

PROPUESTAS DE POLÍTICA JURÍDICA PARA FOMENTAR LA MEDIACIÓN MERCANTIL EN ESPAÑA¹

PEDRO ALEMÁN LAÍN
Doctor en Derecho, Abogado

pa@pedroaleman.com

Resumen: *El artículo resume, en primer lugar, las ventajas de la mediación, frente al litigio y el arbitraje, en los asuntos mercantiles para analizar, a continuación, las razones de su escaso éxito en España. Tras describir el modelo imperativo propuesto por el Parlamento Europeo, el artículo propone un modelo de voluntariedad mitigada de una mediación intrajudicial: una facultad del juez de ordenar una sesión informativa ante un mediador profesional en determinados casos. Junto a ello se propone la previsión de un deber de indicar en la demanda si se ha intentado la mediación explicando, en su caso, las razones que la desaconsejan. Asimismo se propone una posible condena en costas a la parte que ha rechazado en esa sesión informativa una solución análoga a la que finalmente establezca la sentencia. Aparte de ello, se recogen otras medidas posibles para promover la mediación mercantil en España.*

Palabras clave: *mediación, intrajudicial, imperatividad, sesión informativa, ejecutividad.*

¹ Este artículo tiene su origen en un informe elaborado por el autor para el Círculo de Empresarios.

POLICY PROPOSALS TO PROMOTE COMMERCIAL MEDIATION IN SPAIN

Abstract: *This article summarises, first, the advantages of mediation in comparison with litigation and arbitration in commercial matters in order to analyse, thereafter, the reasons for its limited success in Spain. After describing the mandatory model proposed by the European Parliament, the article proposes an intra-judicial mediation of mitigated voluntariness: the judge should have the power to order an informative session of a mediation in some cases. Furthermore, this article proposes that the claim must state whether there was an attempt to mediate before commencing legal actions and why, if so, it was advised against. Likewise, the article proposes a possible sanction to pay the legal fees for the party that rejected, in the informative session, a solution that is analogous to the one finally established in the judgment. Apart from this, the article refers to other possible measures to promote commercial mediation.*

Key words: *mediation, intra-judicial, mandatory, informative session, enforceability.*

Sumario: 1. Ventajas económicas y no económicas de la mediación frente al litigio y el arbitraje en asuntos mercantiles. 2. Causas del escaso uso de la mediación mercantil en España. 3. Propuestas del Parlamento Europeo para fomentar la mediación en la UE. 4. Algunas medidas para promover la mediación mercantil en España. a. Previsión legal de una facultad del juez de ordenar la mediación intrajudicial en determinados casos. b. Otras medidas legislativas y no legislativas.

Summary: 1. Economic and non-economic advantages of commercial mediation compared to litigation and arbitration. 2. Causes for the seldom use of commercial mediation in Spain. 3. Proposals by the European Parliament to promote mediation in the EU. 4. Some measures to promote commercial mediation in Spain. a. A judge power to order intra-judicial mediation in some cases. b. Other legislative and non legislative measures.

1. VENTAJAS ECONÓMICAS Y NO ECONÓMICAS DE LA MEDIACIÓN FRENTE AL LITIGIO Y EL ARBITRAJE EN ASUNTOS MERCANTILES

La mediación, como mecanismo alternativo de resolución y gestión de conflictos en que un tercero neutral ayuda a las partes a negociar para alcanzar un acuerdo por sí mismas, presenta ventajas económicas, sociales y, quizás –desde la perspectiva de las partes- éticas, para la solución de los

conflictos mercantiles. En primer término, la mediación permite importantes ahorros de coste y de tiempo frente al litigio o al arbitraje² (aparte de que su iniciación suspende en todo caso la prescripción de las acciones); a su vez salvaguarda las relaciones empresariales sin el efecto traumático de un litigio³ o, en menor medida, de un arbitraje; permite también integrar en la negociación cuestiones no directamente relacionadas con el conflicto (para lograr así soluciones no meramente distributivas sino también integradoras, preferibles desde el punto de vista de la eficiencia económica)⁴; y facilita además el acuerdo, mediante el sistema de reuniones privadas del mediador con cada una de las partes separadamente (*caucus*), al eliminar o reducir tanto las diferencias entre las expectativas de las partes, como los problemas de riesgo moral y selección adversa derivados de la ocultación de información entre ellas, que dificultan el acuerdo⁵. El carácter convencional de la solución que pone fin al conflicto aumenta finalmente la probabilidad de cumplimiento voluntario.

Una sociedad en que la negociación y el acuerdo prevalecen sobre la solución directiva o jerárquica de los conflictos es, por otra parte, una sociedad más armónica e integrada, en que el derecho se funcionaliza, como un sistema social de comunicación, y se pone al servicio de la construcción de relaciones de cooperación. Finalmente, desde el punto de vista de los participantes en la mediación, la mediación mercantil (aunque no con la intensidad con que esto pueda suceder en otros ámbitos, como el familiar o el educativo) abre también un espacio para la transformación personal mediante el reconocimiento recíproco y la legitimación (*empowerment*) de las partes, según sostienen algunas escuelas de mediación⁶. La mediación mercantil se apoya fundamentalmente, en todo caso, en el modelo de negociación de Harvard, adaptado a la mediación, según cuatro conocidos principios: separar las personas del problema, ir de las

² COELLO PULIDO, Á., *El juego de la Mediación: El espacio cooperativo en la negociación asistida civil y mercantil* (2016), pp. 108 y ss.

³ Así lo ha declarado el Tribunal Supremo en SSTs 4455/2009, 4429/2009, 984/2010, 2290/2010 Sala Civil.

⁴ MNOOKIN, R.H. Voz "Alternative dispute resolution" en *The New Palgrave Dictionary of Economics and The Law*, (1993), págs. 56–60; COELLO PULIDO, Á., *ob. cit.*, pp. 25 y ss y 109 y ss.

⁵ BROWN, J. and AYRES, I., "Economic rationales for mediation", *Virginia Law Review* 80, (1994), pp. 323–401.

⁶ CONFORTI, F., *Tutela judicial efectiva y mediación de conflictos en España*, Madrid (2016), pp. 104 y ss.

posiciones a los intereses, crear alternativas mutuamente beneficiosas y centrarse en criterios objetivos⁷.

Esas ventajas de la mediación son especialmente visibles cuando hay contratos de colaboración o de larga duración entre las empresas, cuando el conflicto se reduce a una cuestión de valoración del daño o de un pasivo, o cuando las consecuencias “reputacionales” o de otra índole derivadas del litigio o del arbitraje resultan disuasorias. Esas ventajas son también valiosas para preservar una competencia saludable, en particular en sectores o industrias específicas con relaciones recurrentes entre las partes.

2. CAUSAS DEL ESCASO USO DE LA MEDIACIÓN EN ESPAÑA

A pesar de ello, y de las buenas intenciones legislativas –en concreto, las de la *Ley 5/2012 de 6 de julio de mediación en asuntos civiles y mercantiles*–, la mediación mercantil no ha logrado despegar en España. Tampoco lo ha hecho en general en Europa, como ha puesto de manifiesto el Parlamento Europeo en su informe sobre la *Directiva 2008/52/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 21 de mayo de 2008*⁸. En Italia, donde se ha introducido una forma mitigada de mediación obligatoria, se ha alterado radicalmente esa tendencia (hasta alcanzar en el año 2014 las 200.000 mediaciones). En el Reino Unido, con un régimen esencialmente dispositivo, se está produciendo también un notable crecimiento de la mediación mercantil en el ámbito de las grandes empresas en los últimos años, del mismo modo que en Francia, con un modelo de intervención propio, hay un incipiente desarrollo en ese segmento empresarial⁹. Persiste, sin embargo, lo que se ha llamado la “paradoja de la mediación” en la UE: se median menos del 1% de los casos civiles y mercantiles y, sin embargo, el porcentaje de éxito y satisfacción con la mediación es muy elevado.

⁷ TARRAZON, M. “Cómo negociar con eficacia”. *Cat. Económica* (2017), <http://www.cateconomica.com/Articulo/Como-negociar-con-eficacia>, CONFORTI, F., *ob.cit.*, págs. 100 y ss.; VIRGÓS SORIANO, M., GUAL GRAU, C “La mediación como alternativa” *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, núm. 20 (2008), p. 23.

⁸ PARLAMENTO EUROPEO. Dirección General de Políticas Internas del Parlamento Europeo. *Rebooting the Mediation Directive: Assessing the limited impact of its implementation and proposing measures to increase the number of mediations in the EU*, (2014).

⁹ VAUGON, I., NAIMARK, R., “Vers un management optimise des litiges. Improving economic and non-economic outcomes in managing business conflicts”, FIDAL-AMERICAN ARBITRATION ASSOCIATION (2009), pp. 9 y ss.

Sin duda, hay razones vinculadas al propio mecanismo de la mediación que pueden desaconsejar su uso en circunstancias concretas, por ejemplo, cuando las posibilidades de que la contraparte pueda entrar de buena fe en una negociación sean inexistentes, o haya un riesgo real de que pretenda usar la mediación para obtener información confidencial de la otra parte. Pero las estrictas obligaciones legales de confidencialidad de las partes y los mediadores –que pueden compartir solo la información que cada parte autorice– hacen que la cuestión de la confidencialidad no pueda explicar por sí sola el escaso desarrollo de la mediación en España y en el resto de Europa, frente particularmente a los Estados Unidos.

El escaso uso en España de la mediación mercantil parece estar más relacionado con otros factores: la estructura del proceso civil que, unida a la lentitud de la justicia, ofrece una importante ventaja estratégica a los deudores¹⁰; la dificultad, en ese contexto, de hacer “la primera llamada” proponiendo una mediación –que pueda ser entendida como un reconocimiento de debilidad de la propia posición jurídica–; el hecho de que el acta del acuerdo de la mediación no sea inmediatamente ejecutiva sino que necesite de ser elevada a público¹¹; en relación con la mediación internacional, cuando una parte es la española, la falta a día de hoy de un criterio homogéneo de ejecutabilidad de los acuerdos de mediación¹²; la relativa falta de información de los operadores en España sobre el mecanismo de la mediación, y, finalmente, factores culturales, que en España remiten a una aguerrida tradición –en el mejor de los casos, ciertamente– litigiosa (aunque Cataluña, que tiene una pionera ley de mediación, sea más pro-

¹⁰ CABRILLO RODRÍGUEZ, F., PASTOR PRIETO, S., *Reforma Judicial y Economía de Mercado*, Madrid (2001), pp. 45 y ss.

¹¹ Así SANTOS VIJANDE, J.M., “Tratamiento procesal de la mediación y eficacia ejecutiva del acuerdo de mediación en la Ley 5/2012”. *Revista Internacional de Estudios de Derecho Procesal y Arbitraje*, núm.1 (2013), pp. 15 y ss. LÓPEZ DE ARGUMEDO, A. y FERNÁNDEZ DE LA MELA, J.M., han destacado también que “la efectividad de la mediación como mecanismo alternativo a la litigación y al arbitraje para la tutela de derechos e intereses dependerá del régimen de acceso del acreedor a la tutela ejecutiva de su crédito; en otras palabras, de la mayor o menor ejecutividad que –en comparación con una sentencia o un laudo– pueda predicarse del acuerdo resultante de una mediación.” LÓPEZ DE ARGUMEDO, Á y FERNÁNDEZ DE LA MELA, J.M. “El acuerdo de mediación”. *Diario La Ley*, núm. 8477 (2015), pp. 2.

¹² Sobre los trabajos en curso para la reforma de la Ley modelo de UNCITRAL sobre Conciliación Comercial Internacional (que incluye la mediación), o en su caso, para una posible convención internacional sobre ejecución de acuerdos de transacción comerciales internacionales resultantes de la conciliación, puede verse http://www.uncitral.org/uncitral/es/commission/working_groups/2Arbitration.html

clive a la transacción)¹³. También puede conjeturarse que el criterio del vencimiento para la condena en costas, que rige generalmente en Europa, frente a la llamada *American rule* (según la cual cada parte paga lo suyo), aún atemperada con cuota litis o “contingency fee”, favorece la ratio de litigios y arbitrajes frente a las mediaciones, pues puede exacerbar las expectativas favorables sobre la propia posición jurídica¹⁴.

Se ha hablado finalmente en la literatura económica de los problemas de agencia de la relación entre clientes y abogados como un posible inhibidor de la mediación –los abogados pueden estar personalmente más interesados en el litigio o el arbitraje que sus clientes¹⁵–. Sin embargo, al margen de la obligación deontológica de los abogados de asesorar sobre la mejor forma de resolver cada conflicto, y de que la mayor rotación de asuntos que permite la mediación y la fidelización de un cliente satisfecho son aspectos de rentabilidad por sí mismos que alinean los intereses de abogados y clientes, es cierto que en el segmento empresarial más complejo e internacionalizado, con abogados internos que tienen entre sus funciones la de supervisar la relación con los externos, ese problema no parece tan acuciante.

3. PROPUESTAS DEL PARLAMENTO EUROPEO PARA FOMENTAR LA MEDIACIÓN EN LA UE

Dadas esas dificultades de la mediación en Europa, el Parlamento Europeo ha considerado en el informe citado una doble propuesta para fomentar la mediación en los Estados Miembros: o bien establecer una forma mitigada de mediación obligatoria al estilo italiano, que obligue a las partes a tomar en todo caso una decisión positiva de excluir la mediación tras una primera sesión informativa de la mediación, o bien fijar para los Estados Miembros un objetivo numérico de mediaciones frente a

¹³ Una visión muy crítica, no exenta de razones, en HENDEL, C. “The past, present and future of commercial mediation in Iberia in a nutshell – a juridicocultural perspective” *Mediation news Newsletter of the International Bar Association Legal Practice Division* Vol. 9 n. 1, (2013), pp. 21 y ss.

¹⁴ SHAVELL, S. *Foundations of economic analysis of law*, Harvard (2004), p. 430.

¹⁵ MNOOKIN, R.H.. Voz “Alternative dispute resolution”, *ob.cit.*; MNOOKIN, R.H., “Why Negotiations Fail: An Exploration of Barriers to the Resolution of Conflict”, *The Ohio State Journal on Dispute Resolution*, (1993), pp. 242–243.

litigios¹⁶. En la primera opción, por la que se inclina el informe citado, las partes deberían iniciar, antes del proceso judicial, una mediación gratuita, ofrecida por los servicios de mediación de los colegios profesionales y tribunales arbitrales. Tras la primera sesión informativa, las partes podrían excluir (*opt-out*) la mediación.

Una medida así, en un contexto como el español, podría tener sin duda un efecto pedagógico, y evitaría la dificultad de proponer la mediación en primer término, a la par que reduciría los eventuales problemas de agencia derivados de la relación abogado-cliente, y permitiría también una primera exploración sobre las posibilidades de acuerdo que podría materializarse en un momento ulterior, aunque el proceso judicial hubiera llegado a iniciarse¹⁷. Sin embargo, se han planteado dudas razonables sobre la viabilidad de ese modelo imperativo general para la mediación mercantil, en un contexto como el español, por varias razones¹⁸. En primer lugar, porque aunque la imperatividad en el modelo italiano se limita –evidentemente– al inicio de la mediación con la sesión informativa, lo cierto es que para que la mediación pueda tener éxito entre las partes y consolidarse socialmente, tiene que imponerse en las relaciones que funcionalmente lo aconsejen, y no en todas indiscriminadamente. En segundo lugar, porque para el éxito de la mediación es esencial la persona y la función del mediador, y la “oferta” de mediadores no se puede ajustar en bruto a una demanda legalmente impuesta. La función del mediador mercantil requiere no solo de una formación y un entrenamiento específicos, sino de habilidades y cualidades personales, de un profundo conocimiento del Derecho y del mercado en que se desarrolle, etc. El desarrollo de la mediación, y en

¹⁶ GARCÍA VILLALUENGA, L. y VÁZQUEZ DE CASTRO, E. han cuestionado sin embargo el término «mediación de obligatoriedad mitigada». En primer lugar, porque el hecho de que las partes acudan a una sesión informativa no supone el inicio del proceso de mediación al ser una fase previa. En segundo lugar, porque «si no se obliga a intentar la mediación sino sólo a informarse sobre el proceso parece adecuado afirmar que la mediación continúa siendo voluntaria con el matiz observado.» GARCÍA VILLALUENGA, L. y VÁZQUEZ DE CASTRO, E. «La mediación a debate en Europa: ¿Hacia la voluntariedad mitigada? *Anuario de Mediación y solución de conflictos* (2015), p.34

¹⁷ Según GARCÍA VILLALUENGA, L. y VÁZQUEZ DE CASTRO, E. la obligatoriedad de acudir a una sesión informativa previa no afecta al principio de voluntariedad que rige la mediación, ya que «la verdadera voluntad puede entenderse que se genera desde el conocimiento del objeto (el proceso de mediación), sobre el que pronunciar la aceptación o el rechazo.» GARCÍA VILLALUENGA, L. y VÁZQUEZ DE CASTRO, E. *ob. cit.* p.33

¹⁸ Cfr. FUENTES GÓMEZ, J.C., “Mediación extrajudicial civil, mercantil y familiar: ¿avanzamos hacia el modelo italiano?”, *Modelos de implantación de la mediación*, Ed. Tébar Flores, Madrid (2016), pp. 37 y ss.

particular de la mercantil, sólo puede producirse al paso de la satisfacción de los usuarios y eso requiere un gradual ajuste de oferta y demanda de ese particular servicio. La experiencia española con la conciliación civil, cuya imperatividad se abolió ante la general convicción de su inutilidad, es aleccionadora en este sentido.

4. POSIBLES MEDIDAS PARA PROMOVER LA MEDIACIÓN EN ESPAÑA

Sin embargo, hay medidas e incentivos a la mediación que pueden intentarse –al menos en una primera etapa, y a salvo, desde luego, de que el legislador de la Unión Europea termine imponiendo el modelo italiano– para lograr la superación de las barreras que se oponen a su pleno desarrollo en España. Se trata, en primer lugar, de medidas legislativas y, en segundo lugar, de otras medidas no legislativas, que han sido particularmente eficaces en Estados Unidos.

a. Previsión legal de una facultad del juez de ordenar la mediación intrajudicial en determinados casos

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 previó en su artículo 5.1. la posibilidad de que el órgano jurisdiccional proponga a las partes que asistan a una sesión informativa sobre el uso de la mediación. Siguiendo esa previsión, la Disposición final segunda, apartado 10, del Real Decreto–Ley 5/2012 de 5 de marzo de Mediación en asuntos civiles y mercantiles ya introdujo una reforma en el artículo 414 (y en el 440 para el juicio verbal) de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (recogida después en la D.A. 3.10 de la vigente Ley de Mediación en asuntos civiles y mercantiles) y estableció la obligación del juez de “informar a las partes de la posibilidad de recurrir a una negociación para intentar solucionar el conflicto, incluido el recurso a una mediación, en cuyo caso éstas indicarán en la audiencia su decisión al respecto y las razones de la misma”. Siguiendo también ese modelo, el Código de Procedimiento Civil francés, reformado por la Ordonnance No. 2011–1540 –por la que se traspuso la Directiva¹⁹ – y

¹⁹ EUROPEAN PARLIAMENT, Dirección General de Políticas Internas del Parlamento Europeo, *ob.cit.*, pp. 26 a 31.

más recientemente por el Decreto 2015-282 de 11 de marzo²⁰, obliga al demandante a indicar en la demanda, salvo motivo justificado, las gestiones llevadas a cabo para tratar de conseguir una resolución amigable de la controversia (artículos 56 y 58). El artículo 127 del mismo Código faculta al juez para proponer a las partes acudir a una conciliación o una mediación si considera que esas gestiones no han quedado debidamente justificadas. Esta nueva norma dirige, por tanto, a las partes a agotar antes del litigio vías alternativas como la mediación²¹.

Ahora bien, quizás habría que ir algo más allá y establecer, en lugar de una simple obligación de informar sobre la mediación, una facultad del juez de ordenar una sesión informativa ante un mediador en determinados casos, suspendiendo el procedimiento por un plazo limitado, como establecen algunos ordenamientos extranjeros²², y hacen ya algunos jueces españoles al amparo del texto de los arts. 414 y 415 LEC. A la vista de la naturaleza del caso (¿es una relación de colaboración?, ¿es un contrato a largo plazo?, ¿el conflicto versa sobre la valoración de un daño, un pasivo oculto, de unas participaciones en una sociedad cerrada, de un derecho de propiedad intelectual? ¿las partes tienen un conocimiento específico sobre la economía de la relación que el juez no puede suplir?, etc.) el juez debe poder no solo informar de la posibilidad, sino también ordenar una sesión informativa ante un mediador profesional. Podrían quedar excluidos los asuntos de consumidores y usuarios²³, aunque la reciente sentencia del TJUE de 14 de junio asunto C-75/16 no considera contrario al Derecho de la Unión Europea la mediación obligatoria en materia de consumo²⁴. Tras el inicio de la mediación (sesión informativa) las partes -cualquiera de ellas- podrían excluirla (*opt-out*).

²⁰ Décret n° 2015-282 du 11 mars 2015 relatif à la simplification de la procédure civile à la communication électronique et à la résolution amiable des différends.

²¹ Cfr. GARCÍA VILLALUENGA, L. y VÁZQUEZ DE CASTRO, E. *ob. cit.* p.27.

²² Cfr. UTRERA GUTIÉRREZ, J.L., *Mediación intrajudicial práctica*. Málaga (2016), p. 27 y ss. En Irlanda, la Orden 63A que aprueba el Reglamento de los tribunales superiores (procesos en materia mercantil) de 2004, establece que el juez puede disponer, por propia iniciativa o a instancia de cualquiera de las partes, «el aplazamiento de las actuaciones judiciales por el período de tiempo que considere apropiado, hasta un máximo de 28 días, para que las partes puedan valorar la procedencia de someter la demanda o controversia a un procedimiento de mediación, conciliación o arbitraje.

²³ Cfr. FUENTES GÓMEZ, J.C., “Mediación extrajudicial civil, mercantil y familiar: ¿avanzamos hacia el modelo italiano?”, *ob. cit.*, p. 42.

²⁴ Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Sala Primera, Sentencia de 14 Jun. 2017, C-75/2016.

Una reforma legal para permitir al juez ordenar en la audiencia previa el inicio de una mediación intrajudicial con una sesión informativa ante un mediador profesional sería también el mejor incentivo a las partes para plantearse seriamente la mediación antes de iniciar el pleito; es decir, esa mediación intrajudicial tendría un efecto incentivador de la mediación prejudicial²⁵.

Cabría añadir un elemento del modelo francés, y del alemán, para permitir al juez calibrar las posibilidades de éxito de una mediación y, por tanto, limitar el automatismo de la decisión judicial de ordenar la sesión informativa, además de asegurar esa previa consideración de la posibilidad de la mediación por las partes antes de interponer la demanda: el deber de las partes de indicar, al incoar el procedimiento, si han intentado resolver el asunto extrajudicialmente por medio de la mediación, explicando, en caso de existir, las razones que desaconsejan esa vía²⁶. Y un elemento adaptado del modelo italiano: si la mediación ordenada por el juez fracasa y una parte ha propuesto fehacientemente en la sesión informativa una solución -que deberá constar en acta-, que es rechazada por la otra parte, y esa solución es análoga a la que finalmente establezca la sentencia, la parte que la ha rechazado podrá ser condenada en costas por mala fe o temeridad²⁷. Esto sería coherente con la *ratio* del precepto del art. 395.1 LEC que establece precisamente la condena en costas a quien ha rechazado una mediación y luego se allana en pleito²⁸.

La implantación de la mediación en Estados Unidos se ha beneficiado esencialmente del activismo judicial en aquel país, en un sistema de *common law*²⁹. Sin embargo, para que los jueces puedan imponer y así desarrollar la mediación en un sistema continental como el español parece necesaria una habilitación legal más clara de la que se contiene en los arts.414 y 440 LEC. El litigio y el arbitraje quedarían para los casos en los que verdaderamente la intervención decisoria de un tercero es ineludible,

²⁵ En este sentido se manifiesta el Consejo General del Poder Judicial en la presentación de sus líneas de trabajo en materia de mediación en <http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Temas/Mediacion/>.

²⁶ ZATO ETCHEVERRÍA, M. *Una aproximación al mapa de la mediación en la Unión Europea*. Revista de Mediación vol. 8, nº 1, (2015), p.75.

²⁷ Cfr. FUENTES GÓMEZ, J.C., *ob.cit.*, p. 43.

²⁸ Cfr. UTRERA GUTIÉRREZ, J.L., *ob. cit.*, p. 64.

²⁹ Para los distintos Estados en Estados Unidos puede verse AAVV, *The variegated landscape of Mediation. A comparative study of mediation and practice in Europe and the World*, Schonewille, M. and Schonewille F., Eds., (2014), pp. 701 y ss. También el informe EUROPEAN PARLIAMENT, Dirección General de Políticas Internas, *ob.cit.*, p. 210.

sin malgastar recursos, especialmente los de la Administración de Justicia, que está en España gravemente saturada³⁰.

Sin duda esa reforma legislativa debería ir unida a un decidido refuerzo de medios materiales y personales de los juzgados para ayudar a los jueces a valorar cuándo procede ordenar la mediación intrajudicial. La sesión informativa con un mediador habilitado debe poder realizarse bien en los servicios de mediación del propio juzgado, y en este sentido hay experiencias muy valiosas ya en Cataluña, el País Vasco, y Murcia, bien en los servicios de mediación de los colegios de abogados, las cámaras de comercio, etc., mediante los oportunos acuerdos de colaboración con el Poder Judicial³¹.

b. Otras medidas legislativas y no legislativas de fomento de la mediación mercantil

Otra medida que el legislador español podría adoptar para incentivar la mediación sería la de dotar de fuerza ejecutiva automática al acuerdo suscrito por las partes con la intervención de un mediador perteneciente a una institución de mediación inscrita en el Ministerio de Justicia o con un título específico habilitante³². El artículo 517.2 LEC establece entre los títulos que tienen aparejada la ejecución, junto a la sentencias de condena firme, los laudos o resoluciones arbitrales y los acuerdos de mediación, siem-

³⁰ CABRILLO RODRÍGUEZ, F., PASTOR PRIETO, S., abogan por la adopción de medidas de apoyo a la ADR en España en *ob. cit.*, p. 45 y ss.

³¹ La promoción de la mediación intrajudicial es una pieza clave del Plan de Modernización de la Justicia del Consejo General del Poder Judicial. El CGPJ impulsa la implantación de servicios de mediación en los órganos judiciales, desarrolla una intensa labor de colaboración institucional, promueve la formación de los miembros de la carrera judicial y facilita a los jueces guías y protocolos para desarrollar la mediación en el proceso civil (<http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Temas/Mediacion/Guia-para-la-practica-de-la-Mediacion-Intrajudicial/>). Sin embargo, es evidente que las recomendaciones del CGPJ no son seguidas generalizadamente por los jueces.

³² En Dinamarca el artículo 478.1 párrafo 4 de la Ley de la administración de Justicia establece la ejecutividad de los acuerdos de conciliación extrajudicial en materia de impago de deudas si en ellos se prevé expresamente que llevan aparejada ejecución. (Vid. Portal Europeo de e-Justicia https://e-justice.europa.eu/content_mediation_in_member_states-64-dk-es.do?member=1). En Italia la norma exige para la eficacia como título ejecutivo del acuerdo de mediación, que haya intervenido una institución inscrita en un Registro específico del Ministerio de Justicia italiano previa homologación por parte del Tribunal donde resida la institución a la que se han encomendado la mediación. Vid. ZATO ETCHEVERRÍA, M., *op.cit.*, p.76.

pre que estos últimos hayan sido elevados a escritura pública de acuerdo con la Ley de mediación en asuntos civiles y mercantiles. La doctrina ha criticado el obstáculo que supone en la práctica para la mediación que sea necesaria la concurrencia de ambas partes para elevar a público el acuerdo de mediación y dotar así de ejecutividad al acuerdo³³. Como alternativa a la directa ejecutividad del acuerdo suscrito por las partes con la intermediación de la Institución de Mediación o del mediador con título habilitante, se podría ser establecer la facultad de que cualquiera de las partes pudiera promover la elevación a público del acuerdo de mediación con la intervención del mediador, que es además un testigo, fedatario excepcional que ha intervenido en la concepción del acuerdo, o establecer un procedimiento de homologación judicial del acuerdo, a instancia de cualquiera de las partes, mediante un procedimiento de jurisdicción voluntaria exento de tasas y de menor coste que la escritura pública, para los supuestos en los que las partes hubieran acudido a la mediación sin antes iniciar un procedimiento judicial³⁴.

También caben medidas de índole fiscal para promover la mediación como, por ejemplo, la devolución del importe íntegro de las tasas judiciales en los casos de procedimientos que finalicen con un acuerdo transaccional antes de la celebración del juicio³⁵ o una deducción fiscal en cuota sobre los honorarios pagados al mediador³⁶.

³³ La solución propuesta consiste en que la parte que lo requiera pueda obtener el título ejecutivo notarial asistiendo sólo en compañía del mediador. Cfr. SANTOS VIJANDE, J.M., "Tratamiento procesal de la mediación y eficacia ejecutiva del acuerdo de mediación en la Ley 5/2012", *Revista Internacional de Estudios de Derecho Procesal y Arbitraje*, núm.1, (2013), pp. 15 y ss.

³⁴ En la actualidad la Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles, en su Disposición adicional tercera establece, no obstante, como incentivo una reducción de los aranceles notariales en la elevación a público de los acuerdos de mediación cuando los declara «Documentos sin cuantía» a los efectos de lo dispuesto en el número 1 del anexo I del Real Decreto 1426/1989, de 17 de noviembre, por el que se aprueba el arancel de los notarios."

³⁵ En la actualidad el artículo 8.5 de la Ley 10/2012, de 20 de noviembre, por la que se regulan determinadas tasas en el ámbito de la Administración de Justicia y del Instituto Nacional de Toxicología y Ciencias Forenses, establece una devolución del 60 por ciento del importe de la cuota de la tasa en los casos en que tenga lugar el allanamiento total o se alcance un acuerdo que ponga fin al litigio. Las tasas judiciales se han visto, no obstante, muy reducidas después de la declaración de inconstitucionalidad de la Ley 10/2012 por Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 140/2016, de 21 Julio.

³⁶ Italia ofrece una deducción de impuestos equivalente a los honorarios pagados al mediador hasta un máximo de 500 euros, en caso de haber alcanzado un acuerdo. (vid. ZATO ETCHEVERRÍA, M., *ob.cit*, p.76)

Todas estas medidas, que podrían adoptarse sin necesidad de un mandato europeo, podrían acompañarse de otras no legislativas de promoción de la mediación, que han sido particularmente eficaces en los Estados Unidos, tal como propone el Parlamento Europeo en el informe citado³⁷, entre ellas: la sugerencia por parte de las cortes de arbitraje de la mediación como posibilidad previa al inicio del arbitraje, la enseñanza teórica y práctica de la mediación en los planes de estudio de las facultades de Derecho, la asunción por parte de las empresas y de las asociaciones empresariales de una declaración (no vinculante) a favor de la mediación (*pledge*). Pero la inclusión en los contratos de cláusulas escalonadas (es decir, cláusulas que establece distintos escalones para la resolución de conflicto: negociación, mediación, arbitraje o jurisdicción) es quizás la mejor manera de favorecer privadamente este modo esencialmente privado de resolución de conflictos.

El fomento de la mediación es, sin duda, una tarea colectiva, pues de lo que se trata es, en última instancia, de fomentar la cooperación social. Los jueces, las empresas, los abogados internos, los abogados externos, los colegios profesionales, las cortes de arbitraje, las administraciones tienen —y cumplen ya en gran medida— un papel muy importante en esa tarea. Los resultados no deberían tardar en hacerse visibles.

Artículo recibido el 7 de julio de 2017 y aceptado para su publicación el 30 de octubre de 2017.

³⁷ Anexo 2 del informe citado del Parlamento Europeo.

