

El controvertido tratamiento de las costas procesales en el Proyecto de Ley de medidas de eficiencia procesal del servicio público de justicia

Emiliano Carretero Morales

Profesor de Derecho Procesal y Resolución Alternativa de Conflictos
Universidad Carlos III de Madrid

Diario LA LEY, Nº 10274, Sección Doctrina, 25 de Abril de 2023, LA LEY

ÍNDICE

[El controvertido tratamiento de las costas procesales en el Proyecto de Ley de medidas de eficiencia procesal del servicio público de justicia](#)

[I. Introducción](#)

[II. La reforma de las costas procesales en el Proyecto de Ley de medidas de eficiencia procesal del servicio público de Justicia](#)

[1. La actitud de las partes en la utilización de los MASC y la nueva noción de «abuso del servicio público de Justicia»](#)

[2. El cambio de criterio en la imposición de las costas: del principio del vencimiento objetivo al eventual abuso del servicio público de Justicia](#)

[3. La solicitud de exoneración o moderación de las costas](#)

[III. El nuevo sistema de costas procesales: ¿incentivo o castigo?](#)

[IV. Conclusiones](#)

[V. Bibliografía](#)

Normativa comentada

Directiva 2008/52 CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 21 May. (sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles)

L 5/2012 de 6 Jul. (mediación en asuntos civiles y mercantiles)

L 1/2000 de 7 Ene. (Enjuiciamiento Civil)

LIBRO I. De las disposiciones generales relativas a los juicios civiles

TÍTULO VII. De la tasación de costas

Artículo 241. *Pago de las costas y gastos del proceso.*

Artículo 245. *Impugnación de la tasación de costas.*

TÍTULO VIII. De la buena fe procesal

Artículo 247. *Respeto a las reglas de la buena fe procesal.*

Multas por su incumplimiento.

LIBRO II. De los procesos declarativos

TÍTULO I. De las disposiciones comunes a los procesos declarativos

CAPÍTULO VIII. De la condena en costas

Artículo 394. *Condena en las costas de la primera instancia.*

Artículo 395. *Condena en costas en caso de allanamiento.*

Proyecto de Ley de medidas de eficiencia procesal del servicio público de Justicia

Comentarios

Resumen

El Proyecto de Ley de Medidas de Eficiencia Procesal contempla una modificación sustancial en el tratamiento de las costas procesales y en los criterios que han de dar lugar a su imposición, fundamentalmente por lo que respecta a su relación con los llamados «medios adecuados de solución de controversias», lo que, sin duda, supone un importante cambio de paradigma que precisa ser analizado con mayor detenimiento. En el presente trabajo vamos a intentar profundizar en estas cuestiones, a fin de determinar si dichas reformas son adecuadas o no y los posibles inconvenientes que,

eventualmente, pueda plantear su implementación

Uno de los ejes principales del PLMEP gira en torno a la necesidad coyuntural de introducir mecanismos adecuados de solución de controversias que vengán a mejorar la eficiencia de nuestro denostado sistema de Administración de Justicia y a complementar la vía jurisdiccional clásica. Y es que es una realidad innegable que la Administración de Justicia no funciona bien o, por lo menos, todo lo bien que debería.

Se hace precisa, pues, en la línea marcada por el PLMEP, la implementación de nuevos mecanismos adecuados de gestión y resolución de conflictos que vengán a complementar a los ya conocidos

y que garanticen a los ciudadanos un mejor acceso a la Justicia y al Derecho que demanda la nueva sociedad.

El PLMEP incorpora un nuevo modelo de «obligatoriedad mitigada» de los MASC, configurándolos como requisito de procedibilidad y además incorpora también otra serie de «incentivos» con el objetivo de fomentar igualmente la utilización de estos MASC, entre los que se encuentra la modificación del tratamiento de las costas procesales, previéndose, a tal fin, la correspondiente reforma de los oportunos artículos de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Entre las medidas más significativas se podría señalar la posibilidad de que los tribunales puedan tener en consideración la colaboración de las partes en la utilización de los medios adecuados de solución de controversias a fin de determinar un posible abuso del servicio público de Justicia por parte de alguna de ellas y, en consecuencia, la incidencia de dicha conducta en la condena de las costas del proceso, vinculando la misma también a la posible solicitud de exoneración o moderación de las mismas, tras su imposición, si se puede acreditar la formulación de una propuesta de alguna de las partes a la contraria, en cualquiera de los medios adecuados de solución de conflictos contemplados en la norma, y dicha propuesta no fue atendida o aceptada, coincidiendo posteriormente de forma sustancial con la misma la resolución judicial que haya puesto fin al proceso.



I. Introducción

El día 22 de abril de 2022 fue publicado en el Boletín Oficial de las Cortes Generales el *Proyecto de Ley de medidas de eficiencia procesal del servicio público de Justicia (LA LEY 8039/2022)* (en adelante el PLMEP), que fue remitido por el Consejo de Ministros, tras su pertinente aprobación, al Congreso de los Diputados para su tramitación parlamentaria (1).

Uno de los ejes principales del PLMEP gira en torno a la necesidad coyuntural de introducir mecanismos adecuados de solución de controversias que vengán a mejorar la eficiencia de nuestro denostado sistema de Administración de Justicia y a complementar la vía jurisdiccional clásica. Tal y como se señala en la propia Exposición de Motivos, «el servicio público de Justicia debe ser capaz de ofrecer a la ciudadanía la vía más adecuada para gestionar sus problemas. En unos casos será la vía exclusivamente judicial, pero en muchos otros será la vía consensual la que ofrezca la mejor opción. La elección del método más adecuado de solución de controversias aporta calidad a la Justicia y reporta satisfacción a los ciudadanos y ciudadanas» (2).

Es una realidad innegable que la Administración de Justicia no funciona bien o, por lo menos, todo lo bien que debería

Y es que es una realidad innegable que la Administración de Justicia no funciona bien o, por lo menos, todo lo bien que debería. Ello es debido a múltiples factores, como la incapacidad de los tribunales de soportar y gestionar adecuadamente la ingente carga de trabajo que sufren, el exceso de judicialización de los conflictos o los deficientes y, en muchas ocasiones, obsoletos medios y recursos al servicio de la Administración de Justicia,

además de la propia animadversión a los cambios que, con carácter general y a diferencia de otros sectores de la sociedad, existe entre los operadores jurídicos.

El tiempo en que vivimos se caracteriza, entre otras cosas, por la complejidad técnica que están alcanzando ciertos ámbitos. Se plantean nuevos tipos de conflictos para los que los sistemas de resolución clásicos se han mostrado claramente obsoletos, lo que hace cada vez más frecuente acudir a sujetos especializados en estos ámbitos para ayudarnos a entender y gestionar de la forma más adecuada aquello que es objeto de nuestro interés.

Intentar simplificar la resolución de conflictos, limitándola a la vía judicial clásica, implica negar la existencia de otros mecanismos o sistemas perfectamente válidos para tal cometido. Se hace precisa, pues, en la línea marcada por el PLMEP, la implementación de nuevos mecanismos adecuados de gestión y resolución de conflictos que vengan a complementar a los ya conocidos y que garanticen a los ciudadanos un mejor acceso a la Justicia y al Derecho que demanda la nueva sociedad.

En nuestro país ya se vienen utilizando desde hace años distintos mecanismos de gestión y resolución de conflictos alternativos a la vía jurisdiccional, como el arbitraje, la negociación, la conciliación o la mediación, esta última quizás la más desarrollada y estudiada en los últimos tiempos.

Con la aprobación de la *Ley 5/2012 de mediación en asuntos civiles y mercantiles (LA LEY 12142/2012)*, —que vino a incorporar a nuestro ordenamiento jurídico la *Directiva 2008/52/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de mayo de 2008 (LA LEY 6958/2008), sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles*—, y del *Real Decreto por el que se desarrollan determinados aspectos de la Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles (LA LEY 12142/2012), de 13 de diciembre de 2013*, se pretendía refrendar y consolidar definitivamente la figura de la mediación civil y mercantil en el ordenamiento jurídico español, conformando un régimen general aplicable a toda mediación que tuviese lugar en España y pretendiese tener un efecto jurídico vinculante.

Dichas normas nacieron con la finalidad de asentar la mediación como un mecanismo adecuado y eficaz de gestión de conflictos en el ámbito de los derechos privados de carácter dispositivo de los ciudadanos. Se apostaba por incorporar una vía complementaria al proceso judicial, caracterizada por la flexibilidad de sus trámites y un menor coste temporal, económico y emocional, que permitiera a los ciudadanos obtener soluciones más adecuadas a sus verdaderas necesidades, contribuyendo además a descongestionar, en la medida de lo posible, la situación de los tribunales al evitar que un buen número de controversias acabaran finalmente llegando a los mismos.

Han pasado ya más de diez años desde la entrada en vigor de la Ley 5/2012 (LA LEY 12142/2012) y en España, al igual que ha sucedido en otros países de la Unión Europea, la mediación no ha sido capaz de calar ni en la sociedad, ni entre los operadores jurídicos con carácter general. A fin de intentar paliar este escaso impacto, tanto desde la Unión Europea, como por parte del legislador español se han promovido en los últimos años diversos textos e iniciativas que pretenden impulsar la utilización de la mediación y de otros mecanismos adecuados de solución de controversias (en adelante, MASC), cuyo último y máximo exponente es el citado PLMEP que, como elemento fundamental, incorpora un nuevo modelo de «obligatoriedad mitigada» de los MASC, configurándolos como requisito de procedibilidad, por lo que será necesario acreditar haber intentado previamente a la interposición de la demanda cualquier tipo de actividad negociadora, tipificada en esta u otras leyes, estableciéndose en la propia norma un catálogo de métodos «adecuados» de solución de controversias entre los que se encuentra la mediación.

Además de este nuevo modelo de obligatoriedad mitigada, el PLMEP incorpora también otra serie de «incentivos» con el objetivo de fomentar igualmente la utilización de los MASC. Entre estos «incentivos» se encuentra la modificación del tratamiento de las costas procesales, previéndose, a tal fin, la correspondiente reforma de los oportunos artículos de la Ley de Enjuiciamiento Civil (LA LEY 58/2000).

Entre las medidas más significativas, tal y como se destaca en la Exposición de Motivos del PLMEP, se podría señalar la inclusión en la tasación de costas de la intervención de profesionales de los que se haya valido el consumidor o usuario, aun cuando su intervención no resulte preceptiva, o la posibilidad de que los tribunales puedan tener en consideración la colaboración de las partes en la utilización de los medios adecuados de solución de controversias a fin de determinar un posible abuso del servicio público de Justicia por parte de alguna de ellas y, en consecuencia, la incidencia de dicha conducta en la condena de las costas del proceso, vinculando la misma también a la posible

solicitud de exoneración o moderación de las mismas, tras su imposición, si se puede acreditar la formulación de una propuesta de alguna de las partes a la contraria, en cualquiera de los medios adecuados de solución de conflictos contemplados en la norma, y dicha propuesta no fue atendida o aceptada, coincidiendo posteriormente de forma sustancial con la misma la resolución judicial que haya puesto fin al proceso.

Surge la nueva noción de «abuso del servicio público de Justicia» que se erige como excepción al principio clásico del vencimiento objetivo que venía rigiendo, con carácter general, en nuestro ordenamiento jurídico en materia de imposición de costas. Dicho concepto deberá ser tenido en cuenta a la hora de sancionar a aquellas partes que hubieran rehusado injustificadamente acudir a un medio adecuado de solución de controversias cuando este fuera preceptivo. Se pretende, de esta forma, sancionar la utilización «irresponsable» del derecho de acceso a los tribunales cuando las partes pudiesen haber resuelto su conflicto a través de cualquier mecanismo distinto a la vía jurisdiccional y, sin embargo, no lo intentaron, acudiendo directamente a dicha vía.

Esta modificación sustancial en el tratamiento de las costas procesales y en los criterios que han de dar lugar a su imposición, fundamentalmente por lo que respecta a su relación con los medios adecuados de solución de controversias, sin duda, supone un importante cambio de paradigma que precisa ser analizado con mayor detenimiento. En el presente trabajo vamos a intentar profundizar en estas cuestiones, a fin de determinar si dichas reformas son adecuadas o no y los posibles inconvenientes que, eventualmente, pueda plantear su implementación.

II. La reforma de las costas procesales en el Proyecto de Ley de medidas de eficiencia procesal del servicio público de Justicia

Como se ha comentado, uno de los puntos fuertes de las reformas a introducir por el PLMEP, por lo que respecta a los Medios Adecuados de Solución de Controversias, es su régimen de «obligatoriedad mitigada» y su consideración de presupuesto procesal como requisito de procedibilidad con carácter general, salvo en determinados supuestos precisados en la propia norma. De ser así, obviamente, los costes derivados de la utilización de cualquiera de estos MASC, cuando su uso tenga carácter preceptivo, deberían haber sido incluidos como costas procesales y contemplados en el apartado primero del art. 241 LEC (LA LEY 58/2000), sin embargo tal modificación no se contempla en el texto del PLMEP, lo que supone la primera cuestión ciertamente cuestionable de la citada norma en cuanto a la estrecha relación de los MASC con las costas procesales.

A fin de materializar las reformas apuntadas previamente, en cuanto al tratamiento de las costas procesales y los criterios que han de determinar su imposición, en el propio PLMEP se establecen determinadas normas al respecto y se prevé la modificación de diversos preceptos de la Ley de Enjuiciamiento Civil (LA LEY 58/2000) (en adelante, LEC) que vamos a pasar a analizar.

1. La actitud de las partes en la utilización de los MASC y la nueva noción de «abuso del servicio público de Justicia»

Es evidente que, a la vista de la reforma proyectada, la actitud que hayan mostrado y muestren las partes litigantes con respecto a los MASC, tanto con carácter previo a la interposición de la demanda, como una vez iniciado el proceso cuando sean derivadas por el tribunal, va a resultar determinante en orden a la imposición de las costas y, en ocasiones, incluso respecto a su moderación o exoneración una vez las mismas ya han sido impuestas. Por tanto, desaparece ya la causalidad como característica principal de la definición de las costas procesales, toda vez que puede darse la circunstancia de que se pueda producir una imposición «anticipada» de las mismas, por ejemplo, cuando uno de los litigantes injustificadamente decide no acudir a ningún MASC con carácter previo a la interposición de la demanda o una vez producida la derivación judicial.

En el art. 6.3 del PLMEP se dispone que: «*Si se iniciara un proceso judicial con el mismo objeto que el de la previa actividad negociadora intentada sin acuerdo, los tribunales deberán tener en consideración la colaboración de las partes respecto a la solución amistosa y el eventual abuso del servicio público de Justicia al pronunciarse sobre las costas o en su tasación, y asimismo para la imposición de multas o sanciones previstas, todo ello en los términos establecidos en la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (LA LEY 58/2000)*».

Esta primera prescripción ya supone una evidente declaración de intenciones de lo que posteriormente está por venir, ya que se insta u obliga a los tribunales a que tengan en consideración la actitud que las partes hayan tenido, con carácter previo a la interposición de la demanda, durante la utilización de algunos de los MASC contemplados en la propia norma como criterio determinante de la imposición de las costas del ulterior proceso judicial.

Durante todo el PLMEP se incide en la necesidad de recuperar la capacidad negociadora de las partes con la introducción de mecanismos que rompan la dinámica de la confrontación y la actitud de colaboración o no que las partes pongan de manifiesto durante su participación en cualquiera de los intentos de solucionar de forma consensuada la controversia a través de un MASC, con carácter previo a acudir a la vía judicial o bien cuando hayan sido derivados por el tribunal, va a resultar un criterio determinante para que el órgano judicial pueda decidir imponer las costas a alguno de los litigantes, en ocasiones, incluso aun habiéndole dado la razón en la sentencia.

En el citado artículo 6.3 se introduce la nueva noción de «abuso del servicio público de Justicia», si bien no se especifica en el mismo, ni en ningún otro precepto del PLMEP, qué ha de entenderse como tal. Según se señala en la Exposición de Motivos, el «abuso del servicio público de Justicia» implica una actitud de todo punto incompatible con la sostenibilidad de dicho servicio y se erige como excepción al principio general del vencimiento objetivo como criterio determinante de la imposición de costas al sancionar expresamente a aquellas partes que, injustificadamente, hubieran rehusado acudir a un MASC cuando este fuera preceptivo. Igualmente, se vincula dicho concepto a la conculcación de las reglas de la buena fe procesal para la imposición motivada de las sanciones previstas en la LEC (LA LEY 58/2000).

Al ser un concepto jurídico indeterminado, habrá de ser la jurisprudencia la que irá definiendo los contornos del «abuso del servicio público de Justicia»

Al ser un concepto jurídico indeterminado, habrá de ser la jurisprudencia la que irá definiendo los contornos del «abuso del servicio público de Justicia», con el evidente riesgo que ello conlleva, dada la disparidad de criterios que pueden presentar los distintos órganos jurisdiccionales, y la subsiguiente inseguridad jurídica que se puede generar, al menos durante unos años y hasta que consiga consolidar determinada doctrina jurisprudencial al respecto.

Se indica también en la Exposición de Motivos que, si bien el «abuso del servicio público de Justicia» puede presentar similitudes con otros conceptos concomitantes, como la temeridad o la mala fe, que ya existían como criterios a tener en cuenta para la posible imposición de las costas del proceso, este nuevo concepto va más allá y no los sustituye, sino que los complementa, ofreciendo una dimensión de la Justicia como servicio público al exigir una valoración por parte de los tribunales de la conducta de las partes, previa al procedimiento, tendente a la consecución de una solución negociada para evitar el pleito. La verdad es que no se entiende muy bien, tal y como se ha configurado en el texto, la diferencia que pueda existir entre el nuevo concepto de «abuso del servicio público de Justicia» y los ya existentes de «temeridad» y «mala fe», pues básicamente vienen a significar lo mismo.

Se intenta ejemplificar la noción de «abuso del servicio público de Justicia» con el caso de los litigios de cláusulas abusivas que ya han sido resueltos en vía judicial con carácter firme. Se entiende que en estos casos existiría dicho «abuso del servicio público de Justicia» cuando se recurre a la jurisdicción de forma injustificada, haciéndose una utilización irresponsable del derecho fundamental de acceso a los tribunales, ya que habría sido factible y evidente una resolución consensuada de la controversia al existir identidad en el supuesto de hecho y en el fundamento jurídico. Otro ejemplo al que se hace alusión es el caso en el que las pretensiones ejercitadas ante el tribunal carezcan notoriamente de toda justificación impactando en la sostenibilidad del sistema, del cual se quiere hacer partícipe a la ciudadanía.

La pregunta que deberíamos hacernos es si estos ejemplos, a los que alude el PLMEP, no tenían ya cabida en los conceptos de «temeridad» o «mala fe» ya existentes, precisamente, como criterios a tener en cuenta por los tribunales para la imposición de las costas, y si era necesario crear una nueva acepción para definir esas conductas. Desde mi punto de vista, la respuesta es que es evidente que no, por lo que habrá que esperar que, efectivamente, sea la jurisprudencia de nuestros tribunales la que dote de contenido a este concepto jurídico absolutamente indeterminado (3) .

Además de criterio para la imposición de las costas del proceso, el «abuso del servicio público de Justicia» también permitirá la imposición de una sanción, equiparándose a la conculcación de las reglas de la buena fe procesal, que puede ir de los 180 a los 6.000 euros, sin que en ningún caso la misma pueda superar la tercera parte de la cuantía del litigio, modificándose en tal sentido el art. 247 LEC (LA LEY 58/2000). Para determinar la cuantía de la sanción el tribunal deberá tener en consideración las circunstancias del hecho de que se trate, los perjuicios que se hayan

ocasionado al procedimiento, a la otra parte o a la Administración de Justicia, así como la capacidad económica del infractor y la reiteración en su conducta. Esta sanción, además, es compatible con la condena en costas que se le haya podido imponer en virtud de la apreciación del «abuso del servicio público de Justicia» en el proceso, ya que la misma tiene carácter de corrección disciplinaria y naturaleza jurisdiccional, mientras que la condena en costas tiene como finalidad el resarcimiento de los gastos ocasionados a la parte que se ha visto abocada a intervenir en el procedimiento por la actuación maliciosa o temeraria de la parte contraria.

2. El cambio de criterio en la imposición de las costas: del principio del vencimiento objetivo al eventual abuso del servicio público de Justicia

Los principios generales en los que se asienta, hasta el momento, nuestro sistema general de imposición de costas son dos, el principio del vencimiento objetivo y el principio de compensación, ambos están íntimamente relacionados y se encuentran contemplados en el art. 394 LEC. (LA LEY 58/2000)

En virtud del principio del vencimiento objetivo se pretende que las costas del proceso sean abonadas por el responsable de los gastos que ha ocasionado la tramitación del proceso judicial y que ha visto rechazadas todas sus pretensiones en el mismo, ya sea la parte actora o la parte demandada, ya que, de otra forma, se produciría un indebido perjuicio patrimonial a la parte que se ha visto abocada a tener que recurrir al órgano judicial para hacer valer la defensa de sus derechos e intereses. Cuando el tribunal no da la razón íntegramente a ninguna de las partes, es decir cuando se produce una estimación parcial de la demanda, lo normal es que no se impongan las costas a ninguna de ellas, habiendo de correr las mismas con las causadas a su instancia y las comunes que se hayan podido devengar serán afrontadas a partes iguales, tal y como se dispone el art. 394.2 LEC. (LA LEY 58/2000)

Por su parte, en virtud del principio de compensación lo que se busca, precisamente, es resarcir a la parte que se haya visto beneficiada por la condena en costas de todos los gastos que haya tenido que soportar a consecuencia de la incoación del proceso judicial en el que se ha visto inmersa. Así, en el caso de la parte actora, si ve reconocido íntegramente su derecho en la resolución judicial que ponga fin al proceso judicial, la tramitación del mismo no le habrá supuesto perjuicio patrimonial alguno ya que los gastos ocasionados a consecuencia de este le tendrán que ser reembolsados por la parte demandada que no quiso cumplir voluntariamente con su obligación o negó injustificadamente la pretensión del actor. Y, a su vez, la parte demandada, si se ha visto beneficiada por la condena en costas impuesta a la parte demandante, verá, igualmente, como todos los gastos que haya tenido que afrontar le serán reintegrados totalmente al haberse negado el derecho ejercitado contra la misma, ya que, en caso contrario, se le ocasionaría un perjuicio injustamente.

Se establece un límite al reintegro de las costas, así estas no podrán superar la tercera parte de la cuantía del proceso y cuando esta sea inestimable se valorará en 18.000 euros a fin de determinar las mismas, salvo que, en virtud de la complejidad del asunto enjuiciado, el tribunal pueda determinar un cosa distinta.

Se introducen en el art. 394 LEC (LA LEY 58/2000) dos posibles excepciones a esta regla general del vencimiento. La primera es que se considere que no es procedente la condena en costas a ninguna de las partes cuando el caso presente serias dudas de hecho o de derecho, teniendo en este caso el tribunal que razonarlo debidamente, apoyándose en la jurisprudencia recaída en casos similares. La razón última de esta excepción es considerar que el litigio se presentaba como inevitable, es decir, que la incoación del proceso no es responsabilidad exclusiva de ninguna de las partes, ya que las dudas objetivas, de hecho o de derecho, que presentaba el asunto hacían imprescindible la intervención del tribunal a fin de manifestarse al respecto. Y la segunda excepción está relacionada tanto con el principio del vencimiento, como con el principio de compensación, ya que implica que el tribunal podrá imponer las costas del proceso a aquella parte que haya litigado con temeridad, a pesar de que no procediese la imposición de las costas en virtud de la aplicación estricta del criterio del vencimiento, por ejemplo cuando se produce una estimación parcial de la demanda. La «temeridad», al igual que el «abuso del servicio público de Justicia», es un concepto jurídico indeterminado y queda a la interpretación que del mismo hagan los tribunales que habrán de valorar la actitud de las partes a fin de determinar si la conducta maliciosa de alguna de ellas produjo un perjuicio a la otra que ha de ser susceptible de reparación o de compensación, conducta que se produciría, por ejemplo, cuando alguna de ellas falte manifiestamente a la verdad durante la tramitación del procedimiento, cuando este se hubiera podido evitar o cuando las partes, siendo conscientes de la no prosperabilidad de sus pretensiones, se obcequen en hacerlas valer en el proceso. En este caso, además, no operará el límite del tercio de la cuantía del proceso, comentado anteriormente, tal y como se dispone en el art. 394.3 LEC (LA LEY 58/2000), actuando en este

caso la temeridad, no ya como criterio para la imposición de las costas, sino como agravante de las mismas. Lógicamente, la temeridad, en caso de ser apreciada por el tribunal, tendrá que ser debidamente razonada y justificada por este en su resolución para evitar cualquier tipo de arbitrariedad por parte del mismo.

Ahora, el PLMEP añade un tercer párrafo al apartado primero del art. 394 LEC (LA LEY 58/2000), así, además de tenerse en consideración el criterio del vencimiento y la excepción del carácter dudoso, fáctica o jurídicamente, del asunto planteado ante el tribunal, a fin de determinar la posible imposición en costas, se dispone que: *«No obstante, cuando la participación en un medio de solución de conflictos sea legalmente preceptiva, o se hubiere acordado, previa conformidad de las partes, por el juez, la jueza o el tribunal o el letrado o letrada de la Administración de Justicia durante el curso del proceso, no habrá pronunciamiento en costas a favor de aquella parte que hubiere rehusado expresamente o por actos concluyentes, y sin justa causa, participar en un medio adecuado de solución de controversias al que hubiese sido efectivamente convocado»*. Esta modificación implica un sustancial cambio de paradigma en cuanto a los criterios a tener en consideración para la imposición de las costas del proceso, toda vez que pasa a tener carácter prioritario o preferente el hecho de que una parte haya rehusado a participar en un MASC, cuando dicha participación fuese legalmente preceptiva o se hubiere acordado en el curso del proceso, como factor determinante para la imposición de las costas, con independencia de quién obtuvo la razón en el mismo o de si existían dudas de hecho o de derecho en el asunto a resolver.

Es evidente la trascendencia que el prelegislador atribuye a la actitud que las partes muestren con respecto a los MASC, configurándola como elemento determinante y prevalente en la imposición de las costas

Es evidente la trascendencia que el prelegislador atribuye a la actitud que las partes muestren con respecto a los MASC, configurándola como elemento determinante y prevalente en la imposición de las costas. Hasta ahora, el criterio principal era el del vencimiento objetivo, sin importar si las partes habían intentado o no un acuerdo consensuado con carácter previo a la interposición de la demanda o, incluso, durante la tramitación del proceso, salvo que el juez considerase que podía haber existido temeridad en la conducta procesal de alguna de las mismas.

Pese a que no se especifica, parece obvio que la primera de las previsiones contenidas en la norma, —que las costas sean impuestas a la parte que no participó en un MASC, cuando su utilización tuviese carácter preceptivo con carácter previo a la interposición de la demanda—, se refiere exclusivamente a la figura del demandado, toda vez que, como se ha comentado, la acreditación de haber intentado un acuerdo consensuado extrajudicialmente se configura como requisito de procedibilidad, es decir, como requisito de admisión a trámite de la demanda y, por tanto, es obligatorio para la parte que pretenda interponer una reclamación judicial, salvo las excepciones previstas en la propia ley. En este supuesto sólo cabría contemplar que las costas no sean impuestas a la parte actora, a pesar de haber visto íntegramente desestimadas sus pretensiones en el proceso, cuando la parte demandada, pese a haber sido requerida, no acudió al MASC al que fue convocada, no pudiendo obtener, en consecuencia, pronunciamiento en costas a su favor. Se pretende primar a la parte que, efectivamente, intentó evitar el inicio del proceso judicial, mediante la búsqueda de un acuerdo negociado a través de un MASC, y «castigar» a aquella, que de forma injustificada, rehusó dicha vía, en definitiva de lo que trata el prelegislador es de impulsar a toda costa, —valga la ironía—, la utilización de los MASC para evitar la procesalización de la disputa.

Cuando las partes no hayan acudido al MASC, no ya con carácter previo a la interposición de la demanda, sino una vez iniciado el proceso, y bien sea por derivación del juez-jueza o letrado-letrada de la Administración de Justicia, lo comentado en el párrafo anterior podría valer tanto para la parte actora como para la parte demandada. Es decir, en este caso, podría suceder que, también, la parte actora, que habiendo sido derivada por el tribunal, por ejemplo, a mediación, decida no acudir sin alegar causa alguna y continuar con la vía procesal, si luego obtiene una sentencia íntegramente estimatoria de sus pretensiones podría encontrarse con que la misma no contiene pronunciamiento en costas a su favor por no haber seguido las indicaciones del tribunal en orden a intentar conseguir una solución negociada a través del MASC al que fue convocada.

Se podría considerar que, en cierta medida, tal previsión podría contravenir el derecho a la tutela judicial efectiva, penalizando a la parte que haya decidido no optar por la utilización de los MASC, pero tal afirmación habría de ser descartada, toda vez que esta cuestión ya es un debate prácticamente superado, doctrinal y jurisprudencialmente. El modelo de «obligatoriedad mitigada» de los MASC contemplado en el PLMEP es perfectamente acorde con el derecho

a la tutela judicial efectiva y no obstaculiza la consecución del mismo, sino que puede llegar a complementarlo en cierta medida (4) .

Este nuevo párrafo del art. 394.1 parece dejar cierto margen de interpretación a los jueces al respecto de cuándo considerar qué se entiende por «justa causa» o por «actos concluyentes» de las partes en cuanto a su no participación en el MASC al que hubieren sido efectivamente convocadas, lo que puede dar lugar a disparidad de criterios interpretativos y, en consecuencia, a resoluciones diversas. Obviamente, cuando no se alega causa alguna para justificar la no asistencia al MASC no cabe margen de interpretación alguno, el problema puede venir por las diferentes razones que, eventualmente, las partes puedan poner de manifiesto a fin de intentar justificar su inasistencia, cuáles pueden resultar válidas y cuáles no es una cuestión que los jueces habrán de interpretar y que, como comentaba, puede dar lugar a criterios dispares. Lo mismo cabría decir de los «actos concluyentes» de las partes, ¿se podría, por ejemplo, considerar un acto concluyente la negativa de una de las partes a participar en el MASC que le ha sido propuesto por la otra considerando que dicho método no es adecuado y sugiriendo en su lugar la participación en otro diferente?; esta y otras cuestiones pueden plantearse en la práctica y habrán de ser los tribunales los que habrán de dilucidar la actitud de las partes a la hora de determinar si es procedente o no la aplicación de este nuevo precepto.

También se incluye un nuevo párrafo al apartado segundo del art. 394, para los supuestos de estimación parcial de la demanda. En estos casos, y en virtud del principio general del vencimiento objetivo, al no haber una estimación íntegra de las pretensiones de ninguna de las partes, no debería haber pronunciamiento en costas a favor de ninguna, por lo que cada una de ellas debería correr con las causadas a su instancia y las comunes por mitad, a no ser que el juez estimase que concurren razones suficientes para imponérselas a alguna por haber litigado con temeridad, como ya se ha comentado. Pues bien, el nuevo párrafo que se pretende introducir establece que: *«No obstante, si alguna de las partes no hubiere acudido, sin causa que lo justifique, a un intento de mediación u otro de los medios adecuados de solución de controversias, cuando fuera legalmente preceptivo o así lo hubiera acordado el juez, la jueza o el tribunal o el letrado de la Administración de Justicia durante el proceso, se le podrá condenar al pago de las costas, en decisión debidamente motivada, aun cuando la estimación de la demanda sea parcial»*. También en este caso, la participación o no de las partes en los MASC se sitúa como criterio preferente a tener en cuenta por el tribunal por lo que respecta a la posible imposición de las costas a aquella parte que, sin justificar o alegar causa alguna, hubiese decidido no hacerlo, si bien, y a diferencia del anterior supuesto, se exige, en todo caso, que la decisión esté debidamente motivada. En el anterior supuesto comentado, la inasistencia injustificada al MASC implicaba directamente la no obtención de un pronunciamiento favorable en costas, a pesar de que se hubiese obtenido una sentencia favorable a sus intereses, sin que se necesitase resolución motivada al respecto, opera directamente. Sin embargo, en este caso, la previsión no opera directamente, de hecho el precepto señala que *«se le podrá condenar al pago de las costas»*, no dice que directamente se impondrán las mismas a la parte que no acuda al MASC y además, en caso de verificarse, la decisión habrá de estar debidamente motivada.

Por último, se añade un nuevo apartado cuarto al art. 394 que dispone que: *«Si la parte requerida para iniciar una actividad negociadora 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»*. La intención del prelegislador parece clara, vuelve a intentar incentivar la utilización de MASC como vía previa al proceso judicial. En cierta medida, parece un poco redundante con la previsión contenida en el párrafo tercero del art. 394.1, ya comentada, toda vez que si en aquel se establecía que no habría pronunciamiento en costas a favor de la parte que hubiera rehusado participar en un MASC, sin mediar justa causa, cuando hubiere sido convocada para ello, ahora, a *contrario sensu*, se establece que la parte requirente en el MASC quedará exenta del pago de las costas cuando la parte requerida haya rehusado participar en el mismo, salvo que se aprecie que ha existido abuso del servicio público de Justicia.

Este precepto puede, además, plantear algunas dudas, por ejemplo, ¿qué sucedería si el futuro demandado propuso al demandante iniciar un MASC y este lo declinó sin alegar causa alguna, y con carácter previo a la interposición de la demanda utiliza un MASC distinto al propuesto anteriormente por el demandado, a sabiendas de que no va a ser posible alcanzar un acuerdo? ¿valdría en ese caso el primer requerimiento efectuado por el futuro demandado como eximente para el pago de las costas del proceso? ¿se podría considerar que la conducta del demandante renunciando a participar en el MASC propuesto por el demandado y proponiendo, a su vez, un MASC distinto, a fin de tener por

cumplido el requisito de procedibilidad, puede ser una conducta constitutiva de abuso del servicio público de Justicia? ¿se puede entender que el abuso del servicio público de Justicia es imputable al futuro demandado por plantear el inicio de un MASC con escasas posibilidades de éxito y a los meros fines de intentar evadirse de una futura condena en costas? Estas y otras cuestiones, que habrán de ser resueltas en su momento por los tribunales, pueden dar lugar a comportamientos estratégicos de las partes ajenos a la verdadera finalidad de los MASC aprovechándose de la vaguedad y falta de precisión de la norma.

En el art. 395 LEC (LA LEY 58/2000) se regula la condena en costas en caso de allanamiento y, como regla general, se establece que si el demandado se allana a la demanda antes de proceder a su contestación las costas no le serán impuestas, salvo que el tribunal aprecie que ha existido mala fe en su conducta, entendiéndose que ha existido mala fe cuando antes de ser presentada la demanda se hubiere efectuado requerimiento fehaciente de pago o se hubiere intentado alcanzar una solución extrajudicial a través de la mediación o de la conciliación. Ahora, el PLMEP modifica también el citado art. 395 LEC (LA LEY 58/2000), se mantiene la regla general, pero añade como excepción a la imposición de las costas al demandado, además de que el tribunal aprecie que ha existido mala fe, que se considere que el demandado con su conducta ha incurrido en abuso del servicio público de justicia, y junto a la mediación y a la conciliación se hace alusión a que no se haya intentado cualquier otro medio adecuado de solución de controversias.

También, se introduce un nuevo apartado tercero en el art. 395: *«Si la parte demandada no hubiere acudido, sin causa que lo justifique, a un intento de mediación u otro de los medios adecuados de solución de controversias, cuando fuera legalmente preceptivo o así lo hubiera acordado el juez, la jueza o el tribunal o el letrado o la letrada de la Administración de Justicia durante el proceso y luego se allanare a la demanda, se le condenará en costas, salvo que el tribunal, en decisión debidamente motivada, aprecie circunstancias excepcionales para ni imponérselas»*. Parece que, de nuevo, se deja demasiado margen de discrecionalidad a los tribunales a la hora de interpretar qué ha de entenderse por «circunstancias excepcionales», si bien, al menos, se establece que la decisión al respecto habrá de estar debidamente motivada. Igualmente, a simple vista, este nuevo apartado puede parecer un tanto redundante teniendo en consideración las previsiones contenidas en los dos primeros apartados del artículo que, básicamente, vienen a decir lo mismo.

3. La solicitud de exoneración o moderación de las costas

La reforma más controvertida de todas las llevadas a cabo por el prelegislador, la encontramos en el art. 245 LEC (LA LEY 58/2000), al que se añade un nuevo apartado quinto que dispone que la parte que haya sido condenada al pago de las costas *»podrá solicitar la exoneración de su pago o la moderación de su cuantía cuando hubiera formulado una propuesta a la parte contraria en cualquiera de los medios adecuados de solución de controversias al que hubieran acudido, la misma no hubiera sido aceptada por la parte requerida y la resolución judicial que ponga término al procedimiento sea sustancialmente coincidente con el contenido de dicha propuesta. Las mismas consecuencias tendrá el rechazo injustificado de la propuesta que hubiese formulado el tercero neutral, cuando la sentencia recaída en el proceso sea sustancialmente coincidente con la citada propuesta»*. Además, establece como requisito indispensable para la admisión a trámite de la solicitud que se acompañe *«la documentación íntegra referida a la propuesta formulada que, en este momento procesal y a estos efectos, estará dispensada de confidencialidad»*.

Se introduce también un art. 245 bis en el que se regula la tramitación y decisión de la solicitud de exoneración o reducción de las costas. Se establece que se habrá de dar traslado de la solicitud a la parte favorecida por la condena en costas para que, en el plazo de tres días, manifieste si acepta la exoneración o reducción solicitada, si acepta el letrado o letrada de la Administración de Justicia dictará decreto fijando la cantidad debida en los términos de la solicitud y si no acepta será el tribunal el que decida mediante auto si la solicitud ha de ser estimada o no, fijando, en su caso, la cantidad definitiva que corresponda.

La citada reforma se podría considerar, cuando menos, peculiar. Como se ha comentado en este trabajo, el PLMEP establece que será requisito para la admisión a trámite de la demanda acreditar que se ha acudido previamente a algún MASC y, además, si se iniciara un proceso judicial con el mismo objeto que el de la previa actividad negocial que no concluyó con acuerdo el tribunal habrá de tener en consideración la actitud que tuvieron las partes en el MASC y el eventual abuso del servicio público de Justicia a la hora de pronunciarse sobre las costas, por lo que parece que no tiene mucho sentido que ahora el juez tenga que volver a examinar de nuevo esta cuestión después de la sentencia (5) .

Pero, la cuestión más relevante, hace alusión a la posibilidad de transgredir la confidencialidad, principio fundamental y característico de todos los MASC (6) . El PLMEP permite, cuando se esté tramitando la impugnación de la tasación de costas y solicitud de exoneración o moderación de las mismas en el proceso judicial, la posibilidad de que las partes se salten la confidencialidad del MASC utilizado e incorporen al incidente como prueba la propuesta que se formuló en el mismo a fin de evidenciar que la misma era sustancialmente coincidente con la resolución que finalmente dictó el tribunal, sin que se entienda muy bien por qué el prelegislador ahora considera que, en esta fase, la confidencialidad ya ha cumplido su función y, por tanto, ya no es importante (7) .

La confidencialidad se configura como pieza clave de los MASC, además de ser condición indispensable para el éxito de los mismos (8) . Los MASC pretenden abrir un canal de comunicación entre las partes con la finalidad de acercar las posturas divergentes de las mismas y conseguir un acuerdo amistoso de la controversia que les enfrenta, pero, obviamente, para que ello se produzca se ha de crear un espacio de confianza mutua en el que han de desaparecer, o al menos mitigarse en gran medida, las cautelas con las que cada parte transmite a la otra documentación relevante, su propia información o define sus posiciones. Si, de otra forma, las partes pudiesen sospechar que dichas informaciones pudieran traspasar la frontera del proceso negociador y ser empleadas en un ulterior procedimiento judicial o de otra índole, probablemente no irán a dicho proceso y si lo hacen tendrán mucho cuidado en seleccionar la información que dan durante el mismo, lo que sin duda dificultaría en gran medida el objetivo de los MASC.

Esta previsión contenida en el PLMEP puede llevar a que las partes se comporten estratégicamente cuidándose mucho de las ofertas de acuerdo que puedan trasladar a la contraria, a sabiendas de que dichas propuestas pueden resultar trascendentales en las costas de un posterior proceso judicial si no consiguen alcanzar un acuerdo (9) .

Además, se pueden plantear diversos interrogantes, por ejemplo, ¿qué sucedería cuando en el MASC se han trasladado varias propuestas de acuerdo? (lo cual, por otra parte, es bastante frecuente en un proceso negociador), ¿serían todas válidas, a los efectos de ser tenidas en cuenta, en virtud del art. 245 LEC?, ¿no se podría considerar que existe abuso del servicio público de Justicia cuando en el marco de un MASC una de las partes efectúa a la otra múltiples propuestas de acuerdo con el fin, precisamente, de intentar hacer coincidir alguna de ellas con el eventual resultado de un ulterior proceso judicial y, de esta forma, evadir el pago de las costas?, ¿cómo se puede medir o evaluar la actitud de las partes en el MASC, a los efectos previstos en el art. 245 LEC?

Son interrogantes de difícil respuesta, pero lo cierto es que pueden condicionar el comportamiento de las partes y llevarles a adoptar estrategias que poco tienen que ver con la confianza y la buena fe que han de regir en los MASC.

III. El nuevo sistema de costas procesales: ¿incentivo o castigo?

Como se ha venido comentando, la incidencia de los MASC en el novedoso régimen de costas procesales previsto en el PLMEP es evidente y, sin duda, está íntimamente ligado al nuevo modelo de «obligatoriedad mitigada» que pretende implementar el legislador, configurando la utilización de dichos mecanismos como presupuesto de procedibilidad o de admisión a trámite de la demanda. El legislador español de esta forma, siguiendo las recomendaciones de las instituciones comunitarias, intenta cambiar el ineficaz e ineficiente modelo seguido hasta la fecha e introducir incentivos para impulsar su utilización.

Pero, hay que tener cuidado, los intentos de imponer un proceso más o menos formal y de carácter no voluntario para las partes pueden minar potencialmente la razón de ser de los MASC.

La actitud y colaboración que muestren las partes con respecto a los MASC y su repercusión en las costas del proceso judicial, tal y como se ha contemplado en el PLMEP, actúa, además de cómo supuesto incentivo, en cierta medida, como instrumento coercitivo o sancionador (10) .

La implementación de medidas de carácter coercitivo para obligar a las partes a acudir a los MASC puede tener un efecto positivo porque, sin duda, va a contribuir a impulsar el conocimiento y la utilización de los mismos, pero, la experiencia de otros países demuestra que no todos los programas que tienen un alto grado de coerción tienen por qué tener mayor índice de éxito (11) .

La imposición de sanciones especialmente gravosas en caso de inasistencia injustificada a cualquier MASC, si estos se configuran con carácter obligatorio, tampoco es especialmente recomendable porque las partes pueden sentirse coaccionadas a acudir contra su voluntad o sin estar realmente convencidas de ello, lo que viene a socavar la naturaleza de estos mecanismos como procedimientos voluntarios, así como la propia autonomía e independencia de

las partes.

También, si se impone un excesivo control de si las partes acuden o no a un MASC, o incluso de su actitud dentro del procedimiento, puede llevar a que el propio tribunal cambie su actitud respecto de la parte que no colaboró activamente en el buen desarrollo y fin de la mediación, por lo que las partes también pueden verse en cierta medida coaccionadas a actuar de una determinada forma para no incomodar al tribunal al sentirse bajo la vigilancia y escrutinio de éste.

En el Reino Unido hace ya años se optó por aplicar con carácter generalizado el criterio de la imposición de costas a la parte que se negase a acudir a mediación u otro MASC recomendado por el tribunal

En el Reino Unido hace ya años se optó por aplicar con carácter generalizado el criterio de la imposición de costas a la parte que se negase a acudir a mediación u otro MASC recomendado por el tribunal y finalmente surgieron problemas. Al igual que en el procedimiento español, en el Reino Unido en materia de costas rige el criterio del vencimiento, así en las Reglas de Procedimiento Civil (RCP 44.3 (2)), se establece la norma general de que la parte que pierda en el proceso judicial debe pagar las costas de la otra parte. Sin embargo, en la Regla 44.3 (5) se permite que el tribunal pueda modificar dicho criterio, teniendo en cuenta el comportamiento de las partes, tanto antes como durante el procedimiento, incluyendo los intentos previos de resolver el conflicto.

Este criterio comenzó a ser esgrimido por las partes que, sabiendo que tenían pocas posibilidades de éxito en el proceso judicial, instaban a la contraria a la utilización de la mediación o de otro MASC con carácter previo a la interposición del procedimiento judicial. Después del caso *Dunnet contra Railtrack* de 2002, que dispuso que las costas fueran abonadas por la parte ganadora de la causa (en este caso Railtrack, a pesar de haber obtenido la razón en el proceso judicial, fue condenada a pagar las costas del proceso por haber rechazado la oferta de mediación de la Sra. Dunnet), se empezó a utilizar como táctica empleada por las partes más débiles para tratar de resolver la controversia a través de un MASC, con la amenaza para la parte más fuerte de enfrentarse al pago de las costas procesales por haberse negado a dicha posibilidad (12) .

La sentencia del caso *Halsey contra Milton Keynes NHS Trust* del año 2004, cambió dicha tendencia y vino a poner un poco de sentido común en esta cuestión. La Corte de Apelación, antes de dictar sentencia recabó opiniones del Consejo de Mediación Civil, del Grupo de ADR (*Alternative Dispute Resolution*), del CEDR (*Centre for Effective Dispute Resolution*) y del Colegio de Abogados. La Corte no aceptó el argumento del Consejo de Mediación Civil de que debía existir una presunción general a favor de la mediación, inclinándose por la postura de analizar si la negativa a participar en mediación u otro MASC se produjo injustificadamente o no y qué factores influyeron en tal decisión. Este criterio cambió radicalmente la orientación que venían dando sentencias dictadas con anterioridad, que autorizaban a los tribunales para obligar a una de las partes a participar en la mediación, incluso cuando no estaban dispuestas a hacerlo (13) .

La sentencia del caso *Halsey* invierte la tendencia y deja claro que los tribunales no pueden obligar en ningún caso a mediar a las partes que no están dispuestas a hacerlo y sienta la responsabilidad de la carga de la prueba sobre la parte que pierda el proceso, que habrá de demostrar que no era razonable la negativa de la otra parte a mediar o utilizar otro MASC.

En la sentencia del caso *Halsey*, los jueces dejan claro que la decisión de privar a la parte ganadora en el proceso judicial de las costas, sobre la base de su negativa a participar en un MASC, debe ser una excepción a la regla general, y la carga de la prueba ha de pesar sobre la parte que pierda el procedimiento que habrá de acreditar que la negativa de la otra parte a participar en un MASC a fin de intentar solucionar amistosamente la disputa no tenía fundamento alguno y era totalmente irrazonable.

Como ha sucedido en el Reino Unido, en nuestro país en el futuro, probablemente, serán los propios tribunales los que habrán de ir modulando e interpretando las nuevas normas relativas a las costas del proceso y dando respuesta a muchas de las cuestiones que han quedado planteadas.

IV. Conclusiones

Para concluir este trabajo, y a modo de breve resumen o conclusión, simplemente me gustaría destacar algunos de los aspectos más controvertidos abordados en el mismo.

En primer lugar, reseñar que, de aprobarse el PLMEP en los términos actuales y si, finalmente, los MASC se acaban incorporando a nuestro ordenamiento jurídico, en virtud del comentado modelo de «obligatoriedad mitigada», como presupuesto de procedibilidad, parece normal que los costes que las partes hayan de afrontar por su utilización hayan de ser considerados como costas del proceso judicial y, en su virtud, tengan que ser incluidas en la oportuna tasación que de las mismas se haga una vez finalizado el procedimiento cuando así sea procedente. Sin embargo, esta cuestión no ha sido contemplada y en el PLMEP no se prevé la modificación en dicho sentido del apartado primero del art. 241 LEC (LA LEY 58/2000), lo que supone la primera cuestión ciertamente cuestionable.

La reforma del sistema de costas procesales prevista en el PLMEP supone un evidente cambio de paradigma con respecto al sistema tradicional, donde desaparece la causalidad como característica principal de la definición de las costas, pasándose a primar la actitud que hayan mostrado y muestren las partes litigantes con respecto a los MASC, tanto con carácter previo a la interposición de la demanda, como una vez iniciado el proceso cuando sean derivadas por el tribunal, toda vez que dicha actitud va a resultar determinante en orden a la imposición de las costas y, en ocasiones, incluso respecto a su moderación o exoneración una vez las mismas ya han sido impuestas.

El PLMEP introduce el nuevo concepto de «abuso del servicio público de Justicia», si bien no se define claramente, ni se especifica el mismo, simplemente se señala que implica una actitud de todo punto incompatible con la sostenibilidad de dicho servicio, por lo que al ser un concepto jurídico indeterminado, habrá de ser la jurisprudencia la que irá definiendo los contornos del «abuso del servicio público de Justicia», con el evidente riesgo que ello conlleva, dada la disparidad de criterios que pueden presentar los distintos órganos jurisdiccionales y la subsiguiente inseguridad jurídica que se puede generar hasta que consiga consolidar determinada doctrina jurisprudencial al respecto. La verdad es que no se entiende muy bien su necesidad, ya que las situaciones que se contemplan en el PLMEP tenían perfecta cabida en los preexistentes conceptos de «temeridad» o «mala fe», precisamente, como criterios a tener en cuenta por los tribunales para la imposición de las costas en función de la actitud de las partes, por lo que no parece necesario crear una nueva acepción para definir esas conductas y menos aún hacerlo de forma tan ambigua.

Hasta el momento actual, el criterio principal en materia de imposición de las costas causadas en el proceso judicial era el del vencimiento objetivo, sin importar si las partes habían intentado o no alcanzar un acuerdo consensuado a través de algún MASC, bien con carácter previo a la interposición de la demanda o durante la tramitación del proceso, salvo que el juez considerase, en su caso, que podía haber existido temeridad o mala fe en la conducta procesal de alguna de las mismas. Este criterio cambia sustancialmente con el nuevo modelo y ahora el prelegislador prima la actitud que las partes muestren con respecto a los MASC, configurándola como elemento determinante y prevalente en la imposición de las costas, el problema puede venir de la diferente interpretación que hagan los tribunales que serán los que habrán de valorar la actitud de las partes, por lo que, de nuevo, habrá de transcurrir algún tiempo a fin de consolidar determinada jurisprudencia al respecto que clarifique los criterios a tener en consideración a fin de valorar dicha actitud.

No dudo de las buenas intenciones del legislador con esta reforma del sistema de imposición de costas procesales, es evidente que el fin último es el de fomentar e impulsar la utilización de los MASC, fundamentalmente con carácter previo al inicio del proceso judicial, para evitar que un buen número de asuntos se acabe judicializando. Por ello, se concibe esta reforma como un incentivo a la utilización de los MASC, pero, hay que tener cuidado, porque, como he comentado, los intentos de imponer un proceso más o menos formal y de carácter no voluntario para las partes pueden minar potencialmente la razón de ser de estos mismos MASC. Además, tal y como se ha configurado la reforma en el PLMEP, la actitud y colaboración que muestren las partes con respecto a los MASC y su repercusión en las costas del proceso judicial, más que como incentivo puede ser percibida por las partes y por los operadores jurídicos como instrumento coercitivo o sancionador, pudiendo dar lugar a su rechazo de inicio o al uso de determinadas estrategias que poco o nada tienen que ver con la verdadera finalidad de los mismos.

V. Bibliografía

LÓPEZ YAGÜES, VERÓNICA, «Mediación y otros MASC ¿Hacia la ampliación y mejora del acceso a la justicia o la sola consecución de la eficiencia procesal?», en AAVV, BARONA VILAR, SILVIA (ed.), *Meditaciones sobre Mediación (MED+)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2022

MACKIE, K., MILES, D., MARSH, W. y ALLEN, T., *The ADR Practice Guide. Commercial Dispute Resolution*, Tottel

Publishing, London, 2007

MARCOS FRANCISCO, DIANA, «La incidencia de los MASC en las costas procesales en la proyectada Ley de Medidas de Eficiencia Procesal», *Revista General de Derecho Procesal*, núm. 57, 2022

MARTÍNEZ DE SANTOS, ALBERTO, «La regulación de las costas en el Anteproyecto de Ley de medidas de eficiencia procesal del servicio público de Justicia», *Diario La Ley*, 12 de abril de 2021

ORTUÑO MUÑOZ, J.P. y HERNÁNDEZ GARCÍA, J., «Sistemas alternativos a la resolución de conflictos (ADR): la mediación en las jurisdicciones civil y penal», *Revista de la Fundación Alternativas*, Documento de trabajo 110/2007

QUEK, D., «Mandatory Mediation: An Oxymoron? Examining the feasibility of implementing a Court-Mandated Mediation Program», *Cardozo Journal of Conflict Resolution*, Vol. 11:479, 2010

(1) https://www.congreso.es/public_oficiales/L14/CONG/BOCG/A/BOCG-14-A-97-1.PDF

(2) *Vid.* Apartado II de la Exposición de Motivos del Proyecto de Ley de Medidas de Eficiencia Procesal del Servicio Público de Justicia (LA LEY 8039/2022).

(3) En el mismo sentido, señala MARCOS FRANCISCO que «este concepto resulta redundante, dado que el fundamento sobre el que pivota (evitar la utilización indebida o torticera de los tribunales para hacer que el servicio de justicia sea sostenible) es exactamente el mismo que el de la mala fe o temeridad procesal. Si lo que pretende el prelegislador es que la jurisprudencia acabe perfilando las diferencias entre ambos conceptos, facilitaría mucho las cosas (y proporcionaría una mayor seguridad jurídica, evitando interpretaciones dispares) la inclusión de una definición del abuso de servicio público de justicia que incluyera ciertos parámetros diferenciales de referencia». MARCOS FRANCISCO, DIANA, «La incidencia de los MASC en las costas procesales en la proyectada Ley de Medidas de Eficiencia Procesal», *Revista General de Derecho Procesal*, núm. 57, 2022, p. 22.

(4) En este sentido, la sentencia, de 14 de junio de 2017, del Tribunal Superior de Justicia de la Unión Europea es contundente y definitiva, al señalar que la exigencia de un procedimiento obligatorio de mediación como requisito de admisibilidad de la demanda es perfectamente compatible con el principio de tutela judicial efectiva, siempre que dicho procedimiento de mediación no obligue a las partes a una decisión vinculante, —es decir que no se les obligue a permanecer en el procedimiento, ni a adoptar un acuerdo de forma obligatoria—, que no implique un retraso sustancial a efectos del posible ejercicio de acciones judiciales, que se suspenda el plazo de prescripción para el ejercicio de los correspondientes derechos, que no ocasione gastos o éstos no sean muy significativos para las partes, que no tenga que hacerse necesariamente por medios electrónicos y que sea posible la adopción de medidas cautelares cuando la urgencia de la situación así lo exija.

(5) *Vid.* MARTÍNEZ DE SANTOS, ALBERTO, «La regulación de las costas en el Anteproyecto de Ley de medidas de eficiencia procesal del servicio público de Justicia», *Diario La Ley*, 12 de abril de 2021, p. 8.

(6) Ya en el *Libro Verde*, de 19 de abril de 2002, sobre las modalidades alternativas de solución de conflictos en el ámbito del derecho civil y mercantil, de la Comisión Europea, se señalaba que «la confidencialidad parece ser la condición *sine qua non* para el buen funcionamiento de las ADR, porque contribuye a garantizar la franqueza de las partes y la sinceridad de las comunicaciones durante el procedimiento».
http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/site/es/com/2002/com2002_0196es01.pdf

(7) En el art. 8.2 b) del PLMEP también se contempla como excepción a la confidencialidad de los MASC: «cuando se esté tramitando la impugnación de la tasación de costas y solicitud de exoneración o moderación de las mismas, según lo previsto en el artículo 245 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (LA LEY 58/2000) y a esos únicos fines, sin que pueda utilizarse para otros diferentes ni en procesos posteriores».

(8) *Vid.* LÓPEZ YAGÜES, VERÓNICA, «Mediación y otros MASC ¿Hacia la ampliación y mejora del acceso a la justicia o la sola consecución de la eficiencia procesal?, en AAVV, BARONA VILAR, SILVIA (ed.), *Meditaciones sobre Mediación (MED+)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2022, p. 155.

(9) Tal y como pone de manifiesto MARCOS FRANCISCO, «resulta cuanto menos curioso que la actitud de ciertos abogados —consistente en aportar «preacuerdos» o propuestas de acuerdos en un procedimiento de mediación que definitivamente no fueron alcanzados— resulte sancionable en la jurisprudencia menor por constituir un atentado contra el principio de confidencialidad «con la clara intención de influir en la decisión del Tribunal» y constituya un comportamiento contrario a las exigencias de la buena fe sancionable con multa ex art. 247 LEC (LA LEY 58/2000) y, sin embargo, apartándose de ella, decida el prelegislador que la confidencialidad quiebre o no rijan (art. 8.2 b del Proyecto) a la hora de solicitar la exoneración o modificación de las costas impuestas». MARCOS FRANCISCO, DIANA, «La incidencia de los MASC en...», *op. cit.*, p. 35.

(10) En este sentido, ORTUÑO MUÑOZ y HERNÁNDEZ GARCÍA, ya hace algunos años, señalaban la posibilidad de que «haya Estados miembros que puedan optar en su Derecho interno por implantar la obligatoriedad de la mediación prejudicial, o imponer sanciones a la parte que se niegue a asistir a ella, directamente (multas) o indirectamente (en la condena en costas, si en el litigio contencioso judicial no se da la razón a quien se negó a ir a la mediación)». ORTUÑO MUÑOZ, J.P. y HERNÁNDEZ GARCÍA, J., «Sistemas alternativos a la resolución de conflictos (ADR): la mediación en las jurisdicciones civil y penal», *Revista de la Fundación Alternativas*, Documento de trabajo 110/2007, p. 56.

(11) En algunos Estados norteamericanos, como Alabama y Maine, por ejemplo, se ha llegado al exceso de conceder la posibilidad a los tribunales de imponer sanciones más severas que la mera condena en costas, así pueden incluso dictar sentencia en contra de la parte que haya incumplido alguno de los mandatos del propio tribunal en su derivación a mediación, desde la inasistencia a la misma a la conducta inapropiada durante el desarrollo del proceso. *Vid.* QUEK, D., «Mandatory Mediation: An Oxymoron? Examining the feasibility of implementing a Court-Mandated Mediation Program», *Cardozo Journal of Conflict Resolution*, Vol. 11:479, 2010, p. 496.

(12) Vid.. MACKIE, K., MILES, D., MARSH, W. y ALLEN, T., *The ADR Practice Guide. Commercial Dispute Resolution*, Tottel Publishing, London, 2007, p. 83.

(13) Por ejemplo en el caso de *Shirayama Shokusan Company Ltd. y otros contra Ltd. Danovo*, el tribunal ordenó la mediación, a pesar de la falta de voluntad de la demandante. *Ibid.*, p. 85.
