legislador europeo optó por un modelo de mediación de carácter voluntario*.

Así, advierte que «la mediación a que se refiere la presente Directiva debe ser un procedimiento voluntario, en el sentido de que las partes se responsabilizan de él y pueden organizarlo como lo deseen y darlo por terminado en cualquier momento» (considerando 13).

Igualmente, se establece como objetivo principal de la directiva «facilitar el acceso a modalidades alternativas de solución de conflictos y fomentar la resolución amistosa de litigios promoviendo el uso de la mediación y *asegurando una relación equilibrada entre la mediación y el proceso judicial*» (art. 1).

Por último, indica que la función del juez o magistrado del tribunal será *proponer o pedir* a las partes que recurran a la mediación para resolver el conflicto, o que asistan a una sesión informativa (art. 5. 1)

No obstante, se advierte en la Directiva que los Estados gozan de libertad para establecer en sus legislaciones nacionales una mediación obligatoria, o que la sometan a incentivos o sanciones, con un límite: siempre que las legislaciones nacionales no impidan después a las partes el ejercicio de su derecho de acceso a los tribunales ¹⁵, límite que, como después se verá, ha sido desarrollado en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE).

La relevancia constitucional de la configuración legal de los medios alternativos de resolución de conflictos tampoco pasó desapercibida al legislador comunitario en la Directiva 2013/11/UE, de 21 de mayo, relativa a la resolución alternativa de litigios en materia de consumo.

En ella, en su considerando 45 se parte de que «el derecho a la tutela judicial efectiva y el derecho a un juez imparcial forman parte de los derechos fundamentales establecidos en el artículo 47 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea» y, en consecuencia, se considera que *«los procedimientos de resolución alternativa no deben concebirse como sustitutivos de los procedimientos judiciales y no deben privar a consumidores o comerciantes de su derecho a recurso ante los órganos jurisdiccionales»*.

Por lo que concluye que esta Directiva *«no debe impedir a las partes ejercer su derecho de acceso al sistema judicial»*. De forma que «en los casos en que un litigio no pueda resolverse mediante un procedimiento de resolución alternativa determinado cuyo resultado no es vinculante, no debe impedirse a las partes que incoen a continuación un procedimiento judicial en relación con dicho litigio». No obstante, se admite que «los Estados

¹⁵ El art. 5. 2 señala en este sentido que «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*». La cursiva es nuestra. Lo que igualmente refleja su considerando 14.

miembros deben poder elegir libremente los medios adecuados para lograr este objetivo»¹⁶.

El fundamento de la posición del legislador de la UE se encuentra en lo que el mismo denomina como principio de libertad, que da título a su artículo 10, y que entre nosotros se conoce como principio de autonomía de la voluntad. En aplicación del mismo configura un principio de libertad, con diferentes límites para las partes, según se trate de procedimientos de resolución alternativa que tengan por objeto resolver el litigio, bien proponiendo una solución, o bien imponiendo una solución, y dentro de ellos, según su condición sea la de consumidor, o la de comerciante.

La norma de cabecera es, con carácter general, el principio de libertad, en especial para el consumidor, ya que el objetivo de la directiva es garantizar que los consumidores puedan, presentar reclamaciones contra los comerciantes ante entidades que ofrezcan procedimientos de resolución alternativa de litigios «si así lo desean» (art. 1, primer inciso).

Sin embargo, la propia directiva permite que ese principio pueda ser matizado por los ordenamientos nacionales con ciertos límites, al autorizar «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» (art. 1, segundo inciso).

La referida norma principal se completa con otras especiales contenidas en los artículos 9 y 10, en función de la clase de procedimiento alternativo y la condición de la parte (consumidor o comerciante). En el caso

¹⁶ Similares consideraciones se hacen en el considerando 26 del el Reglamento (UE) n.º 524/2013, sobre resolución de litigios en línea en materia de consumo, en el que se declara que «el derecho a la tutela judicial efectiva y el derecho a un juez imparcial forman parte de los derechos fundamentales establecidos en el artículo 47 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. *La resolución de litigios en línea no está concebida ni puede concebirse para sustituir a los procedimientos judiciales, ni debe privar a consumidores o comerciantes de su derecho de recurso ante los órganos jurisdiccionales.* Por lo tanto, el presente Reglamento no debe impedir a las partes ejercer su derecho de acceso al sistema judicial». La cursiva es nuestra.

de que se trate de procedimientos de resolución alternativa que tengan por objeto resolver el litigio mediante la *propuesta de una solución*, antes del inicio del procedimiento se informará a las partes (consumidor y comerciante) de su derecho a retirarse del procedimiento en cualquier momento, si no están satisfechas (art. 9. 2, a).

Durante el procedimiento se informará a las partes: de que su participación en el procedimiento alternativo no excluye que puedan obtener reparación en un procedimiento judicial (art. 9. 2, b, ii); de que la solución propuesta en el procedimiento alternativo puede ser distinta de la que se determinase en un proceso judicial en el que se aplicasen normas jurídicas (art. 9. 2, b, iii); de que tienen la opción de aceptar o rechazar la solución propuesta (art. 9. 2, b, i); y del efecto jurídico de aceptar la solución propuesta (art. 9. 2, c).

No obstante, respecto de los comerciantes se autoriza que las legislaciones nacionales puedan obligar al comerciante a participar en los procedimientos de resolución alternativa (art. 9. 2, a), así como que en estos procedimientos de propuestas de solución las legislaciones nacionales dispongan que su resultado sea vinculante para el comerciante, una vez que el consumidor haya aceptado la solución propuesta (art. 9. 3).

En los procedimientos de resolución alternativa que tengan por objeto resolver el litigio mediante la *imposición de una solución*, los Estados también deben velar porque «únicamente se dé a la solución carácter vinculante para las partes cuando estas hayan sido informadas con antelación de dicho carácter vinculante y lo hayan aceptado expresamente» (art. 10. 2), lo que es expresión del principio de libertad.

En el caso del consumidor la protección del principio de libertad no admite excepción, estableciéndose garantías suficientes para su adecuada consecución. En efecto, los Estados miembros deben velar porque un

acuerdo entre un consumidor y un comerciante de someter un conflicto a una entidad de resolución alternativa no sea vinculante para el consumidor, si se ha celebrado antes de que surja el conflicto y si tiene «por efecto privar al consumidor de su derecho a recurrir ante los órganos jurisdiccionales competentes para la resolución judicial del litigio» (art. 10. 1); lo que podría estimarse contrario al derecho a la tutela judicial efectiva del consumidor.

En cambio, el matiz se introduce respecto de los comerciantes, ya que, «si las soluciones son vinculantes para el comerciante con arreglo a la normativa nacional, no se exigirá la aceptación del comerciante para cada caso concreto» (art. 10. 2).

El respeto de la voluntad del consumidor de someterse al medio alternativo de resolución de conflictos es inequívoco, tanto en los procedimientos de resolución alternativa que tengan por objeto resolver un conflicto proponiendo una solución (art. 9. 2), como cuando los procedimientos de resolución alternativa tengan por objeto resolver un conflicto mediante la imposición de una solución (art. 10. 1 y 10. 2).

Sin embargo, el respeto de la libertad o voluntad del comerciante de someterse a procedimientos de resolución alternativa se admite que sea matizada por las legislaciones nacionales, tanto en los en los procedimientos de resolución alternativa en los que se propone una solución -bien porque se le obligue a participar (art. 9. 2, a), o bien porque el consumidor ya haya aceptado la solución propuesta (art. 9. 3)-, como en los procedimientos de resolución alternativa en los que se impone una solución, en los que se exigirá la aceptación del comerciante para cada caso concreto (art. 10. 2).

Con todo, esto último no significa que no se exija el concurso de la voluntad del comerciante, sino que, a través de ciertos sistemas, como la adhesión general a un determinado sistema de resolución de conflictos respecto de las controversias que surjan con ocasión del ejercicio de su

actividad comercial, no es precisa la aceptación del comerciante en cada conflicto individual que surja.

Expuesto el Derecho positivo de la Unión Europea conviene tener en cuenta la propia valoración que se ha hecho de su aplicación desde las propias instituciones de la Unión. En este sentido, cabe destacar que la propia Directiva 2008/52/CE, sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles, contemplaba que, cinco años después de su fecha máxima de trasposición ¹⁷, se realizara un informe por la Comisión, en el que se examinara el desarrollo de la mediación en la Unión Europea y el impacto de la Directiva en los Estados miembros, acompañando, en su caso, propuestas de adaptación de la Directiva (art. 11 Directiva 2008) ¹⁸.

Por lo que se refiere al objeto de nuestro estudio, en el informe de la Comisión, por una parte, se reconoce que *las prácticas que invitan a las partes a hacer uso de la mediación todavía no son satisfactorias* en general, por lo que propone, como a continuación se verá, algunas medidas legislativas nacionales de fomento de la mediación; pero, por otra parte, advierte el informe que la eventual *obligatoriedad de la mediación* es una cuestión controvertida ¹⁹ y que esa obligatoriedad puede afectar al derecho a

¹⁷ La fecha máxima de trasposición era el 21 de mayo de 2011, según el art. 12 de la Directiva 2008/52.

¹⁸ Esa fecha máxima se cumplía el 21 de mayo de 2016, siendo presentado el referido informe por la Comisión al Parlamento, al Consejo y al Comité Económico y Social Europeo el 26 de agosto de 2016. Puede consultarse en <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX%3A52016DC0542>.

¹⁹ La doctrina española no es ajena a este debate. Se manifiestan defensores decididos de la voluntariedad de la mediación MARTIN DIZ, F., *La mediación: sistema complementario de la Administración de Justicia*, Consejo General del Poder Judicial, 2010, p. 37; CASTILLEJO MANZANARES, R., “Métodos alternativos de resolución de conflictos ¿es necesario menos proceso”, en *El enjuiciamiento civil y penal hoy* (Coord. CACHÓN CADENAS, M. y PÉREZ DAUDI, V.), Atelier-Fundación privada Manuel Serra Domínguez, 2019, pp. 103-105; SIGÜENZA LÓPEZ, J: “Concepto y rasgos definitorios de la mediación instaurada en España por la Ley 5/2012”, en *Estudios sobre mediación y arbitraje desde una perspectiva procesal* (Dir. SIGÜENZA LÓPEZ y GARCÍA-ROSTÁN CALVÍN, Aranzadi Thomson Reuters, 2017, pp. 74-75; y SÁNCHEZ POS, M^a. V., “Hacia un modelo de obligatoriedad mitigada de la mediación. Comentario breve al Anteproyecto de Ley de Impulso de la Mediación, en *Justicia: ¿garantías versus eficiencia?* (Dir. JIMÉNEZ CONDE y BELLIDO PENADÉS), Tirant lo Blanch, 2019, pp.

la tutela judicial efectiva consagrado en el artículo 47 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión ²⁰ y, por lo tanto, entendemos que también puede verse afectado el referido derecho fundamental reconocido en el art. 24 CE ²¹.

923 y ss. Por el contrario, en sentido favorable a la obligatoriedad mitigada, LÓPEZ YAGÜES, V., *Mediación y proceso judicial, instrumentos complementarios de un Sistema integrado de Justicia Civil*, en *Práctica de Tribunales*, nº 137, marzo-abril, 2019, p. 3; CARRETERO MORALES, “¿Puede contribuir el nuevo modelo de «obligatoriedad mitigada» de la mediación a mejorar la eficiencia del proceso civil?: Breve análisis del Anteproyecto de Ley de Impulso a la Mediación”, en *Justicia: ¿garantías versus eficiencia?* (Dir. JIMÉNEZ CONDE y BELLIDO PENADÉS), Tirant lo Blanch, 2019, pp. 579 y ss.; ARANDA JURADO, M., “La mediación obligatoria mitigada como instrumento para la promoción de la mediación en los asuntos civiles y mercantiles en el ordenamiento jurídico español”, en *Justicia: ¿garantías versus eficiencia?* (Dir. JIMÉNEZ CONDE y BELLIDO PENADÉS), Tirant lo Blanch, 2019, pp. 533 y ss.

²⁰ En este sentido, es de indudable interés la STJUE (Sala 1ª) de 14 de junio de 2017, asunto C-75/16, que después se analizará y que ha sido objeto de considerable atención en la doctrina. Cfr. CARRETERO MORALES, E., “¿Puede contribuir el nuevo modelo...”, en *Justicia...*, ob. cit., pp. 583-588 y OROMI I VALL-LLOVERA, S., “La mediación de consumo como requisito de admisibilidad del proceso judicial según el Tribunal de Justicia de la UE (Comentario de la Sentencia del TJUE (Sala Primera) de 14 de junio de 2017)”, en *Adaptación del Derecho procesal español a la normativa europea y su interpretación por los tribunales* (Dir. JIMÉNEZ CONDE), Tirant lo Blanch, 2018, pp. 459 y ss. Sobre el art. 47 de la CDFUE, ALONSO GARCÍA, R. y SARMIENTO, D., *La Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. Explicaciones, concordancias y jurisprudencia*, Aranzadi, 2006; MILLIONE, C., *La interpretación del artículo 47 CDFUE como expresión de la labor hermenéutica del Tribunal de Luxemburgo en la construcción de un estándar europeo de protección de los derechos*, Teoría y realidad constitucional, núm. 39, 2017, pp. 665-674 y TRIGUERO MARTÍNEZ, L. A., “Art. 47. Derecho a la tutela judicial efectiva u a un juez imparcial”, en *Estudio sistemático de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea* (Dir. MONEREO ATIENZA y MONEREO PÉREZ), 2012, Comares, pp. 1237-1249.

²¹ Sobre la compatibilidad de los métodos extrajudiciales de resolución de conflictos obligatorios con el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva consagrado en el artículo 24 CE también se ha pronunciado la doctrina con posiciones no siempre coincidentes. Cfr., entre otros, MARTÍN DIZ, F., *La mediación...*, ob. cit., p. 37; LÓPEZ SÁNCHEZ, J., *El carácter general del requisito de procedibilidad de haber acudido a un “medio adecuado de solución de controversias”: a propósito del proceso monitorio*, en RGDP 55 (2021), pp. 2-9; CARRETERO MORALES, “¿Puede contribuir el nuevo modelo...”, en *Justicia...*, ob. cit., pp. 585-586; PICÓ JUNOY, J., *MASC y costas procesales en el futuro proceso civil: ¿La cuadratura del círculo?*, Diario La Ley núm. 9801, de 2 de marzo de 2021, p. 1.; y PÉREZ DAUDÍ, V., *La imposición de los ADR ope legis y el derecho a la tutela judicial efectiva*, en “In Dret”, 2/2019. Sobre esta cuestión en especial, PEITEADO MARISCAL, P., *Consideraciones sobre la relación entre el derecho a la tutela judicial efectiva y la mediación obligatoria*, en *Estudios de Deusto*, Vol. 66/2, julio-diciembre 2018, pp. 283 y ss.; MARTÍN DIZ, F., *El derecho fundamental a la justicia: revisión integral e integradora del derecho a la tutela judicial efectiva*, UNED, Revista de Derecho Político, núm. 106, septiembre-diciembre 2019, pp. 13 y ss.; BARONA VILAR, S., *Integración de la mediación en el moderno concepto de Acces to Justice*, InDret, octubre 2014; y ORDEÑANA GEZURAGA, I., “Contribuciones al debate sobre la necesidad de constitucionalizar las técnicas extrajudiciales de conflictos en el ordenamiento jurídico español”, en *El impacto de la oportunidad sobre los principios procesales clásicos* (Dir. CALAZA LÓPEZ y MUINELO COBO), Iustel, 2021, pp. 341 y ss.

Con relación al tema de la obligatoriedad de la mediación, el informe pone de manifiesto que es una cuestión controvertida, pero que la mayoría de los Estados miembros y de los representantes del mundo académico se oponen a ello. Así mismo, señala que entre quienes estaban a favor de un enfoque más obligatorio, recibió poco apoyo la propuesta de hacerla obligatoria para cualquier tipo de asunto y logró un mayor apoyo la propuesta de hacerla obligatoria para determinadas categorías de asuntos. La Comisión considera que la imposición de la mediación en el marco de un proceso judicial puede ser aceptable en relaciones duraderas que puedan ser fuente de frecuentes conflictos, como en determinados asuntos de Derecho de familia, o litigios con vecinos.

Sin embargo, la Comisión estima que los costes relacionados con la resolución de un litigio son factores importantes a la hora de decidir las partes si intentan la mediación o acuden a los tribunales. Y, en consecuencia, *«los incentivos financieros que resulten económicamente más atractivos para que las partes recurran a la mediación, en lugar de a procesos judiciales, pueden considerarse la mejor práctica»*. Además de que, *incluso en aquellos asuntos en los que el recurso a la mediación pueda resultar más razonable*, como en algunos asuntos de Derecho de familia, *«debe subrayarse que, también en tales casos, debe respetarse el derecho de tutela judicial efectiva tal como está garantizado por el artículo 47 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión»*²².

El informe de la Comisión se inclina, por tanto, a favor de una mediación de carácter voluntario y de una política de incentivos económicos para el fomento del recurso a la mediación, informando a su vez sobre las distintas técnicas de incentivo utilizadas en el ordenamiento de algunos Estados miembros.

²² Informe Comisión Europea, pp. 9-10. La cursiva es nuestra.

Así señala que algunos Estados miembros *ofrecen incentivos financieros* a la mediación mediante la reducción o el reembolso, total o parcial, de las tasas y costes de los procesos judiciales, si se alcanza un acuerdo gracias a la mediación durante procesos judiciales suspendidos, en función de la fase del proceso en que se alcance el acuerdo (Eslovaquia). En otros Estados miembros, la mediación misma se ofrece de forma gratuita o a bajo coste, con arreglo a la situación económica de las partes. En otros Estados miembros también existen incentivos financieros al uso de la mediación a través de la asistencia jurídica gratuita.

Así mismo, se advierte que en otros Estados miembros para fomentar el recurso a la mediación se *imponen sanciones*, o, más bien, consecuencias desfavorables en lo que se refiere al régimen de *condena en costas procesales*. Así, por una parte, en algunos Estados existen sanciones en los supuestos en que las partes se nieguen a participar en la mediación sin causa justificada y acudan directamente a los tribunales. Así, en Polonia, si una parte que ha accedido a la mediación se niega a participar en ella sin un motivo justificado, el tribunal puede condenarla en costas, con independencia del sentido de la resolución. En Eslovenia, el tribunal también puede condenar a pagar la totalidad o parte de las costas judiciales de la parte contraria a la parte que rechaza sin motivo justificado la remisión del asunto a mediación.

Igualmente, en otros Estados se prevén consecuencias negativas para las partes que rechazan propuestas de mediación acertadas, o intentan desvincularse de acuerdos de mediación alcanzados. En este sentido, en Italia la parte que gane el proceso judicial no puede recuperar las costas, si ha rechazado previamente una propuesta de mediación cuyo contenido coincida con el contenido de la posterior sentencia judicial. Y en Hungría se contemplan sanciones para las partes que, tras haber celebrado un acuerdo

de mediación, acudan después a los tribunales, o incumplan las obligaciones contraídas en el acuerdo de mediación. En Irlanda se aplican sanciones por una negativa injustificada a considerar la mediación ²³.

En definitiva, el informe de la Comisión concluye que la mediación puede contribuir a evitar litigios innecesarios a costa de los contribuyentes y a reducir la pérdida de tiempo y dinero asociados a los pleitos judiciales, así como que la Directiva sobre la mediación ha creado un marco jurídico europeo adecuado para la utilización de esta forma de resolución extrajudicial o alternativa de litigios, por lo que no considera necesario revisar de momento la Directiva.

Sin embargo, también se advierte que la aplicación de la Directiva puede mejorarse, considerándose como buenas prácticas para ello: «que las partes *expongan en sus demandas ante los órganos jurisdiccionales si han intentado la mediación*, sobre todo en el ámbito del Derecho de familia; *sesiones de información obligatoria* en el marco de un proceso judicial y obligación de los órganos jurisdiccionales de considerar la mediación en todas las fases de los procesos judiciales; *incentivos económicos* que hagan económicamente más interesante para las partes recurrir a la mediación en lugar de hacerlo a un proceso judicial; *garantizar la ejecución forzosa* sin exigir necesariamente el consentimiento de todas las partes en el acuerdo»²⁴.

Poco después las anteriores consideraciones fueron recogidas en alguna medida por la Resolución del Parlamento Europeo, de 12 de septiembre de 2017, sobre la aplicación de la citada directiva ²⁵, de la que deseamos destacar tres conclusiones.

²³ Informe Comisión Europea, pp. 8-9.

²⁴ Informe Comisión Europea, p. 11. La cursiva es nuestra.

²⁵ Resolución del Parlamento Europeo, de 12 de septiembre de 2017, sobre la aplicación de la Directiva 2008/52/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de mayo de 2008, sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles (Diario Oficial de la Unión Europea, 20.9.2018, C 337/2).

En primer lugar, todos los Estados miembros prevén la posibilidad de que los tribunales inviten a las partes en un litigio a recurrir a la mediación o, al menos, a participar en sesiones informativas sobre la mediación; así como que en algunos Estados miembros la participación en estas sesiones informativas es obligatoria, ya sea por iniciativa del juez (República Checa), o por disposición legal respecto de algunas clases de procesos, como los litigios de familia (por ejemplo, Lituania, Luxemburgo, Inglaterra y País de Gales) ²⁶.

En segundo lugar, la mediación presenta especial importancia en algunos asuntos de Derecho de familia (modalidades de custodia de los hijos, régimen de visitas y sustracción parental de menores), pues la mediación puede crear un clima constructivo para las negociaciones, garantizar un trato más justo entre los padres y permitir alcanzar soluciones amistosas, que sean duraderas y en interés de los menores sobre la residencia principal del menor, las modalidades de visita o la pensión alimenticia del menor ²⁷.

Y, en tercer lugar, los resultados obtenidos en los Estados miembros que ofrecen incentivos económicos para que las partes recurran a la mediación «demuestran que la mediación puede proporcionar una resolución extrajudicial *rentable* y rápida de los litigios a través de procedimientos adaptados a las necesidades de las partes» ²⁸.

Por último, también resultan de gran interés las consideraciones realizadas en el Informe de la Comisión europea de 25 de septiembre de 2019, sobre la aplicación de la Directiva 2013/11/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, relativa a la resolución alternativa de litigios en materia de consumo, y del Reglamento (UE) n.º 524/2013 del Parlamento

²⁶ Resolución Parlamento Europeo, conclusión 3, C 337/4.

²⁷ Resolución Parlamento Europeo, conclusión 7, C 337/4.

²⁸ Resolución Parlamento Europeo, conclusión 4, C 337/4. La cursiva es nuestra.

Europeo y del Consejo, sobre resolución de litigios en línea en materia de consumo ²⁹.

Del mismo solo deseamos destacar dos aspectos. Por una parte, que existen diversos modelos de participación del comerciante ³⁰ y que en una serie de regiones y sectores la tasa de participación de comerciantes en los modelos existentes de RAL (Resolución Alternativa de Litigios) es insuficiente.

Por otra parte, y sobre todo, que se ofrecen datos que avalan que hay mayor porcentaje de éxito en algunos Estados miembros en los que la participación en los procedimientos de RAL es voluntaria y gratuita, también la de los comerciantes.

En este sentido, se dice que en Austria la participación de los comerciantes en los procedimientos tramitados por la entidad austriaca de RAL subsidiaria en materia de consumo es voluntaria y que el procedimiento es gratuito, tanto para los consumidores, como para los comerciantes. En 2018, los comerciantes participaron en el 77 % de los procedimientos de RAL, con un porcentaje de resolución del 75 %. En cambio, en Alemania solo el 17 % de los comerciantes participó en procedimientos ante el órgano general de conciliación en materia de consumo, cuyo procedimiento de RAL es voluntario, pero no gratuito para los comerciantes.

²⁹ El mismo puede consultarse en <https://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-12604-2019-INIT/es/pdf>.

³⁰ El Informe de 25 de septiembre de 2019 de la Comisión europea sobre la aplicación de la Directiva 2013/11/UE y del Reglamento (UE) n.º 524/2013, pp. 10-11, señala, respecto de los diversos modelos de participación del comerciante en los RAL, que existen: i) modelos en los que la participación del comerciante es obligatoria por ley; ii) modelos en los que la participación del comerciante en el procedimiento de RAL no es obligatoria por ley, pero sí lo es por otras circunstancias (por ser el comerciante miembro de una asociación empresarial cuyos estatutos contengan ese compromiso para sus miembros, o porque el comerciante contraiga el compromiso en los contratos celebrados con consumidores); iii) modelos en los que el comerciante no está obligado a participar en el procedimiento de RAL, ni por ley ni por otro motivo, pero se le incentiva a hacerlo; y iv) modelos en los que el comerciante no está obligado a participar en el procedimiento de RAL, ni recibe un incentivo para participar.

E, igualmente, se informa de que en Finlandia los comerciantes no están obligados a participar en los procedimientos que tramite cualquiera de las tres entidades de RAL certificadas en materia de consumo y que los procedimientos de RAL culminan con una recomendación no vinculante. Ahora, el porcentaje de cumplimiento de esas recomendaciones se sitúa entre el 80 % y el 100 % ³¹.

De los anteriores datos parece que puede extraerse la conclusión de que hay mayor porcentaje de éxito en algunos Estados miembros en los que la participación en los procedimientos de RAL es voluntaria y gratuita, también la de los comerciantes. Si el éxito de los procedimientos de RAL se mide atendiendo al porcentaje de participación, al de obtención de acuerdos o recomendaciones y a su grado de cumplimiento, de los anteriores datos se desprende que para el éxito de la RAL es más importante el estímulo económico a la participación voluntaria, que la imposición de su obligatoriedad.

Por lo que se refiere al estado de la cuestión en las *legislaciones nacionales* de los Estados miembros de la UE, una observación de la regulación del modelo de mediación vigente en el ordenamiento de los distintos Estados miembros de la Unión Europea permite concluir que en la mayoría de ellos sigue prevaleciendo el modelo de mediación de carácter voluntario, según se desprende del Portal Europeo de Justicia en Línea ³².

Como se ha señalado en la doctrina, en algunos países se ha optado por incorporar la obligatoriedad para algunas clases de asuntos. «Por ejemplo, en Austria se acepta la mediación obligatoria en los asuntos vecinales y en los relacionados con discapacitados; en Alemania los diversos

³¹ Informe de 25 de septiembre de 2019 de la Comisión europea sobre la aplicación de la Directiva 2013/11/UE y del Reglamento (UE) n.º 524/2013, p. 13.

³² https://e-justice.europa.eu/content_mediation_in_member_states-64-es.do. última consulta 31.12.2021.

Estados federados prevén en algunos casos y para algunas materias la obligatoriedad; en Rumanía se establece la asistencia obligatoria a la sesión informativa de la mediación antes de acudir a la vía judicial en un listado de asuntos; en Malta se acepta la mediación obligatoria en determinados asuntos de familia; en Croacia en materia de disputas familiares y laborales»³³. Así mismo, la legislación noruega impone la mediación obligatoria en los procesos de separación y divorcio; la legislación alemana la impone en asuntos de naturaleza financiera, en controversias de barrio y en casos de difamación; y la legislación francesa dentro del ámbito del Derecho de familia³⁴. E Italia ha establecido un modelo de mediación obligada para un nutrido número de asuntos³⁵.

Sin embargo, según se desprende del Portal Europeo de Justicia en Línea, la mayoría de los Estados miembros de la Unión Europea optan todavía por un sistema de mediación voluntaria, pese a las sugerencias de introducción de la sesión informativa obligatoria realizadas en la Directiva 2008/52/CE, de 21 de mayo (art. 5. 2), en el informe presentado por la Comisión al Parlamento, al Consejo y al Comité Económico y Social Europeo el 26 de agosto de 2016³⁶ y en la Resolución del Parlamento Europeo, de 12 de septiembre de 2017, sobre la aplicación de la citada directiva³⁷.

³³ BARONA VILAR, “La mediación y su espacio en el hábitat de la justicia integral, global, algorítmica: ¿Más o menos protagonismo?”, en *Meditaciones sobre Mediación (MED+)* (editora BARONA VILAR), Tirant lo Blanch, en prensa, p. 51.

³⁴ CASTILLEJO MANZANARES, R., CASTILLEJO MANZANARES, R., “Métodos alternativos ...”, en *El enjuiciamiento civil y penal hoy ...*, ob. cit., pp. 102-103.

³⁵ Controversias «in materia di condominio, diritti reali, divisione, successioni ereditarie, patti di famiglia, locazione, comodato, affitto di aziende, risarcimento del danno derivante da responsabilità medica e sanitaria e da diffamazione con il mezzo della stampa o con altro mezzo di pubblicità, contratti assicurativi, bancari e finanziari», según el art. 5 bis 1 del Decreto legislativo, 04/03/2010 n° 28, Mediazione finalizzata alla conciliazione delle controversia civili e commerciali, en la redacción dada por el Decreto legislativo 21 giugno 2013.

³⁶ Puede consultarse en <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX%3A52016DC0542>.

³⁷ Resolución del Parlamento Europeo, de 12 de septiembre de 2017, sobre la aplicación de la Directiva 2008/52/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de mayo de 2008, sobre

El modelo de mediación voluntaria es el que todavía rige en los ordenamientos de Portugal, Bélgica, Países Bajos, Luxemburgo, Suecia, Finlandia, Eslovenia y Eslovaquia³⁸. En algunos de esos Estados, dada su voluntariedad, el coste de la mediación deben asumirlo las partes, en gran parte de los casos previo acuerdo sobre honorarios entre las partes y el mediador privado (Alemania, Bélgica, Suecia, Austria, o Eslovaquia). Sin embargo, en otros de esos Estados en los que la mediación es voluntaria, o en algunos Estados en los que la mediación es obligatoria, el coste de la mediación se sufraga en una parte por el Estado y en otra parte por las partes, en la mayoría de las ocasiones mediante el pago de tasas moderadas por las partes.

En Eslovenia en los litigios derivados de las relaciones paterno-filiales la intervención del mediador es gratuita para las partes, mientras que en los demás procesos civiles la intervención del mediador es gratuita para las partes durante las tres primeras horas ³⁹. En cambio, el sistema de pago de tasas por las partes rige en Finlandia, Países Bajos, Portugal e Italia.

En Finlandia la mediación judicial está sujeta al pago de una tasa, al igual que el resto de asuntos tramitados ante los tribunales ⁴⁰.

En Países Bajos el Estado contribuye a la financiación de la intervención de un mediador, o de un abogado, asumiendo ambas partes por lo que respecta al mediador el pago de una tasa de 51 € por una intervención

ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles (Diario Oficial de la Unión Europea, 20.9.2018, C 337/2).

³⁸ https://e-justice.europa.eu/content_mediation_in_member_states-64-es.do. última consulta 31.12.2021. Sobre su regulación en Derecho Comparado ver también BARONA VILAR, S., BARONA VILAR, S., *Psicoanálisis de las ADR. Retos en la sociedad global del siglo XXI*, La Ley, Mediación y Arbitraje, núm. 1 de 2020, p. 14 y, sobre todo, ESPLUGUES MOTA, C., *Mediación Civil y Comercial. Regulación Internacional e Iberoamericana*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2019.

³⁹ https://e-justice.europa.eu/content_mediation_in_member_states-64-es.do. última consulta 31.12.2021.

⁴⁰ https://e-justice.europa.eu/content_mediation_in_member_states-64-es.do. última consulta 31.12.2021.

de un máximo de cuatro horas, o de 102 € por una intervención de cinco o más horas (por mediación, no por cada parte) ⁴¹.

En Portugal el coste de la mediación se sufraga con carácter general con el pago de tasas por las partes que no comporten un gasto significativo para ellas. Si bien, no se cobra tasa a las partes, cuando un tribunal decide hacer uso de la mediación en conflictos familiares (art. 147.C de la Ley de guarda y custodia de los hijos), o cuando se conceda la asistencia jurídica gratuita. En otro caso, cuando la mediación se lleva a cabo por iniciativa de las partes, cada parte debe pagar una moderada tasa, que en materia civil y mercantil suele ser de 25 € a cargo de cada parte, salvo en materia de familia, que es de 50 €, a pagar por cada parte. Así mismo, si las partes con problemas económicos tienen que pagar tasas relacionadas con el proceso de mediación, pueden solicitar asistencia jurídica gratuita y obtener una exención del Instituto de Seguridad Social ⁴².

En Italia la mediación se regula en el Decreto legislativo n° 28, de 04/03/2010, sobre Mediazione finalizzata alla conciliazione delle controversie civili e commerciali ⁴³, que establece un modelo de mediación obligatoria para un buen grupo de asuntos (art. 5. 1 bis). Los costes de la mediación se regulan en el Decreto ministeriale - 18/10/2010, n.180 mediante un sistema de tarifas cerradas⁴⁴, cuyo artículo 16 establece los criterios de determinación de la indemnización por la puesta en marcha y funcionamiento del procedimiento de mediación. Por los gastos de puesta en marcha y ejecución de la primera reunión, al margen de la indemnización total, cada parte debe pagar un importe de 40 € para litigios de hasta 250.000

⁴¹ https://e-justice.europa.eu/content_mediation_in_member_states-64-es.do. última consulta 31.12.2021.

⁴² https://e-justice.europa.eu/content_mediation_in_member_states-64-es.do. última consulta 31.12.2021.

⁴³ Gazzetta Ufficiale n. 53 de 5 marzo 2010.

⁴⁴ Gazzetta Ufficiale n. 258 de 04 marzo 2010.

€ y 80 € para los litigios de mayor valor (art. 16. 1). Así mismo, por los gastos del resto del procedimiento de mediación cada parte debe pagar un importe que no exceda del importe indicado como máximo en la tabla A del Decreto (arts. 16. 2 y 4) ⁴⁵.

B) En la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea

La relevancia constitucional de la regulación normativa de fomento de los medios alternativos de solución de conflictos por su posible afectación al derecho fundamental a la tutela judicial efectiva se reconoce y desarrolla en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, que ha recaído con ocasión de la resolución de cuestiones prejudiciales planteadas por tribunales nacionales de los Estados miembros (principalmente por tribunales italianos), como consecuencia de la eventual contraposición de la legislación italiana aprobada para la transposición al ordenamiento italiano de directivas comunitarias aprobadas para el fomento de la mediación y de otros medios alternativos de resolución de conflictos, como son la Directiva 2002/22/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 7 de marzo de 2002, relativa al servicio universal y los derechos de los usuarios en relación con las redes y los servicios de comunicaciones electrónicas, y la Directiva 2013/11/UE, de 21 de mayo de 2013, de 21 de mayo de 2013, relativa a la resolución alternativa de litigios en materia de consumo.

a) Conciliación previa obligatoria

⁴⁵ Dicha tabla expresa los datos siguientes: Valor del proceso - Gastos (por cada parte): hasta 1.000 € (65 €); de 1.001 a 5.000 € (130 €); de 5.001 a 10.000 € (240 €); de 10.001 a 25.000 € (360 €); de 25.001 a 50.000 € (600 €); de 50.001 a 250.000 € (1.000 €); de 250.001 a 500.000 € (2.000 €); de 500.001 a 2.500.000 € (3.800 €); de 2.500.001 a 5.000.000 € (5.200 €); más de 5.000.000 € (9.200 €).

La primera sentencia de interés sobre la materia fue la STJUE (Sala 4ª) de 18 de marzo de 2010, asuntos acumulados C-317/08 a 320/08, que resuelve cuatro cuestiones prejudiciales planteadas por el Giudice di Pace de Isquia (Italia), en el marco de cuatro litigios en los que, por una parte, se enfrentaban las Sras. Alassini e Iacono y Multiservice Srl frente a Telecom Italia Spa, y, por otra parte, la Sra. Califano frente a Wind SpA, con ocasión de supuestos incumplimientos de los contratos celebrados entre las partes, que tenían por objeto la prestación de servicios telefónicos a las demandantes por uno u otro demandado, en cuanto proveedor de los mencionados servicios.

La Directiva 2002/22/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 7 de marzo de 2002, relativa al servicio universal y los derechos de los usuarios en relación con las redes y los servicios de comunicaciones electrónicas, disponía en su artículo 34, titulado «Resolución extrajudicial de litigios» (art. 34. 1), que los Estados miembros debían garantizar «la disponibilidad de procedimientos extrajudiciales transparentes, sencillos y poco onerosos para tratar litigios no resueltos que afecten a los consumidores y se refieran a asuntos regulados por la presente Directiva». Si bien, precisaba que el referido artículo «no menoscabará los procedimientos judiciales nacionales» (art. 34. 4).

Italia adaptó su Derecho interno a la Directiva de servicio universal mediante el Decreto Legislativo núm. 259, de 1 de agosto de 2003, relativo al Código de las comunicaciones electrónicas, así como mediante Decisión 173/07/CONS de la Autoridad garante de las comunicaciones, que aprobaba el Reglamento relativo a la resolución de litigios entre operadores de comunicaciones y usuarios finales, cuyos arts. 3 y 13 exigían antes de la demanda un previo intento de conciliación obligatoria. Ante ello en las

cuestiones prejudiciales planteadas se consideraba que el carácter obligatorio de la conciliación, tal como estaba regulada en la normativa italiana aplicable, podía constituir un obstáculo para el ejercicio de los derechos de los usuarios finales, en particular, debido a que dicha conciliación debía efectuarse necesariamente por vía electrónica, así como porque en el posterior proceso judicial ya se llevaba a cabo una tentativa de conciliación en la primera vista que se celebrase.

El Tribunal de Justicia de la Unión Europea puso de manifiesto que la legislación italiana, que establecía un procedimiento de conciliación obligatoria, previamente al ejercicio de una acción judicial, era compatible en abstracto con el objetivo marcado por la Directiva 2002/22/UE. Si bien, en la medida en que la tentativa de conciliación obligatoria se configuraba como un requisito de admisibilidad de la demanda, se debía examinar si era compatible con el principio de efectividad de los derechos de los usuarios regulados en la directiva y con el derecho a la tutela judicial efectiva.

Respecto al principio de efectividad, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea señala que «diversas circunstancias evidencian que un procedimiento obligatorio de conciliación, como el del litigio principal, no hace imposible en la práctica ni excesivamente difícil el ejercicio de los derechos que la referida Directiva confiere a los justiciables» (apartado 53).

«En primer lugar, el resultado del procedimiento de conciliación no es vinculante para las partes y, por lo tanto, no afecta a su derecho a un recurso judicial» (apartado 54).

«En segundo lugar, el procedimiento de conciliación no implica, en condiciones normales, un retraso sustancial a efectos del ejercicio de una acción judicial. En efecto, el plazo para la conclusión del procedimiento de conciliación es de treinta días contados desde la presentación del escrito de solicitud de iniciación, y una vez transcurrido dicho plazo, las partes pueden

ejercitar una acción judicial aunque el procedimiento no haya concluido» (apartado 55).

«En tercer lugar, la prescripción de derechos se interrumpe durante el desarrollo del procedimiento de conciliación» (apartado 56).

«En cuarto lugar, el procedimiento de conciliación ante el CORECOM no ocasiona gastos», o, al menos, no consta «que tales gastos sean significativos» (apartado 57).

Sin embargo, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea considera que el ejercicio de los derechos conferidos por la Directiva de servicio universal «podría hacerse imposible en la práctica o excesivamente difícil para algunos justiciables, y en particular aquellos que no disponen de acceso a Internet, si únicamente pudiese accederse al procedimiento de conciliación por vía electrónica» (apartado 58).

Por lo que se concluye que «en tales circunstancias, ha de considerarse que la normativa nacional de que se trata en el procedimiento principal respeta el principio de efectividad, siempre y cuando la vía electrónica no constituya el único medio de acceder al procedimiento de conciliación y sea posible adoptar medidas provisionales en aquellos supuestos excepcionales en que la urgencia de la situación lo exija» (apartado 60).

En segundo lugar, por lo que se refiere al *derecho fundamental a la tutela judicial efectiva*, reconocido en el art. 47 de la Carta de DDFFUE, se parte de que, *al supeditar la admisibilidad de las demandas* relativas a servicios de comunicaciones electrónicas *a la realización de una tentativa de conciliación obligatoria*, se «introduce una etapa adicional para el acceso a la justicia», que «podría afectar al principio de tutela judicial efectiva» (apartado 62).

Sin embargo, según jurisprudencia reiterada, *los derechos fundamentales* no constituyen prerrogativas absolutas, sino que *pueden ser objeto de restricciones*, «siempre y cuando éstas *respondan efectivamente a objetivos de interés general*» y no impliquen «*una intervención desmesurada e intolerable que afecte a la propia esencia de los derechos* así garantizados» (apartado 63).

En el caso se considera que las disposiciones nacionales controvertidas persiguen *objetivos legítimos de interés general*, como «lograr una resolución más rápida y menos costosa de los litigios en materia de comunicaciones electrónicas, así como una disminución de la carga de trabajo de los tribunales» (apartado 64).

Por otra parte, se concluye que *la imposición* del medio de solución extrajudicial (conciliación) establecido en el caso «*no resulta desproporcionada* con respecto a los objetivos perseguidos, *habida cuenta de las condiciones concretas de funcionamiento* de dicho procedimiento expuestas en los apartados 54 a 57 de la presente sentencia» (apartado 65).

En definitiva, se concluye que «los principios de equivalencia y de efectividad y *el principio de tutela judicial efectiva tampoco se oponen a una normativa nacional que impone*, para tales litigios, la tramitación previa de un procedimiento de conciliación extrajudicial *cuando* dicho procedimiento *no conduce a una decisión vinculante* para las partes, *no implica un retraso sustancial* a efectos del ejercicio de una acción judicial, *interrumpe la prescripción* de los correspondientes derechos, y *no ocasiona gastos u ocasiona gastos escasamente significativos para las partes*, y siempre y cuando la vía electrónica no constituya el único medio de acceder a ese procedimiento de conciliación y sea posible adoptar medidas provisionales

en aquellos supuestos excepcionales en que la urgencia de la situación lo exija» (apartado 67) ⁴⁶.

En sentido análogo, la STJUE de 27 de septiembre de 2017, C-73/16, asunto Puskar, señala que la exigencia de una *reclamación administrativa previa* a la demanda judicial formulada para la protección de datos personales no resulta contraria al art. 47 de la Carta de DDFF de la UE, siempre que concurren ciertos requisitos.

En este sentido, se dice que el art. 47 CDDFFUE «no se opone a una normativa nacional que subordine la posibilidad de que ejercite la acción judicial «de protección de datos personales, a la condición de que esa persona agote las vías de recurso de que disponga ante las autoridades administrativas nacionales, siempre que la regulación concreta del ejercicio de dichas vías de recurso no afecte de forma desproporcionada al derecho a la tutela judicial efectiva que recoge el propio artículo 47 de la Carta. En particular, es necesario que el agotamiento previo de esas vías de recurso *no implique un retraso sustancial a efectos del ejercicio de la acción judicial, suponga la interrupción de la prescripción de los correspondientes derechos y no ocasione gastos excesivos*» ⁴⁷.

b) Mediación previa obligatoria

Una segunda sentencia importante sobre la materia es la *STJUE (Sala I^a) de 14 de junio de 2017, asunto C-75/16*, que tiene por objeto una cuestión prejudicial planteada por el Tribunal Ordinario de Verona (Italia) y que presenta la particularidad de que no se suscita con ocasión de un litigio

⁴⁶ La cursiva de los entrecomillados es nuestra.

⁴⁷ STJUE de 27 de septiembre de 2017, C-73/16, asunto Puskar. La cursiva es nuestra.

transfronterizo, sino de un proceso nacional italiano, por lo que no es aplicable la Directiva 2008/52/UE, siendo exclusivamente aplicable la Directiva 2013/11/UE.

El proceso judicial de origen tenía su causa en tres contratos sucesivos de apertura de crédito en cuenta corriente, uno de ellos firmado el 16 de julio de 2009, que el Banco Popolare había suscrito con el Sr. Menini y la Sra. Rampanelli, con el fin de permitirles que adquirieran acciones emitidas por el propio Banco Popolare, o por otras sociedades de su propiedad. El 15 de junio de 2015, Banco Popolare obtuvo un requerimiento judicial de pago contra el Sr. Menini y la Sra. Rampanelli por el saldo que adeudaban por el contrato de apertura de crédito en cuenta corriente de 16 de julio de 2009. El Sr. Menini y la Sra. Rampanelli formularon oposición al requerimiento judicial, procedimiento de oposición que, conforme al Derecho italiano, según el órgano judicial proponente, sólo es admisible si las partes han incoado previamente un procedimiento de mediación (art. 5, 1 bis y 4, DL n.º 28/2010), lo que suscitaba en aquél distintas dudas sobre la compatibilidad entre la legislación italiana y el ordenamiento de la UE.

En la primera cuestión se planteaba si el Derecho italiano se oponía a la Directiva 2013/11 (art. 9. 2), en la medida en que las partes no tenían la posibilidad de retirarse del procedimiento de mediación en todo momento, sino que únicamente podían hacerlo si alegaban una causa justificada, y, en caso contrario, se exponían a una sanción pecuniaria, que el juez estaba obligado a imponer, aunque la parte que rechazó el procedimiento de mediación viera estimadas sus pretensiones en el posterior proceso judicial (apartado 25).

El Tribunal de Justicia de la Unión Europea razona que Directiva 2013/11 (art. 1, inciso segundo) y la Directiva 2008/52 (art. 5. 2) admiten explícitamente que los Estados miembros establezcan la obligatoriedad de la

participación en los procedimientos de resolución alternativa, siempre que su legislación no impida a las partes ejercer su derecho de acceso al sistema judicial. «(...) Así pues, *lo que tiene importancia no es el carácter obligatorio o facultativo del sistema de mediación, sino que se preserve el derecho de las partes de acceder al sistema judicial*». Lo que le lleva a concluir que una mediación previa obligatoria, configurada como requisito de admisibilidad de la posterior demanda judicial, no es contraria al objetivo de la Directiva 2013/11.

Por otra parte, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, como ya razonara en el asunto Alassini, concluye que configurar la mediación previa obligatoria como requisito de admisibilidad de la demanda judicial tampoco es contrario al *derecho fundamental a la tutela judicial efectiva*, a condición de que la concreta regulación legal cumpla ciertos requisitos.

El Tribunal de Justicia de la Unión Europea parte de que *«es cierto que, al supeditar la admisibilidad de las acciones judiciales ejercitadas (...) a una tentativa de mediación obligatoria (...), introduce una etapa adicional que debe observarse antes de poder acceder a la justicia. Este requisito podría afectar al principio de tutela judicial efectiva (...»* (apartado 53). Pero recuerda que *«según jurisprudencia reiterada del Tribunal de Justicia, los derechos fundamentales no constituyen prerrogativas absolutas, sino que pueden ser objeto de restricciones, siempre y cuando estas respondan efectivamente a objetivos de interés general perseguidos por la medida en cuestión y no impliquen, habida cuenta del objetivo perseguido, una intervención desmesurada e intolerable que afecte a la propia esencia de los derechos así garantizados (...»*. Igualmente argumenta que el razonamiento seguido en la sentencia de 18 de marzo de 2010 respecto de la conciliación obligatoria es aplicable respecto de la obligatoriedad de otros procedimientos alternativos, como la mediación (apartados 55 y 56).

Así mismo, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea constata que en la Directiva 2013/11: 1) las partes deben tener la posibilidad de retirarse del procedimiento en cualquier momento, si no están satisfechas con su funcionamiento, o su tramitación (art. 9, 2, a); 2) al término del procedimiento de resolución alternativa, meramente se propone a las partes una solución y estas tienen la opción de aceptarla, rechazarla o conformarse a ella (art. 9, 2, b); 3) se admite que las legislaciones nacionales dispongan que el resultado de los procedimientos de resolución alternativa sea vinculante para los comerciantes, siempre que, con carácter previo, el consumidor haya aceptado la solución propuesta (art. 9. 3) (apartado 57 y 58); 4) las partes que recurran a procedimientos de resolución alternativa con ánimo de solucionar un litigio deben poder entablar acciones judiciales después, al no haber vencido los plazos de caducidad o prescripción durante el procedimiento de resolución alternativa (apartado 59); 5) el medio de resolución alternativa debe ser accesible para ambas partes, sea o no en línea, independientemente del lugar donde se encuentren (apartado 60).

Por lo que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea concluye, como ya hiciera en el caso Alassini, que *«la exigencia de un procedimiento de mediación como requisito de admisibilidad de las acciones judiciales puede ser compatible con el principio de tutela judicial efectiva cuando dicho procedimiento no conduce a una decisión vinculante para las partes, no implica un retraso sustancial a efectos del ejercicio de una acción judicial, interrumpe la prescripción de los correspondientes derechos y no ocasiona gastos u ocasiona gastos escasamente significativos para las partes, y siempre y cuando la vía electrónica no constituya el único medio de acceder a ese procedimiento de conciliación y sea posible adoptar medidas provisionales en aquellos supuestos excepcionales en que la urgencia de la situación lo exija (...)»* (apartado 61).

En la segunda cuestión prejudicial resuelta por la STJUE del caso Menini se planteaba si la obligación impuesta por el legislador italiano al consumidor de ser asistido por un abogado para incoar un procedimiento de mediación, era respetuosa con el Derecho de la Unión Europea. El Tribunal de Justicia de la Unión Europea razona que en la Directiva 2013/11 las partes deben tener acceso al procedimiento de resolución alternativa, sin estar obligadas a ser asistidas por letrado o asesor jurídico (art. 8, letra b), así como que se debe informar a las partes de ese derecho (art. 9, apartado 1, letra b). Por lo que «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 abogado» (apartado 64 y 65).

Por último, la tercera cuestión prejudicial resuelta por la STJUE del caso Menini planteaba si la Directiva 2013/11 se opone a una norma nacional, según la cual los consumidores solo pueden retirarse de un procedimiento de mediación si demuestran que concurre una causa justificada para ello, so pena de ser sancionados en el proceso judicial posterior, en cuanto que debe considerarse que tal limitación constituye una restricción al derecho de las partes de acceder al sistema judicial reconocido en la Directiva (art. 1).

El Tribunal de Justicia de la Unión Europea responde que la Directiva 2013/11 no se opone a una normativa nacional que no permita que el consumidor se niegue sin causa justificada a participar en un procedimiento previo de mediación, «por cuanto (el consumidor) puede ponerle fin sin restricciones desde el momento en que tenga lugar el primer encuentro con el mediador»; pero sí se opone a que el consumidor solo pueda retirarse del procedimiento de mediación, si demuestra que concurre una causa justificada que sustente su decisión (apartado 60 y 70).

En definitiva, en la sentencia del STJUE del caso Menini se concluye que la Directiva 2013/11 no se opone a que el recurso a un procedimiento de mediación constituya requisito de admisibilidad de la demanda judicial, en la medida en que «esa exigencia no impide que las partes ejerzan su derecho de acceso al sistema judicial». Por el contrario, dicha Directiva sí se opone a una normativa nacional «que establece que en el marco de tal mediación los consumidores deben ser asistidos por un abogado y que únicamente pueden retirarse de un procedimiento de mediación si demuestran que existe una causa justificada que sustente su decisión» (apartado 71).

2. En el ordenamiento jurídico español.

El ordenamiento jurídico español también ha respondido a las sugerencias de fomento de los medios alternativos de resolución de conflictos, en unas ocasiones, con el fomento en positivo del uso de medios alternativos de carácter voluntario y, en otras ocasiones, con la imposición del uso de medios alternativos de carácter obligatorio, lo que ha permitido a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional pronunciarse sobre la compatibilidad de la segunda opción legislativa con el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, en particular, respecto de los medios alternativos en los que, como en el arbitraje, en el procedimiento alternativo de solución de conflictos se impone a las partes una solución vinculante.

Pero, además, este debate se plantea también con relación a Anteproyectos de Ley recientes, que ante la escasa implantación que han tenido en nuestro país los medios alternativos de solución de conflictos de carácter voluntario, proponen la mediación u otros medios alternativos de solución de conflictos de corte obligatorio, como es el caso del Anteproyecto de Ley de impulso de la mediación (ALIM) de diciembre de 2018 y el

Anteproyecto de Ley de medidas de eficiencia procesal del servicio público de justicia (ALMEP) de noviembre de 2020, convertido en Proyecto de Ley en abril de 2022.

A) En el Derecho positivo vigente

a) Arbitraje

En la actualidad en nuestro ordenamiento jurídico prevalece la voluntariedad del recurso a los medios alternativos de solución de conflictos. Así sucede en el caso del arbitraje, primer método de resolución alternativa de conflictos al que el legislador patrio prestó especial atención, regulado principalmente en la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje. Su fundamento se encuentra en la autonomía de la voluntad de las partes sobre materias de libre disposición y, por lo tanto, todo convenio arbitral «deberá expresar la voluntad de las partes de someter a arbitraje todas o algunas de las controversias que hayan surgido o puedan surgir respecto de una determinada relación jurídica, contractual o no contractual» (art. 9. 1 LA).

El Real Decreto 231/2008, de 15 de febrero, por el que se regula el Sistema Arbitral de Consumo, tiene por objeto adecuar la regulación del Sistema Arbitral de Consumo a la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje. En consecuencia, se proclama en su Preámbulo que este reglamento «asegura el recurso a este sistema extrajudicial de resolución de conflictos que, como tal, es de carácter voluntario» y se desarrolla en su articulado su fundamento en el convenio arbitral. Este puede formalizarse ya sea a través de la clásica cláusula arbitral -en la que se exprese la voluntad de las partes de resolver a través del Sistema Arbitral de Consumo las

controversias que hayan surgido o puedan surgir con ocasión de una relación jurídica de consumo-, ya sea a través de la presentación de la solicitud del consumidor, cuando exista oferta pública de adhesión al Sistema Arbitral de Consumo, o cuando conste acreditado que la solicitud se formaliza durante el tiempo en el que el comerciante utiliza el distintivo público de adhesión a dicho Sistema Arbitral de Consumo, o ya sea cuando a la solicitud de arbitraje ante la Junta Arbitral de Consumo le sigue su aceptación (art. 24 RD) ⁴⁸.

A pesar de que la regulación general del arbitraje y del arbitraje de consumo viene marcada por el carácter voluntario de su acceso al mismo, no han faltado normas en nuestro ordenamiento jurídico, que en un afán de fomento de este método alternativo de solución de conflictos lo han configurado con carácter obligatorio en algunos sectores de nuestro ordenamiento, o han prescindido de la voluntad de alguna de las partes para decidir el acceso a la vía arbitral en algunas controversias propias del ámbito laboral, en materia de transporte, o con relación a determinados seguros privados, según se verá al analizar la jurisprudencia constitucional que se ha pronunciado sobre los mismos.

b) Mediación

⁴⁸ La bibliografía sobre el arbitraje de consumo es abundante. Puede consultarse, entre otra, MARCOS FRANCISCO. D, “Arbitrajes de consumo”, en *Comentarios a la Ley de Arbitraje: Ley 60/2003, de 23 de diciembre, tras la reforma de la Ley 11/2011, de 20 de mayo* (coord. Barona Vilar), 2011, pp. 2011-2056; AAVV, *Arbitraje y mediación en materia de consumo* (Coord. GONZÁLEZ PILLADO, E.), Tecnos, 2012; AAVV, *La resolución alternativa de litigios en materia de consumo* (Dir. ARIZA COLMENAREJO y FERNÁNDEZ FÍGARES MORALES), Thomson Reuters Aranzadi, 2018; y PILLADO GONZÁLEZ, E., “El procedimiento arbitral de consumo tras 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, sobre los métodos alternativos de resolución de conflictos en materia de consumo”, en *El enjuiciamiento civil y penal hoy* (Coord. CACHÓN CADENAS, M. y PÉREZ DAUDI, V.), Atelier-Fundación privada Manuel Serra Domínguez, 2019, p. 229 y ss.

También la mediación nace en nuestro ordenamiento jurídico con carácter voluntario. Como es sabido, la Directiva 2008/52/CE, sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles, alienta a los Estados miembros a hacer uso de la mediación y esta directiva se incorporó al ordenamiento español mediante la Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles (LM), a su vez desarrollada por el Real Decreto 980/2013, de 13 de diciembre ⁴⁹.

Esta ley se caracteriza, entre otras cosas, por concebir la mediación en Derecho privado como un mecanismo de resolución de conflictos de carácter

⁴⁹ 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. La bibliografía sobre la mediación en Derecho privado es también abundante. Puede consultarse, entre otra, AAVV, *Estudios sobre mediación y arbitraje desde una perspectiva procesal* (Dir. SIGÜENZA LÓPEZ y GARCÍA-ROSTÁN CALVÍN, Aranzadi Thomson Reuters, 2017; SIGÜENZA LÓPEZ, J., *Mediación extrajudicial y proceso civil*, Aranzadi Thomson Reuters, 2018; SOLETO MUÑOZ, H., “La mediación, tutela adecuada en los conflictos civiles”, en *Tratado de Mediación. Tomo I. Mediación en asuntos civiles y mercantiles* (Dir. BLANCO GARCÍA, A. I.), Tirant lo Blanch, 2017; LÓPEZ YAGÜES, V., *Mediación y proceso judicial, instrumentos complementarios de un Sistema integrado de Justicia Civil*, en *Práctica de Tribunales*, nº 137, marzo-abril, 2019; y MARTÍN DIZ, F., *La mediación: sistema complementario de la Administración de Justicia*, Consejo General del Poder Judicial, 2010 y *Nuevos escenarios para impulsar la mediación en derecho privado: ¿conviene que sea obligatoria?*, en *Práctica de Tribunales*, nº 137, marzo-abril, 2019.

Sobre la mediación en litigios de consumo, PILLADO GONZÁLEZ, E., “La mediación en materia de consumo”, en *Arbitraje y mediación en materia de consumo* (Coord. GONZÁLEZ PILLADO, E.), Tecnos, 2012; GRANDE SEARA, P., “El procedimiento de mediación en materia de consumo”, en *Arbitraje y mediación en materia de consumo* (Coord. GONZÁLEZ PILLADO, E.), Tecnos, 2012, pp. 213 y ss.; MARCOS FRANCISCO, D., “La mediación y conciliación en conflictos de consumo. Consideraciones de presente y futuro”, en *Tratado de Mediación. Tomo I. Mediación en asuntos civiles y mercantiles* (Dir. BLANCO GARCÍA, A. I.), Tirant lo Blanch, 2017; OROMI I VALL-LLOVERA, S., “La mediación de consumo como requisito de admisibilidad del proceso judicial según el Tribunal de Justicia de la UE (Comentario de la Sentencia del TJUE (Sala Primera) de 14 de junio de 2017)”, en *Adaptación del Derecho procesal español a la normativa europea y su interpretación por los tribunales* (Dir. JIMÉNEZ CONDE), Tirant lo Blanch, 2018.

Sobre la mediación en el ámbito del Derecho de familia, AAVV, *Mediación familiar: una nueva visión de la gestión y resolución de conflictos familiares desde la justicia terapéutica* (Dir. PILLADO GONZÁLEZ, E. y FARIÑA RIVERA, F.), Valencia, Tirant lo Blanch, 2015; y *Mediación en conflictos de familia* (Dir. AZCÁRRAGA MONZONÍS, C. y QUINZA REDONDO, P.), Valencia, Tirant lo Blanch, 2017.

voluntario (arts. 1, 6 y 16 LM). *La mediación es voluntaria* (art. 6. 1 LM) y, en consecuencia, nadie está obligado a mantenerse en el procedimiento de mediación ni a concluir un acuerdo (art. 6. 3 LM). Y ni siquiera puede obligarse a iniciar el procedimiento por disposición legal o judicial, ya que su inicio se deja a la voluntad de las partes, por instancia de común acuerdo, o a instancia de una de las partes en cumplimiento de un pacto preexistente de sumisión a mediación (art. 16. 1 LM).

Siendo ello de aplicación a la mediación extrajudicial previa, también la voluntariedad es nota común a la mediación intrajudicial, pues durante la pendencia del proceso la mediación solo puede iniciarse también de manera voluntaria (art. 16. 3 LM), ya que al órgano judicial se le atribuyen las funciones de *informar* y de *invitar* a la negociación y a la mediación, más *no* de *decidir* la derivación a mediación, si las partes no lo consienten.

En este sentido, conforme a la redacción de algunos preceptos de la LEC dada por la Ley 5/2012, *en la citación a la audiencia previa del juicio ordinario y a la vista del juicio verbal*, el órgano judicial “informará a las partes de la posibilidad de recurrir a una negociación para intentar solucionar el conflicto, incluido el recurso a una mediación” (arts. 414. 1, II y 440. 1, II LEC). Así mismo, *durante la audiencia previa del juicio ordinario y durante la vista del juicio verbal*, el órgano judicial “podrá invitar a las partes a que intenten un acuerdo que ponga fin al proceso, en su caso a través de un procedimiento de mediación, instándolas a que asistan a una sesión informativa” (arts. 414. 1, IV y 443. 3, II LEC).

c) Medios de resolución alternativa de litigios en materia de consumo

La Ley 7/2017, de 2 de noviembre, 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 (en adelante LRALMC) ⁵⁰.

Esta ley, además de desarrollar la Directiva 2013/11/UE, responde a ella con bastante fidelidad en distintos aspectos antes expuestos: finalidad y ámbito de aplicación (arts. 1 y 3 LRALMC), principios de eficacia (arts. 10, 11, 12 y 20 LRALMC), equidad (arts. 10, 17, 19, 20 y 21 LRALMC), libertad (arts. 9 y 13 a 15 LRALMC) y coordinación del procedimiento de resolución alternativa con eventuales procesos judiciales posteriores (art. 4 LRALMC).

Al igual que en la Directiva, la ley interna autoriza que algunas exigencias de los principios de equidad y libertad puedan no ser de aplicación a los comerciantes cuando una norma especial obligue al comerciante a participar en los procedimientos de resolución alternativa, o a asumir el resultado del procedimiento de resolución alternativa (arts. 9, 13, 14. 3 y 15. 3 LRALMC) ⁵¹.

⁵⁰ Sobre la materia vid. AAVV, *La resolución alternativa de litigios en materia de consumo* (Dir. ARIZA COLMENAREJO y FERNÁNDEZ FÍGARES MORALES), Thomson Reuters Aranzadi, 2018; y PILLADO GONZÁLEZ, E., “El procedimiento arbitral de consumo tras 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, sobre los métodos alternativos de resolución de conflictos en materia de consumo”, en *El enjuiciamiento civil y penal hoy* (Coord. CACHÓN CADENAS, M. y PÉREZ DAUDI, V.), Atelier-Fundación privada Manuel Serra Domínguez, 2019, p. 229 y ss. y CASTILLEJO MANZANARES, R., “Métodos alternativos de resolución de conflictos: ¿es necesario menos proceso?”, en *El enjuiciamiento civil y penal hoy* (Coord. CACHÓN CADENAS, M. y PÉREZ DAUDI, V.), Atelier-Fundación privada Manuel Serra Domínguez, 2019.

⁵¹ Para una visión general de la incidencia de esta regulación en nuestro ordenamiento jurídico ver PILLADO GONZÁLEZ, E., “Incidencia 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, sobre los métodos alternativos de resolución de conflictos en materia de consumo”, en *La resolución alternativa de litigios en materia de consumo* (Dir. ARIZA COLMENAREJO y FERNÁNDEZ FÍGARES MORALES), Thomson Reuters Aranzadi, 2018, págs. 15-41.

Sin embargo, esas exenciones a los principios de equidad y, en mayor medida, de libertad respecto de los comerciantes, solo tienen carácter excepcional, pues requieren para su aplicación norma especial, y no deben impedir el posterior acceso a la vía judicial, como con rotundidad proclama la Ley 7/2017: «en ningún caso la decisión vinculante que ponga fin a un procedimiento de participación obligatoria podrá impedir a las partes el acceso a la vía judicial» (art. 9 LRALMC) ⁵².

d) Reclamación extrajudicial en materia financiera y de cláusulas suelo

La disposición adicional primera de la Ley 7/2017 prevé la creación por ley de una única entidad de resolución alternativa de litigios para el ámbito de la actividad financiera, con la función de resolver -con carácter vinculante o no- los litigios de consumo en el sector financiero, a través de un procedimiento en el que las entidades financieras deberán participar obligatoriamente ⁵³.

⁵² Sobre los principios de libertad y eficacia en estos procedimientos ver MOLINA CABALLERO, M. J., “Libertad y celeridad: estándares de calidad en los sistemas alternativos de resolución de conflictos en el ámbito del consumo”, en *La resolución alternativa de litigios en materia de consumo* (Dir. ARIZA COLMENAREJO y FERNÁNDEZ FÍGARES MORALES), Thomson Reuters Aranzadi, 2018, págs. 115 y ss. Sobre una visión más general de los distintos principios de esos procedimientos cfr. FERNÁNDEZ FÍGARES MORALES, M. J.: “Principios, asistencia jurídica y costes en el procedimiento de resolución alternativa de consumo”, en *La resolución alternativa de litigios en materia de consumo* (Dir. ARIZA COLMENAREJO y FERNÁNDEZ FÍGARES MORALES), Thomson Reuters Aranzadi, 2018, págs. 143 y ss.

⁵³ Sobre la mediación en el ámbito financiero, cfr. BLANCO GARCÍA, A. I., *La tutela del cliente bancario y las ADR: la institución del "Ombudsman": una visión comparada entre España, Reino Unido y Australia*, Tirant lo Blanch, 2015; BLANCO GARCÍA, A. I., *La intermediación hipotecaria: la mejor opción contra la ejecución hipotecaria*, Revista internacional de Estudios de Derecho Procesal y de Arbitraje, núm. 2, 2015, pp. 1-27; BLANCO GARCÍA, A. I., “Un impulso hacia la mediación: ¿Un paso más a una nueva regulación banca-cliente?”, en *Meditaciones sobre Mediación (MED+)* (editora BARONA VILAR), Tirant lo Blanch, en prensa, pp. 289 y ss.; CRUZ ZABAL, M. y COBAS COBIELLA, M. E. “¿Mediación Hipotecaria o Intermediación Hipotecaria?”, en *Mediación en el ámbito civil, familiar, penal e hipotecario. Cuestiones de Actualidad* (coords. ORTEGA GIMÉNEZ y COBAS COBIELLA),

Con dicho fin, se encomienda al Gobierno la remisión a las Cortes Generales en el plazo de 8 meses de un proyecto de ley que regule el sistema institucional de protección del cliente financiero, y, hasta que entre en vigor la orden ministerial de desarrollo, se ordena que los servicios de reclamaciones del Banco de España, de la Comisión Nacional del Mercado de Valores y de la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones acomoden su funcionamiento y procedimiento a lo previsto en la Ley 7/2017⁵⁴.

Sí ha visto la luz en este ámbito el Real Decreto-ley 1/2017, de 20 de enero, de medidas urgentes de protección de consumidores en materia de cláusulas suelo ⁵⁵. Sus antecedentes se encuentran en la STJUE de 21 de diciembre de 2016, asuntos acumulados C-154/15, C-307/15 y C- 308/15, en la que se declaró que el artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, sobre cláusulas abusivas en los contratos celebrados con los consumidores, se oponía a una jurisprudencia nacional que limite en el tiempo los efectos restitutorios vinculados a la declaración del carácter abusivo de una cláusula contenida en un contrato celebrado con un consumidor por un profesional, circunscribiendo tales efectos restitutorios exclusivamente a las cantidades pagadas indebidamente en aplicación de tal

Madrid, Economist & Jurist, Difusión Jurídica, 2013, pp. 353-370; MARÍN LÓPEZ, J. M., *Los sistemas extrajudiciales de resolución de conflictos de los usuarios de servicios financieros y su aptitud para la defensa de intereses colectivos*, en Revista de Derecho Bancario y Bursátil, núm. 136/2014, pp. 7 y ss.; MARÍN LÓPEZ, J. M., *Algunas cuestiones sobre el Anteproyecto de Ley de Resolución Alternativa de Conflictos de Consumo: voluntariedad del sometimiento al mecanismo extrajudicial, carácter vinculante de la solución alcanzada y estatuto de la persona encargada de la decisión del conflicto*, Aranzadi civil-mercantil, 2016, núm. 8, pp. 30 y ss.; y VÁZQUEZ DE CASTRO, E. V., *La negociación y mediación hipotecaria*, Anuario de mediación y solución de conflictos, núm. 1, 2013, pp. 81-107.

⁵⁴ A la fecha de cierre de este trabajo en enero de 2022 ni la ley ni el proyecto de ley anunciados han sido aprobados, existiendo noticias en la prensa de una Anteproyecto de Ley de 2019 que fue paralizado al parecer por dificultades presupuestarias.

⁵⁵ Mediante Resolución de 31 de enero de 2017, del Congreso de los Diputados, se ordena la publicación del Acuerdo de convalidación del Real Decreto-ley 1/2017, de 20 de enero («B.O.E.» 7 febrero de 2017).

cláusula con posterioridad al pronunciamiento de la resolución judicial mediante la que se declaró el carácter abusivo de la cláusula en cuestión.

El Gobierno, primero, y el Congreso de los Diputados, después, consideraron previsible que el citado pronunciamiento del Tribunal de Justicia de la Unión Europea provocara un importante incremento de reclamaciones de consumidores en las que solicitaran la restitución de las cantidades pagadas en aplicación de las cláusulas suelo y proponían el intento de solución de las numerosas controversias que pudieran surgir entre consumidores y entidades de crédito mediante una reclamación previa a resolver a través de un procedimiento extrajudicial con una doble finalidad. Por un lado, ofrecer a los consumidores un instrumento sencillo que les permita obtener una rápida respuesta a sus reclamaciones. Y, por otro lado, evitar que se produzca un aumento de los litigios que tendría afrontar la jurisdicción civil, con un elevado coste para la Administración de Justicia y con un incremento sustancial del tiempo de duración de los procedimientos.

El sistema de reclamación extrajudicial previa a la interposición de demandas judiciales relativas a peticiones de cantidad relacionadas con las cláusulas suelo tiene carácter voluntario para el consumidor (art. 3. 1 RDL), en el sentido de que la reclamación previa a la interposición de demanda no se configura como requisito de admisibilidad de esta.

Pero eso no significa que el legislador no fomente su uso mediante la modificación del régimen de condena en costas, pues la falta de utilización de la reclamación previa diseñada en el RDL 1/2017, o el rechazo en ella a la oferta de la entidad de crédito demandada, comporta consecuencias desfavorables para el consumidor (art. 4, 1 y 2 RDL), en lo que se refiere al régimen de condena en costas. Esta cuestión se analizará en el epígrafe siguiente, en la medida en que la jurisprudencia constitucional se ha pronunciado sobre el mismo, declarando parcialmente su inconstitucionalidad.

Se configura un procedimiento de reclamación extrajudicial rápido, cuya duración no puede exceder de un plazo de tres meses, a contar desde la presentación de la reclamación, durante el cual podrá obtenerse un acuerdo y poner la cantidad a devolver a disposición del consumidor.

Se entiende que el procedimiento extrajudicial ha concluido sin acuerdo: a) si la entidad de crédito rechaza expresamente la solicitud del consumidor; b) si finaliza el plazo de tres meses sin respuesta de la entidad de crédito al consumidor; c) si el consumidor rechaza el cálculo efectuado por la entidad de crédito, o la cantidad ofrecida; y d) si transcurre el plazo de tres meses sin poner a disposición del consumidor la cantidad ofrecida (art. 3. 4).

Durante la pendencia del procedimiento extrajudicial de reclamación se prohíbe el ejercicio de acciones judiciales o extrajudiciales relacionadas con el objeto de la reclamación previa y se ordena la suspensión del proceso que, desconociendo la prohibición anterior, se inicie antes de finalizar el procedimiento de reclamación previa (art. 3. 5)⁵⁶.

e) Reclamación extrajudicial en materia de transporte aéreo

La disposición adicional segunda (DA 2ª) de la Ley 7/2017 prevé la creación por ley de una única entidad de resolución alternativa de litigios en los que resulten de aplicación los Reglamentos de la Unión Europea en materia de protección de los usuarios del transporte aéreo.

Esta entidad de RAL conocerá de los conflictos que afecten a todos los pasajeros, aunque no tengan la condición de consumidores, y, hasta que entre en vigor la orden ministerial de desarrollo, se ordena que la Agencia Estatal de Seguridad Aérea deberá acomodar su funcionamiento y

⁵⁶ Este procedimiento extrajudicial es objeto de modificación en el PLMEP de 2022, en los términos expuestos en su disposición adicional sexta.

procedimiento a lo previsto en esta Ley, con el fin de poder ser acreditada como entidad de resolución alternativa de litigios en materia de derechos de los usuarios del transporte aéreo (DA 2ª. 1 y 3) ⁵⁷.

Así mismo, tras remitir la regulación del procedimiento de resolución alternativa de litigios a futura orden ministerial del Ministerio de Fomento, establecía como caracteres básicos de dicho procedimiento, que debe respetar la normativa de desarrollo, que será de aceptación obligatoria y resultado vinculante para las compañías aéreas (DA 2ª. 2).

Ese procedimiento de resolución alternativa de litigios en materia de derechos de los usuarios del transporte aéreo fue objeto de estudio por la doctrina ⁵⁸, en la que se destacaba que el procedimiento previsto en el proyecto de orden ministerial terminaba mediante resolución de fondo, que era vinculante para la compañía aérea –no para el consumidor- y que agotaba la vía administrativa, siendo susceptible de impugnación ante la jurisdicción contencioso-administrativa ⁵⁹.

⁵⁷ NADAL GÓMEZ, I., “La resolución alternativa de litigios en el transporte aéreo”, en *La resolución alternativa de litigios en materia de consumo* (Dir. ARIZA COLMENAREJO y FERNÁNDEZ FÍGARES MORALES), Thomson Reuters Aranzadi, 2018, pp. 2475 y ss., pone de manifiesto la inidoneidad de concentrar en la misma entidad las funciones de resolución de litios entre pasajeros y transportistas, así como las funciones de supervisión y control del cumplimiento de los Reglamentos 261/04 y 1107/06 sobre transporte aéreo, ante la confusión que genera en los consumidores y que ha determinado la realización de Propuestas de modificación del Reglamento 261/04 para prohibir esa concentración de funciones.

⁵⁸ NADAL GÓMEZ, I., “La resolución alternativa ...”, en *La resolución alternativa de litigios ...*, ob. cit., pp. 225 y ss.; ARMENTA DEU, T., *Derivas de la justicia. Tutela de los derechos y solución de controversias en tiempos de cambios*, Marcial Pons, 2021, pp. 110-111; PÉREZ DAUDÍ, V., *La imposición de los ADR ope legis y el derecho a la tutela judicial efectiva*, en “In Dret”, 2/2019, pp. 30 y ss. y BONACHERA VILLEGAS, R., “El Proyecto de Orden Ministerial por el que se regula la resolución alternativa de litigios en materia de los derechos de los usuarios de transporte aéreo”, en *Adaptación del Derecho procesal español a la normativa europea y su interpretación por los tribunales* (Dir. JIMÉNEZ CONDE), Tirant lo Blanch, 2018, pp. 261 y ss.;

⁵⁹ PÉREZ DAUDÍ, V., *La imposición de los ADR ...*, ob. cit., pp. 30 y ss.; y BONACHERA VILLEGAS, R., “El Proyecto de Orden Ministerial ...”, en *Adaptación del Derecho procesal...*, ob. cit., pp. 266-268.

Dicho régimen de impugnación fue criticado con razón en la doctrina⁶⁰, ya que producía una alteración de la distribución de la competencia genérica entre los distintos órdenes jurisdiccionales establecida en el art. 9 LOPJ, que la hacía incurrir en motivo de inconstitucionalidad ⁶¹, a mi juicio, por vulneración del derecho fundamental al juez ordinario predeterminado por la ley (art. 24. 2 CE).

Ese procedimiento de resolución alternativa de litigios en materia de derechos de los usuarios del transporte aéreo previsto en la disposición adicional segunda (DA 2ª) de la Ley 7/2017 ha sido después modificado por la disposición final sexta de la Ley 3/2020, de 18 de septiembre, de medidas procesales y organizativas para hacer frente al COVID-19 en el ámbito de la Administración de Justicia, mediante la que se da nueva redacción a la disposición adicional segunda (DA 2ª) de la Ley 7/2017.

La nueva regulación mejora claramente la regulación anterior, salvando además el derecho de acceso a la jurisdicción de la compañía aérea⁶² y ante el orden jurisdiccional naturalmente competente, que es el orden jurisdiccional civil (art. 9. 2 LOPJ) y de una forma respetuosa con el derecho fundamental al juez ordinario predeterminado por la ley (art. 24. 2 CE), así como con la jurisprudencia constitucional que después se analizará sobre el derecho a la tutela judicial efectiva y los medios alternativos de solución de conflictos, en cuanto que la decisión adoptada por la entidad acreditada puede ser impugnada por la compañía aérea ante el juzgado de lo

⁶⁰ NADAL GÓMEZ, I., “La resolución alternativa ...”, en *La resolución alternativa de litigios ...*, ob. cit., pp. 225 y ss. y PÉREZ DAUDÍ, V., *La imposición de los ADR ...*, ob. cit., pp. 33-34, pues, con arreglo art. art. 3, a LJCA, no le corresponden al orden jurisdiccional contencioso-administrativo las cuestiones expresamente atribuidas a los órdenes jurisdiccionales civil, penal y social, aunque estén relacionadas con la actividad de la Administración pública; y en el caso, dadas las características de la relación jurídica de transporte concertada por los pasajeros aéreos con las compañías, estamos claramente ante asuntos competencia de la jurisdicción civil.

⁶¹ PÉREZ DAUDÍ, V., *La imposición de los ADR ...*, ob. cit., pp. 33-34.

⁶² Efectivamente, como señala ARMENTA DEU, T., *Derivas de la justicia...*, ob. cit., p. 111, el derecho de acceso se salva *in extremis*.

mercantil competente, el cual podrá revisar con amplitud, si la decisión adoptada es o no «conforme a Derecho».

En cambio, la decisión de la entidad acreditada no será vinculante para el pasajero, que en todo caso podrá ejercitar sus acciones frente a la compañía aérea ante los tribunales civiles.

Por lo demás, se diseña un ágil procedimiento de reclamación extrajudicial, cuya duración no puede exceder de 90 días naturales prorrogables por igual plazo y en el que la falta de respuesta equivale a su desestimación (art. 20 y DA 2ª.3)

La impugnación de la decisión mediante demanda de la compañía debe efectuarse dentro de los dos meses siguientes a su notificación, o, en su caso, a la de su corrección o aclaración y la demanda se tramitará por los cauces del juicio verbal, en el que nunca pueden imponerse las costas al pasajero.

La decisión, debidamente certificada, de la entidad acreditada constituye título ejecutivo extrajudicial, conforme al art. 517. 2. 9.º LEC, por lo que el pasajero podrá solicitar su ejecución ante el juzgado de lo mercantil, una vez transcurra un mes desde que se dictó la decisión, sin perjuicio del derecho de la compañía aérea a impugnar la decisión (art. 20 y Disposición adicional 2ª.4 Ley 7/2017) ⁶³.

B) En la jurisprudencia del Tribunal Constitucional

⁶³Sentadas las bases del procedimiento de resolución alternativa de litigios en materia de derechos de los usuarios del transporte aéreo en la disposición adicional segunda (DA2ª) de la Ley 7/2017 y en la disposición final sexta de la Ley 3/2020, de 18 de septiembre, durante el proceso de producción editorial (el trabajo fue remitido a la editorial el 24 de enero de 2022 y aceptado para su publicación el 24 de febrero de 2022) dicho procedimiento de resolución alternativa ha sido recientemente objeto de desarrollo a través de la Orden TMA/201/2022, de 14 de marzo, por la que se regula el procedimiento de resolución alternativa de litigios de los usuarios de transporte aéreo sobre los derechos reconocidos en el ámbito de la Unión Europea en materia de compensación y asistencia en caso de denegación de embarque, cancelación o gran retraso, así como en relación con los derechos de las personas con discapacidad o movilidad reducida (BOE 17 de marzo de 2022, núm. 65).

La jurisprudencia del Tribunal Constitucional se ha pronunciado sobre la compatibilidad o no con el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva del uso obligatorio, tanto de medios alternativos de solución de conflictos en los que un tercero impone una solución vinculante –caso del arbitraje–, como de medios alternativos de solución de conflictos cuya finalidad es que las partes alcancen un acuerdo, caso de la reclamación administrativa previa y de la conciliación laboral.

Así mismo, dicha jurisprudencia se ha pronunciado sobre la compatibilidad con el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva de medios alternativos de solución de conflictos de carácter voluntario, pero con consecuencias desfavorables en caso de falta de uso, o en caso de no alcanzar un acuerdo, si la sentencia posterior acoge sustancialmente el acuerdo ofrecido por una de las partes.

a) Arbitrajes obligatorios en Derecho privado: trasportes terrestres y seguro de defensa jurídica.

La jurisprudencia constitucional se ha pronunciado predominantemente en sentido negativo con relación a la compatibilidad con el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva de la imposición obligatoria de *medios alternativos de solución de conflictos en los que un tercero impone una solución vinculante*, como sucede con el arbitraje, considerando que la imposición por el legislador de un arbitraje obligatorio vulnera el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva en su vertiente de derecho de acceso a los tribunales.

En este sentido, la STC 174/1995, de 23 de noviembre, estimó las cuestiones de inconstitucionalidad planteadas por la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Burgos y el Juzgado de Primera Instancia núm. 36 de Barcelona, en relación con el párrafo primero del art. 38.2 de la Ley 16/1987, de Ordenación de los Transportes Terrestres. En consecuencia, declaró la inconstitucionalidad de párrafo primero del art. 38.2 de la Ley 16/1987, de Ordenación de los Transportes Terrestres porque el precepto cuestionado «viene a establecer un arbitraje obligatorio, con el correspondiente efecto de excluir la vía judicial, salvo qua las partes contratantes hagan explícita su voluntad en contrario»⁶⁴.

Aunque se recuerda que el derecho a obtener la tutela judicial efectiva permite al legislador su configuración y la determinación de los requisitos para acceder a ella, se precisa que esa facultad legislativa no puede incidir en el contenido esencial del derecho fundamental, imponiendo obstáculos o trabas arbitrarios o caprichosos que lo dificulten, sin fundamento en un fin constitucionalmente lícito.

Así mismo, se reconoce que la norma impugnada obedecía a un fin legítimo, como es fomentar el arbitraje para obtener una mayor agilidad en la solución de las controversias de menor cuantía y descargar de trabajo a los órganos judiciales. Sin embargo, se considera que al fomentar el arbitraje «de forma que no pueda eludirse más que a través de un convenio entre todos los interesados, establece un impedimento para el acceso a la tutela judicial contrario al derecho de todas las personas “a obtener la tutela efectiva de los Jueces y Tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos”».

⁶⁴ STC (Pleno) 174/1995, de 23 de noviembre, FJ 2. Este precepto disponía: «Siempre que la cuantía de la controversia no exceda de 500.000 pesetas, las partes someterán al arbitraje de las Juntas cualquier conflicto que surja en relación con el cumplimiento del contrato, salvo pacto expreso en contrario».

«La autonomía de la voluntad de las partes -de todas las partes- constituye la esencia y el fundamento de la institución arbitral, por cuanto que el arbitraje conlleva la exclusión de la vía judicial. Por tanto, resulta contrario a la Constitución que la Ley suprima o prescinda de la voluntad de una de las partes para someter la controversia al arbitraje de la Junta que es lo que hace en el párrafo primero del art. 38.2. La primera nota del derecho a la tutela consiste en la libre facultad que tiene el demandante para incoar el proceso y someter al demandado a los efectos del mismo. Quebranta, por tanto, la esencia misma de la tutela judicial tener que contar con el consentimiento de la parte contraria para ejercer ante un órgano judicial una pretensión frente a ella. Esto es exactamente lo que hace el art. 38.2, párrafo primero, de la L.O.T.T., que, al exigir un pacto expreso para evitar el arbitraje y acceder a la vía judicial, está supeditando el ejercicio del derecho a la tutela judicial efectiva de una de las partes al consentimiento de la otra, lo que, por las razones que han quedado expuestas, resulta contrario al art. 24. 1 de la Constitución».

A ello se añade que la conclusión no cambia por el hecho de que quepa un posterior control judicial del laudo a través del recurso de anulación, pues este medio de impugnación no permite un control de los tribunales sobre el fondo del asunto, sino un mero control externo, insuficiente para considerar respetado el derecho a la tutela judicial efectiva del art. 24.1 C.E.⁶⁵.

Sin embargo, esa doctrina parece matizarse en la jurisprudencia que recae sobre la nueva redacción de la norma en cuestión. En este sentido, la STC 352/2006, de 14 de diciembre, resuelve de nuevo una cuestión de constitucionalidad planteada por la Sección Decimoquinta de la Audiencia Provincial de Barcelona respecto del párrafo tercero del art. 38.1 de la Ley 16/1987, de 30 de julio, de ordenación de los transportes terrestres (LOTT),

⁶⁵ STC (Pleno) 174/1995, de 23 de noviembre, FJ 3.

en la redacción dada por la Ley 13/1996, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social.

Según la nueva redacción del precepto: «Se presumirá que existe el referido acuerdo de sometimiento al arbitraje de las Juntas siempre que la cuantía de la controversia no exceda de 500.000 pesetas y ninguna de las partes intervinientes en el contrato hubiera manifestado expresamente a la otra su voluntad en contra antes del momento en que se inicie o debería haberse iniciado la realización del servicio o actividad contratado».

En el caso, el tribunal proponente consideraba que el precepto vulneraba el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) al sustituir la vía judicial por el mecanismo arbitral, sustitución que se llevaba a cabo mediante la presunción legal de que el silencio de las partes en los contratos de transportes terrestres equivalía a la existencia de un convenio arbitral, en virtud del cual sus controversias se someterían a las Juntas Arbitrales de Transportes, con exclusión de la jurisdicción. Lo anterior, a su juicio, se oponía al principio de que la renuncia a la jurisdicción requiere el conocimiento y la voluntad expresa de las partes e invertía los términos al inferirla del silencio.

Sin embargo, el Tribunal Constitucional rechaza en esta sentencia que el precepto vulnera el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, dada la licitud constitucional de la finalidad de la limitación del derecho reconocido en el art. 24. 1 CE (fomentar el arbitraje para descargar de trabajo a los órganos judiciales y obtener una mayor agilidad en la solución de las controversias de menor cuantía), así como porque considera que la consecuencia jurídica cuestionada –sometimiento al arbitraje– no resulta desproporcionada, toda vez que puede ser excluida por la declaración de una sola de las partes, cuya formulación, además, puede producirse incluso después de la celebración del contrato, en concreto, hasta el momento en que

se inicie o debería haberse iniciado la realización del servicio o actividad contratada ⁶⁶.

No obstante, en mi opinión, esa supuesta compatibilidad de dicho arbitraje legal obligatorio con el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva no resultaría admisible en la actualidad en materia de consumo, pues la Directiva 2013/11/UE establece mayores garantías en favor del derecho a la tutela judicial efectiva del consumidor, ya que en los procedimientos de resolución alternativa que tengan por objeto resolver el litigio mediante la imposición de una solución, como sucede con el arbitraje, los Estados también deben velar porque «únicamente se dé a la solución carácter vinculante para las partes cuando estas hayan sido informadas con antelación de dicho carácter vinculante y lo hayan aceptado expresamente» (art. 10. 2 Directiva 2013/11), lo que es expresión del principio de libertad.

Además, en el caso del consumidor la protección del principio de libertad no admite excepción, estableciéndose garantías suficientes para su adecuada consecución. En efecto, los Estados miembros deben velar porque un acuerdo entre un consumidor y un comerciante de someter un conflicto a una entidad de resolución alternativa *no sea vinculante para el consumidor, si se ha celebrado antes de que surja el conflicto y si tiene «por efecto privar al consumidor de su derecho a recurrir ante los órganos jurisdiccionales competentes para la resolución judicial del litigio»* (art. 10. 1 Directiva 2013/11) ⁶⁷.

Por lo demás, la presunción de renuncia a la vía judicial que subyace en el art. 38 LOTT, validada en la STC 352/2006, resulta contraria a los requisitos exigidos para la admisibilidad de la renuncia al ejercicio del

⁶⁶ STC (Pleno) 352/2006, de 14 de diciembre, FJ 3.

⁶⁷ La cursiva es nuestra.

derecho a la tutela judicial efectiva establecidos en la STC 65/2009 y en la STC 1/2018, como en breve se verá.

Más tarde, esa doctrina de la STC (Pleno) 174/1995 se reitera después en la STC (Pleno) 1/2018, de 11 de enero, que resuelve la cuestión de inconstitucionalidad planteada por la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña sobre el artículo 76 e) de la Ley 50/1980, de 8 de octubre, de Contrato de Seguro (en adelante, LCS) por posible vulneración de los artículos 24.1 y 117 CE. Dicho precepto disponía en su primer inciso que: «El asegurado tendrá derecho a someter a arbitraje cualquier diferencia que pueda surgir entre él y el asegurador sobre el contrato de seguro».

No obstante, entre ambas sentencias alejadas en el tiempo recaen dos importantes sentencias sobre el arbitraje obligatorio en algunas controversias propias del ámbito laboral: la STC (Pleno) 119/2014, de 16 de julio y la STC (Pleno) 8/2015, de 22 de enero ⁶⁸, las cuales desarrollan uno de los aspectos cruciales, tanto en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional como en la del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, el relativo a la posibilidad y

⁶⁸ Estas sentencias resuelven recursos de inconstitucionalidad interpuestos contra algunos preceptos de la Ley 3/2012, de 6 de julio, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral, por el Letrado del Parlamento de Navarra, en el primer caso, y por Diputados del Congreso de los Diputados del Grupo Parlamentario Socialista y del Grupo Parlamentario La Izquierda Plural [Izquierda Unida (IU), Iniciativa per Catalunya Verds-Esquerra Unida i Alternativa (ICV-EUiA) y Chunta Aragonesista (CHA)]. El Letrado del Parlamento de Navarra alegaba que la reforma vulneraba la libertad sindical (art. 28.1 CE) y el derecho a la negociación colectiva y la fuerza vinculante de los convenios (art. 37.1 CE), porque neutralizaba la autonomía colectiva de los agentes sociales, al privarles de su poder negociador sobre los convenios colectivos supraempresariales e instituir un arbitraje obligatorio que, en el ámbito empresarial, se superponía a la voluntad de las partes en conflicto para establecer las condiciones de inaplicación de los convenios.

Así mismo, el Letrado navarro consideraba que se infringía el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), al entender que las restricciones que se establecían para el control jurisdiccional de la decisión de la comisión arbitral impedía al juzgador controlar el fondo del asunto, dado que entre los motivos tasados de impugnación no se incluía el motivo capital de la concurrencia del hecho causal determinante de la inaplicación y alteración del convenio.

alcance del posterior control judicial sobre la decisión adoptada en el medio alternativo de conflicto.

En este sentido, la STC 174/1995 rechazó la alegación relativa a la constitucionalidad del arbitraje obligatorio impuesto por la Ley de Ordenación de los Transportes Terrestres, con base en que, conforme a la Ley de Arbitraje de 1988, el laudo arbitral era susceptible de un posterior control judicial a través del entonces llamado recurso de anulación (art. 45 LA), pues este medio de impugnación no permitía un control de los tribunales sobre el fondo del asunto, sino un mero control externo, insuficiente para considerar respetado el derecho a la tutela judicial efectiva del art. 24.1 C.E.⁶⁹.

Sin embargo, la STC (Pleno) 119/2014, de 16 de julio, pone de manifiesto que el sistema de arbitraje obligatorio establecido en algunas controversias del ámbito laboral, tras las modificaciones introducidas por la Ley 3/2012, de 6 de julio, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral, admite un régimen de control judicial del laudo arbitral mucho más amplio que el previsto para el arbitraje de Derecho privado en la Ley 36/1988 de Arbitraje y en la posterior Ley 60/2003.

En este sentido, esta sentencia recuerda que «de acuerdo con la doctrina de este Tribunal, el arbitraje obligatorio no resulta conforme al derecho a la tutela judicial efectiva cuando el control judicial sobre el laudo previsto en la ley se limita a las garantías formales o aspectos meramente externos, sin alcanzar al fondo del asunto sometido a la decisión arbitral (SSTC 174/1995, de 23 de noviembre, FJ 3; y 75/1996, de 30 de abril, FJ 2). Hemos de entender, en cambio, que *el arbitraje obligatorio sí resulta compatible con el derecho reconocido en el art. 24.1 CE cuando el control*

⁶⁹ STC (Pleno) 174/1995, de 23 de noviembre, FJ 4.

judicial a realizar por los tribunales ordinarios no se restringe a un juicio externo, sino que alcanza también a aspectos de fondo de la cuestión sobre la que versa la decisión».

En el caso de la intervención decisoria o arbitral de la Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos o del órgano autonómico correspondiente, la decisión arbitral será recurrible conforme al procedimiento y en base a los motivos establecidos en el artículo 91 LET por los motivos y conforme a los procedimientos previstos para los convenios colectivos, lo que conlleva la posibilidad de impugnación judicial por considerar que la decisión o laudo arbitral «conculca la legalidad vigente o lesiona gravemente el interés de terceros» (art. 163.1 LRJS).

En consecuencia, «el conjunto de estas previsiones permite concluir que el art. 82.3 LET, párrafo octavo, somete expresamente la decisión arbitral de la Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos, o del órgano autonómico correspondiente, a un control judicial que no se limita a aspectos externos o procedimentales», al extenderse «también a impugnaciones fundadas, no sólo en motivos de lesividad a terceros, sino también de ilegalidad, sin establecerse precisiones respecto a esta última causa».

A lo anterior debe añadirse que la intervención de la Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos tiene un fin proporcionado y justificado, ya que no es otro que «procurar una solución extraprocésal de la controversia, lo cual resulta beneficioso tanto para las partes, que pueden resolver así de forma más rápida y acomodada a sus intereses el problema, como para el desenvolvimiento del sistema judicial en su conjunto, que ve aliviada su carga de trabajo».

En definitiva, rechaza que el art. 83. 3, VIII LET resulte contrario al derecho a la tutela judicial reconocido en el art. 24.1 CE., «interpretado el

precepto en el sentido de que *cabe un control judicial pleno sobre la adecuación normativa de la decisión o laudo arbitral de la Comisión consultiva nacional de convenios colectivos* u órgano equivalente de las Comunidades Autónomas, acotado a los aspectos jurídicos propios del conocimiento de la jurisdicción, incluido el control sobre la concurrencia de las causas y la adecuación a ellas de las medidas adoptadas»⁷⁰.

Esta doctrina constitucional, como se dijo antes, se reitera en la STC 1/2018, de 11 de enero, relativa a la cuestión de inconstitucionalidad planteada sobre el artículo 76 de la LCS.

Esta norma, a juicio de la Sala promovente, permite imponer el arbitraje a la aseguradora por la sola y exclusiva voluntad unilateral del asegurado, lo que comporta un impedimento para el acceso a la tutela judicial efectiva del asegurador, en cuanto prescinde de la autonomía de la voluntad de este, principio de autonomía o libertad, que constituye la esencia y el fundamento de la institución arbitral, por cuanto el arbitraje conlleva la exclusión de la vía judicial.

En consecuencia, se considera que la norma cuestionada vulnera del artículo 24.1 CE, al establecer un sistema arbitral imperativo para una sola parte en una relación jurídica bilateral, lo que equivale a admitir que una de las partes *ope legis* pueda imponer a la otra el cauce arbitral, admitiendo *ex lege* la exclusión del derecho a la tutela judicial efectiva de una parte por voluntad de la otra.

La STC (Pleno) 1/2018, de 11 de enero, declara la inconstitucionalidad del precepto cuestionado de modo análogo a cómo hiciera la STC 174/1995 respecto del art. 38 de la LOTT.

⁷⁰ STC (Pleno) 119/2014, de 16 de julio, FJ 5 B. En idéntico sentido la STC (Pleno) 8/2015, de 22 de enero, FJ 5 c, que en este extremo se remite a la primera.

Para ello se recuerda que *«la falta de la necesaria concurrencia de la voluntad de ambas partes litigantes para someterse a este mecanismo extrajudicial de resolución de conflictos y su imposición a una de ellas, en principio, no se compadece bien con el básico aspecto contractual del arbitraje y con el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva que garantiza el derecho de acceso a los órganos jurisdiccionales (art. 24.1 CE).* La razón estriba en que ha de entenderse que *en el mecanismo arbitral, la renuncia al ejercicio del derecho fundamental proviene de la legítima autonomía de la voluntad de las partes, que, libre y voluntariamente, se someten a la decisión de un tercero ajeno a los tribunales de justicia para resolver su conflicto, y ello, correctamente entendido, no implica una renuncia general al derecho fundamental del artículo 24 CE, sino a su ejercicio en un determinado momento»* ⁷¹.

Así mismo, en esta sentencia se recuerdan y destacan las notas que deben concurrir en una eventual renuncia al derecho de acceso a los tribunales, merced a la sumisión de las partes al arbitraje.

Así, se señala que *«si bien el derecho a la tutela judicial efectiva (artículo 24.1 CE) tiene carácter irrenunciable e indisponible, ello no impide que pueda reputarse constitucionalmente legítima la voluntaria y transitoria renuncia al ejercicio de las acciones en pos de unos beneficios cuyo eventual logro es para el interesado más ventajoso que el que pudiera resultar de aquel ejercicio. A esos efectos, se ha incidido en que dicha renuncia debe ser explícita, clara, terminante e inequívoca y si bien, por la protección que se debe dispensar a la buena fe, se ha declarado que la renuncia puede inferirse de la conducta de los titulares del derecho, no es lícito deducirla de una*

⁷¹ STC (Pleno) 1/2018, de 11 de enero, FJ 3, VI. La cursiva es nuestra.

conducta no suficientemente expresiva del ánimo de renunciar (por todas, STC 65/2009, de 9 de marzo, FJ 4)»⁷².

Pero, además, en esta sentencia se destaca una cuestión nuclear, como es el alcance o extensión del posterior control judicial sobre la resolución arbitral, cuestión que es la *ratio* de la diferente decisión adoptada en las SSTC 174/1995 y 1/2018, de una parte, y en las SSTC 119/2014 y 8/2015, de otra parte.

En efecto, la STC 1/2018 incide en que «la posible *vulneración del artículo 24 CE no vendría dada* tanto por el hecho de que el contrato de defensa jurídica haya de someterse inicialmente a un procedimiento arbitral, sino, más precisamente, *por impedir su posterior acceso a la jurisdicción*, ya que *la impugnación del laudo arbitral es únicamente posible por motivos formales* (arts. 40 y ss. de la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de arbitraje), *con la consiguiente falta de control judicial sobre la cuestión de fondo*. En este sentido, no cabe duda de que *una mera revisión formal sólo puede ser compatible con las exigencias del artículo 24 CE cuando la decisión arbitral es consecuencia de un verdadero y real convenio arbitral*, entendido éste como la *manifestación expresa de la voluntad de ambas partes de someterse a él y en consecuencia al laudo que se obtenga*»⁷³.

En el caso señala el Tribunal Constitucional que la restricción al derecho fundamental a la tutela judicial efectiva en su vertiente de derecho de acceso a los tribunales que supone amparar un arbitraje obligatorio, como hace el art. 76 LCS, persigue un fin constitucionalmente lícito, como es «fomentar el arbitraje como medio idóneo para la solución de conflictos, descargando a los órganos judiciales del trabajo que sobre ellos pesa, así

⁷² STC (Pleno) 1/2018, de 11 de enero, FJ 3, III. La cursiva es nuestra.

⁷³ STC (Pleno) 1/2018, de 11 de enero, FJ 4, IV. La cursiva es nuestra.

como, preferentemente, (...) otorgar una especial protección al asegurado en su condición de consumidor, en tanto que el objeto del seguro es la prestación a favor de este, de los servicios de defensa jurídica frente a terceros».

Sin embargo, la sentencia considera que en el caso el fin constitucionalmente lícito no justifica la restricción al derecho fundamental que el arbitraje obligatorio supone, ya que, junto al inicial sometimiento de ambas partes al procedimiento arbitral por la sola voluntad del consumidor, el posterior «control judicial del laudo arbitral no comprende el fondo del asunto».

En consecuencia, se concluye que «la imposición de un arbitraje como el previsto en el artículo 76 e) LCS vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva garantizado en el artículo 24 CE, pues impide el acceso a la jurisdicción de *los juzgados y tribunales de justicia que, ante la falta de la voluntad concurrente de los litigantes, son los únicos que tienen encomendada constitucionalmente la función de juzgar* y hacer ejecutar lo juzgado (art. 117 CE). (...) Por ello, resulta contrario a la Constitución que la Ley de contrato de seguro suprima o prescinda de la voluntad de una de las partes para someter la controversia al arbitraje, denegándole la posibilidad en algún momento de solicitar la tutela jurisdiccional» ⁷⁴.

b) Reclamación administrativa y conciliación previas y obligatorias en el ámbito laboral

La jurisprudencia constitucional se ha pronunciado con carácter general en sentido favorable sobre la compatibilidad con el derecho

⁷⁴ STC (Pleno) 1/2018, de 11 de enero, FJ 4, V a VII. La cursiva es nuestra.

fundamental a la tutela judicial efectiva de la imposición legal obligatoria de medios alternativos de solución de conflictos, cuya finalidad sea que las partes alcancen un acuerdo extrajudicial que evite la eventual vía judicial posterior, como es el caso de la reclamación administrativa previa y de la conciliación laboral.

En principio, la jurisprudencia constitucional no ha visto incompatibilidad con el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva por el hecho de que el legislador condicione el derecho de acceso a un tribunal al cumplimiento de ciertos requisitos previos, siempre que no se impida –tan solo se aplaze– el acceso a un tribunal y siempre que, principalmente, la restricción al derecho de acceso a un tribunal responda a una finalidad constitucionalmente legítima y que la restricción sea conforme con el principio de proporcionalidad.

Consecuencia de lo anterior es que, cuando los tribunales examinan e interpretan si las partes han cumplido correctamente en un caso concreto con los requisitos previos establecidos por el legislador, esos tribunales deben realizar una interpretación *pro actione* y proclive a favorecer la subsanación del cumplimiento defectuoso, o incluso del propio incumplimiento involuntario, del requisito legal que condiciona el acceso a la vía judicial.

La STC 330/2006, de 20 de noviembre, tiene por objeto un recurso de amparo formulado frente a sentencias dictadas por Juzgados y Tribunales del orden jurisdiccional social, que no se pronunciaron sobre el fondo de su pretensión (declaración de incapacidad permanente), por estimar incumplido el óbice procesal relativo a la *falta de reclamación administrativa previa*.

En ella se recuerda la doctrina del Tribunal Constitucional, conforme a la cual, si bien, «la concurrencia de los presupuestos y requisitos procesales constituye, en principio, una cuestión de estricta legalidad ordinaria, cuya resolución compete exclusivamente a los órganos judiciales en el ejercicio

de la potestad que les confiere el art. 117.3 CE, a este Tribunal le corresponde revisar aquellas decisiones judiciales en las que tales presupuestos procesales se hayan *interpretado de forma arbitraria, manifiestamente irrazonable o incurriendo en un error patente*. Y además, cuando del *acceso a la jurisdicción* se trata, como es el caso, dicha revisión también es procedente en los casos en que la normativa procesal se haya *interpretado de forma rigorista, excesivamente formalista o desproporcionada* en relación con los fines que preserva y los intereses que se sacrifican» ⁷⁵.

Además, esta sentencia presenta el acierto de recordar la importancia que tiene para alcanzar la efectividad del derecho a la tutela judicial el deber del órgano jurisdiccional de favorecer la subsanación de los defectos advertidos, antes de adoptar una decisión que cercene el derecho del ciudadano de acceder a un tribunal ante el que se impetra la tutela judicial de sus derechos e intereses legítimos.

En este sentido, en aplicación del *principio pro actione*, la sentencia señala también que «los órganos judiciales deben llevar a cabo una ponderación de los defectos que adviertan en los actos procesales de las partes, guardando la debida proporcionalidad entre el defecto cometido y la sanción que debe acarrear, procurando siempre que sea posible la subsanación del defecto, favoreciendo la conservación de la eficacia de los actos procesales y del proceso como instrumento para alcanzar la efectividad de la tutela judicial (...). «En fin, esta interpretación favorable a la subsanación se ha mantenido no sólo cuando no se ha acreditado la realización de la reclamación previa, sino también en caso de ausencia de la misma, admitiendo su subsanación con carácter *ex post*, es decir, aunque la demanda planteada ante la jurisdicción social no hubiera sido precedida de

⁷⁵ STC (Sala 1ª) 330/2006, de 20 de noviembre, FJ 2.

la reclamación dirigida a la Administración pública demandada, permitiendo rectificar en el plazo de subsanación el requisito procesal incumplido o el acto procesal defectuosamente realizado ... siempre y cuando no se trate de un incumplimiento absoluto derivado de una opuesta voluntad a su realización por la parte procesal obligada a ello».

Más en concreto, con relación a la exigencia de la reclamación administrativa previa a la vía judicial, se recuerda que «resulta compatible con el art. 24.1 CE, pues, pese a tratarse de una dificultad en el acceso a la jurisdicción ordinaria, que además en ningún caso se ve impedida, se justifica, especialmente, en razón de las especiales funciones y tareas que la Administración tiene encomendadas por el ordenamiento constitucional; siendo la finalidad de dicho presupuesto la de poner en conocimiento de la Administración pública el contenido y fundamento de la pretensión, dándole la oportunidad de resolver directamente el litigio, evitando así la vía judicial».

La sentencia concluye otorgando el amparo en el caso, al apreciar que «la tutela judicial efectiva exigía, en efecto, realizar una interpretación del art. 71 LPL conforme al principio *pro actione*, salvando así la propia inactividad subsanatoria del Juzgado de lo Social que admitió a trámite la demanda sin advertir defecto procesal alguno y sin cumplir con su deber legal de favorecer la subsanación de los defectos advertidos en la demanda».

En segundo lugar, como es sabido, la *conciliación previa obligatoria* es un requisito previo exigido con carácter general en el proceso laboral. Respecto de este requisito procesal, la STC 185/2013, de 4 de noviembre, concede el amparo solicitado en un supuesto en el que en el proceso de origen el actor interpuso demanda por despido sin aportar documento acreditativo de la celebración del acto de conciliación.

Concedido plazo al actor para que se subsanara el defecto procesal advertido, dentro del plazo concedido se celebró el acto de conciliación inicialmente omitido, con el resultado de «sin avenencia».

Posteriormente, el Juzgado de lo Social resolvió inadmitir a trámite la demanda, al entender que el plazo de subsanación concedido lo era exclusivamente con la finalidad de aportar la acreditación documental de la conciliación intentada, pero no para celebrar ésta misma por haber sido omitida.

El demandante de amparo denunció la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), al haber acordado el Juzgado de lo Social el archivo de su demanda por despido mediante una interpretación rigorista y desproporcionada del trámite de subsanación previsto en el anterior art. 81.2 LPL y actual art. 81.3 LJS.

La sentencia recuerda, por un lado, la finalidad constitucionalmente lícita del requisito procesal relativo a la exigencia de intento de conciliación previa, la cual no es otra que «la de evitación del proceso» (...), es decir, «asegurar que las partes hayan tenido oportunidad de, antes de tramitarse aquél, someter la controversia a solución extrajudicial intentando un acuerdo, garantía que está en la base del citado art. 81.2 LPL, así como en el vigente art. 81.3 LJS»⁷⁶.

Por otro lado, la sentencia destaca que, con arreglo a la doctrina constitucional, «el plazo habilitado para la subsanación no lo es tan solo para la simple acreditación formal de que temporáneamente fue cumplido el requisito procesal exigible, sino también para la realización en dicho plazo del acto omitido o la rectificación del defectuosamente practicado»⁷⁷.

⁷⁶ STC (Sala 2ª) 185/2013, de 4 de noviembre, FJ 3.

⁷⁷ STC (Sala 2ª) 185/2013, de 4 de noviembre, FJ 4.

En consecuencia, se concede el amparo solicitado por vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva proclamado por el art. 24.1 CE, al considerar que la resolución judicial dictada no respetó el criterio *pro actione* que debe inspirar la actuación judicial con relación al acceso a la jurisdicción.

c) Reclamación previa voluntaria y régimen de condena en costas en materia de cláusulas suelo

La jurisprudencia constitucional también se ha pronunciado en sentido favorable, aunque con matices, a la compatibilidad con el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva de la configuración legal de medios alternativos de solución de conflictos de carácter voluntario, pero que conllevan consecuencias desfavorables en materia de régimen de imposición de costas procesales, en caso de no recurrir al medio alternativo de solución de conflictos, o en caso de no aceptar una oferta de acuerdo.

En efecto, el mecanismo de reclamación extrajudicial previa previsto en el Real Decreto-ley 1/2017, de 20 de enero, de medidas urgentes de protección de consumidores en materia de cláusulas suelo, tiene sus raíces en la STJUE de 21 de diciembre de 2016, asuntos acumulados C-154/15, C-307/15 y C-308/15, que precisó el alcance de la obligación de las entidades financieras de restituir las cantidades indebidamente satisfechas por el consumidor como consecuencia de cláusulas suelo.

Según se dijo *supra*, el sistema de reclamación extrajudicial previa a la interposición de demandas judiciales relativas a peticiones de cantidad relacionadas con las cláusulas suelo tiene carácter voluntario para el consumidor (art. 3. 1 RDL), en el sentido de que la reclamación previa a la

interposición de demanda no se configura como requisito de admisibilidad de esta.

No obstante, el legislador potencia su uso mediante la modificación del régimen de condena en costas, pues la falta de utilización de la reclamación previa diseñada en el RDL 1/2017, o el rechazo en ella a la oferta de la entidad de crédito demandada, comporta consecuencias desfavorables para el consumidor (art. 4, 1 y 2 RDL), en lo que se refiere al régimen de condena en costas.

En primer lugar, la STC 156/2021, de 16 de septiembre, *declara constitucional la introducción de la reclamación extrajudicial previa*, habida cuenta de su carácter voluntario, de su mero efecto de moderado retraso en el ejercicio del derecho de acceso a los tribunales y de la licitud constitucional de la finalidad perseguida con el establecimiento de la reclamación extrajudicial previa en materia de cláusulas suelo.

Así, reconoce que el establecimiento de una vía de reclamación previa como la prevista en el art. 3 del Real Decreto-ley en nada afecta a los derechos reconocidos por el art. 24 CE porque «el sistema es enteramente voluntario» y «el consumidor puede renunciar a esta vía, acudiendo directamente a la judicial, no siendo tal procedimiento obstativo en modo alguno de esa opción»⁷⁸. Es decir, en la medida en que la reclamación previa se configura como un requisito de carácter voluntario, el consumidor puede acceder directamente ante los tribunales, sin que la admisión a trámite de la demanda, ni el pronunciamiento sobre el fondo, quedan condicionados a la presentación de la reclamación extrajudicial previa.

Así mismo, se advierte que, aunque se introduce una limitación al acceso a los tribunales, en cuanto que se prohíbe el ejercicio de nuevas

⁷⁸ STC (Pleno) 156/2021, de 16 de septiembre, FJ 9, c. I.

acciones durante la tramitación del procedimiento de reclamación extrajudicial y se ordena la suspensión del nuevo proceso incoado en contravención de esa prohibición (art. 3. 3), esa limitación persigue un fin lícito, consistente en ordenar las posibles distintas vías de resolución del conflicto conforme a las reglas de la buena fe. Además de que la duración máxima de tres meses es un tiempo prudencial, que no puede considerarse excesivo ⁷⁹.

En consecuencia, el carácter limitado de la restricción, unido a la finalidad constitucionalmente lícita del establecimiento de la reclamación extrajudicial previa, permite concluir en la constitucionalidad del procedimiento extrajudicial previsto en el art. 3 del RDL, finalidad que consiste en *«evitar el colapso judicial que supondría la presentación de multitud de demandas* derivadas de la declaración del carácter abusivo y la consiguiente nulidad de las cláusulas suelo (...)».

A lo que se añade: «Y ese fin es constitucionalmente legítimo, pues se trata, en definitiva, de proteger el ejercicio de la función jurisdiccional que encomienda en exclusiva a los jueces y tribunales el art. 117.3 CE, función que es esencial en un Estado de Derecho que propugna como valor superior de su ordenamiento jurídico la justicia (art. 1.1 CE), y, al tiempo, se persigue permitir que puedan ser efectivos los derechos fundamentales que, en relación con la administración de justicia y con el proceso, se consagran en el art. 24 CE, en especial aquellos que se refieren al acceso a la justicia y a no padecer dilaciones indebidas en el desenvolvimiento del proceso» ⁸⁰.

En segundo lugar, sobre la base del procedimiento de reclamación extrajudicial previa diseñado en el art. 3 del RDL 1/2017, se configura un *régimen especial de condena en costas procesales* en su art. 4, que anuda

⁷⁹ STC (Pleno) 156/2021, de 16 de septiembre, FJ 9, c, II.

⁸⁰ STC (Pleno) 156/2021, de 16 de septiembre, FJ 9, c, I.

consecuencias desfavorables para el consumidor, tanto en caso de falta de presentación de la reclamación previa por este (art. 4. 2), como en caso de rechazo por el consumidor de la cantidad ofrecida por la entidad de crédito, ya sea en el previo procedimiento extrajudicial (art. 4. 1), ya sea en el proceso judicial (art. 4, 2 b).

Por una parte, en caso de que se presente por el consumidor la reclamación previa y rechace esta la cantidad ofrecida por la entidad de crédito en el procedimiento extrajudicial, se establece que dicha entidad será condenada en costas, si la cantidad a la que se condena en sentencia es más favorable que la cantidad que ofreció dicha entidad (art. 4. 1 RDL).

Por otra parte, en caso de falta de presentación de la reclamación previa por el consumidor, se establecen dos reglas especiales: 1) Si en el proceso la entidad de crédito se allana totalmente antes de contestar a la demanda, se considera que no concurre mala fe procesal a los efectos previstos en el art. 395. 1, II LEC (art. 4. 2, a RDL); y 2) si en el proceso la entidad de crédito antes de contestar a la demanda se allana parcialmente y consigna la cantidad a la que se allana, dicha entidad solo puede ser condenada en costas, si la cantidad a la que se condena en sentencia en favor del consumidor es más favorable que la cantidad que ofreció y consignó dicha entidad (art. 4. 2, b RDL).

La STC 156/2021 declara inconstitucional el trato favorable para la entidad de crédito y desfavorable para el consumidor que impone el art. 4. 2 RD en materia de condena en costas procesales, cuando el consumidor no haya seguido el procedimiento extrajudicial –el medio alternativo de solución de conflictos - establecido en el art. 3 RDL, por considerar que dicho régimen de costas procesales infringe los derechos fundamentales consagrados en los arts. 14 y 24. 1 CE.

Sin embargo, no estima contraria a la Constitución la norma que, en caso de que el consumidor haya seguido el procedimiento extrajudicial y rechace el acuerdo ofrecido por la entidad de crédito, supedita la condena en costas a esta a que el consumidor obtenga en el proceso judicial una sentencia más favorable que la oferta recibida de dicha entidad (art. 4. 1 RDL).

El Tribunal Constitucional considera que el art. 4. 1 RDL altera el régimen general de las costas procesales regulado en los arts. 394 y 395 LEC, porque en materia de condena en costas procesales se sustituye el criterio del vencimiento contenido en estos preceptos de la LEC por el criterio de la obtención de una sentencia más favorable para el consumidor que la oferta efectuada por la entidad de crédito en la reclamación previa ⁸¹.

No obstante, el Tribunal Constitucional estima, por una parte, que esa alteración del régimen general de las costas procesales mantiene un equilibrio en las posiciones de las partes, otorgando ventajas a ambas, al consumidor incluido, ya que el reconocimiento de cualquier cantidad que supere lo ofertado, por mínimo que sea el aumento, supondrá la condena en costas de la entidad financiera; y, por otra parte, que no puede tacharse de irrazonable que no se impongan las costas a la entidad financiera, cuando el fallo judicial no conceda más de lo ofrecido extrajudicialmente por la entidad bancaria.

Ahora bien, lo anterior queda supeditado a que se realice una interpretación conforme a la Constitución del art. 4. 1 del RDL, en virtud de la cual el régimen de imposición de costas procesales en él contenido se considere aplicable cuando el cliente haya reclamado la devolución de lo indebidamente satisfecho antes de acudir a la vía judicial, tanto mediante la

⁸¹ Además, se añade que el régimen especial del RDL impide no imponer las costas en los casos en los que el tribunal aprecie serias dudas de hecho o de derecho, así como impide imponer las costas a la entidad financiera, aunque el tribunal aprecie su temeridad, en el supuesto de que la sentencia estimatoria no conceda una cantidad más favorable que la oferta.

reclamación previa del referido art. 3 RDL, como mediante cualquier otro instrumento contemplado en el ordenamiento, tales como el requerimiento fehaciente de pago, la solicitud de conciliación o el intento de mediación, siempre que hayan recibido una respuesta de la entidad financiera ofreciendo una cantidad con la que el cliente no esté de acuerdo ⁸².

Por el contrario, sí que se considera contrario a la Constitución el régimen especial de condena en costas diseñado en el art. 4. 2 del RDL, cuya literalidad impide realizar una interpretación del mismo conforme a la Constitución y que infringe los derechos fundamentales reconocidos en los arts. 14 y 24. 1 CE, así como el principio de protección del consumidor establecido en el art. 51 CE.

La infracción del art. 14 CE derivará de que, en los casos en los que se haya utilizado la reclamación previa del art. 3 RDL, el tribunal puede apreciar la existencia de mala fe de la entidad financiera y condenarla en costas.

Por el contrario, si se utilizó un diferente mecanismo de evitación del proceso previsto en la ley procesal, el tribunal no podrá apreciar en ningún caso mala fe de la demandada, aunque el consumidor haya reclamado el pago a la entidad financiera por otras vías, lo que constituye una diferencia de trato que no puede considerarse razonable ⁸³.

Así mismo, el Tribunal Constitucional declara que el art. 4. 2 RDL vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva del consumidor, cuando este no haya utilizado la concreta reclamación extrajudicial previa regulada en el art. 3 RDL, en cuyo caso a la entidad financiera le bastará con allanarse para no ser condenada en costas, sin que pueda el tribunal apreciar su mala fe y condenarla en costas, lo que *colocará probablemente al consumidor en la*

⁸² STC (Pleno) 156/2021, de 16 de septiembre, FJ 11, a.

⁸³ STC (Pleno) 156/2021, de 16 de septiembre, FJ 11, b.

tesitura de tener que hacer frente a los gastos generados por la intervención de su abogado y de su procurador. En estas circunstancias, se produce de manera patente un efecto disuasorio sobre el ejercicio de su derecho de acceso a la jurisdicción, que vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva consagrado en el art. 24.1 CE como ya proclamara la STJUE de 16 de julio de 2020, asuntos C-224/19 y C-259/19, respecto del régimen de condena en costas del art. 394. 1 LEC, que es mucho menos restrictivo que el art. 4. 2 RDL, con relación a la posibilidad de condenar en costas a las entidades financieras (FJ 11, b) ⁸⁴.

Por lo tanto, se debe concluir que la concreta regulación legal del régimen de condena en costas no es una cuestión constitucionalmente inocua, sino que en determinados casos una específica regulación legal del régimen de condena en costas procesales puede producir un *efecto disuasorio sobre el ejercicio de su derecho de acceso a la jurisdicción, que redunde en la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva* reconocido en el art. 24. 1 CE en su vertiente de acceso a la jurisdicción.

C) En los Anteproyectos y Proyectos de Ley recientes

En el curso de la última década se han llevado a cabo en Derecho español dos Anteproyectos de ley que afectan directamente a la materia

⁸⁴ Una de las cuestiones prejudiciales resuelta por la STJUE de 16 de julio de 2020 planteaba que la aplicación del artículo 394 LEC podía conducir a que no se condenara al profesional al pago íntegro de las costas cuando se estime plenamente la acción de nulidad de una cláusula contractual abusiva ejercitada por un consumidor, pero solo se estime parcialmente la acción de restitución de las cantidades pagadas en virtud de esta cláusula.

El Tribunal de Justicia de la Unión Europea concluye que la Directiva 93/13 se opone a un régimen de condena en costas con ese efecto, «dado que *tal régimen crea un obstáculo significativo que puede disuadir a los consumidores de ejercer el derecho*, conferido por la Directiva 93/13, *a un control judicial efectivo* del carácter potencialmente abusivo de cláusulas contractuales» (apartados 94 y 99).

objeto de estudio, el Anteproyecto de Ley de impulso de la mediación (ALIM) de diciembre de 2018 y el Anteproyecto de Ley de medidas de eficiencia procesal del servicio público de justicia (ALMEP) de noviembre de 2020, que muy recientemente se ha transformado en el Proyecto de Ley de medidas de eficiencia procesal del servicio público de justicia de 22 de abril de 2022 (PLMEP).

La particularidad de estos dos últimos Anteproyecto y Proyecto reside en que, ante la falta de una efectiva implantación de los mecanismos establecidos por la normativa europea y española a la que nos hemos referido, establecen modelos de mediación (ALIM), o de mecanismos alternativos de resolución de conflictos (PLMEP), de carácter obligatorio, lo cual, como se ha puesto de manifiesto antes, puede entrar en colisión con el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva consagrado en el art. 24. 1 CE y en el art. 47 de la CDFUE.

a) El Anteproyecto de Ley de impulso de la mediación de diciembre de 2018

El legislador español es consciente desde hace tiempo de que la Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles y el Real Decreto 980/2013, de 13 de diciembre, de desarrollo, nacieron con el objetivo de fomentar en España el uso de la mediación como instrumento de autocomposición eficaz de controversias entre sujetos de Derecho privado en el ámbito de sus relaciones de derecho disponible. Pero también constata que la entrada en vigor de la anterior normativa europea e interna no ha logrado de momento el resultado perseguido de consolidar la mediación como método alternativo de resolución de controversias en cuestiones civiles y mercantiles de Derecho privado.

Así lo reconoce el prelegislador en la Exposición de Motivos del Anteproyecto de Ley de impulso de la mediación de diciembre de 2018, en la que se argumenta que «la mediación en España se encuentra obstaculizada por una cultura ajena a esta forma particular de resolución de conflictos intersubjetivos. Continúa siendo una institución desconocida que no ha conseguido demostrar su operatividad. Por todo ello, se ha considerado que dicho proceso podría experimentar un significativo impulso a través de medidas legislativas de índole procesal sin olvidar que una labor de concienciación y de formación de todos los actores involucrados en este ámbito puede ser una solución eficaz a largo plazo»⁸⁵.

La falta de implantación de la mediación en el ámbito del Derecho privado también ha sido puesta de manifiesto por la doctrina, en la que se ha destacado que en el año 2015 en el orden jurisdiccional civil se produjeron casi 5.400 derivaciones respecto de los cerca de dos millones de asuntos que ingresan anualmente en el orden civil, lo que supone un porcentaje del 0,0031% sobre el total de asuntos ingresados⁸⁶. Igualmente, en la doctrina se ha señalado que en 2016, sobre un total de asuntos que accedieron a la vía judicial civil que supera los dos millones, únicamente fueron derivados a mediación 1.449 asuntos civiles y 5.563 asuntos en materia de derecho familia, por lo que el porcentaje respecto del total de asuntos que accedieron a la vía judicial civil «es realmente ínfimo»⁸⁷.

A ese objetivo de consolidar la mediación como método alternativo de resolución de controversias en cuestiones civiles y mercantiles de Derecho privado responde el Anteproyecto de Ley de impulso de la mediación de diciembre de 2018.

⁸⁵ Apartado I de la Exposición de Motivos del Anteproyecto de Ley de impulso de la mediación de diciembre de 2018.

⁸⁶ MARTÍN DIZ, F., *Nuevos escenarios para impulsar la mediación en derecho privado: ¿conviene que sea obligatoria?*, en *Práctica de Tribunales*, nº 137, marzo-abril, 2019, p. 2.

⁸⁷ LÓPEZ YAGÜES, V., *Mediación y proceso judicial...*, ob. cit., p. 3.

Este Anteproyecto de Ley, pese a su novedad, fue objeto de pronta atención por la doctrina⁸⁸, y su Exposición de Motivos pone de manifiesto que la propuesta del anterior objetivo se realiza a la luz del ya expuesto Informe de la Comisión Europea de 26 de agosto de 2016 sobre la aplicación de la Directiva 2008/52/CE.

Es cierto que este Anteproyecto de Ley no tuvo buen fin, al concluir la legislatura antes de que finalizara su tramitación, pero conviene analizarlo, pues en alguna medida el Anteproyecto de 2020 y el Proyecto de Ley de 2022 que se tramitan actualmente tienen en él un antecedente en el que se inspiran en determinados aspectos.

El elemento clave de la reforma era la sustitución del vigente modelo de mediación de *carácter voluntario* por otro de *obligatoriedad mitigada*, que configuraba como obligatorio un intento de mediación, bien con carácter previo a la interposición de las demandas relativas a un grupo de materias determinadas por el legislador, o bien cuando en el seno de un proceso pendiente el tribunal considere conveniente que las partes acudan a la mediación.

El cambio de paradigma se producía sustancialmente a través de la propuesta de modificación del apartado 1 del artículo 6 LM, en el que, tras proclamar que la mediación seguía siendo voluntaria, a continuación se “matizaba” que, sin embargo, los interesados estarían obligados a intentarla

⁸⁸ MARTÍN DIZ, F., *Nuevos escenarios ...*, ob. y loc. cit.; LÓPEZ YAGÜES, V., V., *Mediación y proceso judicial...*, ob. y loc. cit.; CARRETERO MORALES, “¿Puede contribuir el nuevo modelo de «obligatoriedad mitigada» de la mediación a mejorar la eficiencia del proceso civil?: Breve análisis del Anteproyecto de Ley de Impulso a la Mediación”, en *Justicia: ¿garantías versus eficiencia?* (Dir. JIMÉNEZ CONDE y BELLIDO PENADÉS), Tirant lo Blanch, 2019, pp. 583-588; ARANDA JURADO, M., “La mediación obligatoria mitigada como instrumento para la promoción de la mediación en los asuntos civiles y mercantiles en el ordenamiento jurídico español”, en *Justicia: ¿garantías versus eficiencia?* (Dir. JIMÉNEZ CONDE y BELLIDO PENADÉS), Tirant lo Blanch, 2019, pp. 528 y ss.; y SÁNCHEZ POS, M^a. V., “Hacia un modelo de obligatoriedad mitigada de la mediación. Comentario breve al Anteproyecto de Ley de Impulso de la Mediación, en *Justicia: ¿garantías versus eficiencia?* (Dir. JIMÉNEZ CONDE y BELLIDO PENADÉS), Tirant lo Blanch, 2019, pp. 923 y ss

con carácter previo al inicio de un proceso declarativo en un nutrido grupo de materias.

Las materias en las que resultaba necesario intentar la mediación eran las siguientes:

«a) Medidas que se adopten con ocasión de la declaración de nulidad del matrimonio, separación, divorcio o las relativas a la guarda y custodia de los hijos menores o alimentos reclamados por un progenitor contra el otro en nombre de los hijos menores, así como aquellas que pretendan la modificación de las medidas adoptadas con anterioridad;

b) Responsabilidad por negligencia profesional;

c) Sucesiones;

d) División judicial de patrimonios;

e) Conflictos entre socios y/o con los órganos de administración de las sociedades mercantiles;

f) Reclamaciones en materia de responsabilidad extracontractual que no traigan causa de un hecho de la circulación;

g) Alimentos entre parientes;

h) Propiedad horizontal y comunidades de bienes;

i) Derechos reales sobre cosa ajena;

j) Contratos de distribución, agencia, franquicia, suministro de bienes y servicios siempre que hayan sido objeto de negociación individual;

k) Reclamaciones de cantidad inferiores a 2.000 euros entre personas físicas cuando no traigan causa de un acto de consumo;

l) Defectos constructivos derivados de un contrato de arrendamiento de obra;

m) Protección de los derechos al honor, intimidad o la propia imagen;

n) Procesos arrendaticios que hayan de ventilarse por los cauces del juicio ordinario»⁸⁹.

No obstante, el Anteproyecto también proponía realizar distintas modificaciones con relación a las *costas procesales*. Por una parte, se perseguía modificar el art. 32. 5 LEC para admitir que los derechos y honorarios de abogado y procurador pudieran incluirse en la condena en costas, aunque su intervención no fuera legamente preceptiva, en los supuestos en los que la parte contraria no hubiera acudido sin causa justa a un intento de mediación dirigido a resolver la controversia.

Por otra parte, se proponía que se informara a las partes de las consecuencias que en materia de costas podía tener su falta de participación en el intento de mediación, bien por el tribunal al acordar la derivación (propuesta de art. 398 *bis* LEC), bien por el mediador en la citación a las partes a la sesión informativa y, en su caso, exploratoria, tanto en los casos en los que el intento de mediación fuera requisito para la admisión de la demanda, como en los casos en los que fuera consecuencia de una derivación judicial (propuesta de art. 17 LM).

Por último, se perseguía modificar los arts. 394. 1 y 539. 2 LEC para posibilitar que no se beneficiase de un pronunciamiento de condena en costas, ni en el proceso declarativo, ni en el proceso de ejecución, el litigante que no hubiere acudido a un intento de mediación, sin causa justificada, cuando fuera legalmente preceptivo, o lo hubiera acordado el tribunal durante el proceso.

Finalmente, consecuencia del establecimiento de un modelo de mediación obligatoria mitigada era la reforma de la Ley 1/1996, de 10 de

⁸⁹ Como advierte LÓPEZ YAGÜES, V., *Mediación y proceso judicial...*, ob. cit., pp. 7-8, dicha regulación se inspira muy de cerca en la regulación del Derecho italiano.

enero, de asistencia jurídica gratuita, a través de la propuesta de adición de un nuevo número 11 al artículo 6 de la LAJG, mediante la que se incorporaba en el contenido del derecho de asistencia jurídica gratuita la intervención del mediador, cuando esta constituyera presupuesto procesal para la admisión de la demanda, o fuera acordada por derivación judicial ⁹⁰.

El Informe sobre el ALIM del Consejo General del Poder Judicial, tras reconocer que en el debate en torno a la cuestión de si la mediación debe ser o no obligatoria en el contexto de las medidas de impulso y fomento de la mediación subyace la cuestión de la posible conciliación o no de la mediación obligatoria con el derecho a la tutela judicial efectiva y el derecho a acceder a la jurisdicción consagrados en el artículo 47 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea y en el artículo 24 CE, en su sentir mayoritario hace una evaluación favorable de la regulación concreta del ALIM respecto de este punto, a la luz de la valoración y aplicación al Anteproyecto de los criterios contenidos en la STJUE de 2017 antes analizada ⁹¹.

Sin embargo, la cuestión no resultó pacífica, al redactarse un voto particular por el vocal Vicente Guilarte Gutiérrez, en el que, desde una interpretación más certera de la jurisprudencia europea, se considera que, si bien la STJUE de 14 de junio de 2017 acepta la configuración de la mediación como requisito de admisibilidad de ciertas acciones judiciales y su posible compatibilidad con el principio de tutela judicial efectiva, «ello

⁹⁰ Sin embargo, cuando por los ingresos económicos de las partes no se les reconocía a estas el derecho de asistencia jurídica gratuita el coste total de la mediación se hacía recaer sobre la ciudadanía, pues el ALIM dejaba intacta la Ley de Mediación en este aspecto. De forma que el coste de la mediación, concluyera o no con acuerdo, recaía sobre las partes, dividiéndose por igual entre las mismas, salvo que pactaran otra cosa. A dicho efecto, tanto los mediadores como la institución de mediación podían exigir a las partes la provisión de fondos que estimasen necesaria para atender el coste de la mediación. Pero si las partes o alguna de ellas no realizaban en plazo la provisión de fondos solicitada, el mediador o la institución podían dar por concluida la mediación (propuesta de art. 15 LM).

⁹¹ Informe sobre el Anteproyecto de Ley de impulso de la mediación aprobado por acuerdo del Pleno del Consejo General del Poder Judicial de 28 de marzo de 2019, pp. 58-59.

parte de asumir que no implique coste adicional para los litigantes ni demora en la solución de su conflicto. Presupuestos que difícilmente puede considerarse concurrentes en el diseño que se cuestiona especialmente teniendo en cuenta la universalidad de los supuestos que atrae a su competencia».

Así mismo, en el voto particular se defiende, desde un planteamiento que comparto, que «la mediación debe seguir impulsándose para lograr una mayor convicción de su utilidad y, en ningún caso, imponerse pues la Administración de Justicia no puede considerarse, al menos por el momento, como un remedio subsidiario para la solución de conflictos privados tal y como llega a referir la Exposición de Motivos» ⁹².

b) El Proyecto de Ley de medidas de eficiencia procesal del servicio público de justicia de 22 de abril de 2022

El Proyecto de Ley de medidas de eficiencia procesal del servicio público de justicia (PLMEP), de abril de 2022 parte también de los resultados del Informe de la Comisión Europea sobre la aplicación de la Directiva 2008/52/CE, de 26 de agosto de 2016 y, en consecuencia, de la conveniencia de mejorar los sistemas nacionales de mediación.

Sin embargo, la perspectiva de este Proyecto de Ley es más amplia, pues su objetivo no se limita al impulso de la mediación como método autocompositivo de resolución de controversias, sino que persigue también

⁹² Voto particular redactado por el vocal Vicente Guilarte Gutiérrez, al que se adhieren los vocales Roser Bach Fabregó, Enrique Lucas Murillo de la Cueva y Rafael Fernández Valverde (apartados 12 y 13).

la introducción en nuestro ordenamiento jurídico de otros medios adecuados de solución de controversias ⁹³.

En palabras de su Exposición de Motivos, «se trata de potenciar la negociación entre las partes, directamente o ante un tercero neutral, partiendo de la base de que estos medios reducen el conflicto social, evitan la sobrecarga de los tribunales y son igualmente adecuados para la solución de la inmensa mayoría de las controversias en materia civil y mercantil». «(...) Con este fin se ha de potenciar la mediación en todas sus formas e introducir otros mecanismos de acreditada experiencia en el derecho comparado» ⁹⁴.

El elemento central de la reforma es la transformación del actual modelo de mediación de *carácter voluntario* por otro de *obligatoria negociación* (medio adecuado de solución de controversias), que, en general, configura como obligatorio un intento de negociación, pero a través de métodos muy diferentes.

El ámbito de aplicación de las disposiciones del PLMEP sobre los medios adecuados de solución de controversias viene referido a los asuntos civiles y mercantiles, incluidos los conflictos transfronterizos (art. 2. 1 PLMEP) ⁹⁵, con exclusión de los asuntos pertenecientes a otros órdenes jurisdiccionales, o en los que puedan estar implicadas entidades pertenecientes al Sector Público.

En este sentido, quedan excluidos de su ámbito de aplicación los asuntos propios de los órdenes jurisdiccionales social y penal, así como los

⁹³ Como se dijo al comienzo de este trabajo, parecen más acertados los términos “medios alternativos” que los de “medios adecuados”, pues los últimos podrían dar a entender que el proceso judicial no es un medio adecuado para la resolución de controversias, cuando es precisamente ese medio el que, desde una perspectiva constitucional y supranacional, mayores garantías comporta para el ciudadano que impetra la tutela de sus derechos e intereses legítimos.

⁹⁴ Exposición de Motivos del PLMEP de 2022, pp. 3 y 4.

⁹⁵ Se atiende a la definición de conflictos transfronterizos realizada en el artículo 3 de la Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles y establece la aplicabilidad de los artículos contenido en su título I cuando, al menos, una de las partes tenga su domicilio en España y la actividad negociadora se realice en territorio español.

asuntos de cualquier naturaleza en los que una de las partes sea una entidad perteneciente al Sector Público (art. 3. 2 ALMEP y art. 2. 2 PLMEP).

Igualmente, quedan excluidos de su ámbito de aplicación algunos asuntos propios del orden jurisdiccional civil, exclusiones que se han incrementado en el tránsito del Anteproyecto al Proyecto de Ley.

En este sentido, en el ALMEP quedaban excluidos de su ámbito de aplicación la materia concursal y algunos asuntos civiles: demandas para la tutela judicial civil de derechos fundamentales, adopción de las medidas previstas en el artículo 158 del Código Civil y solicitudes de autorización para el internamiento forzoso por razón de trastorno psíquico conforme al art 763 de la LEC (art. 1. 4, II ALMEP).

Así mismo, se prohibía la utilización de medios adecuados de solución de controversias, ni aun por derivación judicial, cuando se trate de conflictos que afecten a derechos y obligaciones no disponibles, o cuando los conflictos que versen sobre alguna de las materias excluidas de la mediación –violencia de género- conforme al artículo 87 ter de la LOPJ (art. 1. 4, I ALMEP).

En el PLEP también recoge las exclusiones anteriores: los conflictos relativos a tutela de derechos fundamentales, a medidas del art. 158 Cc y a internamientos forzosos del art. 763 LEC se excluyen en el art. 4. 2, a), b) y c) del PLMEP; y los conflictos que afecten a derechos y obligaciones no disponibles, o que versen sobre alguna materia excluida de la mediación – violencia de género- también se excluyen en el art. 3. 2 del PLMEP.

Pero, además, el PLMEP introduce otras exclusiones adicionales –no contenidas en el ALMEP- al nuevo requisito de procedibilidad en el orden jurisdiccional civil, al no exigir el previo intento de negociación, bien antes del inicio de expedientes de jurisdicción voluntaria (art. 4. 3 PLMEP), o bien antes del inicio de otros procedimientos especiales: d) de tutela sumaria de la tenencia o de la posesión de una cosa o derecho por quien haya sido

despojado de ellas o perturbado en su disfrute; e) en pretensión de que el tribunal resuelva, con carácter sumario, la demolición o derribo de obra, edificio, árbol, columna o cualquier otro objeto análogo en estado de ruina y que amenace causar daños a quien demande; f) de ingreso de menores con problemas de conducta en centros de protección específicos, de entrada en domicilios y restantes lugares para la ejecución forzosa de medidas de protección de menores, y de restitución o retorno de menores en los supuestos de sustracción internacional (art. 4. 2, d, e y f PLMEP).

Así mismo, el PLMEP regula diferentes modalidades de negociación previa que sirven para cumplir el nuevo requisito de procedibilidad en el proceso civil. Para ello utiliza diferentes técnicas.

Por una parte, establece de forma expresa la regulación básica de algunas de esas modalidades de negociación, como la conciliación privada (arts. 14 y 15 PLMEP), la oferta vinculante confidencial (art. 16 PLMEP) y la opinión de experto independiente (art. 17 PLMEP).

Por otra parte, de modo más abierto, admite que el requisito se cumpla mediante la negociación directa de las partes, o mediante la negociación a través de sus abogados, así como mediante el empleo de otras modalidades previstas en otra legislación (arts. 1, 4. 1 y 13 PLMEP).

Por lo tanto, es bastante diferente el elemento clave de la reforma llevada a cabo mediante el Anteproyecto de Ley de Mediación (ALIM) de 2018 y mediante el Proyecto de Ley medidas de eficiencia procesal del servicio público de justicia (PLMEP) de 2022. El ALIM de 2018 configura como elemento central de la reforma la configuración como requisito de procedibilidad en el orden jurisdiccional civil del intento previo obligatorio de uso de un medio concreto de resolución extrajudicial de conflictos, la mediación. Y lo hace mediante la selección de un grupo de materias –bien

nutrido, se debe reconocer- que se enumeran de forma expresa, quedando excluidas las materias a las que no se refiera la enumeración ⁹⁶.

En cambio, el PLMEP de 2022 utiliza técnicas completamente diferentes. Por una parte, porque en vez de hacer un listado cerrado de materias que requieren una negociación extrajudicial previa, utiliza una fórmula más flexible, que la exige de forma general en el orden jurisdiccional civil y la excluye solo respecto de las materias expresamente excluidas. Por otra parte y sobre todo, porque aunque reconoce que la mediación puede servir para cumplir con el nuevo requisito de procedibilidad (art. 13. 2 PLMEP) y que la misma se debe seguir fomentando, también considera que deben admitirse otros medios alternativos de solución de controversias que sirvan al mismo fin.

No obstante, la flexibilidad del medio de negociación o de solución de conflictos se debilita en el tránsito del Anteproyecto al Proyecto de Ley.

El PLMEP admite que el nuevo requisito de procedibilidad se cumpla mediante el empleo de otras modalidades previstas en la futura Ley de Eficiencia Procesal, o en otra legislación (arts. 1, 4. 1 y 13 PLMEP).

Entre las modalidades de solución de conflictos previstas en otra legislación cuyo intento permite considerar cumplido el nuevo requisito de procedibilidad, el PLMEP se refiere expresamente a la mediación, que se regirá por lo dispuesto en la Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles, y, en su caso, por la legislación autonómica que resulte de aplicación; a la conciliación ante Notario, que se regirá por lo dispuesto en el capítulo VII del título VII de la Ley del Notariado; a la conciliación ante el Registrador, que se regirá por lo dispuesto en el título IV

⁹⁶ Sobre distintas materias en las que la “jurisprudencia” española recomienda que las partes recurran a la mediación vid. SIGÜENZA LÓPEZ, J., *Mediación extrajudicial y proceso civil*, Aranzadi Thomson Reuters, 2018, pp. 178-186.

BIS de la Ley Hipotecaria; y a la conciliación ante el letrado de la Administración de Justicia, que se regirá por lo establecido en el título IX de la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria (art. 13. 2, 3, 4 y 5 PLMEP).

También se refiere de forma expresa el PLMEP en su disposición adicional quinta a distintas reclamaciones extrajudiciales en materia de consumo, cuya realización permite considerar cumplido el nuevo requisito de procedibilidad.

En este sentido, en los litigios en que se ejerciten acciones individuales promovidas por consumidores o usuarios se considerará cumplido el requisito de procedibilidad por la presentación de reclamación extrajudicial previa a la empresa o profesional con el que hubieran contratado, sin haber obtenido una respuesta en el plazo señalado por la legislación especial aplicable, o cuando la respuesta no sea satisfactoria, y sin perjuicio de que puedan acudir a cualquiera de los medios adecuados de solución de controversias, tanto los previstos en legislación especial en materia de consumo, como los generales previstos en la Ley de Eficiencia Procesal.

Así mismo, se entenderá también cumplido el requisito de procedibilidad con la resolución de las reclamaciones presentadas por los usuarios de los servicios financieros ante el Banco de España, la Comisión Nacional del Mercado de Valores y la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones en los términos establecidos por el artículo 30 de la Ley 44/2002, de 22 de noviembre, de Medidas de Reforma del Sistema Financiero, o, respecto de los conflictos planteados por los usuarios de transporte aéreo, mediante las reclamaciones presentadas actualmente ante la Agencia Estatal de Seguridad Aérea ⁹⁷.

⁹⁷ Sobre los conflictos de los usuarios de transporte aéreo ver NADAL GÓMEZ, I., “La resolución alternativa ...”, en *La resolución alternativa de litigios ...*, ob. cit., pp. 225 y ss.;

Atención especial presta el PLMEP a las reclamaciones extrajudiciales que deben realizar los consumidores o usuarios en materia de cláusulas abusivas contenidas en contratos de préstamos hipotecarios.

En esta materia la regla 44 del art. 20 del PLMEP da nueva redacción al art. 250 LEC, para incluir en el ámbito del juicio verbal las demandas en que se ejerciten acciones individuales relativas a condiciones generales de contratación en los casos previstos en la legislación sobre esta materia (art. 250. 1. 14ª LEC). Y la regla 69 del art. 20 del PLMEP añade un nuevo apartado 5 al artículo 439, con la siguiente redacción:

«5. No se admitirán las demandas que tengan por objeto las acciones de reclamación de devolución de las cantidades indebidamente satisfechas por el consumidor en aplicación de determinadas cláusulas suelo o de cualesquiera otras cláusulas que se consideren abusivas contenidas en contratos de préstamo o crédito garantizados con hipoteca inmobiliaria cuando no se acompañe a la demanda documento que justifique haber practicado el consumidor una reclamación previa extrajudicial a la persona física o jurídica que realice la actividad de concesión de préstamos o créditos de manera profesional, con el fin de que reconozca expresamente el carácter abusivo de dichas cláusulas, con la consiguiente devolución de las cantidades indebidamente satisfechas por el consumidor».

Lo anterior conduce igualmente a que se contemple la derogación del Real Decreto-ley 1/2017, de 20 de enero, de medidas urgentes de protección de consumidores en materia de cláusulas suelo (disposición derogatoria, apartado 1 PLMEP), así como a que se diseñe un nuevo procedimiento de

ARMENTA DEU, T., *Derivas de la justicia. Tutela de los derechos y solución de controversias en tiempos de cambios*, Marcial Pons, 2021, pp. 110-111; PÉREZ DAUDÍ, V., *La imposición de los ADR ope legis y el derecho a la tutela judicial efectiva*, en “In Dret”, 2/2019, pp. 30 y ss. y BONACHERA VILLEGAS, R., “El Proyecto de Orden Ministerial por el que se regula la resolución alternativa de litigios en materia de los derechos de los usuarios de transporte aéreo”, en *Adaptación del Derecho procesal español a la normativa europea y su interpretación por los tribunales* (Dir. JIMÉNEZ CONDE), Tirant lo Blanch, 2018, pp. 261 y ss.;

reclamación extrajudicial previa de los consumidores en materia de cláusulas abusivas (disposición adicional sexta PLMEP). El nuevo procedimiento de reclamación extrajudicial previa reduce su actual duración de tres meses a un mes desde la presentación de la reclamación y con una importante y efectiva previsión sobre aumento de los intereses legales en caso de retraso en el pago de la cantidad ofertada por la entidad financiera. En materia de condena en costas se remite a la regulación general del PLMEP sobre la nueva redacción de los arts. 394, 245 y 247 de la LEC ⁹⁸.

No obstante, la flexibilidad del medio de negociación o de solución de conflictos que debe observarse para que se considere cumplido el nuevo requisito de procedibilidad en el orden jurisdiccional civil se debilita en el tránsito del Anteproyecto al Proyecto de Ley, toda vez que este, a diferencia del Anteproyecto, exige que en todo caso se trate de una actividad negocial tipificada legalmente.

Así, se considera medio adecuado de solución de controversias «cualquier tipo de actividad negociadora, *tipificada en esta u otras leyes*, a la que las partes de un conflicto acuden de buena fe con el objeto de encontrar una solución extrajudicial al mismo, ya sea por sí mismas o con la intervención de un tercero neutral» (art. 1 PLMEP).

Así mismo, «se considerará cumplido este requisito si se acude previamente a la mediación, a la conciliación o a la opinión neutral de un experto independiente, si se formula una oferta vinculante confidencial o si se emplea cualquier otro tipo de *actividad negociadora, tipificada en esta u*

⁹⁸ Sin embargo, a diferencia de lo que se hacía en la regla 60 del art. 18 del ALMEP, la regla 69 del art. 20 del PLEP ya no modifica el art. 439 LEC para recoger como causa de inadmisión de la demanda de juicio verbal la falta de reclamaciones extrajudiciales previas a las demandas de reclamación de cantidad formuladas en los casos de cancelación, denegación de embarque o retraso susceptible de indemnización al amparo del Reglamento (CE) nº 261/2004 y a las demandas de reclamación de cantidad formuladas en casos de pérdida o retraso en la entrega del equipaje, así como de cancelación, denegación de embarque o retraso fundadas en el Convenio de Montreal el 28 de mayo de 1999.

otras normas, pero que cumpla lo previsto en los capítulos I y II del título I de esta ley o en una ley sectorial» (art. 4. 1, II PLMEP).

En igual dirección, se recalca que «a los efectos de cumplir el requisito de procedibilidad para la iniciación de la vía jurisdiccional, y sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 4.1., las partes podrán acudir a cualquiera de las modalidades de negociación previa reguladas en este capítulo, a la mediación regulada en la Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles, o *a cualquier otro medio adecuado de solución de controversias previsto en otras normas*» (art. 13. 1 PLMEP).

A mi juicio, la redacción del Proyecto empeora en este punto respecto de la contenida en el Anteproyecto, el cual, mediante una regulación mucho más flexible e, incluso, de forma más coherente con el principio de autonomía privada en el desarrollo de los medios adecuados de solución de controversias, que inspira al propio Proyecto (art. 3 PLMEP), consideraba cumplido el requisito de procedibilidad si se empleaba «cualquier otro tipo de actividad negocial no tipificada legalmente», que permita dejar constancia de la recepción de la propuesta de negociación, de su fecha, contenido e identidad de las partes proponente y requerida, así como la identidad entre el objeto de la negociación y del proceso posterior (art. 1. 3 ALMEP) ⁹⁹.

Así mismo, es de destacar que el PLMEP de 2022 regula la *asistencia letrada* en cualesquiera medios adecuados de solución de controversias, para establecer su carácter facultativo con carácter general, y su preceptividad para determinados supuestos: en caso de formulación de una oferta vinculante, salvo que la cuantía del asunto controvertido no supere los 2.000

⁹⁹ Además de que el Anteproyecto regulaba los requisitos de la propuesta de negociación con mayor claridad y concisión en un precepto (art. 1. 3 ALMEP), frente al más genérico y confuso tenor del actual art. 4. 1, II PLMEP, con su remisión a lo previsto en los capítulos I y II del título I de esta ley o en una ley sectorial.

euros, o cuando una ley sectorial no exija la intervención de letrado para la realización o aceptación de la oferta (art. 5 PLMEP) ¹⁰⁰.

La implementación de la introducción de los medios extrajudiciales de solución de controversias que contempla el PLMEP en el ordenamiento procesal civil exige la reforma de algunos preceptos de la ley procesal civil, que, por lo que se refiere a nuestro objeto de estudio, pueden sintetizarse en las siguientes.

En primer lugar, se establecen modificaciones relativas a la *presentación de la demanda de los procesos de declaración* y a los *supuestos de inadmisión a trámite de la demanda*. En este sentido, se propone reformar el art. 264 de la LEC, para incluir, entre los documentos procesales que deben acompañarse a la demanda, el documento que acredite el intento de actividad comercial previa (regla 46 de art. 20 PLMEP).

Así mismo, se prevé modificar el artículo 399 de la LEC, para señalar en su apartado 3 que se haga constar en la demanda la descripción del proceso de negociación previo llevado a cabo y se manifiesten los documentos justificativos de que se ha acudido a un medio adecuado de solución de controversias (regla 59 de art. 20 PLMEP).

Consecuentemente, se propone reformar el art. 403. 2 LEC, para incluir entre los supuestos de inadmisión de la demanda, el hecho de no haber intentado la actividad comercial exigida como requisito de procedibilidad en los casos establecidos por la ley (regla 60 de art. 20 PLMEP).

En segundo lugar, el PLMEP potencia el recurso a los medios extrajudiciales de resolución de conflictos durante la pendencia del proceso

¹⁰⁰ En este aspecto, a mi juicio, el PLEC mejora la regulación del ALMEP, al reducir la preceptividad de la asistencia letrada en los medios alternativos de solución de conflictos, ya que el ALMEP también exigía la asistencia letrada cuando se recurriera a la conciliación privada y a la mediación, si el conciliador o mediador no era profesional del derecho, salvo exención legal expresa, o que la cuantía del asunto no excediera de 2.000 € (art. 2 ALMEP).

civil, mayoritariamente mediante la *invitación a su uso en las diferentes vistas y audiencias del proceso civil*, así como mediante la modificación del *régimen jurídico de las costas procesales*, estableciendo consecuencias desfavorables en atención a la conducta de las partes respecto de la participación en los medios alternativos de solución de conflictos, o respecto de las propuestas de acuerdo realizadas durante los mismos.

Con relación a lo segundo, el PLMEP propone realizar distintas modificaciones respecto de las *costas procesales*. Por una parte, se propone modificar el art. 32. 5 LEC para admitir que los derechos y honorarios de abogado y procurador se incluyan en la condena en costas, aunque su intervención no sea legamente preceptiva, en los casos en los que la demanda se presente por un consumidor valiéndose de dichos profesionales, después de haber formulado reclamación extrajudicial previa (regla 4 de art. 20 PLMEP) ¹⁰¹.

Por otra parte, se permite que la parte condenada en costas, que con anterioridad participó activamente en un medio alternativo de solución de conflictos, solicite la exoneración o reducción de las costas procesales (propuesta art. 245 *bis* 3 y 4 LEC), si formuló una propuesta a la parte contraria durante el medio alternativo de solución de conflictos utilizado, la propuesta no fue aceptada por la parte requerida y la resolución judicial que puso fin al proceso es sustancialmente coincidente con el contenido de dicha propuesta. Iguales consecuencias tendrá el rechazo injustificado de la propuesta formulada por el tercero neutral, cuando la sentencia recaída en el proceso sea sustancialmente coincidente con la citada propuesta (propuesta art. 245. 5 LEC).

¹⁰¹ Como advierte BANACLOCHE PALAO, J., *Las reformas en el proceso civil previstas en el Anteproyecto de Ley de Medidas de Eficiencia Procesal: ¿una vuelta al pasado?*, Diario La Ley núm. 9814, de 19 de marzo de 2021, p. 7, con ello se pretende incentivar a que llegue a un acuerdo a quien litiga contra un consumidor por cantidades inferiores a 2.000 euros, ante el riesgo de tener que asumir el coste del abogado y del procurador del consumidor.

Por otra parte, se introducen nuevas normas que tienen en cuenta la conducta de las partes en los medios alternativos de solución de conflictos utilizados o intentados al decidir sobre el régimen de condena en costas que debe acordarse. Así, el criterio general del vencimiento establecido para el *supuesto de rechazo total de las “pretensiones”*, se matiza con el criterio tradicional de las dudas de hecho o de derecho, y con el nuevo criterio relativo a la conducta de la parte respecto del método alternativo de solución realizado o intentado. En este sentido, se establece que no habrá pronunciamiento de costas a favor de aquella parte que hubiere rehusado participar, sin justa causa, en una actividad negocial de solución de controversias a la que hubiese sido convocada, si la actividad negocial era legalmente preceptiva, o la acordó el tribunal durante el curso del proceso (propuesta art. 394. 1 LEC) ¹⁰².

Así mismo, en caso de *estimación parcial de las “pretensiones”*, se mantiene como regla general que cada parte abone sus costas y la mitad de las comunes. Sin embargo, la excepcional condena en costas en caso de estimación parcial, que actualmente se reserva a los casos de temeridad, en el PLMEP se extiende además a los casos en los que la parte demandada no hubiere acudido, sin causa justificada, al medio alternativo de solución de conflictos intentado, si el medio intentado era legalmente preceptivo, o lo acordó el tribunal durante el curso del proceso (propuesta art. 394. 2 LEC). Igualmente, se contempla que, si la parte requerida para iniciar una actividad

¹⁰² Como señala BANACLOCHE PALAO, J., *Las reformas en el proceso ...*, ob. cit., p. 7, en el régimen de la condena en costas lo más relevante ya no será el criterio del vencimiento (haber ganado o perdido el proceso), sino la conducta que se observó con relación al MASC, quien añade que “con ello se intenta poner coto a la práctica de algunos despachos de abogados que se niegan a llegar a acuerdos previos —a pesar de que los demandados se los ofrecen— porque estaban comprometidos con sus clientes desde un principio a cobrar sus honorarios únicamente con las costas del proceso”. El cambio de criterio en el régimen de la condena en costas ha sido bien recibido por un sector de la doctrina. En este sentido, PICÓ JUNOY, J., *MASC y costas procesales en el futuro proceso civil: ¿La cuadratura del círculo?*, Diario La Ley núm. 9801, de 2 de marzo de 2021, p. 5.

negocial previa tendente a evitar el proceso judicial hubiese rehusado intervenir en la misma, la parte requirente quedará exenta de la condena en costas, salvo que se aprecie un abuso del servicio público de justicia (propuesta art. 394. 4 LEC).

También se introducen las consideraciones anteriores para los casos de allanamiento, siendo el criterio general que, si la parte demandada no ha acudido, sin causa justificada, a un intento de un medio alternativo de solución de conflictos, siendo legalmente preceptivo, o habiéndolo acordado el juez durante el proceso, y luego se allana, sea condenada en costas (propuesta art. 395 LEC).

No obstante, el PLMEP fomenta escasamente el uso de la mediación o de otros medios alternativos de solución de conflictos durante el *proceso de ejecución*.

El ALIM imponía el previo intento de mediación antes de iniciar una ejecución hipotecaria que recayera sobre un inmueble que constituyera la vivienda habitual del ejecutado (propuesta arts. 681 y 685 LEC) ¹⁰³, o permitía al tribunal acordar la derivación a mediación en el auto que ordenase el despacho de ejecución del pronunciamiento sobre medidas en procesos matrimoniales y de menores (art. 776 LEC) ¹⁰⁴.

¹⁰³ En este sentido, se contenían tres normas: 1) Se introducía un párrafo segundo en el apartado 1 del artículo 681, según el cual: «El intento de mediación será requisito necesario para el ejercicio de la acción para exigir el pago de deudas garantizadas por hipoteca constituida sobre un bien inmueble que constituya la vivienda habitual del deudor o de su familia»; 2) Se modificaba el art. 685. 2 LEC para exigir que «en las ejecuciones de hipotecas sobre bienes inmuebles que constituyan la vivienda del ejecutado o de su familia, también se acompañará a la demanda el certificado de haber acudido a un intento de mediación»; y 3) se reformaba el art. 686 LEC para prohibir el despacho de la ejecución sobre bien inmueble que constituya vivienda habitual del deudor o de su familia, «si no se hubiera acreditado el intento de mediación previo a la presentación de la demanda».

¹⁰⁴ Así en el ALIM se añadía un apartado 2 al art. 776 LEC, conforme al cual: «En estos casos de ejecución forzosa de pronunciamientos sobre medidas, el tribunal podrá derivar a mediación la controversia en el auto en que ordene el despacho de la ejecución», quedando en suspenso la tramitación de la ejecución durante el desarrollo de la mediación hasta un máximo de tres meses.

En cambio, el PLMEP no impone el previo intento de medio adecuado de solución de controversias, ni antes de iniciar cualquier proceso de ejecución, ni antes de iniciar una ejecución hipotecaria que recaiga sobre un inmueble que constituya la vivienda habitual del ejecutado.

Más bien, el intento de mediación o de sumisión a algún otro medio alternativo de solución de conflictos durante el proceso de ejecución se configura en el PLMEP con carácter voluntario, como sucede en materia de suspensión del proceso de ejecución ¹⁰⁵.

Igualmente, el recurso a los medios adecuados de solución de conflictos re configura con carácter voluntario con relación a la solicitud de ejecución forzosa de medidas definitivas en procesos matrimoniales del art. 776 LEC, materia en la que, aunque permite la derivación judicial a un medio alternativo de solución de conflictos de la solicitud de ejecución forzosa las medidas definitivas, lo hace con menor intensidad, al requerir para ello también el consentimiento de todas las partes ¹⁰⁶.

¹⁰⁵ La regla 110 del art. 20 PLMEP modifica el apartado 1 del artículo 565, que queda redactado como sigue:

«1. Sólo se suspenderá la ejecución en los casos en que la Ley lo ordene de modo expreso, o así lo acuerden todas las partes personadas en la ejecución.

En cualquier momento del proceso de ejecución, las partes podrán someterse a mediación en los términos previstos en la Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles, o a cualquier otro de los medios adecuados de solución de controversias, en cuyo caso se suspenderá el curso de la ejecución.

En caso de que la mediación o el medio adecuado de solución de controversias de que se trate finalizara sin acuerdo de las partes, la suspensión se alzaría a petición de cualquiera de ellas. Si las partes llegaran a un acuerdo extrajudicial por dichos medios y este se cumpliera o determinara la innecesaria continuación del proceso de ejecución, la parte ejecutante lo pondrá en conocimiento del órgano judicial, que procederá a su archivo. Si el acuerdo fuera incumplido, cualquiera de las partes podrá solicitar la reanudación del proceso de ejecución quedando delimitado el objeto del mismo a lo que hubiera sido acordado e incumplido».

¹⁰⁶ En este sentido, el art. 776. 2 LEC, en la redacción dada por el PLMEP (regla 140 del art. 20 PLMEP), dispone que «en los casos de ejecución forzosa de pronunciamientos sobre cualquiera de las medidas mencionadas en las especialidades 2ª a 4ª del apartado anterior, el tribunal podrá derivar la controversia a medios adecuados de solución de controversias, o de seguimiento de las medidas sobre custodia y visitas, siempre que considere fundadamente que es posible un acuerdo entre las partes. *Si todas las partes manifestaran su conformidad con la derivación*, la misma deberá desarrollarse en el plazo máximo que fije el tribunal atendiendo a la complejidad de la ejecución y demás circunstancias concurrentes». La cursiva es nuestra.

Como corolario de lo anterior, en el PLEP no se establecen consecuencias desfavorables respecto del régimen de condena en costas en el proceso de ejecución a la parte que en este proceso no presta su conformidad a la derivación hacia un medio adecuado de solución de conflictos ¹⁰⁷.

En cambio, el PLEP sí contempla que lo acordado en los medios alternativos de solución de conflictos tendrá carácter vinculante y puede llegar a constituirse en título ejecutivo, si el acuerdo se eleva a escritura pública o se homologa judicialmente (art. 12 PLMEP) ¹⁰⁸.

Por último, el establecimiento de un modelo de negociación obligatoria conduce a la propuesta de reforma de la Ley 1/1996, de 10 de enero, de asistencia jurídica gratuita, mediante la propuesta de adición de un nuevo número 11 al artículo 6 de la LAJG, a través de la que *se incorporan en el contenido del derecho de asistencia jurídica gratuita los honorarios de los abogados que hubieren asistido a las partes*, cuando acudir a los medios adecuados de solución de controversias sea presupuesto procesal para la admisión de la demanda, resulte de la derivación judicial acordada por los jueces o tribunales, o sea solicitada por las partes en cualquier momento del procedimiento, siempre que tal intervención de los abogados sea legalmente preceptiva, o cuando, no siéndolo, su designación sea necesaria para garantizar la igualdad de las partes (disposición final tercera PLMEP).

¹⁰⁷ En efecto, el PLMEP suprime la norma contenida en el último párrafo de la propuesta art. 539. 2 LEC que hacía el ALMEP, en el que, respecto a las costas del proceso de ejecución, también se contemplaba que no existiría pronunciamiento de costas a favor de aquel litigante que no hubiere acudido, sin causa justificada, a un intento de mediación o de otro medio adecuado de solución de controversias, cuando así lo hubiera acordado el tribunal durante el proceso de ejecución.

¹⁰⁸ En este punto, en mi opinión, el Proyecto mejora la redacción del Anteproyecto, al recoger la sugerencia contenida en el Informe del Consejo General del Poder Judicial de 22 de julio de 2021, en el que se advierte que no parece técnicamente correcto disponer que el acuerdo tendrá valor de cosa juzgada entre las partes, como disponía el art. 10. 1 ALMEP, resultando más adecuado establecer que el acuerdo tendrá carácter vinculante para ellas, como hace el art. 23. 3 LM.

Con todo, el cambio de modelo se produce principalmente a través de la configuración del uso previo de algún medio de solución de controversias como requisito de procedibilidad. Y ese nuevo modelo de medio alternativo de solución de conflictos previo obligatorio, configurado como requisito de admisión a trámite de la demanda en el ALMEP, suscita el problema de su posible incompatibilidad con el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva reconocido en el art. 24. 1 CE y en el art. 47 de la CDFUE.

Sin embargo, el informe del Consejo General del Poder Judicial al ALMEP, tras analizar los criterios sobre compatibilidad de medios alternativos de solución de conflictos obligatorios con el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva reconocido en el art. 47 de la CDFUE establecidos por la STJUE de 14 de junio de 2017, concluye que el ALMEP respeta los criterios recogidos en la misma y, por tanto, supera el test de proporcionalidad que puede ser empleado con relación al art. 47 de la CDFUE y respecto del art. 24. 1 CE ¹⁰⁹.

Por el contrario, a mi juicio, la concreta regulación de los medios alternativos de solución de conflictos en el ALMEP suscita algunas dudas de inconstitucionalidad, atendida la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea y del Tribunal Constitucional antes expuesta.

Coincidimos con la síntesis que hace el informe del Consejo General del Poder Judicial de los criterios sentados en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea y con la valoración de que el ALMEP respeta buena parte de ellos.

¹⁰⁹ En este sentido, Informe sobre el Anteproyecto de Ley de Medidas de Eficiencia Procesal al Servicio Público de la Justicia, aprobado por acuerdo del Pleno del Consejo General del Poder Judicial de 22 de julio de 2021, apartado 42 y MARCOS FRANCISCO, D., “Reflexiones en torno a los MASC en el Anteproyecto de Ley de medidas de eficiencia procesal”, en *Meditaciones sobre Mediación (MED+)* (editora BARONA VILAR), Tirant lo Blanch (en prensa), pp. 81-82.

Por lo que respecta a la síntesis de esos criterios, declara el informe que, conforme a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea *los derechos fundamentales* no constituyen prerrogativas absolutas, sino que *pueden ser objeto de restricciones, siempre que respondan a objetivos legítimos de interés general*, como lo son los objetivos de resolución más rápida y menos costosa de los litigios y una disminución de la carga de trabajo de los tribunales, *y que se cumplan una serie de condiciones*: a) no se impida a las partes el posterior acceso a la vía judicial; b) no implique un retraso sustancial en el eventual ejercicio de acciones judiciales; c) se interrumpa la prescripción de derechos durante su desarrollo; d) no ocasione gastos significativos a las partes; e) la vía electrónica no constituya el único medio de acceder al procedimiento; y f) permita, o no impida, la adopción de medidas provisionales ¹¹⁰.

Ciertamente, la regulación del ALMEP no impide el acceso a la vía judicial, pues solo se obliga al intento de alcanzar un acuerdo, solo pospone el acceso a los tribunales, pudiendo acudir después a la vía judicial si no se alcanza el acuerdo; y no constituye un retraso sustancial para el ejercicio de acciones judiciales, pues no puede considerarse como tal el plazo de 30 días naturales (art. 4. 1 ALMEP); el medio alternativo de solución de conflictos tiene el efecto de interrumpir los plazos de prescripción y suspender los plazos de caducidad (art. 4. 1 ALMEP); el uso de medios electrónicos es facultativo (art. 5 ALMEP) y se posibilita la adopción de medidas cautelares durante la tramitación del medio alternativo de solución de conflictos mediante la reforma de los arts. 722, 724 y 730 LEC ¹¹¹.

¹¹⁰ STJUE de 18 de marzo de 2010, Alassini, par. 62, y STJUE de 14 de junio de 2017, Menini, par. 61.

¹¹¹ Informe sobre el Anteproyecto de Ley de Medidas de Eficiencia Procesal al Servicio Público de la Justicia, aprobado por acuerdo del Pleno del Consejo General del Poder Judicial de 22 de julio de 2021, apartados 39-42.

Sin embargo, pueden suscitarse dudas de inconstitucionalidad, en primer lugar, por *eventual vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva con relación a los gastos* que la tramitación del medio alternativo de solución de conflictos puede suponer para las partes, que pueden ser significativos en algunos medios alternativos de solución de conflictos.

En este sentido, en el ALMEP la *asistencia letrada* en los medios de adecuados de solución de controversias es facultativa, con carácter general, si bien, la asistencia letrada es preceptiva en determinados casos: oferta vinculante, de un lado; y, de otro, conciliación privada y mediación, cuando el conciliador o mediador no sea profesional del derecho, salvo exención legal expresa, o que la cuantía del asunto no exceda de 2.000 € (art. 2 ALMEP).

Ahora bien, esa norma puede estar en contradicción con la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Sentencia de 14 de junio de 2017), al menos cuando se trate de un conflicto entre comerciantes y consumidores individuales, en la cual, como vimos, se ha declarado que *las partes deben tener acceso al procedimiento de resolución alternativa, sin estar obligadas a ser asistidas por letrado o asesor jurídico* (art. 8, letra b), así como que se debe informar a las partes de ese derecho (art. 9, apartado 1, letra b). Por lo que «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 abogado» (apartados 64 y 65).

Es cierto que la decisión de esa cuestión se decide sobre la base del contenido de la Directiva 2013/11, pero también lo es que la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea supedita la compatibilidad del medio alternativo de solución de conflictos obligatorio previo con el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva reconocido en el art. 47 de la CDFUE

a la condición de que el procedimiento de resolución alternativa no ocasione gastos significativos a las partes ¹¹², derecho fundamental y precepto constitucional que no resultan solo de aplicación respecto de los consumidores.

Además, la reforma que proponen el ALMEP y el PLMEP respecto del contenido del derecho de asistencia jurídica gratuita parece restrictiva en exceso, al permitir que se incluyan en el mismo (nuevo art. 11. 6 LAJG) *los honorarios de los abogados que hubieren asistido a las partes*, cuando acudir a los medios adecuados de solución de controversias sea presupuesto procesal para la admisión de la demanda, resulte de la derivación judicial, o sea solicitada por las partes en cualquier momento del procedimiento, siempre que tal intervención de los abogados sea legalmente preceptiva o necesaria para garantizar la igualdad de las partes ¹¹³.

De forma que, de modo restrictivo, solo se incorporan en el contenido del derecho de asistencia jurídica gratuita los honorarios de los abogados en determinados supuestos, dejando fuera los derechos económicos generados por la intervención del mediador o de cualquier otro tercero neutral que intervenga en la negociación, salvo que este tenga condición de abogado y con los requisitos que establece el precepto, sin que tampoco se incluyan entre las costas procesales (art. 241. 1 LEC) los gastos, honorarios y derechos económicos de los profesionales que intervengan en el medio alternativo de solución de conflictos ¹¹⁴.

¹¹² STJUE de 18 de marzo de 2010, Alassini, par. 62, y STJUE de 14 de junio de 2017, Menini, par. 61.

¹¹³ Disposición final primera ALMEP y disposición final tercera PLMEP.

¹¹⁴ BELLIDO PENADÉS, R., “Nuevos impulsos a la mediación y a otros MASC para la resolución de controversias de Derecho privado en Derecho español (A propósito del Anteproyecto de Ley de medidas de eficiencia procesal)”, en *Meditaciones sobre Mediación (MED+)* (editora BARONA VILAR), Tirant lo Blanch (en prensa), pp. 117 y ss.; y MARCOS FRANCISCO, D., “Reflexiones en torno a los MASC ...”, en *Meditaciones ...*, ob. cit., pp. 81 y ss.

Similar restricción puede llegar a vulnerar el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva de aquellos ciudadanos que carezcan de recursos económicos para atender los honorarios del mediador, pues, en principio, los honorarios profesionales del abogado o tercero neutral que intervenga en el proceso negociador serán a cargo de las partes (art. 8 ALMEP y art. 10 PLMEP). Pero si el intento de medio alternativo de solución de conflictos se configura como requisito de admisión a trámite de la demanda y el contenido del derecho a la asistencia jurídica gratuita no incluye el coste de la tramitación del medio alternativo de solución de conflictos elegido por el ciudadano, respecto de los justiciables que carezcan de medios económicos la conjunción de ambas circunstancias puede redundar en la infracción de los arts. 24. 1 y 119 CE y en una vulneración del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva en su vertiente de derecho de acceso a la jurisdicción (art. 24. 1 CE), del que es instrumental el derecho a la justicia gratuita (art. 119 CE), de modo que la lesión de este puede conducir a una vulneración de aquel ¹¹⁵.

Fuera de esos casos de carencia de recursos económicos, acudir a un medio alternativo de solución de conflictos, como se ha señalado con buen criterio en la doctrina, no siempre comportará gastos significativos, si se tiene en cuenta que en el ALMEP se ofrece a las partes la facultad de elegir entre diferentes medios alternativos de solución de conflictos, incluida la negociación directa entre las partes, que, en principio, no supone gastos añadidos ¹¹⁶. Sin embargo, si la negociación directa entre las partes en sí misma no supone, en principio, gastos añadidos, la acreditación de la

¹¹⁵ El derecho a una justicia gratuita deviene instrumental del ejercicio del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva conforme a SSTC 9/2008, de 21 de enero, FJ 2; 10/2008, de 21 de enero, FJ 2 y 140/2016, de 21 de julio, FJ 3, entre otras.

¹¹⁶ MARCOS FRANCISCO, D., “Reflexiones en torno a los MASC ...”, en *Meditaciones* ..., ob. cit., p. 81.

realización y contenido de la negociación de las partes sí puede comportar esos gastos y quizá ser significativos para algunos ciudadanos.

Así mismo, es posible que un medio alternativo de solución de conflictos que comporte gastos mínimos –como una reclamación extrajudicial previa- resulte poco idóneo para el objetivo perseguido de alcanzar una solución consensuada al conflicto y una justicia de más calidad en determinada clase de conflictos (algunos asuntos de Derecho de familia), en los que algunos medios alternativos de solución de conflictos, como la mediación, puedan resultar más adecuados para la solución del conflicto.

Y, por último, no se debe olvidar que las partes no siempre eligen libremente el medio alternativo de solución de conflictos que desean, al estar condicionada la libertad de elección de la parte demandada por el medio alternativo de solución de conflictos elegido por la parte demandante, y la libertad de elección de ambas partes, en los casos en los que el intento de medio alternativo de solución de conflictos sea acordado por el tribunal durante el proceso, supuestos en los que no hay que excluir, en principio, que el actor o que el tribunal hayan optado por el medio alternativo de solución de conflictos que puedan considerar más adecuado para la solución de ese litigio y que puede comportar gastos significativos para las partes ¹¹⁷.

En segundo lugar, también *podría suscitar dudas de inconstitucionalidad el régimen de condena en costas* establecido en el ALMEP y en el PLMEP, en función de la conducta de las partes respecto de los medios alternativos de solución de conflictos.

¹¹⁷ No obstante, la regulación de la asistencia letrada en los medios alternativos de solución de conflictos realizada posteriormente en el art. 5 PLMEP atenúa el problema desde la perspectiva del derecho a la tutela judicial efectiva en su vertiente de derecho de acceso a un tribunal, en la medida en que restringe la preceptividad de la asistencia letrada en los MASC en los términos antes expuestos.

En este sentido, se debe recordar, por una parte, que, como antes se vio, la concreta regulación legal del régimen de condena en costas procesales no es una cuestión que siempre resulte constitucionalmente inocua, sino que en determinados casos una específica regulación legal del régimen de condena en costas procesales puede producir un efecto disuasorio sobre el ejercicio de su derecho de acceso a la jurisdicción, que redunde en la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva reconocido en el art. 24. 1 CE, en su vertiente de acceso a la jurisdicción.

Por otra parte, se debe tener en cuenta que entre las novedades del PLMEP sobre el régimen de imposición de costas figura, por una parte, la de la modificación del criterio del vencimiento y su sustitución o complemento por el criterio de la actitud de la parte sobre la participación en el medio alternativo de solución de conflictos ¹¹⁸; y, por otra parte, la aparición del criterio de la coincidencia entre la oferta realizada en el medio alternativo de solución de conflictos y el contenido de la posterior sentencia, como criterio que autoriza que la parte condenada en costas que realizó esa oferta sustancialmente coincidente sea exonerada del pago de las costas, o se le reduzca la cuantía de las mismas ¹¹⁹.

El criterio de la coincidencia entre la oferta realizada en el medio alternativo de solución de conflictos y el contenido de la posterior sentencia ya ha sido valorado por el Tribunal Constitucional en la STC 156/2021, de 16 de septiembre, en cuanto regla de imposición de costas recogida en el art. 4. 1 del RDL 1/2017, relativo a la reclamación previa de cantidades indebidamente pagadas por consumidores, como consecuencia de cláusulas suelo abusivas. Como antes se dijo, dicho precepto establece que, en caso de que se presente por el consumidor la reclamación previa prevista en el art. 3

¹¹⁸ Nueva redacción de arts. 394 y 395 LEC en reglas 56 y 57 del art. 20 PLMEP.

¹¹⁹ Nueva redacción del art. 245. 5 LEC en regla 39 del art. 20 PLMEP.

RDL y este rechace este la cantidad ofrecida por la entidad de crédito en el procedimiento extrajudicial, dicha entidad solo será condenada en costas, si la cantidad a la que se condena en sentencia es más favorable que la cantidad que ofreció dicha entidad en la reclamación previa (art. 4. 1 RDL).

El Tribunal Constitucional considera en la STC 156/2021 que esa regla del art. 4. 1 RDL altera el régimen general de las costas procesales regulado en los arts. 394 y 395 LEC, porque se sustituye el criterio del vencimiento contenido en estos preceptos por el criterio de la obtención de una sentencia más favorable que la oferta efectuada por la entidad de crédito en la reclamación previa. No obstante, estima, por una parte, que esa alteración del régimen general de las costas procesales mantiene un equilibrio en las posiciones de las partes, otorgando ventajas a ambas, al consumidor incluido, ya que el reconocimiento de cualquier cantidad que supere lo ofertado, por mínimo que sea el aumento, supondrá la condena en costas de la entidad financiera; y, por otra parte, aprecia que no puede tacharse de irrazonable que no se impongan las costas a la entidad financiera cuando el fallo judicial no concede más de lo ofrecido extrajudicialmente por la entidad bancaria.

Sin embargo, las normas del PLMEP sobre el régimen de las costas procesales fomentan el uso de los medios alternativos de solución de conflictos hasta un punto que puede llegar a erigir ese régimen jurídico de las costas procesales en un obstáculo desproporcionado para el acceso a la jurisdicción, o producir un efecto disuasorio al ejercicio del derecho de acceso a la jurisdicción.

Se dice esto porque el régimen de las costas procesales diseñado en el ALMEP y en el PLMEP se proyecta tanto sobre la disposición de la parte a participar en el medio alternativo de solución de conflictos, como sobre cierta carga de la parte de alcanzar en él un acuerdo. Las reglas de imposición

de costas relativas a la disposición de las partes a participar en el medio alternativo de solución de conflictos modulan el tradicional criterio del vencimiento y se recogen en la nueva redacción que propone de los arts. 394 y 395 LEC. Comparto que la regulación es confusa e incurre en algunas redundancias ¹²⁰.

Con todo, no parece este el mayor defecto, sino el de que el régimen de imposición, exoneración y reducción de costas procesales pueda llegar a convertirse en un obstáculo desproporcionado para el acceso a los tribunales, que produzca un efecto disuasorio sobre el ejercicio del derecho de acceso a la jurisdicción, en cuanto vertiente primigenia del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva ¹²¹.

El sustrato de esta política legislativa parece ser la concepción del acceso a los tribunales como la última respuesta del ordenamiento jurídico a las solicitudes de tutela jurídica de los ciudadanos. Esa es la concepción que late en el ALIM, al considerar la vía judicial como un «recurso subsidiario para la resolución de los litigios»¹²², y en el PLMEP, cuando justifica, en términos más literarios, que «antes de entrar en el templo de la Justicia, se ha de pasar por el templo de la concordia», o, en términos más técnicos, la necesidad de consolidar «un servicio público de Justicia sostenible» y de evitar, en consecuencia, el abuso del servicio público de Justicia, entendido como «utilización indebida del derecho fundamental de acceso a los

¹²⁰ Como respecto del ALMEP señalan BANACLOCHE PALAO, J., *Las reformas en el proceso ...*, ob. cit., p. 7-9 y MARTÍNEZ DE SANTOS, A., *La regulación de las costas procesales en el Anteproyecto de Ley de medidas de eficiencia procesal del servicio público de la justicia*, Diario La Ley núm. 9839, de 28 de abril de 2021, pp. 10-15.

¹²¹ En este sentido, LÓPEZ SÁNCHEZ, J., *El carácter general del requisito de procedibilidad ...*, ob. cit., pp. 23-24, advierte del efecto desproporcionado que se puede producir, si no se puede condenar en costas al actor que litigue temerariamente -con reclamaciones claramente infundadas- por el hecho de que el demandado se niegue a negociar ante reclamaciones de esas características, lo que debe valorar el juez en el caso a través del criterio del abuso del servicio público de justicia.

¹²² Anteproyecto de Ley de impulso de la mediación, p. 1.

tribunales con fines meramente dilatorios o cuando las pretensiones carezcan notoriamente de toda justificación»¹²³.

Nada hay que objetar al intento de evitar el abuso de los derechos, incluidos los derechos fundamentales, siempre que se recuerde al mismo tiempo que la eficiencia de los servicios públicos también encuentra un límite en el necesario respeto de los derechos fundamentales por los poderes públicos, incluido el legislador (art. 53. 1 CE), los cuales están sujetos a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico (art. 9. 1 CE). En consecuencia, la concepción de la vía judicial como un recurso subsidiario para la resolución de los litigios también tiene sus límites, según se desprende del art. 24. 1 CE y del art. 47 de la CDFUE y de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y del Tribunal de Justicia de la Unión Europea a la que antes se ha hecho referencia¹²⁴.

En este contexto la regulación del PLMEP puede llegar a producir efectos desproporcionados. En este sentido, debe partirse de que el informe del Consejo General del Poder Judicial antes citado ya advierte que el uso cumulativo de la obligatoriedad del intento de medio alternativo de solución de conflictos y del nuevo régimen de condena en costas no es conceptualmente necesario, ni es el prevalente en Derecho comparado¹²⁵.

¹²³ Anteproyecto de Ley de Medidas de Eficiencia Procesal al Servicio Público de la Justicia, pp. 2 y 6.

¹²⁴ También se pronuncian en contra de concebir el derecho de acceso a los tribunales como un recurso subsidiario, BARONA VILAR, S., *Integración de la mediación en el moderno concepto de Acces to Justice*, InDret, octubre 2014, p. 25; SIGÜENZA LÓPERZ, J., *Derecho de acceso a los tribunales y mediación obligatoria con carácter previo al ejercicio de acciones ante la jurisdicción. Normativa europea*, en “Adaptación del Derecho procesal español a la normativa europea y su interpretación por los tribunales” (Dir. JIMÉNEZ CONDE), Tirant lo Blanch, 2018, pp. 540-541; SÁNCHEZ POS, M^a. V., “Hacia un modelo de obligatoriedad mitigada de la mediación. Comentario breve al Anteproyecto de Ley de Impulso de la Mediación”, en *Justicia: ¿garantías versus eficiencia?* (Dir. JIMÉNEZ CONDE y BELLIDO PENADÉS), Tirant lo Blanch, 2019, pp. 928-930; y LÓPEZ SÁNCHEZ, J., *El carácter general del requisito de procedibilidad* ..., ob. cit., p. 3.

¹²⁵ Informe sobre el Anteproyecto de Ley de Medidas de Eficiencia Procesal al Servicio Público de la Justicia, aprobado por acuerdo del Pleno del Consejo General del Poder Judicial de 22 de julio de 2021, apartados 31-32.

Así mismo, debe tenerse en cuenta que el régimen de las costas procesales diseñado en el PLMEP incentiva los medios alternativos de solución de conflictos por una doble vía. Por una parte, se fomenta la participación de las partes en el medio alternativo de solución de conflictos en la redacción proyectada de los arts. 394 y 395 LEC. Por otra parte, se potencia que las partes –en principio, el demandante, pero también el demandado- alcancen en él un acuerdo.

El fomento de la participación en el medio alternativo de solución de conflictos se realiza principalmente respecto del demandante, configurando el intento de medio alternativo de solución de conflictos como requisito de admisibilidad de la demanda (nuevos arts. 399. 3, II y 403. 2 LEC) ¹²⁶, y, respecto del demandado, impidiendo que se beneficie de la condena en costas, aunque su “pretensión” sea totalmente estimada, si se rechazó sin causa justificada intervenir en el medio alternativo de solución de conflictos (nuevo art. 394. 1, III, 394. 4 y 395 LEC, salvo que pueda apreciarse abuso por el actor del servicio público de la justicia) y permitiendo que, en casos de estimación parcial de la demanda, el demandado sea condenado en costas, mediante resolución judicial motivada (nuevo art. 394. 2, II LEC)¹²⁷.

Pero, además de fomentar la participación de las partes en el medio alternativo de solución de conflictos en los términos referidos (nueva

¹²⁶ Pese a que se configure como requisito de admisión a trámite de la demanda, su incumplimiento o cumplimiento defectuoso debe conducir prima facie al requerimiento de subsanación, conforme a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre el principio *pro actione* con relación al proceso laboral y los arts. 63 LPL y 81 LRJS. En este sentido, LÓPEZ SÁNCHEZ, J., *El carácter general del requisito de procedibilidad ...*, ob. cit., pp. 16 y 23.

¹²⁷ No obstante, tampoco cabe descartar que el efecto de impedir que se beneficie de la condena en costas, aunque su “pretensión” sea totalmente estimada, si se rechazó sin causa justificada intervenir en el MASC (nuevo art. 394. 1, III LEC) pueda producirse también respecto del demandante que inicialmente intente un MASC y después sea convocado a conciliación por el LAJ, tanto por el tenor del art. 394. 1, III LEC (que se refiere abiertamente a las partes, así como al MASC al que sean convocadas), como el del art. 414. 1 LEC, que alude a la posibilidad de que en el juicio ordinario, en la citación a la audiencia previa, el LAJ puede convocar también a las partes a una comparecencia anterior, si considera que el asunto es susceptible de conciliación, o lo solicite alguna parte en la demanda o en la contestación a la demanda (art. 414. 1, II y III LEC).

redacción de arts. 394 y 395 LEC), se potencia que las partes, después de participar en el medio alternativo de solución de conflictos, alcancen también en él un acuerdo durante el medio alternativo de solución de conflictos, ya que, en caso contrario, aunque resulte condenada en costas la parte contraria –en principio, conforme al criterio del vencimiento–, la parte favorecida por la condena en costas puede ver que desaparece o se reduce su derecho a la restitución de los gastos correspondientes a los honorarios y aranceles de su abogado y procurador y a otras costas, si el juez estima la solicitud de exoneración o de moderación de cuantía de la parte condenada en costas, con base en que la parte vencida formuló una propuesta en el medio alternativo de solución de conflictos, se rechazó por la otra parte y la resolución judicial que pone fin al proceso es “sustancialmente coincidente” con el contenido de la propuesta formulada en el medio alternativo de solución de conflictos (nuevo art. 245. 5 LEC).

En primer lugar, debe tenerse en cuenta que, aunque otras normas de nuestro ordenamiento o de ordenamientos extranjeros contienen criterios que guardan alguna similitud, la regulación del PLMEP resulta más restrictiva para el vencedor en costas que la contenida en esas otras normas.

En este sentido, la norma del art. 4. 1 RDL 1/2017 contempla que la parte vencedora (consumidor) solo se vea beneficiada por la condena en costas a la parte contraria, si la sentencia es más favorable que la oferta recibida de la entidad financiera en el medio alternativo de solución de conflictos. Es una regla objetiva y sin margen de discrecionalidad, que solo permite la exención de la condena en costas de la parte demandada, no cuando sea “sustancialmente estimada”, sino cuando sea “completamente estimada” su propuesta.

Igual solución se establece en el ordenamiento jurídico italiano, en el que en alguna medida se inspira el ALMEP, en el que el art. 13. 1 del Decreto

legislativo n° 28, de 04/03/2010, sobre Mediazione finalizzata alla conciliazione delle controversie civili e commerciali, establece que la exoneración del condenado en costas solo puede producirse *ope legis* cuando la propuesta sea “estimada completamente” por la sentencia ¹²⁸, mientras que en el caso de la estimación parcial de la propuesta, el juez solo puede excluir parte de las costas si concurren razones graves y excepcionales, debidamente motivadas en la sentencia (art. 13. 2).

Sin embargo, en el caso del PLMEP en el supuesto de que la propuesta realizada en el medio alternativo de solución de conflictos sea “sustancialmente estimada” en la sentencia, el juez podrá acordar tanto la reducción, como la exoneración de las costas, lo que viene a constituir una suerte de sanción al ejercicio del derecho de acceso a los tribunales para el demandante, que formuló una pretensión bien fundada y quizá sustancialmente estimada -pues en otro caso no se entiende cómo pudo ser condenada en costas la parte contraria luego exenta de su pago-, pero que no quiere renunciar a la completa satisfacción y protección de sus derechos e intereses legítimos que el Derecho reconoce y ampara.

A mi juicio, obligar o intimidar a renunciar a la tutela judicial de una parte de los derechos e intereses legítimos reconocidos por el ordenamiento jurídico, so pena de tener que asumir las costas procesales propias, equivale a impedir la tutela judicial íntegra y efectiva de los derechos e intereses legítimos y a una denegación de justicia.

No en vano, como antes se vio, la *STJUE (Sala 1ª) de 14 de junio de 2017, asunto C-75/16*, resuelve una cuestión prejudicial en la que se planteaba si el Derecho italiano se oponía al Derecho de la UE, ya que, si la parte se retiraba del procedimiento de mediación sin causa justificada, el juez

¹²⁸ «Quando il provvedimento che definisce il giudizio corrisponde interamente al contenuto della proposta».

debía imponerle una sanción pecuniaria, aunque la parte que rechazó la mediación viera estimadas sus pretensiones en el posterior proceso judicial (apartado 25).

El Tribunal de Justicia de la Unión Europea responde que el Derecho de la UE no se opone a una normativa nacional que no permita que el consumidor se niegue sin causa justificada a participar en un procedimiento previo de mediación «por cuanto puede ponerle fin sin restricciones desde el momento en que tenga lugar el primer encuentro con el mediador», pero sí se opone a una normativa nacional en la que el consumidor solo pueda retirarse del procedimiento de mediación, si concurre una causa justificada, pues la retirada del consumidor del procedimiento de mediación no debe tener consecuencias desfavorables para éste en el contexto del posterior proceso judicial, so pena de restringir indebidamente el derecho de las partes de acceder al sistema judicial (apartados 60, 66 y 70).

A la luz de la consideración anterior fluye con naturalidad la pregunta: ese derecho de las partes de acceder al sistema judicial, de acceder a la jurisdicción, ¿no es acaso la manifestación primera –sin la que no caben las demás- del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, reconocido en el art. 24. 1 CE y en el art. 47. 1 CDFUE?.

CAPÍTULO SEGUNDO

EFICACIA DE LOS MEDIOS DE SOLUCIÓN DE CONFLICTOS EN DERECHO PRIVADO

Uno de los argumentos frecuentemente utilizados para recomendar el fomento de la mediación y otros medios alternativos de solución de conflictos es que pueden facilitar la resolución extrajudicial económica y rápida de litigios en el orden jurisdiccional civil, favoreciendo de esta forma el acceso de los ciudadanos a una justicia de mayor calidad.

Sin embargo, una lectura atenta de la realidad ofrece no pocas sombras sobre la eficacia, al menos de la mediación, que es el medio alternativo de solución de conflictos del que más datos se tienen.

1. En los Estados de la Unión Europea

Un primer dato que llama la atención es la escasa implantación que tuvo en la práctica jurídica la Directiva de 2008/52/CEE, según reconocieron, tanto el Informe de la Comisión europea de 2016, como la Resolución del Parlamento europeo de 2017 a los que antes se hizo referencia, pese al interés mostrado por el legislador comunitario.

En efecto, la citada resolución del Parlamento europeo ofrece un dato revelador, que en la mayoría de los Estados miembros la mediación se utilizó en menos del 1 % de los casos llevados ante los tribunales (Cdo F). Glosando el informe previo presentado en 2014, se ha señalado que el Estado miembro con mayor número de mediaciones realizadas fue Italia por encima de 200.000 al año, al que siguieron Alemania, Holanda y Reino Unido con cerca de 10.000 mediaciones anuales y que en España no se llegaba a las 2.000 mediaciones al año ¹²⁹.

¹²⁹ CARRETERO MORALES, ¿Puede contribuir el nuevo modelo...?, en *Justicia...*, ob. cit., pp. 582-583.

Algo más alentadores son los datos que ofrece el Informe de la Comisión europea de 25 de septiembre de 2019, sobre la aplicación de la Directiva 2013/11/UE, no en cuanto al grado de participación, sino lo que es más importante, respecto del resultado del medio de resolución alternativa de litigios ¹³⁰.

Dichos datos avalan que hay mayor porcentaje de éxito en algunos Estados miembros en los que la participación en los procedimientos de RAL es voluntaria y gratuita, también la de los comerciantes. En este sentido, en Austria, donde es voluntaria la participación de los comerciantes en los procedimientos tramitados por la entidad subsidiaria de RAL en materia de consumo y donde el procedimiento es gratuito, tanto para los consumidores, como para los comerciantes, en 2018 los comerciantes participaron en el 77 % de los procedimientos de RAL, con un porcentaje de resolución del 75 %. En cambio, en Alemania solo el 17 % de los comerciantes participó en procedimientos ante el órgano general de conciliación en materia de consumo, cuyo procedimiento de RAL es voluntario, pero no gratuito para los comerciantes.

Por otra parte, en Finlandia, donde los comerciantes no están obligados a participar en los procedimientos de RAL y donde estos procedimientos terminan con una recomendación no vinculante, el porcentaje de cumplimiento de esas recomendaciones se sitúa entre el 80 % y el 100 % ¹³¹.

2. La eficacia de la mediación en España. Algunos datos estadísticos sobre mediación intrajudicial.

¹³⁰ Puede consultarse en <https://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-12604-2019-INIT/es/pdf>.

¹³¹ Informe de 25 de septiembre de 2019 de la Comisión europea sobre la aplicación de la Directiva 2013/11/UE y del Reglamento (UE) n.º 524/2013, p. 13.

España no ha sido una excepción y, como se vio antes, el Anteproyecto de Ley de impulso de la mediación (ALIM) de 2018 y el Proyecto de Ley de medidas de eficiencia procesal del servicio público de justicia (PLMEP) de 2022 reconocen esa realidad del escaso recurso a la mediación en sus Exposiciones de Motivos y, para un más intenso fomento de la mediación, optan por proponer modelos de mediación (ALIM), o de mecanismos alternativos de resolución de conflictos (PLMEP), de carácter obligatorio.

La poca incidencia práctica de la mediación se ha reconocido también en la doctrina. En este sentido, se ha señalado que en el ámbito del Derecho privado en 2015 se produjeron casi 5.400 derivaciones, lo que supuso un porcentaje del 0,0031% sobre el total de asuntos ingresados en el orden jurisdiccional civil ¹³², así como que la Memoria del Consejo General del Poder Judicial de 2017 refiere que en ese orden jurisdiccional solo se derivaron a mediación 5.563 asuntos de Derecho de familia, así como otros 1.449 asuntos civiles de otras materias, lo que resulta un porcentaje ínfimo respecto del total de asuntos que accedieron a la vía judicial civil ¹³³.

Por el contrario, el Anteproyecto de Ley de impulso de la mediación (ALIM) de 2018 parte de una convicción mucho más optimista sobre el uso de la mediación, ya que propone un modelo de obligatoriedad mitigada para un amplio grupo de materias antes mencionado y que a su juicio supone el 18 % de los asuntos que ingresan anualmente en el orden jurisdiccional civil, según se indica en la Memoria del análisis de impacto normativo (MAIN) de diciembre de 2018, que acompañaba al citado Anteproyecto ¹³⁴.

¹³² MARTÍN DIZ, F., *Nuevos escenarios...*, ob. cit., p. 2.

¹³³ LÓPEZ YAGÜES, V., *Mediación y proceso judicial...*, ob. cit., p. 3.

¹³⁴ Memoria del análisis de impacto normativo del Anteproyecto de Ley de impulso de la mediación (ALIM) de diciembre de 2018, p. 32.

Pero, además, la MAIN del ALIM también hacía una estimación muy positiva del porcentaje de acuerdos que podrían alcanzarse, que cifraba en el 50 % de los asuntos mediados, lo que, a su entender, suponía que podrían resolverse anualmente unos 150.000 asuntos, lo que implicaría una reducción aproximada del 10 % de la carga de trabajo del orden jurisdiccional civil ¹³⁵.

Sin embargo, el Informe sobre el ALIM del Consejo General del Poder Judicial no pasa por alto que las estimaciones del prelegislador acerca del número de asuntos afectados por el modelo de mediación que diseña (...) “carecen de justificación objetiva”, así como que el porcentaje de acuerdos que podrían alcanzarse estimado por el prelegislador contrasta con el porcentaje de asuntos derivados a mediación finalizados con avenencia, que resulta de los datos proporcionados por la Sección de Estadística del Consejo General del Poder Judicial¹³⁶.

La contradicción entre ambas afirmaciones –del prelegislador y del CGPJ– aconseja analizar las estadísticas existentes respecto del funcionamiento de la mediación intrajudicial en España en el ámbito del orden jurisdiccional civil, a fin de conocer la realidad de la que se parte y evaluar con mayor conocimiento de causa el eventual impacto de futuras reformas legales.

¹³⁵ Memoria del análisis de impacto normativo del Anteproyecto de Ley de impulso de la mediación (ALIM) de diciembre de 2018, p. 33, en la que señala que: «Por lo tanto, se estima que el número de asuntos en los que el intento de mediación tendrá la naturaleza de requisito procesal de procedibilidad puede situarse entre 250.000 y 300.000 al año. Se aspira, por tanto, a que, con un cálculo prudencial (que fije entorno al 50% los supuestos en los que, realizado el intento, el procedimiento de mediación continúe y fragüe un acuerdo entre las partes), puedan resolverse anualmente por este medio alternativo de resolución de disputas unos 150.000 asuntos. Ello beneficiará el funcionamiento de la Administración de Justicia con una reducción aproximada del 10% de la carga de trabajo del orden jurisdiccional civil. Y sobre todo supondrá un número muy importante de asuntos en los que, al alcanzar las partes un acuerdo entre ellas, se preservará mejor la relación que las una (ya sea de índole familiar, vecinal o empresarial)».

¹³⁶ Informe sobre el Anteproyecto de Ley de impulso de la mediación aprobado por acuerdo del Pleno del Consejo General del Poder Judicial de 28 de marzo de 2019, pp. 16-17.

Los datos estadísticos se han obtenido de la página web del Consejo General del Poder Judicial de España (www.poderjudicial.es), por lo que hacen referencia en exclusiva a la llamada mediación intrajudicial. No obstante, antes de exponer la información obtenida sobre el particular es necesario realizar algunas aclaraciones sobre la procedencia de las distintas fuentes contenidas en la citada página web.

Los datos relativos a los años 2012 a 2015 han sido obtenidos del enlace relativo al tema especial sobre la mediación, que se circunscribe a los años 2012 a 2015, que son los más ricos en información sobre el uso de la mediación en el orden jurisdiccional civil¹³⁷ y en los que se utiliza como criterio clave de distinción la materia a la que se refiere el litigio, según se refiera a Derecho de familia, o a cualesquiera otra materias civiles y mercantiles diferentes.

Como los datos ofrecidos en ese enlace especial sobre la mediación se detienen en el año 2015, hemos recurrido a otras fuentes en busca de información sobre el uso de la mediación extrajudicial en el orden jurisdiccional civil en años posteriores. Esta información se ha obtenido de las Memorias del Consejo General del Poder Judicial de los años 2018 a 2021, con datos relativos a los años 2017 a 2020, la cual es bastante más reducida, al limitarse a recoger el número de asuntos derivados y los números absolutos de los asuntos terminados con aveniencia o sin ella, y no tiene un apartado específico, pero se incluyen datos sobre la mediación civil y sobre

¹³⁷ En los datos a los que se refiere este enlace especial se contiene información respecto del número de Juzgados que participaron en la derivación de asuntos a la mediación, respecto del número de asuntos derivados, respecto del número de mediaciones realizadas, respecto del número absoluto de asuntos en los que las partes no acudieron a la sesión informativa inicial y respecto de los asuntos terminados con aveniencia o sin ella, tanto en números absolutos, como en porcentajes. Además, los datos de 2012 y 2013 distinguen entre derivaciones efectuadas y expedientes cerrados, distinción que se desvanece en la información relativa a los años posteriores. De la información anterior, por nuestra parte hemos deducido el porcentaje de asuntos en los que las partes no acudieron a la sesión informativa inicial y el porcentaje de éxito final de la mediación, apartado que se obtiene teniendo en cuenta el número de asuntos terminados con acuerdo durante un año respecto del total de derivaciones practicadas en el mismo.

la mediación en materia de familia desde la memoria de 2018 dentro del subapartado 2 sobre la jurisdicción civil en el apartado dedicado a *Datos de la justicia* del epígrafe *Panorámica de la Justicia* ¹³⁸.

No obstante, sobre la base de esos datos y siguiendo con la metodología seguida en el link especial sobre mediación, hemos extraído el número de mediaciones realizadas, el volumen de asuntos en los que las partes no acudieron a la sesión informativa inicial –tanto en números absolutos como en términos porcentuales-, el porcentaje de asuntos terminados con aveniencia o sin ella (las memorias solo ofrecen los números absolutos) sobre el total de mediaciones efectivamente realizadas y el porcentaje de éxito final de la mediación (acuerdos) sobre el total de las derivaciones practicadas por los Juzgados ¹³⁹.

MEDIACIÓN CIVIL EN ESPAÑA

Año	Juzgados	Derivados y cerrados	Realizados	Fracaso inicial	Fin con acuerdo	Fin sin acuerdo	Éxito final
2012	36	572/520	71	449/78,50%	15(21.26%)	56 (78.8%)	2,62%
2013	80	721/626	91	585/81,14%	31(34.06%)	60(65.93%)	4,30%
2014	78	549	119	430/78,32%	37(31.09%)	82(68.90%)	6,74%
2015	104	567	104	463/81.66%	48(46.15%)	56(53.8%)	8,46%
2016*		954	639	315/33.01%	128(20.03%)	511(79.97%)	13.48%
2017		1449	942	507/34.99%	176(18.68%)	766(81.32%)	12,15%
2018		1289	879	410/31.81%	148(16.84%)	731(83,16%)	11,48%
2019		1073	688	385/35,88%	143(20,78%)	545(79.22%)	13.33%
2020		764	420	344/45%	64(15.24%)	356(84.76%)	8.38%

MEDIACIÓN DE FAMILIA EN ESPAÑA

Año	Juzgados*	Derivados y cerrados	Realizados	Fracaso inicial	Fin con acuerdo	Fin sin acuerdo	Éxito final
2012		3056	910	2146/70,22%	286(31,42%)	624(68,57%)	9,36%
2013	250	5116	1162	3954/77.29%	568(48.88%)	594(51.11%)	11.10%
2014	240	6101	1379	4722/77.40%	598(43.36%)	781(56.6%)	9.80%

¹³⁸ Puede consultarse en <https://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Poder-Judicial/Consejo-General-del-Poder-Judicial/Actividad-del-CGPJ/Memorias/>.

¹³⁹ Sin embargo, ni en el link sobre el tema especial de la mediación, ni en el link relativo a las memorias anuales del Consejo General del Poder Judicial se contiene información sobre el año 2016, la cual se ha obtenido del Informe sobre el Anteproyecto de Ley de Impulso a la Mediación del Consejo General del Poder Judicial de 28 de marzo de 2019, el cual limita su información a la mediación civil residual, sin extenderse a la más voluminosa en materia de familia.

2015	245	5289	1383	4446/76,27%	539(38.97%)	844(61.02%)	10.19%
2016*							
2017		5563	3831	1732/31.13%	615(16.05%)	3216(83.85%)	11.06%
2018		4937	3280	1657/33.56%	537(16.37%)	2743(84.63%)	10.88%
2019		4769	3241	1528/32.04%	553(17.06%)	2688(82.94%)	11.60%
2020		2737	1617	1120/40.92%	292(18.06%)	1325(81.94%)	10.67%

Con relación a los distintos apartados de los cuadros informativos sobre el uso de la mediación en el proceso civil español, en el apartado *Juzgados* se contiene la referencia al número de Juzgados que derivaron a mediación a las partes de procesos civiles de los que conocían, dato que ilustra sobre el grado de implicación y confianza de los Juzgados en este método de resolución de conflictos.

El apartado *Derivados* hace referencia al número total de asuntos derivados a mediación civil o familiar por todos los Juzgados del territorio nacional.

El apartado *Realizados* indica el número de mediaciones efectivamente realizadas, en el sentido de que las partes acudieron a la primera sesión informativa sobre la mediación.

En cambio, el apartado *Fracaso inicial* se refiere al número de asuntos en los que las partes ni siquiera acudieron a la primera sesión informativa sobre la mediación.

Los apartados *Fin con acuerdo* y *Fin sin acuerdo* desgranar, de entre el número de mediaciones efectivamente realizadas, aquellas mediaciones que terminaron con acuerdo o sin él.

Respecto al año, conviene señalar que el año en el que comienza la recopilación de datos (2012) es aquel en el que se aprueba la Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles, y que los datos del año 2020 son los contenidos en la memoria anual del Consejo General del Poder Judicial de 2021, que es la última memoria publicada en el momento de elaborar este trabajo.

Realizadas las aclaraciones anteriores, pasemos a analizar la información contenida en los cuadros estadísticos.

Por lo que se refiere al *número de Juzgados que derivaron a mediación* a las partes de procesos civiles de los que conocían, de los pocos años en los que consta (2012-2015), se observa una evolución positiva, tanto en mediación familiar, como en mediación civil.

Respecto del *número de asuntos derivados a mediación* por los Juzgados, se debe llamar la atención sobre un aspecto, que parece relevante y que coincide en bastante medida tanto en mediación familiar, como en mediación civil, y que se refiere a la *evolución del número de derivaciones* realizadas por los Juzgados.

Durante los años 2012 a 2016, con oscilaciones en los dos primeros años, se observa una tendencia de crecimiento sostenido del número de derivaciones a *mediación civil* durante los años 2014 a 2017 (549, 567, 954 y 1449).

La tendencia alcista se rompe en el año 2018, a partir del cual se observa una tendencia de signo contrario, ya que se observa un decrecimiento sostenido del número de derivaciones a mediación civil durante los años 2018 a 2020 (1289, 1073 y 764).

Esta *evolución del número de asuntos derivados por los tribunales, creciente primero y decreciente después*, puede tener su razón de ser en el aumento de la desconfianza de los tribunales en la mediación, a la vista de la experiencia sobre el bajo porcentaje de acuerdos alcanzados, o en la falta de apoyo institucional a la mediación, basado, principal, si no exclusivamente, en el altruismo y buena voluntad de los jueces y magistrados.

Por lo que se refiere a la evolución del número de derivaciones a *mediación familiar*, se observa la misma tendencia, de crecimiento de la derivación durante los años 2012 a 2014 (3056, 5116 y 6101), pero a partir de 2015 cambia la tendencia, que pasa a ser de decrecimiento, con

oscilaciones entre 2015 y 2017 (de las 6101 derivaciones de 2014 se pasa a las 5289 de 2015, que repuntan levemente hasta las 5563 de 2017) y de decrecimiento sostenido durante los años 2018 a 2020 (4937, 4769 y 2737), aunque los efectos del Covid-2019 han podido distorsionar los datos de 2020. Las razones de esta tendencia no parece que deban ser diferentes.

Un tercer aspecto que se debe destacar es que se observa una *tendencia de innegable mejora* en lo que se refiere a la *asistencia de las partes a la primera sesión informativa de la mediación civil*, tras la derivación del Juzgado, pese a su carácter voluntario en la actualidad.

En los primeros años (2012 a 2015) el porcentaje de asuntos en los que las partes no acudían ni siquiera a la primera sesión informativa de la mediación civil, tras la derivación judicial, rondaba el 79% (entre el 78.50% de 2012 y el 81.66% de 2015).

Sin embargo, *entre los años 2016 a 2019*, el porcentaje de asuntos en los que las partes no acudían a la primera sesión informativa de la mediación civil, tras la derivación, descende aproximadamente al 34%, lo que en positivo significa que *en el 66% de los casos las partes acudieron a la primera sesión informativa de la mediación civil*. El repunte de inasistencia a la primera sesión informativa al 45% del año 2020 podría estar relacionado con los efectos del Covid-19.

Dicha tendencia positiva se observa también con relación a la mediación familiar. En los primeros años (2012 a 2015) el porcentaje de asuntos en los que las partes no acudían ni siquiera a la primera sesión informativa de la mediación familiar, tras la derivación judicial, rondaba el 75.3 % (entre el 70.22% de 2012 y el 77.40 % de 2014). Sin embargo, entre los años 2017 a 2019 el porcentaje de asuntos en los que las partes no acudían a la primera sesión informativa de la mediación familiar, tras la derivación, baja en torno al 32.24%, lo que en positivo significa que *en el 67.76 % de los casos las partes acudieron a la primera sesión informativa de la*

mediación familiar. El repunte de inasistencia a la primera sesión informativa al 40.92 % de 2020, como en el caso anterior, podría estar relacionado con los efectos del Covid-19.

Una cuarta cuestión que se debe subrayar, y que, a diferencia de lo que sucede con las cuestiones anteriores, no es positiva, es la *consolidación de la tendencia a que las partes acudan a la mediación, pero que no alcancen en ella un acuerdo*, de forma que la controversia deberá resolverse finalmente en la vía judicial contenciosa.

En este sentido, las mediaciones civiles celebradas y terminadas con acuerdo durante los años 2012 a 2015 se aproximaban al 33% (entre el 21.26% de 2012 y el 46.15% de 2015). Por el contrario, en los años 2016 a 2020, *las mediaciones civiles celebradas y terminadas con acuerdo giraban en torno al 18.31%* (entre el 15.24% de 2020 y el 20.78% de 2019).

Esa tendencia se observa igualmente en el ámbito de la mediación familiar. En este sentido, las mediaciones de familia celebradas y terminadas con acuerdo durante los años 2012 a 2015 se aproximaban al 40.6 % (entre el 31.42 % de 2012 y el 48.88 % de 2013). Por el contrario, en los años 2016 a 2020 *las mediaciones de familia celebradas y terminadas con acuerdo fluctuaban en torno al 16.88 %* (entre el 16.05 % de 2017 y el 18.06% de 2020).

Si el *número de asuntos terminados con acuerdo lo relacionamos con el número de derivaciones efectuadas*, en vez de con el número de mediaciones efectivamente realizadas, *el porcentaje de éxito de la mediación, de acuerdos*, se reduce más, al situarse en los últimos años (2016 a 2020) en torno al *11.76% en el ámbito de la mediación civil* y en torno al *11.05 % en el ámbito de la mediación familiar*.

El análisis de los anteriores datos estadísticos permite sentar, al menos, dos conclusiones básicas. En primer lugar, que, pese al carácter voluntario de la mediación para las partes del proceso civil, los ciudadanos han

mejorado su predisposición a intervenir en la mediación, pues el incremento del porcentaje de asistencia a la primera sesión informativa ha experimentado un incremento nada desdeñable, pasando en las mediaciones civiles del 21 % en los años 2012 a 2015 al 66 % en los años 2016 a 2020, y en las mediaciones de familia pasando del 24.7 % en los años 2012 a 2015 al 67.76 % en los años 2016 a 2020.

En segundo lugar, que el aumento del número del intento de mediaciones –asistencia a primera sesión informativa- no ha venido acompañado de un aumento en el número de acuerdos alcanzados. Por el contrario, el número de acuerdos alcanzados ha disminuido sensiblemente en los últimos años. Así, las mediaciones civiles celebradas y terminadas con acuerdo durante los años 2012 a 2015 se aproximaban al 33%, mientras que en los años 2016 a 2020 giraban en torno al 18.31%. Igualmente, las mediaciones de familia celebradas y terminadas con acuerdo durante los años 2012 a 2015 se aproximaban al 40.6 %, mientras que durante los años 2016 a 2020 fluctuaban en torno al 16.88 % ¹⁴⁰.

La *ratio* de acuerdos alcanzados sobre las mediaciones efectivamente celebradas es preocupante y permite vislumbrar que la *ratio* de éxito de la mediación no puede resolverse desde luego obligando a participar en ella, pero tampoco parece que vaya a mejorarse mucho imponiendo la carga de alcanzar acuerdos, so pena de modular el régimen de imposición de costas procesales, en los términos establecidos en el proyectado art. 245. 5 LEC previsto en el PLMEP.

¹⁴⁰ En el ámbito del proceso laboral los resultados de la conciliación-mediación no son nada irrelevantes en su conjunto, pues el número de acuerdos alcanzados supera el 30% en el año 2020. Especialmente satisfactorios son los resultados en materia de despidos, donde el porcentaje de acuerdos alcanza el 55,21 %. Sin embargo, en materia de reclamaciones de cantidad –materia de gran interés para el proceso civil- el porcentaje de acuerdos alcanzados se limitó al 8, 14 %. Ver NORES TORRES, L. E., “La conciliación o mediación previa en el proceso laboral: régimen jurídico y perspectivas de reforma”, en *Meditaciones sobre Mediación (MED+)* (editora BARONA VILAR), Tirant lo Blanch (en prensa), pp. 420-421.

La protección de los derechos de los ciudadanos puede lograrse tanto a través de la clásica vía judicial, como a través de los medios alternativos de solución de conflictos, y, a día de hoy, considero que el fomento de los medios alternativos de solución de conflictos, mediante una regulación legal equilibrada y respetuosa con los derechos fundamentales de los ciudadanos, incluido el derecho a la tutela judicial efectiva en su vertiente de acceso a la jurisdicción, puede contribuir a la mejora del sistema de justicia.

Sin embargo, la eficacia de la mediación y de los medios alternativos de solución de conflictos para la solución de conflictos pasa necesariamente por la fuerza de la razón y de la convicción, más que por la fuerza de la imposición y de la coacción; pasa por el empleo de incentivos positivos, principalmente de carácter económico, más que por la imposición de sanciones pecuniarias y consecuencias desfavorables en el régimen de imposición de costas, que, en ocasiones, más que al respeto de los derechos fundamentales por los poderes públicos –incluido el legislador- (art. 53. 1 CE), pueden contribuir a la restricción de los derechos fundamentales y a su vulneración (STJUE 14 junio 2017 y STC 156/2021, 16 septiembre)¹⁴¹.

En este ámbito se debe recordar que el informe del Consejo General del Poder Judicial al ALMEP antes citado advierte que el uso cumulativo de la obligatoriedad del intento de medios alternativos de solución de conflictos y del nuevo régimen de condena en costas no es conceptualmente necesario, ni es el prevalente en Derecho comparado ¹⁴².

¹⁴¹ Como proclama el Informe al Anteproyecto de Ley de mediación en asuntos civiles y mercantiles, aprobado por el acuerdo del Pleno del CGPG de 19 de mayo de 2010, p. 97: «A juicio de este Órgano, para que la mediación pueda convertirse en una auténtica alternativa a la resolución jurisdiccional de los conflictos, debe dotarse de eficacia merced a la provisión de los oportunos medios humanos y materiales, de tal forma *que las partes acudan a ella por sus ventajas reales y no por un imperativo legal. De otro modo se podrá garantizar acaso que las partes cumplimenten el trámite de intentar una mediación, pero será poco probable que esos intentos lleguen a fraguar en forma de acuerdos de solución del conflicto*».

¹⁴² Informe sobre el Anteproyecto de Ley de Medidas de Eficiencia Procesal al Servicio Público de la Justicia, Consejo General del Poder Judicial, apartados 31-32.

Así mismo, se debe tener en cuenta cuáles son las técnicas de fomento de la mediación recomendadas por las instituciones comunitarias. En este sentido, como antes se vio, el Informe de la Comisión europea de 26 de agosto de 2016 razonaba que los costes relacionados con la resolución de un litigio son factores importantes a la hora de decidir las partes, si intentan la mediación, o acuden a los tribunales. Y, en consecuencia, «los incentivos financieros que resulten económicamente más atractivos para que las partes recurran a la mediación, en lugar de a procesos judiciales, pueden considerarse la mejor práctica». Además de que, incluso en aquellos asuntos en los que el recurso a la mediación pueda resultar más razonable, como en algunos asuntos de Derecho de familia, «debe subrayarse que, también en tales casos, debe respetarse el derecho de tutela judicial efectiva tal como está garantizado por el artículo 47 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión» ¹⁴³.

Así mismo, la Resolución del Parlamento Europeo, de 12 de septiembre de 2017, sobre la aplicación de la Directiva 2008/52/CE ¹⁴⁴, señalaba que la mediación puede perder su atractivo y valor añadido en caso de introducirse normas demasiado estrictas para las partes.

Pero, además, a la luz del Informe de la Comisión europea de 2016 y de la legislación nacional de los Estados miembros se observa, como se vio *supra*, un predominio por el sistema de mediación de carácter voluntario y por el uso de técnicas de incentivos económicos en positivo al uso de la mediación y, lo que es muy importante, a la obtención de acuerdos durante la mediación.

¹⁴³ Informe Comisión Europea, pp. 9-10.

¹⁴⁴ Resolución del Parlamento Europeo, de 12 de septiembre de 2017, sobre la aplicación de la Directiva 2008/52/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de mayo de 2008, sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles (Diario Oficial de la Unión Europea, 20.9.2018, C 337/2).

Sobre el fomento de la participación en la mediación, según se vio *supra*, hay legislaciones que fomentan el uso de la mediación mediante el reconocimiento de su gratuidad en determinados supuestos, o respecto de determinado número de sesiones, o que integran los costes de la mediación en el contenido del derecho de asistencia jurídica gratuita, o que atienden esos costes mediante un sistema de tasas o tarifas cerradas de cuantía moderada (Países Bajos, Portugal, Italia) ¹⁴⁵.

Pero también en algunas legislaciones nacionales se estimula la obtención de acuerdos mediante incentivos económicos. En este sentido, el Informe de la Comisión europea de 2016 declara que «trece Estados miembros ofrecen incentivos financieros a la mediación, mediante la reducción o el reembolso total o parcial de las tasas y costes de los procesos judiciales, si se alcanza un acuerdo gracias a la mediación durante procesos judiciales suspendidos» ¹⁴⁶.

Igualmente, en Italia a la parte a la que corresponda atender los honorarios del mediador, en caso de éxito de la mediación materializado en un acuerdo, se le reconoce un crédito fiscal proporcional al importe de los honorarios hasta el límite de 500 € (arts. 17 y 20. 1 Decreto Legislativo 28/2010) ¹⁴⁷.

Como decíamos en otro lugar, el establecimiento de un sistema de medios alternativos de solución de conflictos obligatorios no debe hacer

¹⁴⁵ En esta línea, VILLAMARÍN LÓPEZ, M. L., “Acceso a la justicia en Europa a la luz de la jurisprudencia europea”, en *Derecho, Justicia, Universidad. Liber Amicorum* de Andrés de la Oliva Santos, Editorial Universitaria Ramón Areces, II, 2016, p. 32, 64, apunta, entre las medidas idóneas para lograr la proporcionalidad en los gastos, el establecimiento de mecanismos para limitar los costes de los diferentes procesionales que intervienen en el proceso, como la fijación de tarifas máximas.

¹⁴⁶ Siendo especialmente expresivo el sistema eslovaco, en el que se reembolsan un 30 %, un 50 % o un 90 % de las tasas judiciales, en función de la fase del proceso en que se alcance un acuerdo a través de la mediación (Informe Comisión Europea, p. 8).

¹⁴⁷ Precisa MARTÍN DIZ, F., *Nuevos escenarios...*, ob. cit., p. 16, que así sucede en Italia, respecto a las deducciones fiscales de los honorarios pagados al mediador si en la mediación previa al proceso se alcanzan acuerdos.

recaer sobre el ciudadano de clase media (que podrían ser la mayoría de los ciudadanos), cuyos ingresos económicos le impiden beneficiarse del derecho de asistencia jurídica gratuita, todos los costes generados por el recurso a los MASC. Si el uso de los medios alternativos de solución de conflictos va a producir como efecto una reducción de los costes de la justicia “jurisdiccional” para las Administraciones con competencias en materia de Justicia, sería razonable que esas Administraciones destinaran todo o parte del ahorro de costes conseguidos en “justicia jurisdiccional” a sufragar total o parcialmente los costes de la “justicia consensual o negociada” ¹⁴⁸, como en Derecho comparado se observa en algunos ordenamientos que establecen sistemas de mediación obligatoria en los que parece inspirarse el PLMEP.

Sin embargo, la regulación del PLMEP, a diferencia de otras legislaciones en las que parece inspirarse ¹⁴⁹, no solo no contiene previsión presupuestaria alguna para atender a los posibles costes que puede suponer la implantación de un sistema de medios alternativos de solución de conflictos obligatorios de calidad, sino que se limita a hacer recaer los honorarios profesionales del abogado o tercero neutral que intervenga en el proceso negociador sobre las partes (art. 10 PLMEP), sin que contenga norma alguna que obligue a las Administraciones con competencias en materia de Justicia a sufragar total o parcialmente el coste de la intervención del mediador, o de otro tercero neutral con cargo a fondos públicos ¹⁵⁰.

¹⁴⁸ BELLIDO PENADÉS, R., “Nuevos impulsos a la mediación ...”, en *Meditaciones sobre Mediación ...*, pp. 121-122. En este sentido, la Resolución del Parlamento europeo de 2017, p. 4, subraya «la importancia de garantizar el respeto de los criterios de equidad en materia de costes».

¹⁴⁹ En Italia, el art. 17 del Decreto Legislativo 28/2010 contempla los distintos recursos que deben destinarse a cubrir los costes del nuevo sistema de mediación obligatoria implantado y hace una previsión presupuestaria de 5,9 millones de euros para el año 2010 y 7,018 millones de euros para el año 2011 (art. 17. 8).

¹⁵⁰ Así, la Disposición adicional primera del PLMEP, intitulada “coste de la intervención del tercero neutral”, dispone que: «Para los casos en que la utilización del medio adecuado de resolución de controversias sea requisito de procedibilidad antes de acudir a los tribunales de justicia y para aquellos otros en que la intervención del tercero neutral se produzca por derivación de dichos tribunales una vez iniciado el proceso, las Administraciones con competencias en

materia de Justicia podrán establecer, en su caso, cuanto tengan por conveniente para sufragar el coste de la intervención de dicho tercero neutral, en todo o en parte, con cargo a fondos públicos y para aquellas personas en quienes concurran los requisitos que se establezcan a tal efecto, en la medida en que los medios adecuados de solución de controversias permitan reducir tanto la litigiosidad como sus costes, siempre de acuerdo con las disponibilidades presupuestarias».

A MODO DE CONCLUSIÓN

A mi juicio, las principales técnicas de fomento de los medios alternativos de solución de conflictos a las que debe propender la legislación española no debieran ser las de carácter represivo, sino las de carácter positivo ¹⁵¹, basadas predominantemente en estímulos económicos, tal y como se vio antes que se hace preferentemente en los ordenamientos jurídicos de otros Estados europeos, y como se recomienda en los informes realizados desde las instituciones comunitarias.

Estas técnicas de estímulo económico, a su vez, ofrecen mayores porcentajes de éxito en lo que a los resultados de la resolución de conflictos se refiere –acuerdos alcanzados, o recomendaciones voluntariamente aceptadas y cumplidas-. Por lo que, al final, la inversión económica en técnicas de justicia alternativa acaba redundando en un global “sistema de justicia” más eficiente y “rentable” para el Estado y para los ciudadanos, en la medida en que se alcanzan mejor los objetivos de reducción de la sobrecarga de trabajo de los juzgados y tribunales, y de solución de los conflictos mediante técnicas basadas en el consenso en procedimientos más rápidos y de menor coste.

Además, en determinadas materias, en las que las controversias se generan respecto de relaciones duraderas en el tiempo -como los conflictos en Derecho de familia, o en conflictos vecinales-, el impulso de algunos medios alternativos de solución de conflictos puede facilitar la consecución del objetivo de una justicia de mayor calidad, que más allá de resolución del caso concreto, aspire a resolver el conflicto que subyace en el mismo.

¹⁵¹ En este sentido, SOLETO MUÑOZ, H., “La mediación, tutela adecuada ...”, en *Tratado de Mediación. Tomo I ...*, ob. cit, pp. 36-40.

Con este planteamiento no se intenta defender a día de hoy la reforma de la Constitución española mediante la modificación del artículo 24. 1 CE, erigiendo en la categoría de derecho fundamental un derecho de acceso a la justicia comprensivo del derecho de acceso, tanto a la “justicia jurisdiccional”, como a la “justicia alternativa” ¹⁵².

Pero sí considero que los medios alternativos de resolución de conflictos también pueden contribuir a la obtención de justicia por la ciudadanía y que debe fomentarse su uso desde la voluntariedad, la proporcionalidad y las técnicas de estímulo económico.

Por lo tanto, ese fomento de los medios alternativos de resolución de conflictos no debe convertir el derecho de acceso a los tribunales, que es vertiente primigenia del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, en un “recurso subsidiario” o última respuesta del ordenamiento, a modo de “factura” para el ciudadano que quiera ejercitar ese derecho fundamental. La solución pasa por la relación armónica de complementariedad entre los diferentes métodos –judiciales y alternativos- de resolución de conflictos ¹⁵³.

En efecto, la eficacia de la mediación y de los medios alternativos de solución de conflictos para la solución de conflictos pasa necesariamente por la fuerza de la razón y de la convicción, más que por la fuerza de la imposición y de la coacción; pasa por el empleo de incentivos positivos, principalmente de carácter económico, más que por la imposición de sanciones pecuniarias y consecuencias desfavorables en el régimen de imposición de costas, que, en ocasiones, más que al respeto de los derechos fundamentales por los poderes públicos –incluido el legislador- (art. 53. 1

¹⁵² En favor de esa reforma MARTÍN DIZ, F., *El derecho fundamental a la justicia...*, ob. cit., pp. 13 y ss.; y ORDEÑANA GEZURAGA, I., “Contribuciones al debate sobre la necesidad de constitucionalizar ...”, en *El impacto de la oportunidad ...*, ob. cit., pp. 341 y ss.

¹⁵³ MARTÍN DIZ, F., *La mediación: sistema complementario ...*, ob. cit., pp. 37-38 y BARONA VILAR, S., *Integración de la mediación ...*, ob. cit., p. 7.

CE), pueden contribuir a la restricción de los derechos fundamentales y a su vulneración.

Establecer medios de resolución de conflictos previos y obligatorios afecta al derecho fundamental a la tutela judicial efectiva reconocido en el art. 24. 1 CE y en el art. 47 CDFUE, pero puede resultar compatible con este derecho fundamental, siempre que la norma de imposición respete ciertos límites, según ha declarado la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, antes expuestos, que permiten valorar el respeto por determinada normativa del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva (carácter vinculante del medio, plazo de espera que comporta, que no comporte gastos significativos para el justiciable ...)¹⁵⁴.

Sin embargo, pueden no ser respetuosas con este derecho fundamental ciertas técnicas, de carácter más represivo que estimulador. Por una parte, los medios alternativos de resolución de conflictos en los que se impone una solución de carácter vinculante para las partes (arbitraje) solo respetan el derecho a la tutela judicial efectiva, si se fundan en la libre voluntad de las partes, o, si se trata de un caso de imposición legal, si cabe un posterior acceso a la jurisdicción mediante un medio en el que resulte posible el control judicial sobre la cuestión de fondo.

Por otra parte, los medios alternativos de resolución de conflictos en los que no se impone una solución de carácter vinculante, sino que se busca que se alcance en ellos una solución consensuada entre las partes, pero que no impiden el posterior acceso de las partes a los tribunales (mediación, conciliación o reclamación previa), afectan también al derecho a la tutela judicial efectiva, porque introducen una etapa adicional, que retrasa el acceso a la vía judicial. Pero la imposición legal de esos medios de resolución de

¹⁵⁴ En sentido análogo, PEITEADO MARISCAL, P., *Consideraciones sobre la relación entre el derecho a la tutela judicial efectiva ...*, ob. cit. p. 309.

conflictos previos y obligatorios puede resultar compatible con este derecho fundamental, siempre que la norma de imposición respete ciertos límites establecidos principalmente en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea antes expuestos (que no impidan el posterior acceso a la vía judicial, que no provoquen un retraso sustancial en el acceso a los tribunales, que no comporte gastos significativos para el justiciable ...).

Desde esta perspectiva pueden suscitarse dudas de inconstitucionalidad, cuando el fomento de los medios alternativos de solución de conflictos se lleva a cabo con técnicas como la imposición de sanciones y el establecimiento de consecuencias desfavorables en la regulación del régimen de imposición de costas procesales, como ha declarado la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, respecto a la “sanción” económica impuesta al ciudadano que participa en el medio alternativo de resolución de conflictos, pero que no alcanza en él un acuerdo y acude a un proceso en el que se estima su demanda ¹⁵⁵, o la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, respecto del régimen de condena en costas contenido en el art. 4. 2 RDL 1/2017 en materia de cláusulas suelo.

En este sentido, no parece desproporcionado que se prive del beneficio de la condena en costas, impidiendo por tanto que se pida la restitución de los gastos generados por la intervención del abogado y procurador propios, a quien no hizo nada para intentar la resolución extrajudicial del conflicto, especialmente si tras la primera reclamación –la judicial- el demandado se allana, pues ello pone de manifiesto que con una mínima diligencia el actor podría haber visto satisfecha su pretensión, sin necesidad de acceder a la jurisdicción, a los juzgados o tribunales, cuya carga de trabajo es conocida.

¹⁵⁵ Como señala LÓPEZ SÁNCHEZ, J., *El carácter general del requisito de procedibilidad* ..., ob. cit., p. 20, con relación al fomento del acuerdo en el régimen de imposición de costas establecido en el art. 4 RDL 1/2017, el criterio de la incentivación del acuerdo tiene una lógica, pero choca con la STJUE 14 junio 2017, en la que se declara que la retirada del consumidor del procedimiento de mediación no debe tener consecuencias desfavorables para este.

Sin embargo, a mi juicio, sí incurre en desproporción, además de insertarse en una regulación que en su conjunto resulta confusa, la norma que permite la reducción o, incluso la exoneración de las costas, cuando la resolución judicial coincida “sustancialmente” con la propuesta, por cuanto en el fondo fomenta la renuncia al derecho a la tutela judicial íntegra y efectiva de los derechos e intereses legítimos reconocidos y amparados por el Derecho, y responde a una concepción del acceso a los tribunales como un recurso subsidiario de la que discrepamos desde la lógica del necesario respeto de los derechos fundamentales por los poderes públicos, incluido el legislador (art. 53. 1 CE), los cuales están sujetos a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico (art. 9. 1 CE).

También pueden suscitarse dudas de inconstitucionalidad cuando la participación en los medios alternativos de solución de conflictos comporta gastos significativos para el justiciable, como puede suceder si se establece que se debe intervenir en el medio alternativo de solución de conflictos necesariamente mediante abogado (STJUE 14 junio 2017), o si no se incluyen en el contenido del derecho a la asistencia jurídica gratuita los honorarios de los diferentes profesionales que deban intervenir en el medio alternativo de solución de conflictos –no solo de los abogados- respecto de quienes carezcan de suficientes recursos económicos para litigar (arts. 24. 1 y 119 CE).

Así mismo, respecto de quienes poseen suficientes recursos económicos para litigar, debería fomentarse alguna o varias de las técnicas que se utilizan en Derecho comparado antes expuestas (fijación de honorarios de profesionales mediante tarifas cerradas o tasas moderadas, cobertura pública de alguna sesión –sesión informativa y exploratoria de mediación- o sesiones, ...).

Por lo demás, razones de justicia debieran llevar a que el coste de todo medio alternativo de solución de conflictos obligatorio que deban soportar las partes, sea por disposición legal o por decisión judicial (derivación), tengan la consideración de costa procesal mediante su inclusión en el art. 241. 1 LEC.

En este orden de propuestas, considero que también es importante fomentar la obtención de acuerdos ¹⁵⁶, especialmente con carácter previo al inicio del proceso, técnica que es la que más reduce la carga de trabajo de los tribunales y posiblemente la más económica para los justiciables, pues la preparación y redacción de la demanda, y de los documentos y pruebas que deben acompañarla, suele ser la actividad letrada que mayor trabajo comporta para el abogado y de mayor coste económico.

¹⁵⁶ En este punto, como se vio antes, los modelos italiano y eslovaco constituyen un referente.

BIBLIOGRAFÍA

AAVV, *Arbitraje y mediación en materia de consumo* (Coord. GONZÁLEZ PILLADO, E.), Tecnos, 2012.

AAVV, *Estudios sobre mediación y arbitraje desde una perspectiva procesal* (Dir. SIGÜENZA LÓPEZ y GARCÍA-ROSTÁN CALVÍN, Aranzadi Thomson Reuters, 2017.

AAVV, *La resolución alternativa de litigios en materia de consumo* (Dir. ARIZA COLMENAREJO y FERNÁNDEZ FÍGARES MORALES), Thomson Reuters Aranzadi, 2018.

ALONSO GARCÍA, R. y SARMIENTO, D., *La Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. Explicaciones, concordancias y jurisprudencia*, Aranzadi, 2006.

ARANDA JURADO, M., “La mediación obligatoria mitigada como instrumento para la promoción de la mediación en los asuntos civiles y mercantiles en el ordenamiento jurídico español”, en *Justicia: ¿garantías versus eficiencia?* (Dir. JIMÉNEZ CONDE y BELLIDO PENADÉS), Tirant lo Blanch, 2019.

ARMENTA DEU, T., *Derivas de la justicia. Tutela de los derechos y solución de controversias en tiempos de cambios*, Marcial Pons, 2021.

BANACLOCHE PALAO, J., *Las reformas en el proceso civil previstas en el Anteproyecto de Ley de Medidas de Eficiencia Procesal: ¿una vuelta al pasado?*, Diario La Ley núm. 9814, de 19 de marzo de 2021.

BARONA VILAR, S., *Integración de la mediación en el moderno concepto de Acces to Justice*, InDret, octubre 2014.

BARONA VILAR, “La mediación y su espacio en el hábitat de la justicia integral, global, algorítmica: ¿Más o menos protagonismo?”, en *Meditaciones sobre Mediación (MED+)* (editora BARONA VILAR), Tirant lo Blanch, en prensa.

BARONA VILAR, S., *Psicoanálisis de las ADR. Retos en la sociedad global del siglo XXI*, La Ley, Mediación y Arbitraje, núm. 1 de 2020.

BELLIDO PENADÉS, R., “Nuevos impulsos a la mediación y a otros MASC para la resolución de controversias de Derecho privado en Derecho español (A propósito del Anteproyecto de Ley de medidas de eficiencia procesal)”, en *Meditaciones sobre Mediación (MED+)* (editora BARONA VILAR), Tirant lo Blanch (en prensa).

BLANCO GARCÍA, A. I., *La tutela del cliente bancario y las ADR: la institución del "Ombudsman": una visión comparada entre España, Reino Unido y Australia*, Tirant lo Blanch, 2015.

BLANCO GARCÍA, A. I., *La intermediación hipotecaria: la mejor opción contra la ejecución hipotecaria*, Revista internacional de Estudios de Derecho Procesal y de Arbitraje, núm. 2, 2015.

BLANCO GARCÍA, A. I., “Un impulso hacia la mediación: ¿Un paso más a una nueva regulación banca-cliente?”, en *Meditaciones sobre Mediación (MED+)* (editora BARONA VILAR), Tirant lo Blanch, en prensa.

BONACHERA VILLEGAS, R., “El Proyecto de Orden Ministerial por el que se regula la resolución alternativa de litigios en materia de los derechos de los usuarios de transporte aéreo”, en *Adaptación del Derecho procesal español a la normativa europea y su interpretación por los tribunales* (Dir. JIMÉNEZ CONDE), Tirant lo Blanch, 2018.

BORRAJO INIESTA, I., DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, I y FERNÁNDEZ FARRERES, G., *El derecho a la tutela judicial efectiva y el recurso de amparo*, Civitas, 1995.

CARRETERO MORALES, E., “¿Puede contribuir el nuevo modelo de «obligatoriedad mitigada» de la mediación a mejorar la eficiencia del proceso civil?: Breve análisis del Anteproyecto de Ley de Impulso a la Mediación”, en *Justicia: ¿garantías versus eficiencia?* (Dir. JIMÉNEZ CONDE y BELLIDO PENADÉS), Tirant lo Blanch, 2019.

CASTILLEJO MANZANARES, R., “Métodos alternativos de resolución de conflictos: ¿es necesario menos proceso?”, en *El enjuiciamiento civil y penal hoy* (Coord. CACHÓN CADENAS, M. y PÉREZ DAUDI, V.), Atelier-Fundación privada Manuel Serra Domínguez, 2019.

CRUZ ZABAL, M. y COBAS COBIELLA, M. E. “¿Mediación Hipotecaria o Intermediación Hipotecaria?”, en *Mediación en el ámbito civil, familiar, penal e hipotecario. Cuestiones de Actualidad* (coords. ORTEGA

GIMÉNEZ y COBAS COBIELLA), Madrid, Economist & Jurist, Difusión Jurídica, 2013.

DE LA OLIVA SANTOS, A. y Díez-PICAZO GIMÉNEZ, I., *Tribunal Constitucional, jurisdicción ordinaria y derechos fundamentales*, MacGraw-Hill, 1996.

ESPLUGUES MOTA, C., *Mediación Civil y Comercial. Regulación Internacional e Iberoamericana*, Tirant lo Blanch, 2019

FERNÁNDEZ FÍGARES MORALES, M. J., “Principios, asistencia jurídica y costes en el procedimiento de resolución alternativa de consumo”, en *La resolución alternativa de litigios en materia de consumo* (Dir. ARIZA COLMENAREJO y FERNÁNDEZ FÍGARES MORALES), Cizu Menor, 2018.

LÓPEZ SÁNCHEZ, J., *El carácter general del requisito de procedibilidad de haber acudido a un “medio adecuado de solución de controversias”: a propósito del proceso monitorio*, en RGDP 55 (2021).

LÓPEZ YAGÜES, V., *Mediación y proceso judicial, instrumentos complementarios de un Sistema integrado de Justicia Civil*, en *Práctica de Tribunales*, nº 137, marzo-abril, 2019.

MARCOS FRANCISCO. D, “Arbitrajes de consumo”, en *Comentarios a la Ley de Arbitraje: Ley 60/2003, de 23 de diciembre, tras la reforma de la Ley 11/2011, de 20 de mayo* (coord. Barona Vilar), 2011.

MARCOS FRANCISCO, D., “La mediación y conciliación en conflictos de consumo. Consideraciones de presente y futuro”, en *Tratado de Mediación. Tomo I. Mediación en asuntos civiles y mercantiles* (Dir. BLANCO GARCÍA, A. I), Tirant lo Blanch, 2017.

MARCOS FRANCISCO, D., “Reflexiones en torno a los MASC en el Anteproyecto de Ley de medidas de eficiencia procesal”, en *Meditaciones sobre Mediación (MED+)* (editora BARONA VILAR), Tirant lo Blanch (en prensa).

MARÍN LÓPEZ, J. M., *Los sistemas extrajudiciales de resolución de conflictos de los usuarios de servicios financieros y su aptitud para la defensa de intereses colectivos*, en *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, núm. 136/2014.

MARÍN LÓPEZ, J. M., *Algunas cuestiones sobre el Anteproyecto de Ley de Resolución Alternativa de Conflictos de Consumo: voluntariedad del sometimiento al mecanismo extrajudicial, carácter vinculante de la solución alcanzada y estatuto de la persona encargada de la decisión del conflicto*, *Aranzadi civil-mercantil*, 2016, núm. 8.

MARTÍN DIZ, F., *El derecho fundamental a la justicia: revisión integral e integradora del derecho a la tutela judicial efectiva*, UNED, *Revista de Derecho Político*, núm. 106, septiembre-diciembre 2019.

MARTIN DIZ, F., *La mediación: sistema complementario de la Administración de Justicia*, CGPJ, 2010.

MARTÍN DIZ, F., *Nuevos escenarios para impulsar la mediación en derecho privado: ¿conviene que sea obligatoria?*, en *Práctica de Tribunales*, nº 137, marzo-abril, 2019.

MARTÍNEZ DE SANTOS, A., *La regulación de las costas procesales en el Anteproyecto de Ley de medidas de eficiencia procesal del servicio público de la justicia*, Diario La Ley núm. 9839, de 28 de abril de 2021.

MILLIONE, C., *La interpretación del artículo 47 CDFUE como expresión de la labor hermenéutica del Tribunal de Luxemburgo en la construcción de un estándar europeo de protección de los derechos*, Teoría y realidad constitucional, núm. 39, 2017.

MOLINA CABALLERO, M. J., “Libertad y celeridad: estándares de calidad en los sistemas alternativos de resolución de conflictos en el ámbito del consumo”, en *La resolución alternativa de litigios en materia de consumo* (Dir. ARIZA COLMENAREJO y FERNÁNDEZ FÍGARES MORALES), Thomson Reuters Aranzadi, 2018.

NADAL GÓMEZ, I., “La resolución alternativa de litigios en el transporte aéreo”, en *La resolución alternativa de litigios en materia de consumo* (Dir. ARIZA COLMENAREJO y FERNÁNDEZ FÍGARES MORALES), Thomson Reuters Aranzadi, 2018.

NORES TORRES, L. E., “La conciliación o mediación previa en el proceso laboral: régimen jurídico y perspectivas de reforma”, en *Meditaciones sobre Mediación (MED+)* (editora BARONA VILAR), Tirant lo Blanch (en prensa).

ORDEÑANA GEZURAGA, I., “Contribuciones al debate sobre la necesidad de constitucionalizar las técnicas extrajudiciales de conflictos en el ordenamiento jurídico español”, en *El impacto de la oportunidad sobre los principios procesales clásicos* (Dir. CALAZA LÓPEZ y MUINELO COBO), Iustel, 2021.

OROMI I VALL-LLOVERA, S., “La mediación de consumo como requisito de admisibilidad del proceso judicial según el Tribunal de Justicia de la UE (Comentario de la Sentencia del TJUE (Sala Primera) de 14 de junio de 2017)”, en *Adaptación del Derecho procesal español a la normativa europea y su interpretación por los tribunales* (Dir. JIMÉNEZ CONDE), Tirant lo Blanch, 2018.

PEITEADO MARISCAL, P., *Consideraciones sobre la relación entre el derecho a la tutela judicial efectiva y la mediación obligatoria*, en Estudios de Deusto, Vol. 66/2, julio-diciembre 2018.

PÉREZ DAUDÍ, V., *La imposición de los ADR ope legis y el derecho a la tutela judicial efectiva*, en “In Dret”, 2/2019.

PICÓ JUNOY, J., *MASC y costas procesales en el futuro proceso civil: ¿La cuadratura del círculo?*, Diario La Ley núm. 9801, de 2 de marzo de 2021.

PILLADO GONZÁLEZ, E., “La mediación en materia de consumo”, en *Arbitraje y mediación en materia de consumo* (Coord. GONZÁLEZ PILLADO, E.), Tecnos, 2012.

PILLADO GONZÁLEZ, E., “Incidencia 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, sobre los métodos alternativos de resolución de conflictos en materia de consumo”, en *La resolución alternativa de litigios en materia de consumo* (Dir. ARIZA COLMENAREJO y FERNÁNDEZ FÍGARES MORALES), Thomson Reuters Aranzadi, 2018.

PILLADO GONZÁLEZ, E., “El procedimiento arbitral de consumo tras 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, sobre los métodos alternativos de resolución de conflictos en materia de consumo”, en *El enjuiciamiento civil y penal hoy* (Coord. CACHÓN CADENAAS, M. y PÉREZ DAUDI, V.), Atelier-Fundación privada Manuel Serra Domínguez, 2019.

SÁNCHEZ POS, M^a. V., “Hacia un modelo de obligatoriedad mitigada de la mediación. Comentario breve al Anteproyecto de Ley de Impulso de la Mediación”, en *Justicia: ¿garantías versus eficiencia?* (Dir. JIMÉNEZ CONDE y BELLIDO PENADÉS), Tirant lo Blanch, 2019.

SIGÜENZA LÓPERZ, J., *Derecho de acceso a los tribunales y mediación obligatoria con carácter previo al ejercicio de acciones ante la jurisdicción. Normativa europea*, en “Adaptación del Derecho procesal español a la normativa europea y su interpretación por los tribunales” (Dir. JIMÉNEZ CONDE), Tirant lo Blanch, 2018.

SIGÜENZA LÓPEZ, J., *Mediación extrajudicial y proceso civil*, Aranzadi Thomson Reuters, 2018.

SOLETO MUÑOZ, H., “La mediación, tutela adecuada en los conflictos civiles”, en *Tratado de Mediación. Tomo I. Mediación en asuntos civiles y mercantiles* (Dir. BLANCO GARCÍA, A. I.), Tirant lo Blanch, 2017.

TRIGUERO MARTÍNEZ, L. A., “Art. 47. Derecho a la tutela judicial efectiva u a un juez imparcial”, en *Estudios sistemático de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea* (Dir. MONEREO ATIENZA y MONEREO PÉREZ), 2012, Comares.

VÁZQUEZ DE CASTRO, E. V., *La negociación y mediación hipotecaria*, Anuario de mediación y solución de conflictos, núm. 1, 2013.

VILLAMARÍN LÓPEZ, M. L., “Acceso a la justicia en Europa a la luz de la jurisprudencia europea”, en *Derecho, Justicia, Universidad. Liber Amicorum* de Andrés de la Oliva Santos, Editorial Universitaria Ramón Areces, II, 2016.