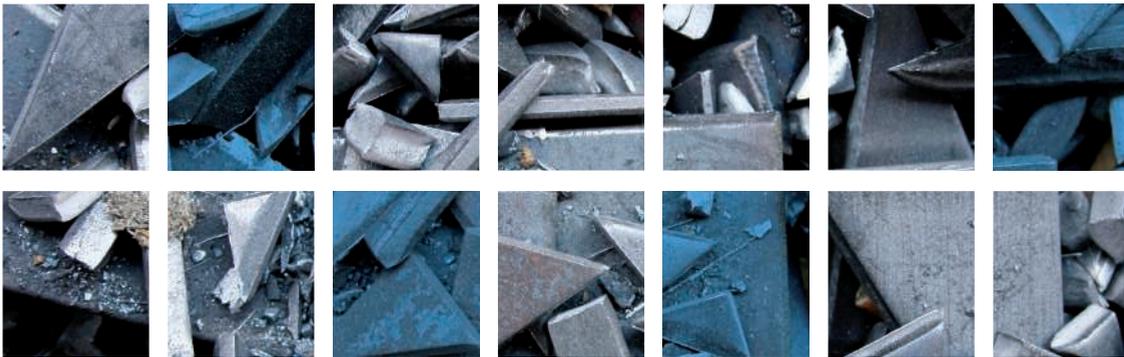


■ BOSCH

La mediación civil, mercantil y concursal

Rafael Cabrera Mercado
Rafael López Fernández



■ BOSCH

La mediación civil, mercantil y concursal

Rafael Cabrera Mercado
Rafael López Fernández

© **Rafael Cabrera Mercado**, 2018
© **Wolters Kluwer España, S.A.**

Wolters Kluwer
C/ Collado Mediano, 9
28231 Las Rozas (Madrid)
Tel: 902 250 500 – Fax: 902 250 502
e-mail: clientes@wolterskluwer.com
http: //www.wolterskluwer.es

Primera edición: mayo 2018

Depósito Legal: M-16395-2018
ISBN versión impresa: 978-84-9090-294-3
ISBN versión electrónica: 978-84-9090-295-0

Diseño, Preimpresión e Impresión: Wolters Kluwer España, S.A.
Printed in Spain

© **Wolters Kluwer España, S.A.** Todos los derechos reservados. A los efectos del art. 32 del Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, por el que se aprueba la Ley de Propiedad Intelectual, Wolters Kluwer España, S.A., se opone expresamente a cualquier utilización del contenido de esta publicación sin su expresa autorización, lo cual incluye especialmente cualquier reproducción, modificación, registro, copia, explotación, distribución, comunicación, transmisión, envío, reutilización, publicación, tratamiento o cualquier otra utilización total o parcial en cualquier modo, medio o formato de esta publicación.

Cualquier forma de reproducción, distribución, comunicación pública o transformación de esta obra solo puede ser realizada con la autorización de sus titulares, salvo excepción prevista por la Ley. Diríjase a **Cedro** (Centro Español de Derechos Reprográficos, www.cedro.org) si necesita fotocopiar o escanear algún fragmento de esta obra.

El editor y los autores no aceptarán responsabilidades por las posibles consecuencias ocasionadas a las personas naturales o jurídicas que actúen o dejen de actuar como resultado de alguna información contenida en esta publicación.

Nota de la Editorial: El texto de las resoluciones judiciales contenido en las publicaciones y productos de **Wolters Kluwer España, S.A.**, es suministrado por el Centro de Documentación Judicial del Consejo General del Poder Judicial (Cendoj), excepto aquellas que puntualmente nos han sido proporcionadas por parte de los gabinetes de comunicación de los órganos judiciales colegiados. El Cendoj es el único organismo legalmente facultado para la recopilación de dichas resoluciones. El tratamiento de los datos de carácter personal contenidos en dichas resoluciones es realizado directamente por el citado organismo, desde julio de 2003, con sus propios criterios en cumplimiento de la normativa vigente sobre el particular, siendo por tanto de su exclusiva responsabilidad cualquier error o incidencia en esta materia.

1.2. Procedimiento de mediación y proceso judicial

Además de lo anterior, la Ley de Mediación ha establecido, especialmente en su Disposición Final Tercera, que modifica diversos y numerosos preceptos de la Ley de Enjuiciamiento Civil, una serie de previsiones que se refieren a la relación entre el procedimiento de mediación y el proceso judicial a los que dedicaremos las siguientes líneas.

En general, podemos afirmar que la mediación incide en la incoación, desarrollo y terminación del proceso (impide su comienzo si existe un pacto de sumisión a mediación, lo suspende si las partes acuerdan acudir a mediación y le pone término si las partes alcanzan un acuerdo que lo priva de objeto). Además, la mediación incide también en el proceso ulterior, si hubo mediación antes (limitando la actividad probatoria –en la testifical y pericial– y suspendiendo o interrumpiendo la prescripción y la caducidad). Por último, la mediación incide en cómo ha de procederse a la ejecución de lo acordado (el acuerdo elevado a escritura pública es un nuevo título ejecutivo asimilado al laudo arbitral con un particular régimen de competencia y oposición a la ejecución).

1.2.1. Suspensión de los plazos de prescripción y caducidad y suspensión del proceso

La primera de estas previsiones está recogida en el artículo 4 LM. Este artículo regula la suspensión de plazos de prescripción y caducidad¹⁶⁰ desde la fecha en que conste la recepción de la solicitud de inicio de la mediación. El legislador se decanta por la suspensión frente a la regla general de la interrupción con el fin de que acudir a un procedimiento de mediación no se convierta en una práctica dilatoria del proceso judicial.¹⁶¹

De acuerdo con esa finalidad, se establecen determinados límites a la suspensión del proceso: la sesión constitutiva debe celebrarse en 15 días naturales desde la recepción de la solicitud de inicio (artículo 4.2 LM) y la duración máxima de la suspensión del proceso para el caso de mediación intrajudicial sería de sesenta días (artículo 19.4 LEC). No obstante lo anterior, el párrafo tercero del artículo 4 LM dice expresamente que la suspensión de los plazos de prescripción y caducidad se prolongará hasta la terminación del procedimiento de mediación, ya sea con acuerdo o sin acuerdo.

Entonces, ¿qué pasa si transcurre el plazo de sesenta días y no se ha terminado el procedimiento de mediación? En principio no hay problema, pues el proceso se reanuda cuando lo solicite alguna de las partes. Si no lo solicitara ninguna de las partes en los cinco días siguientes a la finalización del plazo de suspensión «se archivarán provisio-

160. Este precepto tiene una importancia destacada por cuanto introduce en nuestro ordenamiento jurídico la suspensión de la prescripción y caducidad de las acciones. Hasta la aprobación de la Ley de mediación, se preveía la interrupción del plazo de prescripción de las acciones (artículo 1973 CC). Conviene aclarar que interrupción no equivale a suspensión, pues mientras que la primera implica que el plazo de prescripción comienza a computarse de nuevo desde que se interrumpa el mismo, la suspensión sólo supone la paralización de ese plazo, continuando en su caso el transcurso del mismo desde el momento en que se suspendió.

161. Vid., Apartado III del Preámbulo de la Ley.

nalmente los autos y permanecerán en tal situación mientras no se solicite la continuación o no se produzca la caducidad en la instancia» (artículo 179.2 de la LEC). Debemos señalar, a estos efectos, que la caducidad en la instancia se produce transcurridos dos años en la primera instancia y uno en segunda instancia, sin que se realice actividad procesal alguna (artículo 237 de la LEC).

Por tanto, atendiendo a lo anteriormente expuesto no parece que el plazo de suspensión del proceso cuando se trata de una mediación intrajudicial pueda asociarse a la suspensión de los plazos de prescripción y caducidad, pues a pesar de que finalice dicho plazo —el de suspensión del proceso—, las partes podrán continuar en mediación siempre que no insten la continuación del proceso judicial. En este sentido, la suspensión de los plazos de prescripción y caducidad continuará entre tanto no se finalice el procedimiento de mediación en virtud de lo previsto en el artículo 4 LM.

Además, en los procedimientos de mediación familiar, cuando se esté tramitando un proceso contencioso, el plazo de suspensión se suele prorrogar en la práctica si se solicita por las partes y se aporta prueba de la diligencia en la tramitación de la mediación, siguiendo el Protocolo del Consejo General del Poder Judicial para la implantación de la mediación familiar intrajudicial en los Juzgados y Tribunales que conocen de procesos de familia (2008), que exige asimismo que se acredite la continuación de la mediación mediante certificación del mediador.¹⁶²

1.2.2. Declinatoria y medidas cautelares

Estas dos figuras reguladas en el artículo 10.2 LM guardan una relación directa. Mientras que la primera de ellas impide el conocimiento de los tribunales de las controversias sometidas a mediación, la segunda sirve para evitar la pérdida irreversible de bienes y derechos que pudiera darse a lo largo del procedimiento de mediación.

Sobre la declinatoria ya hemos tenido la ocasión de pronunciarnos *supra*, donde destacábamos la dificultad de equiparar la cláusula de sometimiento a mediación con el convenio arbitral. La declinatoria no es otra cosa que un instrumento procesal para denunciar la falta de jurisdicción o de competencia. Y decíamos que la declinatoria es un instrumento perfectamente válido para denunciar la falta de jurisdicción cuando dicho asunto está o debe someterse a arbitraje en virtud de un convenio arbitral. Y ello es así porque el arbitraje, al tener el laudo efectos de cosa juzgada, excluye la jurisdicción.

No ocurre lo mismo con la mediación.¹⁶³ Cuando no se llegue a un acuerdo en mediación, o incluso si se alcanza, el juez que no pudo conocer del asunto en virtud de un pacto de sometimiento a mediación o de una solicitud conjunta de inicio de la mediación sí será competente para conocer del asunto en cuestión, bien para resolver

162. Vid., SOLETO MUÑOZ, H., «La mediación: método de resolución alternativa de conflictos en el proceso civil español», *Revista Electrónica de Derecho Processual*, Año III, Volumen III, 2009, p. 75.

163. SANTOS VIJANDE critica que el legislador haya asimilado por completo el tratamiento procesal de la mediación al tratamiento procesal del arbitraje, entendiendo que al abstenerse el tribunal de conocer y sobreseer el proceso se está produciendo un «fraude procesal», pues en caso de que no prospere la mediación, todo lo actuado con anterioridad ante el tribunal no tiene validez teniendo que volver a plantear la

sobre el fondo, bien para pronunciarse sobre un eventual incumplimiento del acuerdo alcanzado o bien para la ejecución forzosa del mismo. Por tanto, se está utilizando la declinatoria en este supuesto no para excluir la jurisdicción de los tribunales, sino para, de alguna manera, suspenderla en el tiempo.

En cuanto a las medidas cautelares, es del todo acertada la previsión del artículo 10.2 LM para evitar que se produzca fraude procesal, pudiendo beneficiarse una parte actuando de mala fe en un procedimiento de mediación.

1.2.3. *Invitación del tribunal a las partes para que recurran a mediación*

La Directiva 2008/52/CE, en su Considerando 13, establece que «el Derecho nacional debe dar a los órganos jurisdiccionales la posibilidad de establecer límites temporales al procedimiento de mediación; por otra parte, también deben poder señalar a las partes la posibilidad de la mediación, cuando resulte oportuno». De acuerdo con esto último, la Disposición Final Tercera de la Ley de Mediación modificó los artículos 414.1 y 443.3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, introduciendo la posibilidad de que el tribunal invite a las partes a que intenten un acuerdo a través de un procedimiento de mediación, instándolas a que acudan a una sesión informativa.¹⁶⁴ Como vemos, a tenor de lo dispuesto en la Ley, y conforme al principio de voluntariedad, el juez sólo tiene la facultad de indicarles que existe un procedimiento distinto del proceso judicial que sería más adecuado para la resolución del conflicto en cuestión.¹⁶⁵

GÓMEZ DÍEZ¹⁶⁶ entiende que es más coherente que esa invitación para recurrir a mediación la haga el juez, no al inicio de la audiencia previa, sino en un momento posterior, una vez que hayan quedado fijados los hechos sobre los que existe conformidad y disconformidad, de acuerdo con el artículo 428.2 de la LEC.

demanda. Este autor propone, *de lege ferenda*, que habría sido «más coherente con la voluntariedad de la mediación...entender que la mera presentación de la demanda constituye un acto de desistimiento de la mediación», con las correspondientes repercusiones para la parte que actuara de mala fe. Vid., SANTOS VIJANDE, J.M., «Tratamiento procesal de la mediación y eficacia ejecutiva del acuerdo...», cit., p. 14.

164. Vid., ampliamente CUCARELLA GALIANA, L.A., «La invitación del tribunal a las partes para que recurran a mediación», *Revista General de Derecho Procesal*, Iustel, núm. 28, 2012.

165. Los tribunales han hecho uso de esta facultad y ya existen algunas sentencias en las que se hace alusión a esa invitación a acudir a un procedimiento de mediación. Así, por ejemplo, la Sentencia 413/2012 de la Audiencia Provincial de Tarragona declara lo siguiente: «Es cierto que las tensiones derivadas del presente litigio pueden haber deteriorado el sistema de comunicación que, basado en el respeto y la colaboración, estuvo presente en los años de convivencia, por lo que se ha de requerir a ambos progenitores para que, en caso de que tengan dificultades en alcanzar los acuerdos necesarios, se sometan a un proceso de mediación con el objeto de que el ejercicio de las responsabilidades parentales responda a las necesidades actuales de los hijos.

El carácter voluntario de la mediación determina que la obligación de seguir un proceso de tal naturaleza no puede ser impuesto por el tribunal, por lo que el alcance de lo acordado al respecto se sitúa en el nivel de recomendación que ha señalado la doctrina (SAP Barcelona de 21 de febrero de 2008, Sección 18ª), sin perjuicio de que la actitud de colaboración en beneficio de los menores que ello implica, o la posición contumaz a participar en tal proceso de forma injustificada, pueda ser tenida en consideración tal como establece el artículo 233-11.c) del CC de Catalunya para, en un ulterior proceso de modificación de medidas, asignar la custodia individual a uno solo de los progenitores».

166. SERRANO GÓMEZ, E., GÓMEZ DÍEZ, J. y DÍAZ-BASTIEN, E., «Disposición Final Tercera. Modificación de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil», *Mediación en asuntos civiles y mercantiles. Comentarios...*, cit., p. 474.

1.2.4. Intervención de peritos en la mediación

Con la Disposición Final Tercera de la Ley de Mediación se modifican asimismo los artículos 335 y 347 de la LEC, regulando disposiciones sobre la posibilidad de que peritos que han intervenido en el procedimiento de mediación actúen después en el proceso judicial.

El artículo 335 de la LEC prevé que no se podrá solicitar dictamen de perito que haya intervenido en la mediación, salvo pacto en contrario de las partes. Por tanto, siguiendo la tendencia dispositiva de la Ley de Mediación, se otorga a las partes la facultad de decidir conjuntamente si aquel perito puede intervenir también en un eventual proceso judicial posterior.

El segundo precepto, el artículo 347 de la LEC, se refiere al deber del juez de denegar la intervención de peritos cuando existiera un deber de confidencialidad por haber intervenido en un procedimiento de mediación. Sobre esto, ya nos surgió en el capítulo anterior¹⁶⁷ la duda de si este precepto se aplicaba también al mediador. Dijimos que, en principio, a pesar de la correspondiente responsabilidad en la que pudiera incurrir, el mediador podría declarar en el proceso si el juez no se lo impide y que esa prueba no es ilícita, sino que sería una prueba irregular por contravenir una norma procesal, pudiendo por tanto ser impugnada por las partes. Pero, en cualquier caso, también puede suceder que las partes le dispensen de la obligación de confidencialidad, en cuyo caso no sólo podría declarar válidamente en el proceso posterior sino que no incurriría en responsabilidad alguna.

1.2.5. Imposición de costas en caso de allanamiento

El artículo 395 de la LEC regula esta cuestión. La novedad es que en caso de que el demandado que se allane antes de la contestación a la demanda, y después de haberse intentado una mediación, se presume que ha actuado de mala fe y por tanto se le van a imponer las costas.

El fundamento del artículo 395 es que las costas se impongan al demandado que se allana si se le dio oportunidad antes de evitar el proceso; es decir, que habiendo tenido ocasión de satisfacer antes del proceso el derecho del ahora demandante, ha forzado a este a acudir a los tribunales.

El dato fundamental es, por tanto, que el demandado haya conocido extrajudicialmente la reclamación que se le dirige y haya dejado de atenderla. El reverso de esta situación es que si no se ha efectuado una reclamación previa, al demandado que se allana no se le impondrán las costas porque no cabe inferir de su conducta la resistencia a atender lo que el acreedor le pide. Dicha mala fe existirá si se demuestra en la demanda que el demandado conocía la existencia de la reclamación y obligó al actor a acudir a los tribunales y por ello a realizar determinados gastos.

167. Vid., Epígrafe «4.4. Confidencialidad».



La obra aporta un análisis práctico, crítico y riguroso sobre la mediación civil y mercantil por una parte y la mediación concursal por otra. Se examinan los fundamentos teóricos de este método de resolución de conflictos previo al ámbito jurisdiccional, así como su aplicación práctica.

La mediación es, en efecto, un método o mecanismo de resolución de conflictos todavía novedoso en nuestro ordenamiento jurídico y que con su implantación generalizada ha dado lugar a la irrupción de una nueva profesión, la de mediador. En este contexto, resulta todavía más novedosa la mediación concursal y los mecanismos de segunda oportunidad en el concurso de acreedores. Quizás sean necesarias varias décadas para que la mediación cale en nuestra cultura jurídica tal y como sucede en los países anglosajones. Es por ello que la obra incorpora numerosas referencias a la práctica de la mediación civil, mercantil y concursal en el contexto anglosajón.

