

JOSÉ IGNACIO MARTÍNEZ PALLARÉS

DE LA LITIGACIÓN A
LA AVENENCIA, ¿POR
EL CAMINO DE LAS
PRÍMULAS?

Prólogo de:

Julio Sigüenza López

Editorial

JOSE MIGUEL ORTIZ ORTIZ
DIRECTOR EDITORIAL

Consejo Editorial

GUILLERMO RODRÍGUEZ INIESTA
DIRECTOR GENERAL DE PUBLICACIONES
Profesor Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Murcia. Magistrado (Supl.) del Tribunal Superior de Justicia de Murcia

JOSÉ LUJÁN ALCARAZ
Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Murcia

JOSÉ LUIS MONEREO PÉREZ
Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Granada. Presidente de la Asociación Española de Salud y Seguridad Social

MARÍA NIEVES MORENO VIDA
Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Granada

CRISTINA SÁNCHEZ-RODAS NAVARRO
Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Sevilla

Consejo Científico

JAIME CABEZA PEREIRO
Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Vigo

FAUSTINO CAVAS MARTÍNEZ
Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Murcia

MARÍA TERESA DÍAZ AZNARTE
Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Granada

JUAN JOSÉ FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ
Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de León

JESÚS MARTÍNEZ GIRÓN
Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de A Coruña

CAROLINA MARTÍNEZ MORENO
Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Oviedo

JESÚS MERCADER UGUINA
Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad Carlos III

ANTONIO OJEDA AVILÉS
Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Sevilla

MARGARITA RAMOS QUINTANA
Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de La Laguna

PILAR RIVAS VALLEJO
Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Barcelona

SUSANA RODRÍGUEZ ESCANCIANO
Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de León

CARMEN SÁEZ LARA
Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Córdoba

ANTONIO V. SEMPERE NAVARRO
Magistrado del Tribunal Supremo. Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social (exc.)

ARÁNTZAZU VICENTE PALACIO
Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad Jaume I

Consejo Colección Trabajos de Investigación

BELÉN DEL MAR LÓPEZ INSUA
DIRECTORA
Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Granada

JOSÉ LUIS MONEREO PÉREZ
Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Granada. Presidente de la Asociación Española de Salud y Seguridad Social

GUILLERMO RODRÍGUEZ INIESTA
Profesor Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Murcia. Magistrado (Supl.) del Tribunal Superior de Justicia de Murcia

MARÍA DEL CARMEN SALCEDO BELTRÁN
Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Valencia

JOSÉ IGNACIO MARTÍNEZ PALLARÉS

Abogado

Doctor en Derecho

Profesor de Derecho Procesal de la Universidad de Murcia

**DE LA LITIGACIÓN A
LA AVENENCIA,
¿POR EL CAMINO DE
LAS PRÍMULAS?**

Edita:

Ediciones Laborum, S.L.
Avda. Gutiérrez Mellado, 9 - Planta 3ª, Oficina 21
30008 Murcia
Tel.: 968 24 10 97
E-mail: laborum@laborum.es
www.laborum.es

1.ª Edición, © Ediciones Laborum S.L., 2024

ISBN: 978-84-10262-17-1

© Copyright de la edición, Ediciones Laborum, 2024

© Copyright del texto, José Ignacio Martínez Pallarés, 2024

Ediciones Laborum, S.L. no comparte necesariamente los criterios manifestados por los autores en el trabajo publicado.

La información contenida en esta publicación constituye únicamente, y salvo error u omisión involuntarios, la opinión de su autor con arreglo a su leal saber y entender, opinión que subordinan tanto a los criterios que la jurisprudencia establezca, como a cualquier otro criterio mejor fundado.

Ni el editor, ni el autor, pueden responsabilizarse de las consecuencias, favorables o desfavorables, de actuaciones basadas en las opiniones o informaciones contenidas en 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) si necesita fotocopiar o escanear algún fragmento de esta obra (www.conlicencia.com; 91 702 19 70 o 93 272 04 45).

*A Victoria, por su paciencia y aliento,
y a mis compañeros de viaje,
a los que están, y a los que no.*

ÍNDICE

ABREVIATURAS.....	11
PRÓLOGO	15
CAPÍTULO I. - A MODO DE INTRODUCCIÓN	19
CAPÍTULO II. - DEL CONFLICTO A LA CONTROVERSIA, O VICEVERSA. CONCEPTOS Y CAUSAS.....	31
1. Sobre el conflicto y las varias formas de enfocararlo y afrontarlo	31
2. Sobre los tipos de conflicto y sus causas y patrones de desarrollo	35
3. La cuestión terminológica. Del conflicto a la controversia, o viceversa	38
CAPÍTULO III.- DE LA GESTIÓN Y FORMAS DE RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS.....	45
1. Conceptos a modo de introducción: resolución y gestión de conflictos	45
2. Sistemas alternativos de gestión de conflictos: los ADR/MASC	49
3. Origen y desarrollo de los ADR en EE.UU. Una obligada referencia a su historia	52
CAPÍTULO IV.- UNA REFERENCIA, TAMBIÉN OBLIGADA, A ALGUNAS CARACTERÍSTICAS DEL MODELO PROCESAL EN LOS EE.UU.....	63
1. Introducción.....	63
2. El papel del juez y de las partes en el proceso	66
3. La fase <i>pre-trial</i> y el <i>discovery</i> , o sobre el acceso temprano a las fuentes de prueba	80
4. Gastos y costas judiciales. La <i>American Rule</i>	89
5. Epílogo sobre el sistema procesal civil en los EE.UU.....	91
CAPÍTULO V.- POR ALUSIONES. EL MODELO PROCESAL CIVIL EN EUROPA Y EN ESPAÑA.....	95
1. Pero ¿es posible hablar de un modelo procesal civil europeo?	95
2. El código de procedimiento civil francés de 1806	97
3. El código de procedimiento civil austriaco de 1895.....	104
4. Las reglas del procedimiento civil inglés	110
4.1. Un poco de historia, a modo de introducción.....	110

4.2. La Civil Procedure Rule de 1998.....	113
4.2.1. Pistas en el procedimiento de primera instancia: los <i>Courts-Tracks</i>	115
4.2.2. Especialidades en materia de prueba.....	117
4.2.3. La inclusión de los medios ADR en el sistema	119
4.3. A modo de epílogo sobre el sistema procesal civil inglés	121
5. El modelo procesal civil en España. De la LEC 1881 a la LEC 2000.....	122
5.1. ¿Hoy como ayer? Un poco más de historia	122
5.2. De la LEC de 1881 a la LEC de 2000	129
5.3. Justicia de Paz y otras formas de resolución alternativa de conflictos.....	134
6. Puntos de convergencia. ¿Hacia un proceso civil europeo?	140
6.1. Variedad de sistemas procesales en Europa	140
6.2. La adecuación al caso: el principio de proporcionalidad procesal.....	143
6.3. Principios de derecho procesal transnacional.....	145
6.4. ¿Por la progresiva homogenización a la unidad procesal?	147
6.5. Para terminar.....	150
CAPÍTULO VI. - LA IMPLEMENTACIÓN DE LOS ADR EN EUROPA	155
1. El camino europeo hacia los ADR, circunscrito a la mediación. La Directiva 2008/52/CE, de 21 de mayo	155
1.1. Antecedentes de la Directiva	156
1.2. La Recomendación R (86) 12 del Comité de Ministros.....	157
1.3. La recomendación R (98) 1 del Comité de Ministros.....	158
1.4. Otros antecedentes	161
1.4.1. Consejos, Convenios y Recomendaciones	161
1.4.2. El Libro Verde de 2002 sobre las modalidades alternativas a la resolución de conflictos en el ámbito del derecho civil y mercantil.....	162
1.4.3. El Plan de Acción del Consejo y la Comisión para la aplicación del Programa de la Haya sobre refuerzo de la libertad, la seguridad y la justicia en la Unión Europea	165
1.4.4. Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea.....	165
1.5. La Directiva 2008/52/CE, de 21 de mayo, sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles	166
2. Tiempos de austeridad y yerros, en la elección de objetivos y de medidas de fomento de los ADR/MASC	170
CAPÍTULO VII. - SPAIN IS DIFFERENT, OR NOT? PULSOS, IMPULSOS Y PULSIONES EN TORNO A LA IMPLEMENTACIÓN DE LOS ADR/MASC EN ESPAÑA.....	189
1. Precedentes. El hecho diferencial autonómico	189
1.1. El marco competencial y su desbordamiento	189
1.2. Sobre el concepto de mediación y la evolución de la figura del mediador en el ámbito autonómico	193
2. La Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles.....	196
2.1. Primer precedente estatal. La Ley 15/2005, de 8 de julio, por la que se modifican el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de separación y divorcio.....	196

2.2. Segundo precedente estatal. El proyecto de Ley de mediación en asuntos civiles y mercantiles de 2011.....	198
2.2.1. La mediación como forma de acceso a la Justicia	198
2.2.2. Principio de voluntariedad y mediación obligatoria previa. Descubriendo el Mar Muerto.....	200
2.2.3. El acuerdo de mediación como título ejecutivo	204
2.2.4. El mediador en el Proyecto de Ley de Mediación de 2011	206
2.3. Tercer precedente estatal. El Real Decreto Ley 5/2012, de 5 de marzo, de mediación en asuntos civiles y mercantiles	207
2.4. La Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles.....	210
2.5. La necesaria relación y coordinación entre la legislación estatal y las autonómicas.....	213
3. Pulso o impulso. El APLIM. Anteproyecto de ley de impulso de la mediación de 11 de enero de 2019.....	215
4. Ampliando horizontes: el proyecto de ley de medidas de eficiencia procesal al servicio público de justicia y los MASC.....	221
CAPÍTULO VIII. - PRESENTE Y PERSPECTIVAS DE FUTURO DE LOS ADR/MASC, Y EN PARTICULAR DE MEDIACIÓN, EN EUROPA Y ESPAÑA ...	229
1. Sobre la paradoja de la mediación en Europa y España, o sobre la confrontación de expectativas y realidad.....	229
2. Voluntariedad o imposición de la mediación u otros ADR/MASC, esa es la cuestión.....	240
2.1. La voluntariedad de la mediación en EE.UU. y otros países anglosajones	241
2.2. La voluntariedad de la mediación en Europa y España.....	246
2.3. O la imposición o el caos. El falso dilema del PLMEP	254
CAPÍTULO IX. - BREVE REFLEXIÓN FINAL	259
BIBLIOGRAFÍA	269

ABREVIATURAS

ABA	_____	<i>American Bar Association</i>
ADR	_____	<i>Alternative Dispute Resolution</i>
ADRA	_____	<i>Alternative Dispute Resolution Act</i>
ALMC	_____	Anteproyecto de Ley de Mediación Civil
APLIM	_____	Anteproyecto de Ley de impulso de la mediación
APLMEP	_____	Anteproyecto de Ley de medidas de eficiencia procesal del servicio público de justicia
Art(s).	_____	Artículo(s)
BOE	_____	Boletín Oficial del Estado
CC	_____	Código Civil
CCAA	_____	Comunidades Autónomas
CCE	_____	Comisión de las Comunidades Europeas
CE	_____	Constitución Española
CEPEJ	_____	<i>European Commission for the Efficiency of Justice</i>
Cfr.	_____	Confrontar
CGPJ	_____	Consejo General del Poder Judicial
Cit.	_____	Citado
Coord.	_____	Coordinador
CNU	_____	Carta de las Naciones Unidas
CNUDMI	_____	Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional
CP	_____	Código Penal
Dir.	_____	Director
DL	_____	Decreto Ley
DEL	_____	Diccionario de la Lengua Española

DOCE	_____	Diario Oficial de las Comunidades Europeas
DOUE	_____	Diario Oficial de la Unión Europea
Ed.	_____	Edición
EE.UU.	_____	Estados Unidos
EM	_____	Exposición de Motivos
FD	_____	Fundamento de Derecho
FJ	_____	Fundamento Jurídico
LA	_____	Ley de Arbitraje
LAJ	_____	Letrado/a de la Administración de Justicia
LEC	_____	Ley de Enjuiciamiento Civil
LH	_____	Ley Hipotecaria
LJV	_____	Ley de Jurisdicción Voluntaria
LMA	_____	Ley modelo de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, sobre arbitraje comercial.
LMC	_____	Ley modelo de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional sobre Conciliación Internacional
LM	_____	Ley de mediación en asuntos civiles y mercantiles
LON	_____	Ley Orgánica del Notariado
LV	_____	Libro Verde sobre las Modalidades Alternativas de solución de conflictos en el ámbito del Derecho Civil y Mercantil
MAIN	_____	Memoria de Análisis de Impacto Normativo
MARC	_____	Métodos Alternativos para la Resolución de Conflictos
MASC	_____	Medios Adecuados de Solución de Controversias
N.º	_____	Número
ODR	_____	<i>Online Dispute Resolution</i>
OMC	_____	Organización Mundial del Comercio
ONU	_____	Organización de las Naciones Unidas
Op. cit.	_____	<i>Opus citatum</i> - obra citada
p. / pp.	_____	página / páginas
PLM	_____	Proyecto de Ley de mediación (de 2011)
PLMEP	_____	Proyecto de Ley de medidas de eficiencia procesal del servicio público de justicia
PPCT	_____	Principios del Proceso Civil Transnacional
RAE	_____	Real Academia Española
Ref.	_____	Referencia

RDL _____	Real Decreto Ley
ss. _____	Siguientes
STC _____	Sentencia del Tribunal Constitucional
STS _____	Sentencia del Tribunal Supremo
TC _____	Tribunal Constitucional
TEDH _____	Tribunal Europeo de Derecho Humanos
TFUE _____	Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea
TS _____	Tribunal Supremo
TUE _____	Tratado de la Unión Europea
UE _____	Unión Europea
UMA _____	<i>Uniform Mediation Act</i>
UNCITRAL _____	<i>United Nations Commission on International Trade Law</i>
USA _____	<i>United State of America</i>
v.g. _____	<i>verbi gratia</i>
Vid. _____	Ver
Vol. _____	Volumen
vs _____	<i>Versus</i>

PRÓLOGO

El Profesor Martínez Pallarés me pide, más por amistad que por méritos propios, que presente este libro. Lo hago con doble agrado. Por su autor y por el tema. José Ignacio Martínez Pallarés colabora desde hace tiempo en la docencia de Derecho Procesal en la Universidad de Murcia, pero es, ante todo y sobre todo, Abogado. Y como tal canaliza su actividad intelectual a través de la palabra y del razonamiento articulado mediante ella. Lo hace con concisión y armonía. Le atraen, sin necesidad de sugerírselo, temas sugestivos y relevantes. Este trabajo es buena prueba de ello. Con ejemplar seriedad y buena prosa analiza el posible tránsito de la litigación a la avenencia. Refiere las distintas formas que, a su juicio, existen para afrontar los conflictos, sus tipos y causas y la gestión y formas de abordarlos. Se adentra también en algunas características del modelo procesal estadounidense, comparándolo con el modelo procesal civil europeo y el español, cuestionándose que verdaderamente quepa hablar de un único modelo comunitario europeo, enfoque con el que coincide. Todo está expuesto con mucha claridad y justificación. A continuación, examina la implementación de los ADR en Europa y en nuestro país y lo hace, de nuevo, con maestría.

Su estudio, que aborda cuestiones sobre las que me he ocupado en diferentes ocasiones, hunde sus raíces en la tesis doctoral que brillantemente defendió en su día y es ameno, original y sugestivo: provoca, evoca y atrae.

Afirma, y convengo de nuevo con él, que la llamada «paradoja de la mediación» en realidad no es tal. Es solo la consecuencia de expectativas poco realistas que han hecho creer a algunos que la mediación puede ser la panacea para muchos de los problemas que padece la Administración de Justicia, problemas que puede ayudar a solventar, pero que, en modo alguno, solucionará por sí sola. Por mi parte añado que el remedio a dichos males no pasa por demonizar y preterir el proceso jurisdiccional, que es, desde siempre, un medio civilizado para dirimir conflictos jurídicos, sino por potenciar este y dotar a la Administración de Justicia de los medios personales y materiales que desde hace tantos años requiere.

Martínez Pallarés afirma con razón que la verdadera paradoja es que la eficacia de los llamados ADR/MACS depende en buena medida del proceso ante la jurisdicción, ya que solo tienen posibilidades de éxito cuando la Administración de Justicia funciona razonablemente bien. Se aparta así de quienes, con un optimismo digno de mejor causa, apuestan por más instrumentos autocompositivos de resolución de disputas y menos proceso. Esa no es la fórmula y la realidad, siempre tozuda, así lo pone de manifiesto.

José Ignacio Martínez Pallarés tiene además el don de saber encabezar sus trabajos con títulos verdaderamente evocadores, que llaman a su lectura. Al adentrarse en esta se descubre de inmediato el buen docente universitario y experimentado letrado que es. Dicha combinación garantiza ideas claras y conclusiones útiles. Pues por lo general estas requieren paciente estudio, deliberación serena y adecuada metodología. Adornan también al autor su sentido común y un lenguaje elegante y preciso. Sus reflexiones finales son buen ejemplo de ello.

La vida, en ocasiones, nos regala estupendos compañeros de viaje. Este es uno de esos casos. Desde que conocí a José Ignacio Martínez Pallarés surgió entre ambos una empatía que aún perdura, facilita el trabajo diario y favorece empresas conjuntas. El lector podrá apreciar la seriedad con que aborda las distintas cuestiones sobre las que reflexiona en esta obra y el fino estilo con que lo hace. Solo nos resta demandarle que siga brindándonos más estudios como este y que no demore su entrega.

JULIO SIGÜENZA LÓPEZ

Murcia, marzo de 2024

«*» Por favor, ¿podrías decirme qué camino debo seguir?»*
“Eso depende bastante de adónde quieras llegar”, dijo el Gato.
“El adónde no importa mucho...”, dijo Alicia.
«Entonces no importa que camino sigas», dijo el Gato.
“...siempre que lleve a algún sitio”, añadió Alicia a modo de explicación.
“Ah, eso seguro”, dijo el Gato, “si caminas lo suficiente»».

L. CARROLL, *Alicia en el País de las Maravillas*

*Do not, as some ungracious pastors do,
Show me the steep and thorny way to heaven,
Whiles, like a puffed and reckless libertine,
Himself the primrose path of dalliance treads,
And recks not his own rede.*

W. SHAKESPEARE, *Hamlet*

CAPÍTULO I. - A MODO DE INTRODUCCIÓN

La razón del título de este libro, aunque se desvele a lo largo de sus páginas, merece una explicación inicial. Se inspira en la pregunta que se formulaba NOLAN-HALEY en 2012, al hilo de las reformas emprendidas en Europa para la implantación de la mediación y otros ADR, sobre si la mediación estaba monopolizando el discurso de acceso a la Justicia, y esta se estaba deslizando por el camino de las primulas —un camino alegre y placentero que lleva a la propia destrucción—, y ello sin recurrir al estudio comparado de lo que ocurrido en otras jurisdicciones, esencialmente en EE.UU., pero también en el Reino Unido, donde el debate sigue abierto después de décadas, o en Italia. En España hay pocas dudas sobre qué es lo que pasará, porque hay pulsiones muy definidas a favor de la imposición de la mediación, o más ampliamente de los ADR/MASC, que permiten anticiparla, pero es indiferente porque el debate seguirá abierto, al margen del inmediato devenir legislativo.

Por dicha razón es necesario el estudio del conflicto o controversia, y de su gestión o solución a través de los medios ADR/MASC, en relación con la solución jurisdiccional; de lo que ha ocurrido en el derecho comparado, con perspectiva histórica y actual, de los intentos para su implementación en Europa y España, de su indudable fracaso (no solo en relación con las expectativas), y de cómo se quiere enmendar a través de su imposición, justificándolo en razones coyunturales, apelando al valor taumatúrgico de las palabras (todo es «justicia», deliberativa por demás) y a la responsabilidad de los consumidores del «servicio público de Justicia», que no ciudadanos que acuden a un Poder del Estado frente a otros ciudadanos o frente al mismo Estado; y todo ello para no afrontar los verdaderos problemas, estructurales y de falta de medios, que dificultan o impiden el acceso a la Justicia. Es posible anticipar su fracaso. Y no se trata de profetizar, se trata de la constatación de que lo que ya ha ocurrido volverá a ocurrir, hoy como ayer.

Se ha anticipado la razón de ser del título, y de este trabajo, que es atemporal en cuanto defensa de la libertad (responsable, sí, pero libertad) y del derecho de acceso a la Justicia, entendida esta en su recto sentido, como forma de solución

de conflictos o controversias a través de una resolución motivada y fundada en Derecho, dictada por un juzgado o tribunal del Estado, afirmando públicamente el Derecho. Que se pueda llegar a una solución justa a través de otros medios, no cambia la naturaleza de la cuestión. Que la solución dictada por un tribunal pueda no ser «justa» en determinados casos, y no quepa remediar la injusticia a través de los recursos ordinarios, extraordinarios u otros medios previstos, tampoco. Será un problema que resolver, pero no la cuestión.

La cuestión es que hay que hacer algo, porque hay un problema que hay que resolver, pero no es indiferente el qué se haga para resolverlo, y como en la deliciosa conversación entre Alicia y el Gato en la obra de Lewis Carroll, *Alicia en el País de las Maravillas*, todos los caminos conducen a algún sitio, con tal de que andemos lo suficiente, pero, si no es indiferente —y en materia de Justicia no debe serlo—, la elección del camino adecuado requiere conocer previamente a dónde queremos llegar.

Se anticipan también en las siguientes líneas el objeto de este trabajo, el estudio del conflicto, las formas de prevenir, manejar o resolverlos, los ADR/MASC, los beneficios que se le atribuyen y que conlleva su utilización (que no tienen por qué coincidir); las iniciativas para promocionar su utilización, y los errores cometidos o por cometer, sin tener en cuenta las relaciones entre proceso civil y sistemas ADR/MASC; las peculiaridades e idiosincrasia de aquellos países de donde se quieren importar ciertas prácticas e instituciones, y nuestra propia historia, en Europa y España. Nadie escarmienta en cabeza ajena, se dice, ni en generación ajena, cabría añadir, y parecemos condenados a repetir iguales errores a fuer una supuesta superioridad frente a quienes nos precedieron.

Con la palabra conflicto se designa la existencia de una situación que tiene su origen en una confrontación de intereses, percepciones o actitudes entre dos o más partes, y es, sin duda, una realidad intrínseca a la propia existencia (no solo humana), tan extendida y universal que requiere una cantidad ingente de recursos para tratar de prevenirlos, gestionarlos cuando nacen, y para resolver o solucionar las controversias que se puedan suscitar, tanto de las personas directamente implicadas como de otras personas o instituciones —abogados, conciliadores, mediadores, negociadores profesionales, laboratorios, expertos en las más diferentes materias, jurídicas o técnicas, letrados de la Administración de Justicia, árbitros, jueces, etc.—, cuya función es ayudarles a encontrar y proponer la forma de resolverlo o, en su caso, imponer una solución.

Prevenir, manejar, resolver o solucionar conflictos, son conceptos distintos, que se refieren a formas distintas de afrontarlos¹. Entre ellas encontramos

¹ Distingue Juan Carlos Betancourt entre «prevenir» un conflicto (*dispute prevention*), que está relacionada con todas aquellas medidas dirigidas a evitar el nacimiento de un conflicto, de «manejar» un conflicto, (*dispute management*, relacionado con la selección del mecanismo o combinación de ellos más adecuado para terminar con un conflicto, bien mediante su

aquellas que, con la finalidad de prevenir o resolver un conflicto, están basadas en la avenencia, como son la negociación, la mediación, o la conciliación, en cuyo seno se pueden utilizar otros medios, como el dictamen o la opinión neutral de un experto independiente. Son los tradicionalmente denominados medios «autocompositivos», esto es, aquellos en los que son las mismas partes en conflicto las que, con la intervención o no de terceros, tratan de encontrar por sí mismas la forma de resolverlo. Frente a ellos estarían los medios «heterocompositivos», que son aquellos en los que es un tercero ajeno a las partes en conflicto quien soluciona la controversia. Así sucede en los casos en los que se recurre a los tribunales, jurisdiccionales o arbitrales, para que, siguiendo unas pautas procedimentales que respetan unos principios básicos —audiencia, igualdad, contradicción, etc.— y que están sometidos a un escrutinio continuo a través de los recursos y la publicidad que tratan de garantizar su debida aplicación, dictan una resolución que termina definitivamente con la controversia, una resolución que es ejecutable y con efectos de cosa juzgada. Y, además, hay una gran variedad de medios, mixtos o híbridos, que, con fundamento en la disponibilidad y la autonomía de la voluntad, se pueden disponer de forma sucesiva, complementaria o alternativa, respondiendo así mejor a la naturaleza y complejidad propia de cada controversia.

A nuestros efectos, sin embargo, y desde el punto de vista del «manejo» para la solución de conflictos, en el que los abogados asumen un papel principal, vamos a distinguir entre la jurisdicción y todo el resto de medios alternativos de solución (conocidos generalmente como ADR, por el acrónimo inglés de *Alternative Dispute Resolution*, o más recientemente *Appropriate Dispute Resolution*) que son todos aquellos que se presentan inicialmente como alternativos a su solución mediante el recurso a la jurisdicción, aunque terminen propugnándose como complementarios de esta, y hasta como una «justicia alternativa»², otra forma de justicia que debe

«resolución» (*dispute resolution*), que está relacionado con aquellos que permiten a los sujetos participar de forma directa o indirecta en la toma de decisiones que pondrá fin al conflicto, o mediante su «solución» (*dispute settlement*), en el que la facultad decisoria para la terminación de un conflicto se deja en manos de un tercero. BETANCOURT, J.C. «Reexaminando la noción de resolución alternativa de disputas (ADR) en el contexto del derecho de acceso a la justicia “no jurisdiccional”», *Cuadernos de Derecho Transnacional*, Vol. 10, N.º 2, octubre 2018, pp. 221-222.

² El Informe del CGPJ al Anteproyecto de Ley de Mediación en asuntos civiles y mercantiles, de 19 de mayo de 2010, señala que «debe quedar claro que el favorecimiento de cualquier método alternativo de solución de disputas no representa un intento de privatización o externalización de la función jurisdiccional, pues no se trata de suplantar a la Administración de Justicia, sino de complementarla», y afirma que es posible decir que estos métodos constituyen «no tanto una alternativa a la justicia, como una justicia alternativa», y que «el impulso de mecanismos como la mediación obedece a una nueva concepción del acceso a la justicia, beneficiosa para lograr tanto una mayor agilidad en la solución de los conflictos como un mejor funcionamiento de la Administración de Justicia». Disponible en: <https://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Temas/Mediacion/Publicaciones/Mediacion-Civil-y-Mercantil/Informe-al-Anteproyecto-de-Ley-de-mediacion-en-asuntos-civiles-y-mercantiles> [Fecha de acceso: 21-7-2023].

ser garantizada desde el Estado. Entre ellos cabe destacar, y distinguir, en función de la intervención o no de un tercero en la resolución, y, en su caso, de cuál sea esta intervención, entre la negociación, la conciliación, la mediación, y también el arbitraje, como modalidades primarias de resolución de conflictos alternativas a la vía judicial, aunque hay muchas más que suelen consistir en una combinación de varias de esas modalidades primarias.

Algunos de esos medios de solución de controversias tienen honda raigambre en nuestra historia, otros no tanto, pero, en cualquier caso, lo que nos interesa es que se presentaron inicialmente como alternativos al sistema judicial, y han venido suscitando en la Unión Europea y en sus Estados miembros un marcado interés por su desarrollo e implantación, con diferentes argumentos que han demostrado tener un escaso poder de convicción, tal vez por haber olvidado a aquellos a quienes iban dirigidos.

Se ha argumentado a su favor el beneficio directo que supone su práctica para los ciudadanos, facilitando lo que se ha venido a llamar una «cultura de la paz», a la que se llegaría por la propia bondad de estos sistemas alternativos, y especialmente de la mediación, una vez que fueran conocidos por los ciudadanos. Se trata con ello de cumplir con el objetivo 16 de los Objetivos de Desarrollo Sostenible (ODS) —en particular la promoción de sociedades pacíficas e inclusivas y el acceso a la justicia para todos— frente a lo que se califica como la «cultura del conflicto» o de la «guerra», con la que se quiere identificar la vía jurisdiccional; una vía servida por jueces y abogados que, cual señores de la guerra, blandirían como armas la «retórica abstracta» de los derechos y las leyes frente a los ciudadanos. Se dice que el Estado habría sustraído a las partes la capacidad de solucionar los conflictos por sí mismas, atribuyendo su solución a sus tribunales, y que hay que devolver el conflicto a las partes para que tengan la oportunidad de solucionarlo por sí mismas, a un menor coste económico y personal, y también para las arcas públicas. De hecho, se ha argüido también, el beneficio indirecto derivado de un mejor acceso a la justicia por razón de la reducción de los asuntos que llegarían a su conocimiento. Los asuntos que entran el juzgado son, al parecer, «excesivos» para que la Justicia pueda ser pronta y eficaz, y la causa la encuentran, no tanto en razones estructurales como la secular falta de medios personales y materiales de la Administración de Justicia, que no responden al cambio de circunstancias económicas y sociales experimentado por las sociedades occidentales durante el último siglo, acelerado vertiginosamente en las últimas décadas por razón de la globalización y la revolución tecnológica, sino en la «litigiosidad» de las gentes³ que, en lugar de sentirse protagonistas y

³ Coincidimos en este punto con Julio Sigüenza López, cuando resalta la injusticia de tal afirmación, porque la realidad es que, sin perjuicio de casos patológicos que son la excepción al patrón general, este es que los ciudadanos no acuden a los tribunales por capricho, sino que la «inmensa mayoría de ellos tratan de solventar los problemas que les aquejan al margen del Estado, procuran soluciones razonables con aquellos con los que mantienen alguna diferencia y solo recurren a los tribunales de justicia cuando no tienen otra opción». SIGÜENZA LÓPEZ, J.

responsables de solucionar por sí sus propios conflictos optan innecesariamente en muchos casos —aconsejados por abogados a quienes guían razones bastardas e irresponsables— por su «judicialización», incurriendo en un «uso abusivo» del «servicio público de justicia».

Claro está que puede haber excepciones, pero la gran mayoría de los abogados y abogadas no pueden sentir sino perplejidad, si no abierto rechazo, ante tales afirmaciones —¿cómo no estar a favor de la paz y en contra de la guerra, a favor de soluciones consensuadas (de ser posibles) frente a las incertidumbres de un proceso judicial?— y ante la visión casi apocalíptica de su papel en ese proceso, como «causa» del problema, cuando en realidad es de defensa legal de los derechos e intereses que les confían quienes los consideran vulnerados, ante los tribunales de Justicia, y para solucionar un conflicto conforme a Derecho, esto es, a conforme a las normas de esa sociedad.

La cuestión es que, si bien se afirmaba inicialmente que había que promocionar esos otros medios «alternativos» a la vía jurisdiccional, procurando su desarrollo, e intentando garantizar su calidad para evitar que se percibiera como una vía de segundo nivel para conseguir justicia, lo cierto es que solo desde determinadas concepciones es posible admitir que los ADR/MASC sean «justicia», ni tan siquiera un sucedáneo, ni falta que hace que lo sea. Serán otra cosa, muchas veces incluso mucho más adecuadas para el caso particular que un proceso jurisdiccional, pero no se puede afirmar sin más que sea «justicia», porque la percepción puede ser de fraude, y un par de ejemplos sencillos pueden ayudar a entenderlo. Un empresario puede convenir con otro en que la deuda que este tiene con aquel quede reducida a la mitad, si paga inmediatamente porque precisa de liquidez y su opción es esperar años hasta obtener una sentencia definitiva, que después tal vez resulte infructuosa; un propietario puede convenir con su okupa en pagarle equis miles de euros por abandonar su chalé con piscina en la playa, a condición de que lo hagan antes del verano, porque la opción no es asumible. Puede ser un ejercicio de sus poderes de disposición, como no cobrar o dejar al okupa disfrutar de su vivienda, puede satisfacer sus intereses (en no verse un poco más ahogado, o solo sobrevivir, o en recuperar su casa inmediatamente, y no, con suerte para el verano de 2026, o 2027, o...), como el del deudor en no pagar y el okupa en disfrutar de una casa con sus correspondientes suministros (a cargo del propietario, o de la comunidad cuando se hacen enganches ilegales) u obtener una «compensación» económica, pero nunca podrá afirmarse que eso sea otra forma de «justicia», aunque intervenga un mediador, ni que contribuya en modo alguno a la «pacificación», ni beneficie en modo alguno a la justicia, ni a la economía (por liberarse recursos públicos, una premisa que hay también que cuestionar), ni a la sociedad.

«La negociación eficiente también tiene un coste», *La justicia tenía un precio*, [Dir. HERRERO PEREZAGUA, J.F., LÓPEZ SÁNCHEZ, J.], Atelier, Barcelona, 2023, p. 57.

Además, y no es cuestión menor, está el valor de las resoluciones que emanan de los tribunales, no solo para la solución de las controversias en particular, sino para la afirmación del Derecho, para su interpretación uniforme en el ámbito que resuelve de aplicación (ya sea el Estado o ámbitos más amplios, como la Unión Europea⁴), y hasta su misma conformación en cuanto que la resolución de los casos por los tribunales —algo que nunca ocurrirá como resultado de una negociación, mediación, conciliación u otros ADR/MASC— ayuda al reconocimiento de derechos y a la formación y evolución del Derecho, contribuyendo a la deliberación y al debate jurídico-político⁵, lo que a la vez implica que hay supuestos en los

⁴ En un estudio de investigación para el Parlamento Europeo, sobre las normas mínimas comunes para el procedimiento civil en Europa —*Common minimum standards of civil procedure*, European Added Value Assessment, Annex I— elaborado por *Blomeyer & Sanz* (Magdalena Tulibacka, Margarita Sanz, y Roland Blomeyer), se pone de manifiesto que creciente jurisprudencia del TJUE interpretando la legislación existente en materia procesal civil muestra dos tendencias; una dirigida a dar a los conceptos y principios introducidos por esta legislación una interpretación uniforme, y otra a colmar las lagunas dejadas ella. Ambas están motivadas por la necesidad de una aplicación uniforme de la legislación de la Unión Europea, así como de protección de los derechos fundamentales de los litigantes, y demuestran la necesidad de desarrollar principios, normas y reglas de procedimiento que se entiendan de forma uniforme. Disponible en: [https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2019/642804/EPRS_STU\(2019\)642804_EN.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2019/642804/EPRS_STU(2019)642804_EN.pdf) [Fecha de acceso: 10-8-2023].

⁵ En un capítulo con un sugerente título, *Remaining Europe Through Private Law Adjudication*, sostiene Chantal Mak que los tribunales, al resolver casos civiles, contribuyen a la deliberación en una esfera transnacional (entre tribunales) que incluye diversos puntos de vista jurídico-políticos sobre cuestiones jurídicas privadas, y brindan así un espacio para el desarrollo democrático de nuevas reglas. Esto es, los jueces, al tiempo que deciden sobre los méritos legales del caso, al incluir el razonamiento judicial sobre los aspectos sociales de los casos —a menudo en el lenguaje de los derechos fundamentales— contribuyen al mantenimiento de la deliberación pública sobre lo que debería decir la ley, permitiendo así discursos mucho más amplios sobre el tema en cuestión. Y ofrece, en apoyo de sus tesis, tres ejemplos de sentencias: el caso C-283/11, *Sky c. Österreich*, resuelto por STJUE de 22-1-2013, sobre el modelo desarrollado en torno a la retransmisión de determinados eventos, como en el caso los partidos de la Liga Europea, en el que se confrontaban el derecho a la libertad de empresa (artículo 16), y la salvaguarda de la libertad fundamental de recibir información y la libertad y el pluralismo de los medios de comunicación, garantizados por el artículo 11 de la Carta; el caso C-415/11, *Aziz c. Catalunya Caixa*, resuelto por STJUE de 22-1-2013, que, con la crisis de económica de 2008 de fondo, abrió el debate sobre las cláusulas abusivas en las hipotecas, y su control, y en qué medida la normativa española sobre el proceso de ejecución hipotecaria (artículos 681-698 LEC), no cumplían con el principio de efectividad en la protección de los consumidores; y el caso *Mennesson c. France* (n.º 65192/11), en relación con la denegación de inscripción en el Registro Civil francés de un niño concebido por gestación subrogada en California (EE.UU.), en el que el TEDH, reconociendo el derecho de los Estados a regular en la forma que consideren conveniente la gestación subrogada, sostuvo que el interés superior de los niños exigía que la relación biológica con su futuro padre debía ser reconocida. MAK CH., «Reimagining Europe Through Private Law Adjudication», *Civil Courts and the European Polity. The Constitutional Role of Private Law Adjudication in Europe* (Edit. MAK, CH, KAS, B.), Hart Publishing, Oxford (UK), 2023, pp. 63-77.

que no es posible o simplemente no conviene alcanzar acuerdos, cuyo alcance es intrínsecamente limitado⁶.

Afirmado lo anterior, ello no supone obstáculo alguno para reconocer la utilidad que pueden tener esos otros medios para la solución de controversias y, descartada la aceptación generalizada del recurso a la mediación —paradigma y punta de lanza en la Europa continental de los ADR— por su sola bondad intrínseca, como de una forma un tanto cándida se pretendió inicialmente por partidarios de la mediación, también parece claro que no cabe fiarlo todo al simple conocimiento por los ciudadanos de su existencia.

El problema es que, planteado qué hacer, se recurre a una disyuntiva falaz entre no hacer nada, la denominada alternativa cero, o imponer como obligatorio el recurso a la mediación u otro medio de solución de controversia como presupuesto del proceso⁷.

A este respecto, es inadmisibles que, como se viene pidiendo insistentemente desde algunos foros de mediación, la única alternativa real contemplada sea su imposición, aunque sea en versión mitigada, o la penalización del recurso a los tribunales de justicia. Hay que cuestionar dicha propuesta desde el momento en que está en franca contradicción con las bondades y el éxito que le atribuyen a la mediación, y con sus propios postulados ideológicos de voluntariedad y de devolución del conflicto a las partes, pero también por su dudosa utilidad práctica, aun cuando conviniéramos en que, pese a todo, el pragmatismo economicista debe considerarse un principio rector esencial. Es un problema de falta de «cultura de la mediación», dicen, la letra con sangre entra, al parecer, y al fin todo es por nuestro bien y el de la Humanidad, aunque todavía no seamos capaces de entenderlo. Ello no tendría mayor relevancia si no fuera porque tales propuestas son asumidas

⁶ Por ejemplo, cuando el interés de una de las partes solo se puede satisfacer con la victoria completa, sea en los tribunales o por capitulación del otro litigante, y supuestos en los que una de las partes desea crear un precedente legal duradero, utilizando el litigio a tal fin, o desea conseguir una reputación que le evite futuros litigios, o utiliza el proceso judicial con fines estratégicos de mayor alcance. MNOOKIN, R.H., PEPPET, S.R., TULUMELLO, A.S., *Resolver conflictos y alcanzar acuerdos. Cómo plantear la negociación para generar beneficios*, Gedisa, Barcelona, 2003, pp. 142-143.

⁷ Así se recoge en la Memoria del Análisis de Impacto Normativo (MAIN) del Anteproyecto de Ley de Medidas de Eficiencia Procesal del Servicio Público de Justicia, cuando señala en el punto 1.2, cuando señala que no existe alternativa regulatoria a la propuesta, dado que las normas que rigen el derecho procesal son normas de derecho necesario, y que se ha valorado la alternativa «cero», esto es la inactividad normativa, bajo la premisa de que la opción de «no hacer nada» es en todo caso una alternativa que debe considerarse. Claro está que esa alternativa deber ser considerada, y que las normas de derecho procesal son normas de derecho necesario, pero de ahí solo se sigue la necesidad de modificar la ley procesal, no de la modificación propuesta. Memoria del Análisis de Impacto Normativo disponible en <https://www.mjusticia.gob.es/es/AreaTematica/ActividadLegislativa/Documents/5%20Memoria%20Proyecto%20de%20Ley%20Eficiencia%20Procesal.pdf> [Fecha de acceso: 21-7-2023].

de forma acrítica cuando no impulsadas por gobiernos, inspirados en la máxima del despotismo ilustrado, *tout pour le peuple, rien par le peuple*, y porque sigue latiendo una vieja pulsión por la imposición de un medio alternativo de solución de controversias como presupuesto para el inicio de un proceso judicial. Se trata de una obligatoriedad que creíamos afortunadamente enterrada con la reforma de la LEC en 1984, que eliminó el requisito de la conciliación obligatoria previa para poder acudir a los tribunales por razón de su evidente y constatado fracaso, pero que trata de reaparecer —«renovada», o más bien, «reanimada» pero en esencia la misma— en cuanto tiene ocasión.

Así sucedió con el anteproyecto de 19 de mayo de 2010, después transformado en Proyecto de Ley de Mediación en asuntos civiles y mercantiles de 2011, publicado en el Boletín Oficial de las Cortes Generales el 29 de abril de 2011⁸ —estando ya prácticamente vencido el plazo para incorporar en nuestro ordenamiento la Directiva 2008/52/CE—, que, si bien en el apartado 1 del artículo 7 establecía la voluntariedad de la mediación, lo hacía sin perjuicio de la obligatoriedad de su inicio cuando así lo previera la legislación procesal, modificando la LEC para recoger como causa de inadmisión de la demanda no haber intentado mediaciones o conciliaciones exigibles, estableciendo su obligatoriedad en los juicios verbales de reclamación de cantidad —esos molestos asuntos de pequeña cuantía que entretienen a nuestros jueces de asuntos más elevados—, y presumiendo la temeridad, a efectos de imposición de las costas del proceso, en caso de inasistencia de una parte a la sesión informativa de sobre la mediación. El proyecto no salió adelante, afortunadamente, por las ampliaciones de plazos para la presentación de enmiendas y la convocatoria anticipada de elecciones generales para el 20 de noviembre de 2011, con la consecuente disolución del Congreso de los Diputados por finalizar la IX legislatura.

Otro tanto ocurrió con el Anteproyecto de Ley de Impulso de la Mediación, aprobado en Consejo de Ministros de 14 de enero de 2019 (APLIM), que imponía la mediación extrajudicial como presupuesto del proceso en determinados supuestos caracterizados por existir un trato habitual entre las partes, por la elevada discrecionalidad del juez, o por su escasa relevancia, permitía ordenar judicialmente la derivación a mediación intrajudicial en primera e incluso en segunda instancia, y que comprendiera, además de la sesión informativa, una «sesión exploratoria» del conflicto, de modo que el mediador pudiera evaluar la controversia, el posicionamiento inicial de las partes, y la idoneidad de la mediación. La convocatoria de elecciones anticipadas para el 28 de abril de 2019 puso fin a la XII legislatura, y terminó con el proyecto.

⁸ Boletín Oficial de las Cortes Generales, Congreso de los Diputados N.º 122-1, de 29 de abril de 2011. http://www.congreso.es/public_oficiales/L9/CONG/BOCG/A/A_122-01.PDF [Fecha de acceso: 21-7-2023].

Y, como no hay dos sin tres, lo mismo ha vuelto a suceder con el Proyecto de Ley de medidas de eficiencia procesal del servicio público de Justicia, de 22 de abril de 2022 (PLMEP) —que, pese a las numerosas críticas en buena parte merecidas, tenía al menos la virtud de tratar de superar la dicotomía entre mediación y jurisdicción, y de hacer partícipe a la abogacía— como consecuencia de la convocatoria de elecciones generales anticipadas para el día 23-7-2023, y el fin precipitado de XIV legislatura.

Lo cierto es que la alternativa cero, esto es, no hacer nada, —a la que se refería la Memoria de Impacto Normativo de este último Proyecto de Ley— no es en realidad una verdadera alternativa para evaluar la imposición de cualquier medio para la solución extra jurisdiccional de conflictos, y esta tampoco; pero no tanto porque pueda suponer una restricción del derecho de acceso a los tribunales, como parte del derecho constitucional a la tutela judicial efectiva —que no lo será siempre que dicha imposición sea proporcionada y, efectivamente no la implique, claro está⁹—, sino porque no es útil, no es práctica, porque no sirve al fin pretendido, si este es que los ciudadanos resuelvan sus conflictos a través de la mediación u otros medios distintos de la jurisdicción.

Descartada la falsa disyuntiva planteada, aceptando que algo hay que hacer, rechazando que dé igual qué sea ese algo que haya que hacer, y puesto que es forzoso pensar que se volverá a intentar imponer ese requisito del recurso previo a un ADR/MASC como presupuesto de inicio del proceso jurisdiccional, si no directamente a la mediación sin contemplar otras opciones, es inevitable examinar qué se ha hecho en los países en los que se han implantado esos sistemas alternativos, y han tenido éxito, si es que se puede calificar de éxito el simple hecho de su implantación.

Y es que se suele traer a colación el éxito que los sistemas ADR/MASC, y la mediación entre ellos, han tenido en los países anglosajones, en particular en los Estados Unidos de América (EE.UU.), pero también en Gran Bretaña, países en los que es cierto que existe una fuerte implantación de estos sistemas, y solo un porcentaje muy pequeño de los asuntos que llegan a los juzgados (entre el 3% y el 8%) son finalmente resueltos mediante una sentencia, atribuyéndose a

⁹ En este sentido se manifestaba nuestro Tribunal Constitucional, en relación con la conciliación previa en el procedimiento laboral, pero el mismo principio sería aplicable a la mediación o a cualquier otro ADR/MASC que se impusiera como presupuesto para recurrir a la jurisdicción. La STC 75/2001, de 26 de marzo, señala que es «preciso recordar que el trámite pre-procesal de intento de conciliación previa en el procedimiento laboral (artículo 63 LPL) tiene por finalidad posibilitar, antes de iniciarse el proceso, un acuerdo que lo evite, con las naturales consecuencias de celeridad y de ahorro de energía procesal (por todas, STC 354/1993, de 29 de noviembre [RTC 1993, 354], F. 4), y que, según ha manifestado reiteradamente este Tribunal, resulta compatible con el derecho a la tutela judicial efectiva (artículo 24.1 CE) porque, ni excluye el conocimiento jurisdiccional de la cuestión controvertida, al suponer simplemente un aplazamiento de la intervención judicial, ni se trata de un trámite desproporcionado o injustificado, al procurar una solución extraprocesal de la controversia que beneficia tanto a las partes como al sistema judicial (por todas, STC 217/1991, de 4 de noviembre [RTC 1991, 217], F. 5)».

una mayor «cultura de la mediación» de la que careceríamos. Pero no puede afirmarse *a priori*, sin mayores cuestionamientos, ni que eso sea así, ni que sea un éxito en términos de eficacia y eficiencia, no solo privada sino también pública, algo que también es una premisa que habría que justificar, porque no está nada claro que sea así. Y tampoco se puede pretender entenderlo al margen de las características e instituciones propias del sistema procesal civil y del modelo de justicia norteamericano, desde donde se ha exportado a otros países; se trata de un sistema que por sus particularidades ha llegado ser denominado como el *American Way of Law*, que habrá que poner en relación con las características, principios e instituciones que rigen en general en los sistemas procesales civiles europeos-continenciales, aun cuando no sea posible hablar de un proceso europeo continental. El estudio de la evolución de los sistemas procesales civiles continentales a partir de los modelos francés y austriaco-alemán, y el estudio de los antecedentes del sistema procesal civil español, como siempre que se recurre a la historia, nos puede deparar sorpresas, algunas «deliciosas», y llevarnos a la conclusión, como al personaje de «El lector», de que no hay ni evolución ni progreso en la historia del Derecho, que todo es un nuevo recomenzar desde el mismo principio del que se ha partido¹⁰.

Existe una estrecha vinculación entre los sistemas ADR y el proceso civil en el sistema norteamericano de resolución de conflictos, y es que no se pueden explicar el uno sin el otro, en atención al fundamento, principios y fines que inspiran la misma existencia del proceso, lo que nos permite anticipar con cierta seguridad —aunque sea un postulado que habrá que comprobar— que no se puede pretender una implantación, exitosa al menos, en el buen sentido de la palabra, de los sistema ADR en Europa y en España de espaldas al proceso judicial, y por lo que a nosotros atañe, al proceso civil.

Y existe también una estrecha vinculación entre sistemas ADR y ejercicio del poder judicial por cuanto, en gran medida, su implementación real se debe a una concepción del papel del juez y de la función de los juzgados civiles en la resolución de conflictos, que están muy alejadas de sus respectivas funciones tradicionales,

¹⁰ Reflexiona el personaje, Michel Berg, sobre cómo se funden el pasado y el presente en una sola realidad vital, y dice: «La primera vez que disfruté de veras fue cuando empecé a estudiar las legislaciones y proyectos de ley de la época de la Ilustración. Eran textos animados por la fe en la bondad innata del mundo, y por lo tanto en la posibilidad de regular formalmente esa bondad. Me llenaba de gozo ver cómo de esa fe surgían postulados del buen ordenamiento social, que después se reunían en leyes que tienen belleza, una belleza que es la única prueba de su verdad. Durante mucho tiempo creí que existía el progreso en la historia del Derecho, y que, a pesar de los terribles encontronazos y retrocesos, podía apreciarse un avance hacia una mayor belleza y verdad, racionalidad y humanidad. Desde que sé que esa creencia es quimérica, manejo otro concepto de la andadura de la historia del Derecho. La veo encarada hacia un objetivo, pero ese objetivo, al que se llega por un camino sembrado de obstáculos, malentendidos y deslumbramientos, es el mismo principio del que se ha partido, y del que, apenas ha llegado, debe volver a partir». SCHLINK, B. *El lector*. Anagrama, Barcelona, 2020, pp. 170-171.

y también de la concepción tradicional del proceso en los sistemas continentales. Se trata de una profunda transformación que es susceptible de haber producido cambios, tanto en la percepción —no solo por parte de los justiciables, sino también de los abogados— como en la propia naturaleza de los ADR, y a dicho proceso no ha sido ajena la creación de los programas de mediación anejos al juzgado (*Court Annexed Program*), y la redefinición de dos principios básicos de la mediación, como son la voluntariedad y la neutralidad.

Es necesario, pues, examinar en qué medida eso es así, a través del estudio de la historia y la evolución de los diferentes sistemas procesales, de sus influencias recíprocas, y de lo que significa la legalidad y la realización de la Justicia. Y ello habrá que hacerlo fundamentalmente a través del examen del papel otorgado a las partes y al juez respecto al objeto del proceso, tanto por lo que se refiere al principio dispositivo, como al conocimiento, aportación y prueba de los hechos, al conocimiento y aplicación del Derecho, a los costes implicados en un proceso y la posibilidad de reintegrarse de ellos, en relación con el funcionamiento, problemas que plantean y el coste de los sistemas de resolución alternativos —que no son gratis— y también a la mayor o menor dificultad de acceso los tribunales y el tiempo, respuesta y efectividad, tanto de las resoluciones judiciales como de los acuerdos conseguidos a través de sistemas ADR/MASC.

Se trata de cuestiones en buena medida procesales que, *a priori*, no parecen indiferentes a la hora de valorar el recurso a los ADR/MASC, si se quiere que estos tengan éxito en la resolución de conflictos, y la razón es sencilla: cualquier valoración de cómo resolverlos, para que sea completa, tiene que contemplar la opción del recurso a la vía judicial; y es más, como afirmaba TARUFFO, «la existencia de una justicia pública accesible y eficiente es, además, condición necesaria para que se plantee de forma correcta el problema de los métodos alternativos de resolución de las controversias»¹¹.

En todo caso habrá que examinar si, pese a todo ello, la implementación de esas medidas ha sido un éxito o no para descongestionar los juzgados, y solventar el problema de los retrasos en la administración de Justicia, aunque sea esta una cuestión que debería ser ajena al debate sobre el desarrollo e implementación de sistemas ADR/MASC. Se trata de un éxito que ya podemos anticipar que es cuestionable, desde el momento en que, implantados con éxito esos sistemas en Estados Unidos, e Inglaterra y Gales, de forma que solo un pequeño porcentaje de asuntos llegan a ser resueltos mediante sentencia, no parece, a tenor de algunas de las propuestas que se hacen en ámbitos judiciales y académicos, que se haya resuelto el problema de la congestión de los juzgados y tribunales, y de los retrasos en la solución de litigios.

¹¹ TARUFFO, M. «Una alternativa a las alternativas: modelos de resolución de conflictos», *Páginas sobre Justicia Civil*, Marcial Pons, Madrid, 2009, p. 125.

Las respuestas que obtengamos nos permitirán, junto con el análisis de lo que se está haciendo, en Europa y en España, examinar si estamos en el buen camino para la implantación efectiva de la mediación y de otros sistemas ADR/MASC, en la medida en que aceptemos que ello es bueno y deseable, o qué medidas se podrían adoptar para incentivar la valoración y recurso voluntario a dichos medios.

CAPÍTULO II. - DEL CONFLICTO A LA CONTROVERSIA, O VICEVERSA. CONCEPTOS Y CAUSAS

1. SOBRE EL CONFLICTO Y LAS VARIAS FORMAS DE ENFOCARLO Y AFRONTARLO

La palabra «conflicto» es, sin duda, una de las que con más frecuencia escuchamos en todos los ámbitos de nuestra existencia, y en cualquier forma de organización social¹². Los conflictos son una realidad universal, implícita en la misma existencia de todos los seres vivos, de los que los seres humanos no somos excepción, han existido siempre, y son consecuencia de una multiplicidad de causas y variables que están presentes en todas las épocas y en todas las comunidades.

Pero el conflicto es, además, un «proceso interactivo» que se da en un contexto determinado, y por lo mismo se trata de una construcción social, una creación humana, diferenciada de la violencia (puede haber conflictos sin violencia, aunque no violencia sin conflicto), que puede ser positivo o negativo, según cómo se aborde y cómo termine, con posibilidades de ser conducido, transformado y superado por las mismas partes, con o sin la ayuda de terceros ajenos al mismo. El conflicto es, también, un proceso que afecta a las actitudes y comportamientos de las partes, en el que, como resultado, se dan disputas que suelen ser el resultado de un antagonismo o una incompatibilidad entre dos o más partes, como resultado complejo de diferentes valoraciones, intereses, pulsiones instintivas, afectos, creencias, etc., y se manifiesta en una insatisfacción o desacuerdo sobre

¹² Sobre las comunidades de propietarios, como un ámbito especialmente propicio para que se produzcan las más variadas controversias y conflictos entre los más diversos actores (propietarios, inquilinos, comunidad, administraciones públicas, empresas de servicios, trabajadores, etc.), en todas las jurisdicciones ordinarias, y, por lo mismo, para los ADR/MASC, *vid.* MARTÍNEZ PALLARÉS, J.I., «Templar gaitas, y otros medios más adecuados de solución de controversias en las comunidades de propietarios», *La Ley. Mediación y arbitraje*, N.º 15, abril 2023, La Ley.

cosas diversas que puede afrontarse con diferentes respuestas, que van desde la negociación con el adversario al uso de la violencia para tratar de destruirlo¹³.

Se trata de una realidad tan extendida y universal que requiere de una cantidad ingente de recursos para resolverlos, hasta el punto de que, como recuerda VINYAMATA CAMPS¹⁴, se podría afirmar que mientras media humanidad se dedica a la producción de bienes de uso y consumo, la otra mitad, desde diferentes perspectivas y denominaciones (abogados, jueces, políticos, sociólogos, politólogos, psicólogos, médicos, religiosos, militares, policías, filósofos, etc.) dedica su actividad profesional, de forma directa o indirecta, a tratar de comprender la significación, causas y motivos de los conflictos, y a encontrar y proponer, o en su caso imponer, soluciones.

A pesar de tratarse de una realidad tan común y variada, o precisamente por dicha razón, no es fácil dar un concepto de lo que sea un conflicto y, muchas veces, cómo se defina depende de la perspectiva o de la disciplina desde la que se aborde.

De la definición dada por el Diccionario de la Lengua Española (DLE)¹⁵ podemos deducir algunos de sus rasgos esenciales, a los efectos que nos ocupa, y son la existencia de un problema, cuestión o materia que es objeto de discusión, que puede alcanzar diferentes niveles, llegando al combate lucha o pelea, y que puede afectar a dos o más personas o grupos de personas, organizadas o no, y por extensión a toda la sociedad.

Se puede observar también que sus acepciones tradicionales tienen connotaciones negativas, por lo que comporta de violencia e irracionalidad, y, por dicha razón, es algo que se trata de evitar a todo trance, previniendo las causas o solucionándolas de la forma más rápida posible. Dicho concepto tradicional, sin embargo, se abandona en cierta forma en el ámbito laboral cuando se refiere

¹³ FISAS ARMENGOL, V., *Cultura de paz y gestión de conflictos*, Icaria, Barcelona, 1998, pp. 29-30.

¹⁴ VINYAMATA CAMPS, E., «Introducción a la conflictología», *Mediación, arbitraje y resolución extrajudicial de conflictos en el siglo XXI. Arbitraje y resolución judicial de conflictos Vol. 2* [Coord. GARCÍA VILLALUENGA, L., TOMILLO URBINA, J.L., VÁZQUEZ DE CASTRO, E., FERNÁNDEZ CANALES, C.], Madrid, Edit. Reus, 2010, pp. 183-194.

¹⁵ La palabra «conflicto» (del latín *conflictus*, formado por el prefijo con-, que implica convergencia, unión, y del participio de *fligere*, es decir, *flictus*, que significa golpe o ataque), tiene los varios significados: «1. m. Combate, lucha, pelea. U. t. en sent. fig. 2. m. Enfrentamiento armado. 3. Apuro, situación desgraciada y de difícil salida. 4. m. Problema, cuestión, materia de discusión. 5. m. Psicol. Coexistencia de tendencias contradictorias en el individuo, capaces de generar angustia y trastornos neuróticos. 6. M. desus. Momento en que la batalla es más dura y violenta». Y, adicionalmente, se refiere a la expresión «conflicto colectivo» como: 1. m. En las relaciones laborales, conflicto que enfrenta a los trabajadores, a través de sus representantes, con los empresarios. Afecta a una empresa o a un sector económico y su resolución tiene efectos generales». REAL ACADEMIA ESPAÑOLA: *Diccionario de la lengua española*, 23.^a ed., [versión 23.6 en línea]. En: «<https://dle.rae.es>» [Fecha de la consulta: 23-7-2023].

al «conflicto colectivo», aceptando, explícitamente al menos, un enfoque más moderno extensible a otros ámbitos. Se trata de una nueva visión que concibe el conflicto, no solo como un proceso natural dentro de las relaciones humanas, inevitable pero no necesariamente negativo porque su gestión puede tener efectos positivos generales, sino hasta necesario, pudiendo ser conveniente fomentarlo o estimularlo, en un grado razonable y manejable —con un «enfoque interactivo»—, porque al incentivar la creatividad, la reflexión y la eficiencia en la toma de decisiones, las soluciones alcanzadas son percibidas como un logro de todas las partes en conflicto y tienden a perdurar más en el tiempo, al ser más difícil que se produzca un cierre en falso del conflicto y su reaparición cuando se plantee una nueva ocasión para ello¹⁶.

Dentro de esta última concepción, interactiva y positiva del conflicto, se afirma que el problema no es el conflicto, que es un concepto que en sí mismo no debe tener una significación peyorativa pese a lo que implica de confrontación, sino la gestión que se haga del mismo, de la que pueden resultar aspectos positivos para todos los implicados¹⁷.

Abundando en esta misma idea afirma REDORTA que el conflicto tiene aspectos positivos normalmente infravalorados, puesto que puede «producir

¹⁶ A estos enfoques se refiere Pedro María Garcíandía González cuando se refiere a tres distintos enfoques: «A) Enfoque tradicional. Tuvo su vigencia en las décadas de los años treinta y cuarenta del siglo pasado y defendía la idea de que todo conflicto es malo, equivale a violencia, destrucción e irracionalidad por lo que hay que evitarlo, en la medida que afecta negativamente a las personas, grupos y organizaciones. Este enfoque sostiene que para prevenir o resolver el conflicto hay que atacar sus causas, la mala comunicación y la falta de confianza. B) Enfoque de relaciones humanas. Desde finales de la década de los cuarenta y hasta la de los setenta, este enfoque sostuvo que los conflictos en las relaciones humanas son un procedimiento natural, inevitable y no siempre negativo. Hay que aceptar el conflicto como tal, ya que puede ser beneficioso para determinadas personas o grupos. C) Enfoque interactivo. El conflicto no sólo es un fenómeno natural, sino que, como novedad de este enfoque, se sostiene que es conveniente fomentarlo o estimularlo en un grado manejable, ya que incentiva la creatividad, la reflexión y la eficiencia en la toma de decisiones contribuyendo a la idea del logro». GARCÍANDÍA GONZÁLEZ, P.M., *Materiales para la Práctica de la Mediación*, Aranzadi, Pamplona, 2013, p. 18.

¹⁷ Define Eduardo Vinyamata Camps el conflicto como «confrontación de intereses, percepciones o actitudes entre dos o más partes» y señala que «esta confrontación no debería interpretarse de una manera negativa, ya que los conflictos tienen aspectos positivos que permiten un desarrollo que beneficia a todas las partes implicadas. Cuando los conflictos comportan perjuicios para alguna o todas las diversas partes afectadas se puede concluir que el conflicto en cuestión se encuentra deficientemente gestionado y que eso podría conducir a un enfrentamiento pernicioso». VINYAMATA CAMPS, E., *Manual de prevención y resolución de conflictos. Conciliación, mediación, negociación*, Ariel, Barcelona, 1999, pp. 19, 27 y 137.

Oscar Daniel Franco Conforti, por su parte, citando a Entelman, lo define como «la situación relacional entre dos o más personas en la que cada uno de ellos percibe que sus objetivos son total o parcialmente incompatibles con los del otro». FRANCO CONFORTI, O.D., *Tutela judicial efectiva y mediación de conflictos en España*, Tecnos, Madrid, 2016, p. 57.

innovación, cambio, beneficio a corto, medio y largo plazo, la adaptación de la organización al entorno, etc.»¹⁸ pudiendo concebirlo, como señalan CORSÓN PEREIRA y GUTIÉRREZ HERNANZ, como un obstáculo o dificultad o como una oportunidad para el crecimiento y el cambio, como una situación patológica en la que las afectadas no tienen capacidad de decisión ni de resolución, o como una situación que puede ser resuelta por sus protagonistas¹⁹.

Por dicha razón si quien va a afrontar un conflicto —y también quien lo va a gestionar— tiene una visión peyorativa del término, una visión parcial y limitada de lo que realmente significa, ello conllevará intrínsecamente una limitación de los medios para resolverlo y, consecuentemente, de las mismas posibilidades para gestionarlo, resolverlo, e incluso crear valor y tratar de obtener ventaja en su distribución sin limitarse a un juego de suma cero. Una visión más amplia del concepto, y de las causas que los originan, por el contrario, nos dará también una perspectiva más amplia del problema, y de las posibilidades que existen para gestionarlo, resolverlo de la forma más ventajosa posible y, en su defecto, solucionarlo de la forma menos perjudicial para sus intereses.

Por otro lado habrá que valorar siempre lo que TARUFFO llamaba la alternativa a las alternativas, esto es, el proceso jurisdiccional²⁰, porque nada garantiza que lleguemos finalmente a un acuerdo aunque lo intentemos de buena fe, y pecan de ingenuidad, o yerran de forma más grave, quienes afirman que siempre puede haber una solución positiva al conflicto, lo que simplemente no es cierto; o que el problema es de falta de imaginación (no ha tratado con muchos empresarios u otros actores) o de «cultura» de la mediación (un mantra que desconoce la realidad de su implantación en otros países); o quienes imputan la «judicialización» de los conflictos a intereses particulares de los abogados (problemas de agencia que pueden existir, pero que no cabe generalizar, y que igualmente cabría imputar a otros agentes empeñados en imponer otras soluciones); o que las partes en conflicto, ambas, están interesadas siempre en una solución rápida, sencilla y poco onerosa de su controversia. No es cierto, y quien afirma tal desconoce, tanto la distinta tipología de quienes intervienen en un proceso, como la realidad de una litigación endógena que trae causa de los mismos defectos y carencias del proceso jurisdiccional y de la administración de Justicia, que se aprovechan estratégicamente para encarecer, dificultar, retrasar en lo posible o impedir que se realice el derecho de otro.

Si perder la perspectiva de posibles soluciones creativas y positivas para ambos, puede implicar pérdida de oportunidades para resolver una controversia

¹⁸ REDORTA LORENTE, J., *Gestión de conflictos. Lo que necesita saber*, UOC, Barcelona, 2011, p. 23.

¹⁹ CORSÓN PEREIRA, F., GUTIÉRREZ HERNANZ, E., *Mediación y teoría*, Dykinson, Madrid 2014, p. 10.

²⁰ TARUFFO, M., «Una alternativa.....», pp. 119-120.

de una forma más ventajosa, o el desconocimiento de otros medios adecuados de solución distintos al jurisdiccional puede implicar que no sea la más efectiva y eficiente posible, el empeño en uno u otro al margen de las verdaderas causas de las controversias e intereses en juego no puede ser calificado sino de un grave error que tiene consecuencias, para el respeto a los legítimos intereses y derechos, para la seguridad jurídica, para la realización de la justicia, para la convivencia, en consecuencia, para la economía y para la entera sociedad.

2. SOBRE LOS TIPOS DE CONFLICTO Y SUS CAUSAS Y PATRONES DE DESARROLLO

Las causas de los conflictos, a pesar de la variedad que puedan revestir, son claras y resultan de su misma definición. El ser humano es un ser social por naturaleza cuyos intereses o necesidades —ya sean básicas, como la alimentación, vestido y asistencia médica, la protección y la seguridad, o de tipo afectivo, cooperativo, o más complejas, como aquellas que afectan a la libertad, trascendencia y desarrollo integral del ser humano— dependen, directa o indirectamente, de quienes le rodean, ya sea otra persona o personas, grupos, o la sociedad. Eso quiere decir que, inevitablemente, cuando dos o más personas o grupos persiguen el mismo interés, o tienen o perciben sus intereses o necesidades como opuestos, o existe el temor (fundado o no), a que su satisfacción se vea afectada por los de otra u otras personas o grupos, y no se percibe ni concibe siquiera la colaboración entre ellas, aparecerán las controversias que darán lugar a un conflicto.

Tampoco se puede olvidar el papel que emociones y motivaciones tienen en el nacimiento y desarrollo de los conflictos, y la necesidad de comprenderlas para poder comprender todos los aspectos del conflicto y gestionarlo. Las emociones juegan un papel fundamental en la vida, las reacciones ante un mismo hecho pueden ser distintas en cada persona o momento, y nos dan información sobre lo que es relevante para cada uno²¹; y otro tanto sucede con las motivaciones, en el sentido de las razones, causas o factores internos o externos —el poder, el reconocimiento, la revancha, etc.— que determinan la acción de una persona, y que, frente a las emociones que afectan al corto plazo, rigen la acción y la toma de decisiones en el largo plazo, y están en la base de muchos conflictos.

Respecto a los tipos de conflictos, son muchas y variadas las definiciones de conflicto, y también las clasificaciones y tipologías a que ha dado lugar su estudio,

²¹ En este sentido Robert Fisher y Daniel Shapiro afirman que es imposible no sentir emociones, hacer caso omiso de ellas tampoco funciona, puesto que afectan al cuerpo, y a la forma de pensar y de comportarse, y afrontarlas directamente, en lugar de concentrarse en las expectativas básicas, es una tarea muy complicada que, si no sabe llevarse bien, puede ser causa de numerosos conflictos, pese a los intereses comunes que puedan existir. FISHER, R., SHAPIRO, D., *Las emociones en la negociación. Cómo ir más allá de la razón en la planificación y desarrollo de las negociaciones*, Granica. 1ª Edición, Barcelona, 2008, pp. 30-34.

en buena medida tributarias, cada una, de la perspectiva y/o disciplina desde la que se aborda, aunque hay que tener en cuenta que los conflictos no aparecen normalmente de forma estructurada, con indicación del tipo al que pertenecen y sus causas, porque su misma dinámica lleva a que estas aparezcan muy a menudo oscurecidas y desdibujadas.

A partir de esta advertencia, cabe distinguir con MOORE entre: 1) conflictos sobre datos, con origen en la falta de información, o su defectuosidad, diferentes opiniones sobre lo que sea relevante, diferentes percepciones o interpretaciones y diferentes formas de valorar esos datos; 2) conflictos sobre intereses, que tienen su causa en una situación de competencia o de intereses en conflicto, sea real o no, porque basta que sea percibida como tal; 3) conflictos estructurales, por razón de pautas de comportamiento o interacción destructivos, de la desigualdad en el control, la propiedad o la distribución de recursos, la desigualdad en el poder y en la autoridad, factores geográficos, físicos o ambientales que estorban la cooperación, o restricciones de tiempo; 4) conflictos de valores, que tienen su causa en diferencias de criterio al evaluar las ideas o comportamientos, la existencia de metas intrínsecamente excluyentes, o las diferencias en los modos de vida, ideología o religión; y 5) los conflictos de relaciones, causados por la presencia de emociones intensas, percepciones erróneas o estereotipadas, la comunicación mediocre, errores de comunicación, o comportamientos negativos repetitivos²².

Más exhaustiva es la clasificación elaborada por REDORTA, a partir de la determinación del patrón o patrones que aparecen como dominantes en un conflicto, lo que le sirve para ubicarlo en un determinado marco que se puede utilizar para pensar en la forma de intervenir, al eliminar los problemas que produce la casualidad y, por repetición y diferencia, establecer prototipos de conflictos cuyo tratamiento posterior puede ser estandarizado, lo que puede ser de indudable utilidad, tanto para el desarrollo de sistemas ODR como, en general, para la gestión y resolución de conflictos²³.

²² MOORE, C., *El proceso de mediación. Métodos prácticos para la resolución de conflictos*, Granica, Buenos Aires, 1995, pp. 62-63.

²³ Según Josep Redorta siempre que disputamos lo hacemos siguiendo alguno o algunos de los siguientes patrones, que identifica con la forma que adopta el conflicto, y que permiten distinguir entre: conflictos que afectan al «ser» como son los de (1) autoestima (2) valores, (3) identidad y (4) de información, es decir; conflictos que afectan al «seguir», (5) por razón de expectativas, (6) de inadaptación, (7) de atribución, y (8) de inhibición; conflictos sobre el «conseguir», (9) por razón de poder, (10) de normas (o conflictos normativos), (11) de incompatibilidad personal persistente, y (12) de legitimación; y conflictos que afectan al «mantener», que pueden producirse (13) por razón de recursos escasos, (14) por razones estructurales, (15) de intereses, y (16) por razones de inequidad. A partir de esa clasificación se construye lo que denomina el autor *CONFLICT ANALYSIS TIPOLOGY* (CAT), una herramienta de clasificación de los tipos «cuasi puros» posibles de conflicto, cuya base es la reiteración de tipos de conflictos que se convierten en típicos. Ello permite extrapolar y anticipar en cada caso el posible comportamiento y evolución de un conflicto y, a partir de la

En cualquier caso podemos afirmar que, dejando al margen los conflictos irracionales, para los que no existe una causa justificada, cualquier conflicto se produce como consecuencia de una confrontación de intereses, percepciones o actitudes entre dos o más partes, que estarán relacionados siempre con factores como los recursos, el poder, la identidad, o los valores, y en los que cada una de las partes implicadas tratará de buscar la solución que mejor se adecue a su intereses.

Una vez producido el conflicto éste entra en una dinámica que es previsible, como una obra de teatro en tres actos, con su planteamiento, nudo y desenlace.

En el primero se produce una escalada del conflicto, en el que se entra en un círculo vicioso de acción y reacción, que adopta la forma de una escalera que en muchos casos conlleva una ampliación del conflicto, que pudo empezar por una controversia más o menos concreta, pero a la que se van sumando nuevos elementos y problemas, que a veces no son sino viejos problemas no debidamente resueltos, que van complicando progresivamente su resolución puesto que el resultado es un antagonismo personal con la otra parte, porque en vez de criticar la conducta concreta de una persona y centrarnos en el problema compartido, se ve a la totalidad de la otra persona como el verdadero problema²⁴. Se producen entonces fenómenos como la desinhibición de la agresión, que va creciendo en gravedad, la imágenes especulares (atribución de cualidades positivas a sí mismo, y las correlativas negativas al contrario), las profecías autocumplidas, al provocar con el propio comportamiento, que anticipa la reacción contraria, esa misma reacción que confirma la concepción falsa original, la percepción o atención selectiva de la información que se recibe, o la distorsión atributiva a la hora de explicar la conducta de la otra parte, que lleva a atrapar a las partes en el conflicto. En el segundo acto el conflicto llega a su clímax, y se produce un estancamiento o un enconamiento de éste, y es en el tercero y último en el que se dan los movimientos necesarios para su resolución, bien desandando el camino andado, tratando de inducir y favorecer los comportamientos y actitudes contrarios a los que generaron el conflicto, como forma de superar las posiciones y abordar los intereses reales de las partes para buscar una solución, bien de otra forma, tomando un atajo que solucione el conflicto.

Esto es lo que habrá que estudiar y comprender en cada caso para gestionar adecuadamente cada conflicto, y para tratar de conseguir que se resuelva de una

obtención de ese patrón o patrones dominantes, enfocar la intervención, al poder determinar el nivel de percepción común que tienen las partes sobre el conflicto. Como apunta el mismo autor, en relación con los sistemas de mediación en línea (sistemas ODR, acrónimo de *Online Dispute Resolution*), se trata de una nueva vía para efectuar un mapa del conflicto a partir de la identificación de uno a tres, como máximo, patrones dominantes del conflicto, de entre un total de dieciséis patrones básicos, que se agrupan (de cuatro en cuatro) en cuatro «macropatrones», que permiten identificar los patrones ocultos tras el patrón dominante. REDORTA LORENTE, J., *Gestión...*, op. cit., pp. 43 y ss.

²⁴ En este sentido CORSÓN PEREIRA, F., GUTIÉRREZ HERNANZ, E., *op. cit.* p. 26.

forma positiva, lo que no necesariamente implicará su resolución, al menos en el sentido estricto del término, porque, habrá casos en que la mayor comprensión mutua, la desaparición de la desconfianza, el aprendizaje en el mismo proceso para su resolución, o la simple eliminación del recurso a la violencia, como consecuencia de una adecuada gestión del conflicto, pueden ser ya en sí mismo un logro, y una forma de resolverlo positivamente.

Otros supuestos requerirán, sin embargo, que haya una solución que ponga fin al conflicto, y que esta sea judicial, y que además sea rápida, eficiente, efectiva y barata, tendiendo a coste cero, al menos para quien se ha visto obligado a recurrir a los tribunales.

3. LA CUESTIÓN TERMINOLÓGICA. DEL CONFLICTO A LA CONTROVERSIAS, O VICEVERSA

Las palabras sirven para designar las cosas, conceptos e ideas, para estructurar el pensamiento y comunicarlo, al relacionarse con quienes las escuchan o leen, o para dar cuenta de cambios que se han producido en la realidad y que requieren de una nueva conceptualización; son importantes, pero no son taumatúrgicas, no tienen la capacidad «mágica» de transformar la realidad, por mucho que nadie se esfuerce en redefinirla²⁵.

Es lo que ocurre con la definición de aquellos medios o procedimientos —que tampoco es un término pacífico²⁶— distintos del jurisdiccional, que sirven

²⁵ Otra cosa es que se discuta la misma existencia de la realidad. Puede discutirse desde postulados nominalistas, y existe un voluntarismo nominalista que trata de imponer cierto postulados al margen de la realidad [quiero, deseo, luego es], pero ni la guerra será nunca la paz, ni la libertad la esclavitud, ni la ignorancia la fuerza, como proclamaban la consignas del Partido en el mundo distópico de George Orwell reflejado en su obra «1984», como lo malo no deja de serlo por llamarle «nobueno» en la «neolengua» en la que se trabajaba en el «Departamento de Investigaciones» encargado de la destrucción sistemática de las palabras y de la continua revisión del diccionario de «neolengua», la única lengua del mundo con cada vez menos palabras, con el propósito de limitar el alcance el pensamiento y estrechar el radio de acción de la mente. ORWELL, G. 1984, Salvat, Estella (Navarra), 1983, pp. 13 y 48-51.

²⁶ Se ha planteado, con relación a la mediación, la forma más adecuada de referirse a ella, como cauce, medio, método, procedimiento o proceso. Señala Silvia Barona Vilar que no es proceso sino procedimiento extrajurisdiccional porque «para que exista proceso tiene que haber función heterocompositiva, y aquí no la hay, por lo que no existiendo esa función que es la que permite diferenciar o utilizar el instrumento procesal, en mediación lo que existe es una sucesión de actuaciones que reviste la forma de procedimiento. En consecuencia, técnicamente lo correcto es hablar de procedimiento de mediación, no de proceso. [...] Mientras existe procedimiento en cualquier actividad jurídica, el proceso es propio y exclusivo de la actividad jurisdiccional», BARONA VILAR, S., *Mediación en asuntos civiles y mercantiles en España. Tras la aprobación de la Ley 5/2012, de 6 de julio*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2013. Otro sector doctrinal «crítica la identificación de la mediación con un procedimiento. Entiendo que dado su carácter informal y flexible ha de quedar excluido de un procedimiento previo y determinado» siendo más correcto referirse a la mediación como un método o camino para

para la resolución de conflictos, que son conocidos a nivel internacional con el acrónimo ADR, con origen en EE.UU., una definición en la que se debate sobre cada una de las palabras que la integran, sea por razón de la amplitud y diferencias de los medios a que se referiría, de las diferentes tradiciones en cada país, y de la misma evolución del proceso jurisdiccional y de la implementación de esos medios para tratar de evitarlos.

Pues bien, si el acrónimo ADR lo era inicialmente de «Alternative Dispute Resolution» —que, como ya hemos visto, tenía su traducción en el ámbito de la América latina en el acrónimo MASC, o MARC, que lo era inicialmente de «Medios Alternativos de Solución (o de Resolución)²⁷ de Conflictos»—, las primeras diferencias surgen respecto a la cuestión de que frente a qué pueden calificarse como tal, porque mientras que en el ámbito de los EE.UU. en el que nació comprendería el arbitraje, en todas sus diferentes formas, en el de la Unión Europea este quedaría excluido, al tratarse de una forma de resolución de conflictos heterocompositiva y excluyente del sistema jurisdiccional. El mismo concepto de alternatividad es matizado, señalándose que solo lo es en el sentido de que es posible optar por ellos para la resolución de conflictos, como manifestación del ejercicio de autonomía de la voluntad y del poder de disposición de las partes en conflicto, no en el de que tenga una función semejante o equivalente a la

llegar a un fin. VARGAS GÓMEZ-URRUTIA, M., «Concepto de mediación y ámbito de aplicación de la Ley 5/2012», en *Mediación en materia civil y mercantil. Análisis de la normativa de la UE y española (Directiva 2008/52/CCE y Ley 5/2012 y RD 980/2013)*, (Coord. F. LÓPEZ SIMO, F.F. GARAU SOBRINO,) Tirant Lo Blanch, Valencia, 2014, p. 105. Kimberlee Kovach la define como un proceso al señalar que: «Mediation is a flexible process, defined and re-defined by the disputants and the mediator in each case. This flexibility is one of the strengths of mediation, and it also creates considerable challenge for anyone trying to describe mediation broadly». KOVACH, K.K., «Mediation», *The Handbook of Dispute Resolution*, [Dir. MOFFIT, M.L., BORDONE, R.C.], Harvard Law School, 1ª Edición, San Francisco (EEUU), p. 304. Rafael Hinojosa Segovia por su parte, y en relación con los MASC recogidos en el APLMEP, señala que, en su opinión, el prelegislador se decantó por el uso del término «medio», frente al de «método» porque, «como se recoge en el Diccionario de la lengua española, el término “medio” se define como “cosa”, mejor instrumento en nuestro caso, “que puede servir para un determinado fin”, en vez del término “método” que es el “procedimiento que se sirve en las ciencias para hallar la verdad y enseñarla”, por lo que es más preciso el primero para denominar a estos mecanismos». HINOJOSA SEGOVIA, R., «Los medios adecuados de solución de controversias en el Anteproyecto de Ley de Medidas de Eficiencia Procesal del Servicio Público de Justicia», *La Ley. Mediación y Arbitraje*, N.º 5, Wolters Kluwer, 2021.

²⁷ Distingue Julio-César Betancourt entre «resolver» un conflicto (*dispute resolution*) que se refiere a la utilización de mecanismos que permiten a los sujetos en conflicto participar directa o indirectamente en el procedimiento de toma de decisiones que permita satisfacer total o parcialmente sus respectivas pretensiones, y «solucionar» un conflicto (*dispute settlement*), que se refiere a mecanismos en el que es un tercero el que dispone de la facultad de decidir. BETANCOURT, J.C. *op. cit.*, pp. 220-221.

función judicial²⁸. Las diferencias que siguen, como consecuencia de la progresiva acotación y redefinición de uno de sus principios definidores y esenciales, como es la voluntariedad, para su implementación en el mismo sistema judicial que se trataba de soslayar, terminan por modificar la definición de los ADR, primero en los EE.UU., y después en Europa.

En nuestro ámbito el concepto de «alternatividad» se recoge en el artículo 1 de la Directiva 2008/52/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de mayo de 2008, sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles, cuando establece que su objetivo «es facilitar el acceso a modalidades alternativas de solución de conflictos y fomentar la resolución amistosa de litigios promoviendo el uso de la mediación y asegurando una relación equilibrada entre la mediación y el proceso judicial». Coherente con ella, el Preámbulo de la Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles que la traspuso se refiere a la mediación como un «sistema alternativo», pero también complementario de la Administración de Justicia, como instrumento al servicio de lo que denomina la «desjudicialización» de las controversias entre particulares.

Qué signifique la alternatividad, sin embargo, ha dejado de ser objeto de debate —salvo para defender su uso por lo que implica de opcional, facultativo, de voluntariedad y libertad en suma, en la decisión de acudir o no a un ADR—, porque la «A» de «Alternative» ha sido sustituida por «Adequate», esto es, adecuados. El acrónimo ADR pasa así a significar «*Adequate Dispute Resolution*», o «Medios Adecuados de Solución de Conflictos», comprendiendo los mismos medios que antes, pero transformados (en su esencia, cabe afirmar) en ese tránsito de la libertad a la complementariedad a través de su integración en el sistema judicial, y ello por la vía de su imposición como requisito previo al ejercicio de acciones judiciales, o de la derivación por el mismo órgano jurisdiccional una vez iniciado un proceso, y de la posterior valoración en su seno de la negativa a utilizarlos, o de la «seriedad» del intento para evitar el proceso²⁹.

²⁸ HERRERO PEREZAGUA, J.F., *Lo jurisdiccional en entredicho*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2014, pp. 16-17. SIGÜENZA LÓPEZ, J., *Mediación extrajudicial y proceso civil*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2019, pp. 20-21.

²⁹ Afirma Julio-César Betancourt a este respecto que «las expresiones «Resolución Apropiaada de Disputas» y «Resolución Alternativa de Disputas» pueden ser cuestionadas a partir de una misma proposición, pues, desde un punto de vista estrictamente literal, ambas locuciones son terminológicamente excluyentes de los supuestos de “prevención”, “manejo” y “solución” de conflictos intersubjetivos, y argumentos similares podrían ser utilizados para cuestionar las siglas MARC y MASC. De manera que, temáticamente, y sin menospreciar las contribuciones académicas en las que se ha intentado redefinir las siglas ADR, poco importa cuál sea la más acertada de ellas, porque, en el derecho continental, es posible afirmar que, para el jurista, el tema de los mecanismos distintos al proceso y potencialmente utilizables a los fines de “prevenir”, “manejar”, “resolver” o “solucionar” un determinado conflicto intersubjetivo, puede ser suficientemente examinado a partir de la noción de “mecanismos no jurisdiccionales” y

Este término de «adecuados», para referirse a medios distintos del jurisdiccional para la solución de conflictos, acogido por el fenecido Proyecto de Ley de Medidas de Eficiencia Procesal, de 22 de abril de 2022 (el PLMEP, al que nos volveremos a referir), ha sido también objeto de crítica por la doctrina, por inadecuado, tanto por autodefinirse como adecuado frente al proceso jurisdiccional, que no lo sería o no lo sería tanto, como por el hecho de que en ocasiones, como reconoce el mismo preámbulo del proyecto, el proceso jurisdiccional será el más adecuado para resolver la controversia³⁰.

Otro de los conceptos que integran el concepto de ADR/MASC es el de «conflicto». Ya nos hemos referido con anterioridad a su definición, según el Diccionario de la Lengua Española (DLE), y si acudimos al mismo recurso respecto a la palabra «controversia», encontramos que la misma se refiere a la «discusión de opiniones contrapuestas entre dos o más personas»³¹, y es un término que puede ser sinónimo de debate, polémica, y también de enfrentamiento, disputa, conflicto, o litigio.

sin reparar en menudencias rodeadas de imperfecciones conceptuales que tienen su origen en la doctrina del *common law*». BETANCOURT, J.C., *op. cit.*, p. 218.

³⁰ En este sentido Sonia Calaza López, cuando señala que el Proyecto persiste en la idea de la «adecuación» en lugar de la complementariedad o la alternatividad, y que dicho calificativo es impreciso y desacertado: «impreciso por cuanto deja entrever que el otro método, insertado en la Justicia —en pie de igualdad: la Jurisdicción— es inadecuado o “menos adecuado”; y desacertado porque no siempre y en todo caso, los MASC son —en efecto— los medios más adecuados para resolver las controversias: resulta obvio que su ensayo no resultará adecuado para intentar solventar cierto tipo de conflictos —especialmente virulentos— entre posiciones muy enconadas; o aquellos en los que pueda evidenciarse —en el núcleo de la disquisición— un interés superior al de las partes encontradas». CALAZA LÓPEZ, S. «Ya llegan los medios adecuados de solución de controversias en vía no jurisdiccional: cuanta más desjudicialización, mejor», *Actualidad Civil*, N.º 6, 2022. También Fernando Martín Diz cuando afirma que tal denominación no es acertada, «por cuanto, por contraposición, pudiera llevar al equívoco de considerar que el resto de las opciones no contempladas en el Título I del Proyecto de Ley que analizamos, no son adecuadas para resolver controversias, proceso judicial o arbitraje, entre otras, incluidos. Esta proclama por parte del legislador de “adecuado” de uno, o varios, instrumentos, autocompositivos mayoritariamente, de resolución de controversias, es una pura valoración apriorística del legislador, sustentada sobre su propuesta de presunta eficiencia, cuando se trata de soluciones que, en algunos casos, no están ni siquiera testadas en nuestra tradición jurídica ni cuentan con una previa regulación y experiencia legal (como es el caso de la oferta vinculante confidencial, prevista en el art. 16)». MARTÍN DIZ, F. «Mediación y sistema de justicia: a propósito de las reformas legislativas para la eficiencia procesal de la administración de justicia y la incorporación de los denominados «medios adecuados de solución de controversias», *La Ley. Mediación y Arbitraje*, N.º 12, julio-septiembre, Wolters Kluwer, 2022.

³¹ REAL ACADEMIA ESPAÑOLA: *Diccionario de la lengua española*, 23.ª ed., [versión 23.6 en línea]. En: «<https://dle.rae.es>» [Fecha de la consulta: 25-7-2023].

Ambos términos podrían considerarse como sinónimos, y son utilizados de forma indistinta en la Ley de Arbitraje³², como también en la Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles³³. La Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria, sin embargo, utiliza exclusivamente el término «controversia» hasta en nueve ocasiones, tanto en sus disposiciones generales (artículo 1), como en varios de sus expedientes regulados en la propia Ley, o en modificaciones de otras leyes a través de sus disposiciones adicionales. Así ocurre con la undécima, que introduce un nuevo Título VII en la Ley del Notariado, cuyo artículo 81 se refiere a la conciliación para la solución de la «controversia contractual, mercantil, sucesoria o familiar»; y también la duodécima, que hace lo propio con la Ley Hipotecaria, cuyo artículo 103 bis se refiere a la conciliación sobre «cualquier controversia inmobiliaria, urbanística y mercantil o que verse sobre hechos o actos inscribibles en el Registro de la Propiedad, Mercantil u otro registro público que sea de su competencia». El PLMEP, por su parte, y pese a que tiene una clara preferencia por el término «controversia», que utiliza hasta en ciento veintitrés ocasiones frente al de «conflicto» que utiliza tan solo en trece, y es el escogido para la designación de los medios de solución, los utiliza indistintamente para referirse a estos, al objeto de disputa y a la situación de las partes enfrentadas.

Hay propuestas alternativas a la denominación de MASC que acoge el PLMEP, como el de «medios autocompositivos de solución de controversias», o «medios autocompositivos extrajudiciales de resolución de controversias» que propone MARTÍN DIZ³⁴, el de «procedimientos extrajudiciales de resolución de

³² En este sentido María Magdalena Pérez de Prada, cuando llama la atención sobre el hecho de que la Exposición de Motivos de la Ley 60/2003, de Arbitraje «realiza continuas referencias a los términos “conflicto” o “controversia” que, el arbitraje, como institución, puede resolver de forma ágil, rápida y eficaz», de forma alternativa y excluyente de la vía jurisdiccional, y hace veintiuna referencias al término «controversia», y dos veces el término «conflicto». PÉREZ DE PRADA, M.M. «Arb-Med; La solución de conflictos a través de métodos híbridos», *Externalización de la Justicia Civil, Penal, Contencioso-Administrativa y Laboral*, [Dir. CALAZA LÓPEZ, S., ORDEÑANA GEZURAGA, I.], p. 110.

³³ La Ley 5/2012, de mediación civil y mercantil, utiliza once veces la palabra controversia y veintitrés veces la palabra «conflicto». La primera para referirse al objeto del medio, instrumento o sistema que es la mediación para su solución o resolución, pero también para referirse a la «situación de controversia» entre las partes, y para el más concreto objeto que da lugar a esa situación, como la validez o existencia de los contratos, o las reclamaciones dinerarias. La palabra «conflicto» la utiliza en relación con el objeto de disputa que se somete a mediación (artículo 19), con la situación, al referirse a las «necesidades e intereses de las partes en conflicto» en el preámbulo de la ley, o a las «personas en conflicto» (artículo 20), y como el objeto del medio o sistema para su solución, en el Preámbulo al referirse a la mediación como una «alternativa frente a la solución judicial del conflicto»; en alguna ocasión utiliza ambas, combinadas, como cuando en el preámbulo se refiere a la mediación como «instrumento eficaz para la resolución de controversias cuando el conflicto jurídico afecta a derechos subjetivos de carácter disponible».

³⁴ Señala Fernando Martín Diz que «podría ser más conveniente su catalogación genérica como “medios negociales de resolución de litigios”, ya que no incorporan al arbitraje y con ello no

conflictos» que propone MATEO VILLA, que comprendería también el arbitraje, puesto que resuelve una reclamación susceptible de ser resuelta judicialmente y exige el consentimiento previo de las partes para que tenga lugar³⁵, lo que coincidiría con el concepto de ADR en EE.UU., que comprende la totalidad de medios de resolución que son alternativos al jurisdiccional, a los que las partes pueden acudir voluntariamente o porque les remita el tribunal³⁶, como en Inglaterra y Gales³⁷. FERNÁNDEZ-BALLESTEROS, por su parte, señalaba que los anglosajones llaman «ADR» a toda forma imaginable de solución de conflictos distinta de la litigación, usándose comúnmente para «referirse a las formas de negociación asistida —y ritual, aunque flexible— en las que interviene un tercero, cuya misión es ayudar a las partes a resolver la controversia», que es lo que en nuestro derecho histórico se conocía como «avenencia», incluyendo la negociación directa entre las partes como un instrumento genérico de avenencia o ADR de los que los demás son especie, y excluyendo el arbitraje por estar más próximo a la litigación, solucionando el conflicto, no «tratando» de resolverlo³⁸.

se extralimitan de la sistematización en medios extrajudiciales de resolución de controversias, en la que sí debería estar incorporada dicha opción. O, al tratarse de medios cuyo común denominador es el hecho de tratarse de fórmulas autocompositivas con o sin intervención de tercero, podrían agruparse en el Proyecto de Ley de eficiencia como “medios autocompositivos de solución de controversias”, frente al proceso judicial y el arbitraje, que aun disponiendo de características diferenciales, comparten naturaleza heterocompositiva que puede reportar, al igual que los medios autocompositivos, calidad y satisfacción al ciudadano en su objetivo de lograr la resolución de una controversia. Proponemos entonces una perfílación más precisa del art. 1 del Proyecto de Ley, que conceptualiza y caracteriza a las variantes de solución de controversias en vía no jurisdiccional, suprimiendo su denominación de medios adecuados, por las razones expuestas, y pudiendo intitularlos como “medios autocompositivos extrajudiciales de resolución de controversias”. MARTÍN DIZ, F., «Mediación y sistema de justicia: a propósito de las reformas legislativas para la eficiencia procesal de la administración de justicia y la incorporación de los denominados «medios adecuados de solución de controversias», *La Ley. Mediación y Arbitraje*, N.º 12, julio-septiembre 2022.

³⁵ MATEO VILLA, I., «De la fundamentación económica de los medios adecuados de solución de controversias», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, N.º 792, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles, 2022, pp. 1994-1995.

³⁶ El glosario de términos legales en los tribunales de los EE.UU. define los ADR como un procedimiento para resolver una disputa fuera de la sala del tribunal, añadiendo que la mayoría de las formas de ADR no son vinculantes e implican la remisión del caso a una parte neutral, como un árbitro o mediador. Disponible en <https://www.uscourts.gov/glossary> [Fecha de acceso: 25-11-2023].

³⁷ En este ámbito Hazel Genn responde a la pregunta de qué son los ADR indicando que, sin perjuicio de que la mayoría de ellos son formas de facilitar que se llegue a acuerdos, la resolución alternativa de disputas es un término general que generalmente se aplica a una variedad de técnicas para resolver disputas distintas a la adjudicación judicial tradicional, como por ejemplo, la mediación, la evaluación neutral temprana, el arbitraje, el dictamen de expertos neutrales, el med-arb y los mini-juicios. GENN, H., *Judging Civil Justice*, Cambridge University Press, New York, 2010, pp. 97-98.

³⁸ FERNÁNDEZ-BALLESTEROS, M.A., *Avenencia o ADR. Negociación, Mediación, Peritajes, Conciliación, Pactos y Transacciones*, Iurgium, Madrid, 2013, pp. 57-61, 104.

La cuestión no tiene probablemente más trascendencia, y es más que posible que, como afirma HINOJOSA-SEGOVIA, el prelegislador del PLMEP haya preferido utilizar el término «controversia» frente al de «conflicto» simplemente porque el primero no lleva consigo el grado de confrontación que supone el segundo³⁹; no puede obviarse que su primer significado es combate, lucha o pelea, y es posible hablar de conflicto bélico, racial, vecinal, generacional o de pareja, no de controversias de esas características, mientras que el segundo se refiere a la disparidad de opiniones, que son contrapuestas.

En definitiva, y sin perjuicio de considerar que ambos términos pueden ser utilizados indistintamente, el término controversia parece definir mejor el concreto objeto de la discrepancia o divergencia, en la medida en que se afirma —porque si no se afirma no hay discrepancia, aunque pueda haber conflicto, lo que implica que puede haber conflictos sin controversia, como puede haber conflictos sin litigio— una opinión sobre los hechos y/o el derecho contraria a la sostenida de contrario, discrepancia que en su caso se trataría de resolver por las partes en conflicto a través de un ADR/MASC, o, en su defecto, en un proceso jurisdiccional, caso de ejercitarse una acción. Y, en cualquier caso, el uso de una u otra palabra no cambia la realidad de la existencia de una confrontación de derechos o de intereses, que cuando se pone de manifiesto se tratará de resolver de la forma más adecuada posible conforme a los medios disponibles.

³⁹ En este sentido Rafael Hinojosa Segovia cuando en relación con la denominación utilizada por prelegislador en el Anteproyecto de Ley de Mediadas de Eficiencia Procesal, señalaba que «el término “controversias” frente al de “conflictos” se prefiere también, según nosotros, porque el primero no implica la confrontación que supone el segundo». HINOJOSA SEGOVIA, R., *op. cit.*

CAPÍTULO III.- DE LA GESTIÓN Y FORMAS DE RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS

1. CONCEPTOS A MODO DE INTRODUCCIÓN: RESOLUCIÓN Y GESTIÓN DE CONFLICTOS

Conviene aclarar inicialmente dos conceptos como son la resolución de conflictos, o «conflictología», y la gestión de conflictos (*conflict management*). Mientras que la primera es la ciencia que, con base en una pluralidad de disciplinas —historia, sociología, politología, polemología, antropología, etc.—, se dedica al estudio teórico del conflicto desde un punto de vista interdisciplinario y transversal, la segunda comprendería su aplicación práctica, orientada a la intervención y resolución del caso concreto⁴⁰.

Refiriéndonos a este aspecto práctico, el de la gestión para intervenir y resolver un conflicto concreto, hasta hace relativamente poco se entendía de una forma muy restrictiva, por razón de la visión negativa del conflicto a la que ya nos hemos referido, y se entendían como tales solo aquellos métodos de intervención de un tercero que tenían como objeto frenar aquellos conflictos que podían derivar en violencia. Tiene su lógica, porque la reducción de la tensión y la pacificación son un primer paso necesario en la resolución de un conflicto, para evitar un proceso de escalada y la violencia en que puede degenerar, y permitir a las partes en conflicto recuperar las facultades de; pero puede no ser suficiente si se limita a sofocar las manifestaciones del conflicto sin atender a sus causas.

El conocimiento de las causas de los conflictos puede ser imprescindible para poder resolverlos en sus fundamentos, no solo en sus manifestaciones, y por eso hay quienes señalan que hay que distinguir como mínimo entre dos formas o métodos de resolución de conflictos: por una parte la que utiliza medidas de fuerza, coactivas o represoras contra el adversario, enemigo o contrario, al que se considera como causa y razón del conflicto; por otra aquella que parece más rigurosa y efectiva,

⁴⁰ REDORTA LORENTE, J., *Gestión...*, *op. cit.*, p. 22.

que «parte del convencimiento racional de que los conflictos únicamente pueden llegar a ser resueltos si tomamos como punto de partida la necesaria comprensión de las necesidades, el control del miedo y la promoción de la cooperación entre todas las partes implicadas»⁴¹.

Entre las primeras formas de resolución, es decir, aquellas que intentan resolver el conflicto acabando con sus síntomas o manifestaciones, o con la otra parte en conflicto, no con la causa que los origina, habría que señalar en primer lugar, por ser la primera en el tiempo, la autotutela o autodefensa de los propios intereses o derechos, que se caracteriza porque uno de las partes resuelve o intenta resolver el conflicto mediante su acción directa, imponiendo su decisión a la otra parte⁴², lo que generalmente implica el sacrificio del interés contrario al propio, en lugar de tratar de resolverlo conjuntamente mediante el concierto o sumisión (autocomposición), o en lugar de servirse del Estado mediante el ejercicio de las acciones oportunas en un proceso tutelado por el mismo⁴³.

Superada la autotutela, con muy contadas excepciones de las que es posible encontrar todavía manifestaciones en nuestro Derecho⁴⁴, como forma aceptada para

⁴¹ VELARDE ARAMAYO, M.S., SASTRE IBARRECHE, R., «Mecanismos de heterocomposición de conflictos: del arbitraje a los ADR», *Introducción al derecho del arbitraje y mediación*, [Coord. VELARDE ARAMAYO, M.S.], Ratio Legis, Salamanca, 2006, p. 16.

⁴² Christopher Moore se refiere al método extralegal de resolución de conflictos, como una vía de solución que puede llegar a valorarse por las partes en conflicto, que sería el uso de la coerción, violenta o no violenta. MOORE, C., *op. cit.* pp. 36-37.

⁴³ Señala Niceto Alcalá-Zamora que, producido un conflicto o litigio, cabe que se resuelva por la actividad de las propias partes, que sería una solución «parcial», o por la decisión imperativa de un tercero, que sería una solución «imparcial». La primera puede revestir dos formas, según implique el sacrificio del propio interés —sea unilateral, como el allanamiento, renuncia o desistimiento, o bilateral, como la transacción o el «duelo»—, en cuyo caso estamos en el ámbito de la autocomposición, es decir, que son las propias partes en conflicto las que convienen la forma de resolverlo, o el sacrificio del interés ajeno, en cuyo caso estamos en el ámbito de la autodefensa, por razón de estado de necesidad, el atacante, o de legítima defensa, el atacado. El autor, tras referirse a formas de autodefensa que perviven en diferentes ámbitos (civil, penal, etc.), afirma que lo que distingue a la autodefensa de la autocomposición no es ni la existencia previa de un ataque, que no siempre existe, ni la existencia o no de un determinado procedimiento, que a veces existe y podría ser igual al judicial, sino la concurrencia de dos notas: la ausencia de un juez distinto de las propias partes y la imposición de la decisión por una a la otra. Esta es la razón por la que, tras señalar que proceso, autocomposición y autodefensa, son las tres formas posibles de afrontar un litigio, entendido en su acepción de conflicto, afirma que «la autodefensa, que combina la parcialidad y el egoísmo, aparece desde el primer momento como una solución deficiente y peligrosa en grado superlativo, y de ahí que, explícita o implícitamente, los ordenamientos jurídicos de los Estados mercedores de este nombre la prohíban como regla, aunque la consientan en situaciones excepcionales, y aun en ellas suele ser necesario un proceso ulterior, precisamente para declarar la licitud de la misma en el caso concreto». ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, N., *Proceso, autocomposición y autodefensa*, México, UNAM, 2ª Edición, 1970, pp. 12-15.

⁴⁴ Manifestaciones en el ámbito del derecho civil son, el derecho a cortar las raíces de los árboles vecinos que se extienden sobre el fundo propio (art. 392 CC), la defensa posesoria

la resolución de conflictos en las sociedades modernas, cuando surgía un conflicto entre particulares, se entendía que estos pueden resolverlo por sí mismos, como señala OGAYAR AYLLON, «mediante lo que llamó Carnelutti autocomposición del conflicto, bien por la renuncia, el desistimiento, el allanamiento o la transacción, o puede encargarse la solución de la controversia a persona distinta de los interesados, al esfuerzo de un tercero, mediante lo que se denomina la heterocomposición del conflicto planteado». Se entendían, por tanto, como métodos heterocompositivos, aquellos en los que intervenía un tercero, al margen de cuál fuera su intervención —la mediación o buenos oficios si acudía de forma espontánea o provocada para ayudar a resolver el conflicto, la conciliación si se hacían sugerencias que las partes eran libres de aceptar o no, o el arbitraje si el tercero dictaminaba una solución que las partes en conflicto se habían comprometido previamente a aceptar—, quedando limitados los métodos autocompositivos a aquellos en los que no intervenía un tercero⁴⁵.

Dicha concepción ha evolucionado y, actualmente, y se distingue entre sistemas autocompositivos, que pueden ser con o sin la intervención de un tercero⁴⁶, o heterocompositivos en la resolución de conflictos, atendiendo no tanto a la intervención o no de un tercero como al papel decisor que ese tercero pueda tener en dicha solución.

Así, entre los métodos heterocompositivos, que son considerados como metodologías que intentan solucionar el conflicto acabando con sus síntomas o manifestaciones, no con la causa que los origina, se consideran incluidos todos aquellos en los que es un tercero ajeno a las partes en conflicto quien lo resuelve

frente a los intentos de usurpación (art. 441 CC), o el derecho de retención en sus diferentes manifestaciones, como el que tiene el poseedor de buena fe para asegurarse el reintegro de los gastos necesarios y útiles hechos en la cosa retenida (art. 453 CC); el usufructuario para asegurarse el cobro de los desembolsos que deben serle reintegrados por el nudo propietario al extinguirse el usufructo (art. 522 CC); el que ha ejecutado una obra en cosa mueble hasta que se le pague (art. 1600 CC); el mandatario, sobre las cosas objeto de mandato, para asegurar el pago de lo que se le adeude por el ejercicio de los encargos derivados del mismo y daños y perjuicios que le haya ocasionado (art. 1730 CC); el depositario, que puede retener en prenda la cosa depositada hasta el completo pago de lo que se le deba por razón del depósito (art. 1780 CC); y el acreedor pignoraticio, sobre la cosa dada en prenda, hasta que se le pague el crédito garantizado (art. 1866 CC). En el ámbito del derecho penal cabe referirse a la legítima defensa, reconocida como eximente en el art. 20. 4º CP.

⁴⁵ OGAYAR AYLLON, T. «Ley de 22 de diciembre de 1953 sobre arbitrajes de derecho privado», en *Comentarios al Código Civil*, Tomo XXII, Vol. 2 [Dir. ALBALADEJO GARCÍA, M.], Edersa, Madrid, 1982, comentario al artículo 2. OGAYAR AYLLON, T. *op. cit.*, comentario al artículo 2.

⁴⁶ En este sentido, por ejemplo, distingue Luis-Andrés Cucarella Galiana entre autocomposición sin intervención de un tercero (negociación, que da lugar a una transacción), y con intervención de tercero (conciliación y mediación), de la heterocomposición (arbitraje y proceso judicial). CUCARELLA GALIANA, L.A., «La mediación en derecho privado en el contexto de las otras fórmulas de resolución de controversias distintas al proceso», en *Revista General de Derecho Procesal*, N.º 26, Iustel, Madrid. 2012.

y, en determinados casos, ejecuta la resolución. Entre ellos está la solución del conflicto mediante el recurso a los tribunales de justicia como depositarios del poder judicial del Estado para garantizar el cumplimiento de las leyes⁴⁷, y también mediante el recurso al arbitraje, en el que las partes someten voluntariamente su controversia a un tercero que emite una resolución (laudo), dictaminando cuál sea la solución al caso planteado, dependiendo la ejecutividad de esa resolución del poder coactivo del Estado a través de los tribunales.

De otro lado, entre los métodos autocompositivos habría que incluir los que se conocen en la comunidad universitaria internacional como de «resolución de conflictos», que se definen positivamente como todos aquellos que tratan de comprender e intervenir positivamente en la resolución de estos de forma pacífica y no violenta, actuando no tanto sobre los síntomas como sobre las causas del conflicto. Desde estos métodos, entre los que estarían formas básicas de resolución como la negociación, la conciliación o la mediación, no se pretende imponer ningún tipo de solución externa a las partes en conflicto, porque no existe una solución general y externa que sea una verdadera solución, sino que se procura facilitar que sean ellas las que encuentren por sí mismas la fórmula para resolver positiva y constructivamente el conflicto que les afecta.

Resumiendo lo avanzado hasta aquí, y atendiendo a la forma de gestión de un conflicto, a la intervención o no de un tercero en la decisión, y al grado de coerción para la imposición de una solución que se puede ejercer por ese tercero o por una parte sobre otra, podemos distinguir, en primer lugar todas aquellas formas de evitación del conflicto, como la renuncia a la defensa de los propios intereses, la discusión informal para la solución del problema por las propias partes (con o sin ayuda de terceros, como hombres buenos, «mediadores» o «conciliadores»); a continuación estarían todos aquellos métodos como la negociación, la mediación y la conciliación, que siguen un proceso más complejo y estructurado, con o sin ayuda de terceros; un tercer nivel comprendería aquellos métodos en los que es un tercero quien decide la solución de conflicto, por acuerdo de las partes, como serían, por ejemplo, la sumisión al juicio de arbitradores o de expertos independientes, y, en un grado superior de coerción, el arbitraje (cuya decisión, el laudo arbitral, equivale a una sentencia judicial); en un grado superior en el aumento del grado de coerción estaría el recurso a los tribunales mediante el ejercicio de acciones judiciales, y en el grado superior de coerción, de una parte sobre la otra, estaría la autotutela.

⁴⁷ La actividad del Estado ulterior a la legislativa, dirigida a poner en práctica la coacción ínsita en las leyes para que sean cumplidas, amenazando con reprimir a quienes las incumplan y asistir a quienes obren de conformidad con las mismas, es la jurisdicción. «La jurisdicción aparece, pues, como la necesaria prosecución de la legislación, como el indispensable complemento práctico del sistema de la legalidad», CALAMANDREI, P. *Instituciones de Derecho Procesal Civil según el nuevo Código*, Vol. 1, Traducción de Santiago Sentís Melendo, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1962, p.128.

2. SISTEMAS ALTERNATIVOS DE GESTIÓN DE CONFLICTOS: LOS ADR/MASC

La gestión de conflictos se incardina en lo que tradicionalmente se han llamado medios o métodos alternativos de solución conflictos (conocidos por su acrónimo en inglés, ADR, por *Alternative Dispute Resolution*, o MASC/MARC en castellano⁴⁸), que es una denominación otorgada desde el ámbito del derecho al conjunto de medios, inicialmente extrajudiciales, de resolución de conflictos, que rescata la idea, liberal en su origen, de que son las partes las dueñas de su propio problema, de su conflicto, y que son ellas las que deben decidir cómo resolverlo en la forma que juzguen más conveniente, que puede ser a través de un proceso judicial, pero no es esa ciertamente la única manera ni, en muchos casos, la más adecuada y recomendable a la naturaleza del conflicto.

La posibilidad del recurso a sistemas alternativos para la resolución de conflictos es una realidad que ha sido asumida, en mayor o menor grado, no solo por particulares y empresas, y por los Estados afectados por el colapso de sus sistemas de Justicia, sino por organismos y organizaciones internacionales, públicas y privadas⁴⁹.

Tendremos ocasión de tratar más extensamente el desarrollo de los ADR en la resolución de conflictos en EE.UU., pero cabe anticipar que ha sido por la

⁴⁸ Frente a dicho acrónimo, de origen anglosajón, en América Latina se utiliza el de resolución alternativa de conflicto (RAC), medios alternativos de solución o resolución de conflictos (MASC o MARC) o sistemas alternos de resolución de conflictos (SARC), que, si bien pueden referirse a categorías —negociación, mediación, conciliación o arbitraje— no bien diferenciadas, sí que hay consenso sobre el uso de la alternatividad como sinónimo de opciones o «alternativas al proceso frente a un juez profesional, independiente e imparcial, que forma parte de la estructura del Poder Judicial del Estado y aplica las normas y reglas adoptadas por los poderes constituidos». OTEIZA, E. «Punto de vista: MARC/ADR y diversidad de culturas: el ejemplo latinoamericano», 2005. Disponible en: https://www.academia.edu/12154319/Punto_de_vista_MARC_ADR_y_diversidad_de_culturas_El_ejemplo_latinoamericano [Acceso: 27-7-2023].

⁴⁹ La Carta de las Naciones Unidas recoge en el artículo 33, en el Capítulo VI dedicado al arreglo pacífico de controversias, algunas figuras típicas de resolución para evitar el recurso a la violencia como forma de autotutela o autodefensa, como «la negociación, la investigación, la mediación, la conciliación, el arbitraje, el arreglo judicial, el recurso a organismos o acuerdos regionales u otros medios pacíficos de su elección». A esos métodos se añadió en la Resolución 37/10) de la Asamblea General de la ONU (Declaración de Manila) los buenos oficios. El Banco Mundial y el Banco de Desarrollo Interamericano indican a los países prestatarios que, para poder ser declarados aptos para recibir préstamos, deben destinar recursos a servicios ADR; y en el mismo sentido los países de la NAFTA firmaron un acuerdo en Nueva York el 4 de diciembre de 1995 estableciendo el Centro de Arbitraje Comercial y Mediación para los Americanos (*Commercial Arbitration and Mediation Center for Americans*). MULLERAT BALMAÑA, R.M., «La justicia alternativa («Alternative Dispute Resolution») en los Estados Unidos de Norteamérica», en *Anuario de Justicia Alternativa*, N.º 3, Bosch, Barcelona, 2002, pp. 45-73.

conurrencia de diversos factores como las características propias de su sistema procesal, y el impulso institucional a través de sucesivas reformas de las normas federales de procedimiento civil que, a lo largo de décadas y no sin críticas, han dado lugar al surgimiento de los juzgados «multi-puertas» (*multi-door Courthouse*), a cuyo frente hay un juez gestor (*managerial judge*), que reemplaza y toma el puesto del juez tradicional para adoptar un papel de organización y gestión activa del caso concreto (*case management*), orientado a su terminación temprana sin necesidad de celebrar juicio y dictar sentencia.

Se trata de un proceso en el que han colaborado los propios abogados, no tanto, muy probablemente, porque tanto ellos como las partes a las que representan y defienden estén especialmente concienciados con una «cultura de la paz»⁵⁰ como por razón de algunas características propias de su proceso judicial que tendremos que abordar.

La *American Bar Association* (ABA), en un informe de 1989 firmado por Frank E.A. Sander, pionero en las técnicas ADR, ya indicaba que se trataba de una vía muy prometedora para la resolución de conflictos, y que los ADR estaban allí para quedarse si bien prevenía frente a peligros potenciales que no debían ser ignorados, señalando que la ABA debía asegurar que las técnicas ADR eran cuidadosamente elaboradas y estudiadas por legisladores y tribunales, al objeto de proteger plenamente el derecho al debido proceso de los litigantes, y la igualdad de protección y otros derechos constitucionales; asegurar la independencia en la toma de decisiones y la neutralidad de árbitros y mediadores; evitar escrupulosamente los conflictos de intereses y garantizar la transparencia y la rendición de cuentas de los procedimientos de ADR, así como la libertad de los litigantes para optar por un ADR, y asegurarse de que el uso de esas técnicas no obliga a los litigantes a tomar decisiones desinformadas que afecten negativamente sus derechos y soluciones constitucionales y legales⁵¹.

La sección de resolución de disputas de la ABA se refiere hoy a los ADR como todos aquellos procesos que pueden ser utilizados para resolver un conflicto, disputa o reclamación —que también puede denominarse resolución alternativa de

⁵⁰ La «Cultura de la Paz» aparece proclamada como una aspiración de la humanidad en la Declaración y Programa de Acción sobre una cultura de la Paz, adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas en la Resolución 53/243, de 13 de septiembre de 1999, y se define como «el conjunto de valores, actitudes, tradiciones, comportamientos y estilos de vida basados, entre otros aspectos, en el respeto a la vida, el fin de la violencia y la promoción y la práctica de la no violencia por medio de la educación, el diálogo, la cooperación y el compromiso con el arreglo pacífico de los conflictos».

⁵¹ La ABA es la asociación voluntaria de la abogacía más grande de Estados Unidos, con cerca de 400.000 miembros, que incluye abogados, jueces y académicos, y más de 3.500 entidades que incluye a los colegios de todos los estados de la Unión. Accesible en http://www.americanbar.org/about_the_aba.html (Fecha de acceso: 23-7-2023). Informe consultado el 12-11-2016, ya no disponible.

disputas, resolución apropiada de disputas o ADR—, incluidas disputas familiares, vecinales, laborales, comerciales, de vivienda, de lesiones personales, de consumo y ambientales. Recoge una relación de las que considera más comúnmente utilizadas, entre las que se refiere (por este orden) a sistemas tan distintos como: el arbitraje, la evaluación de casos, el derecho colaborativo, la práctica cooperativa, el «coaching» de divorcios, la evaluación neutral temprana, la facilitación, la conferencia de grupo familiar, la litigación —que se refiere a la adopción de medidas provisionales a lo largo de un proceso judicial, que solo terminará con una resolución final si las partes no llegan a un acuerdo—, la mediación, el mini-juicio, el programa multi-puertas, la negociación, la determinación neutral de hechos, el defensor, el coordinador parental, el juicio por juez temporal —*Pro Tem Trial*, en el que las partes convienen en la designación de un abogado que actuará como juez temporal, con los mismos poderes que un juez, y de acuerdo a las mismas normas procesales—, el juez privado, las conferencias de conciliación, el «maestro especial» —que es designado por tribunal, previa audiencia de las partes, que, entre otras, tiene funciones directoras en el proceso, e informa al juzgado⁵²—, el juicio sumario con jurado, y los servicios legales desagregados, *Underbundled Legal Services*, que se refiere a una representación limitada del cliente en juicio u otras acciones legales, al objeto de reducir los costes legales, y dejarle mayor control sobre el asunto, p. ej. en materia de familia⁵³.

En todo caso hay que destacar que, aunque las técnicas ADR son muy variadas y se definían inicialmente como todos aquellos procedimientos que permitían a las partes resolver pacíficamente sus conflictos al margen del aparato judicial, dicha concepción ya no sería exacta, como resulta del simple examen de los procesos de solución de conflictos que la ABA considera entre los ADR. La razón es que, si bien en un principio los sistemas ADR se entendían de una forma más restrictiva, alternativa y al margen del proceso jurisdiccional, a partir de los años 80 se produce un cambio de concepción de este movimiento en cuanto que «la nota esencial que les había caracterizado —la voluntariedad— dejó de ser tal para convertirse en parte del propio sistema judicial, de manera que se incluyen en dicho término procedimientos intrajudiciales incluidos en el mismo sistema legal existente, dejando de ser alternativas al sistema público operante, y abarcando técnicas o métodos que, surgidos desde sectores puramente privados, se han incorporado a las instituciones públicas, a los mismos tribunales, como parte integrante del sistema»⁵⁴.

⁵² Su nombramiento y funciones están reguladas en el artículo 53 de las *Federal Rules Of Civil Procedure*. Disponibles en: https://www.uscourts.gov/sites/default/files/federal_rules_of_civil_procedure_december_1_2022_0.pdf [Fecha de acceso: 28-7-2023]

⁵³ Disponible en: https://www.americanbar.org/groups/dispute_resolution/resources/disputeresolutionprocesses/ [Fecha de acceso: 28-7-2023].

⁵⁴ BARONA VILAR, S., *Solución extrajudicial de conflictos «alternative dispute resolution» (ADR) y Derecho Procesal*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 1999, pp. 52-53.

Es decir, incluso dejando al margen los medios señalados como ADR por la ABA, que se refieren a una gestión del proceso jurisdiccional más que a una gestión del conflicto, ni siquiera se podría afirmar como rasgo definitorio de los ADR que están al margen del proceso porque, de hecho, en no pocas ocasiones van a estar insertos en él, aunque sí aparecerían como alternativa al ejercicio efectivo por el juez de su función jurisdiccional, al menos en el sentido de poner fin al proceso por medio de una sentencia, como tendremos la oportunidad de comprobar a continuación.

3. ORIGEN Y DESARROLLO DE LOS ADR EN EE.UU. UNA OBLIGADA REFERENCIA A SU HISTORIA

El origen del movimiento a favor de los ADR hay que situarlo en Estados Unidos, con la celebración en abril de 1976 de la Conferencia Pound (*The Pound Conference: Perspectives on justice in the future*), organizada por Warren Burger, jefe de Justicia del Tribunal Supremo, que es formalmente conocida, de forma muy expresiva respecto al problema que quiere abordar, como *National Conference on the Causes of Popular Dissatisfaction with the Administration of Justice*. Este es el título de la conferencia impartida por Roscoe Pound en 1906 ante la *American Bar Association*, en la que llama la atención sobre los problemas que genera la aplicación mecánica de las leyes, y el distanciamiento entre el Derecho y su aplicación práctica y la sociedad, puesto que (afirmaba) el Derecho no daba respuesta a los intereses y necesidades sociales. Fue la repercusión de su pensamiento la que dio lugar a dicha Conferencia, en la que participó Frank Sander, profesor de la Facultad de Derecho de la Universidad de Harvard, propugnando la existencia, desarrollo y aplicación de otros medios de resolución de conflictos alternativos al judicial.

Sin embargo, los antecedentes de este movimiento hay que encontrarlos en la práctica de la mediación que empezó a utilizarse de forma generalizada a partir de los años 30 en el ámbito laboral, extendiéndose progresivamente a otras áreas.

Los hitos fundamentales de ese proceso fueron los siguientes:

1º.- Tras el Crack del 29, principio de una crisis económica mundial conocida como la Gran Depresión, innumerables empresas cerraron y millones de trabajadores se quedaron sin trabajo (en 1932 la tasa de paro en EE.UU. alcanzó el 25%), lo que unido a la política liberal tradicional en Estados Unidos (*laissez faire, laissez passer*) y la ausencia de derechos laborales de los trabajadores, a los que se consideraba en posición de igualdad con los empresarios cuando en realidad estaban totalmente desprotegidos frente a la libertad que tenían las empresas para tomar cualquier decisión, generó una gran conflictividad laboral que en ocasiones desembocó en episodios de extrema violencia⁵⁵.

⁵⁵ «Y las compañías, los bancos, fueron forjando su propia perdición sin saberlo. Los campos eran fértiles y los hombres muertos de hambre avanzaban por los caminos. Los graneros

En este contexto, pierde las elecciones a la presidencia de Estados Unidos de noviembre de 1932 el republicano Herbert Hoover, cuyas políticas tras el estallido de la crisis habían sido un fracaso, y las gana Franklin D. Roosevelt, que pone en marcha el *New Deal*, una expresión acuñada en la Convención demócrata de 1932 con la que se designa un programa de carácter intervencionista (de la que son ejemplo la *Emergency Banking Act*, *Agricultural Adjustment Act*, *National Industrial Recovery Act*, y la *Economy Act*) que fue desarrollado entre 1933 y 1938 con el objetivo de dinamizar la economía, para tratar de superar los efectos de la Gran Depresión, y de sostener a las capas más desfavorecidas de la población afectadas por el paro (*Federal Emergency Relief Administration*, *Social Security Act*). Ello supuso una serie de profundos cambios, económicos, políticos y hasta filosóficos, frente a la política liberal anterior, que propició la práctica de la mediación para resolverlos conflictos laborales, en particular tras la *National Labor Relations Act*, de 5 julio de 1935.

Se trata esta última de una ley que reconoce la libertad de sindicación de los trabajadores y el derecho a la negociación colectiva, todo ello vigilado por la *National Labor Relations Board*, una comisión cuyo objeto era evitar las prácticas abusivas de los empresarios, considerando como tal su negativa a participar en la negociación colectiva, que deviene así obligatoria, y supervisar las elecciones sindicales de los trabajadores.

La aplicación de esta ley consigue que los trabajadores detentaran una posición de igualdad respecto de los empresarios, lo que era premisa necesaria para una verdadera negociación colectiva, que a su vez da origen al desarrollo de la mediación laboral a través de diferentes y sucesivas agencias federales: *U.S. Conciliation Service*, la *National Defense Mediation Board*, la *War Labor Board*, que sustituye a la anterior en 1942, que es una comisión que fundamentalmente funcionaba como árbitro si alguna de las partes no quedaba satisfecha con el acuerdo al que se llegaba a través del *U.S. Conciliation Service*, —lo que parece un claro antecedente del sistema ADR denominado *Med-Arb*—; y el *Federal Mediation and Conciliation Service*, que sustituye al *U.S. Conciliation Service*, tras la reforma de la *National Labor Relations Act*, a través de la *Labor Management Relations Act*, de 23 de junio de 1947.

En definitiva, como señala MACHO GÓMEZ, «se construyó una presencia omnicompreensiva de agencias mediadoras de conflictos laborales en el marco de las negociaciones colectivas. Agencias que además estaban formadas por un conjunto

estaban repletos y los niños de los pobres crecían raquíticos, mientras en sus costados se hinchaban las pústulas de la pelagra. Las compañías poderosas no sabían que la línea entre el hambre y la ira es muy delgada. Y el dinero que podía haberse empleado en jornales se destinó a gases venenosos, armas, agentes y espías, a listas negras e instrucción militar. En las carreteras la gente se movía como hormigas en busca de trabajo, de comida. Y la ira comenzó a fermentar». STEINBECK, J., *Las uvas de la ira*, Alianza Editorial, Madrid, 2022, p. 432.

de experimentados mediadores, forjados durante los años del *New Deal* y de la II Guerra Mundial. Todo ello, condujo a la consolidación de la mediación laboral en EE.UU.»⁵⁶.

2º.- El éxito de la mediación laboral por su capacidad real para resolver problemas complejos, junto con el reconocimiento que supuso del papel mediador del Estado frente a otras instituciones tradicionales, llevó a su extensión a otro tipo de conflictos para los que la respuesta judicial se presentaba como lenta, costosa e insuficiente, cuando no inútil para resolverlo, y ello en un contexto caracterizado por una fuerte conflictividad social y familiar como es la década de los años 60.

En ese contexto, el 2 de julio de 1964 se dictó la *Civil Rights Act*, cuyo objetivo principal era acabar con la discriminación por razón de raza, sexo, religión o nacionalidad, que dio origen a dos nuevas agencias, la *Equal Employment Opportunity Commission*, que se encargaba de investigar presuntas discriminaciones por razón de raza, sexo, religión, nacionalidad, edad o discapacidad en las relaciones entre empresarios y trabajadores, y en caso de conflicto remitía a mediación como paso previo al recurso a los tribunales, y el *Community Relations Service*, concebido exclusivamente para mediar casos de discriminación racial. Ambas estaban fuertemente apoyadas por la Administración Federal, que animaba a todos los interlocutores sociales al recurso a la mediación, lo que contribuyó a la multiplicación de centros de mediación comunitaria por gobiernos estatales y locales y también por fundaciones, que desarrollaron programas de mediación para conflictos vecinales y también escolares, contribuyendo a la percepción de la mediación como un instrumento eficiente para la resolución de conflictos.

3º.- El éxito de la mediación comunitaria, junto con el continuo crecimiento de los procesos judiciales con el consecuente colapso de juzgados y tribunales, y su confluencia con determinadas corrientes de pensamiento⁵⁷, llevaron a la extensión de la mediación al ámbito familiar, al multiplicarse los procesos por la aprobación del divorcio no culpable en sucesivos Estados de la Unión a partir de finales de los 60.

⁵⁶ MACHO GÓMEZ, C., «Origen y evolución de la mediación: el nacimiento del “movimiento ADR” en Estados Unidos y su expansión a Europa», *Anuario de Derecho Civil*, N.º LVII-III, Ministerio de Justicia, BOE, julio 2014, pp. 931-996.

⁵⁷ El *Realismo Jurídico Americano*, que surge a principios del siglo XX frente al *Classical Legal Thought* que se identificaba con el liberalismo más puro, imperante desde las últimas décadas del siglo XIX hasta los años 30, con juristas como Oliver Wender Colmes, y Roscoe Pound que defendían una concepción funcional y social del Derecho, y el *Law and Society Movement* que surge en la década de los 60 con la pretensión de describir y explicar el Derecho en términos sociales, preocupado por la práctica real del Derecho, por el funcionamiento real de los tribunales, y por el impacto que el proceso judicial tenía en el mantenimiento de las relaciones, lo que le llevó al estudio y defensa de la mediación.

4º.- En abril de 1976 tiene lugar la ya citada *Pound Conference*, en la que Frank E.A. Sander propone el recurso a los ADR por los tribunales a través del sistema que después fue denominado *Multi-Door Courthouse*, que consistía en que, planteado un concreto caso ante el juez, el mismo y/o las partes litigantes eligieran cual era la vía que, atendiendo a las particulares necesidades del caso —naturaleza de la disputa, relación entre las partes, cuantía y costes implicados, y rapidez de respuesta—, podía ser más adecuada para su resolución. Ello permitiría incrementar la eficiencia del sistema judicial, que está relacionada con la utilidad o provecho en términos de coste/beneficio, tanto económico como social, por una doble vía: por la resolución al margen de lo que es propiamente un proceso judicial, para los que la maquinaria judicial resultaba lenta, cara e ineficiente, y por la reserva a los tribunales de aquellos casos para los que estaban realmente capacitados, reduciendo el número de causas que llegaba a su conocimiento, mejorando el tiempo de respuesta y, por tanto, el acceso a los órganos jurisdiccionales.

Las ideas expuestas en dicha conferencia comenzaron a materializarse e implementarse, tanto por el Departamento de Justicia y otras instituciones públicas, pese a que no faltaron críticas⁵⁸, como por la ABA, consolidándose los sistemas de resolución de conflictos que ya se venían practicando desde décadas anteriores.

Se multiplicaron los estudios y trabajos doctrinales sobre los ADR y el número de asociaciones que los promovía y practicaba, y la Universidad se constituyó en un importante foco de expansión intelectual, incentivando la investigación y análisis de las relaciones existentes entre las normas e instituciones

⁵⁸ Así lo destaca Eduardo Oteiza, con cita de Owen Fiss. [*Against Settlement, The Yale Law Journal*, 1984, 93, p. 1073], cuando señala que «Las debilidades de los MARC fueron puntualizadas por Fiss, al señalar que sus sostenedores se apoyan en una supuesta igualdad, la mayoría de las veces inexistente entre las partes. La disparidad de recursos entre quienes participan en el conflicto es un elemento que puede provocar que los más débiles vean lesionados sus derechos. En la tensión de fuerzas que supone el conflicto la parte más débil encontrará una menor protección ante sistemas de solución distintos al judicial en los cuales sus desventajas no pueden ser compensadas adecuadamente. Fiss sostiene que ante la referida desigualdad no hay un legítimo consentimiento. Agrega que el proceso judicial debe ser visualizado por su incidencia en el debate público de problemas de interés general. Con ejemplos propios del derecho norteamericano, que desde luego encontramos en otros países en las democracias modernas, destaca el papel del Poder Judicial para resolver cuestiones sociales que trascienden al caso individual». OTEIZA, E. *op. cit.*, p. 11. En el mismo sentido, citado por Carolina Macho Gómez como representante del movimiento *Critical Legal Studies*, Richard Abel, «The Contradictions of Informal Justice», *The politics of informal justice, Vol. I*, New York, 1982, pp. 267 a 320, y Jerold S. Awerbach, *¿Justice without Law? Resolving Disputes Without Lawyers*, (New York, 1983), cuando indicaba que los ADR, y en especial, la mediación comunitaria, lo único que habían conseguido era disuadir a los más desfavorecidos de intentar hacer valer sus derechos ante los tribunales, y en definitiva, denegarles el acceso a la justicia, además de contribuir a expandir el poder del Estado a ámbitos, como el comunitario, a los que antes no llegaba, y desactivar conflictos que podían suponer un grave desafío a los poderes públicos y capitalistas, manteniendo el sistema establecido. MACHO GÓMEZ, C., «Origen y evolución...», *op. cit.*, p. 956.

jurídicas, y entre negociación y mecanismos ADR, destacando especialmente la Universidad de Harvard un ejemplo que después se ha seguido en otras muchas universidades, en EE.UU. y en otros países⁵⁹.

Son reformas legislativas federales e iniciativas que, desde el ejecutivo estadounidense, terminan de consolidar el recurso generalizado a los ADR:

1. La *Administrative Dispute Resolution Act*, de 15 de noviembre de 1990, que autorizaba el uso de las ADR para las disputas administrativas⁶⁰.

2. La *Civil Justice Reform Act*, de 1 de diciembre de 1990, que, dentro de un ambicioso plan para la reducción de costes y retrasos en la justicia civil —que incluía la formación de jueces y magistrados, secretarios judiciales y otro personal judicial en técnicas de gestión de conflictos, y la ampliación de recursos materiales y humanos, incluida la creación de más tribunales—, implementaba las ADR en todos los tribunales federales de distrito para que fueran ofertadas en los casos que consideraran apropiados⁶¹.

3. La *Administrative Dispute Resolution Act* de 1996, que propugna que las Agencias estatales asuman el liderazgo en el desarrollo y aplicación de las técnicas ADR en el ámbito administrativo, con el objeto de conseguir resultados más creativos, eficientes y sensibles en la resolución de conflictos, frente a los procedimientos administrativos, cada vez más formales y costosos, en términos económicos y de retraso en el tiempo para conseguir una solución⁶².

4. La *Presidential Executive Order 12988 on Civil Justice Reform* de 5 de febrero de 1996, con el objeto de mejorar el acceso a la justicia de quienes deseen

⁵⁹ Destacan Silvia Velarde Aramayo y Rafael R. Sánchez Ibarreche que en las Universidades se crearon programas de formación específica, destacando especialmente la Universidad de Harvard, con una revista especializada (*Harvard Negotiation Law Review*), y que desarrolla seminarios prácticos, concede premios a quienes estudien tales mecanismos (*Next Generation Grants*), cuenta con programas de formación específicos (*Program for Instruction for Lawyers*, *Harvard Mediation Program*, *Dispute Resolution Program*, *Internacional Institutions and Conflict Management*, *Program for Negotiation in the workplace*, etc.), edita periódicos y folletos sobre aspectos de actualidad (*Multidisciplinary Journal on Dispute Resolution*, *Negotiation Journal*), organiza foros, redes y proyectos de investigación sobre estas alternativas (*Dispute Resolution Forum*, *Dispute Resolution Project*, *MIT-Harvard Public Dispute Program*, *Negotiations Research Network*), etc. VELARDE ARAMAYO, M.S., SASTRE IBARRECHE, R., *op. cit.* p. 20. El programa de negociación de la Universidad de Harvard funciona como un centro de investigación interdisciplinario dedicado al desarrollo de la teoría y la práctica de la negociación y la gestión de conflictos en entornos públicos y privado, como se puede comprobar accediendo a su «Programa sobre Negociación» (*Program on Negotiation*). Disponible en <http://www.pon.harvard.edu/> (Acceso: 28-7-2023).

⁶⁰ Disponible en <https://www.gpo.gov/fdsys/pkg/STATUTE-104/pdf/STATUTE-104-Pg2736.pdf> [Fecha de acceso: 28-7-2023].

⁶¹ Disponible en <https://www.gpo.gov/fdsys/pkg/STATUTE-104/pdf/STATUTE-104-Pg5089.pdf> [Fecha de acceso: 28-7-2023].

⁶² Disponible en: <https://adr.gov/wp-content/uploads/2022/02/adra.pdf> [Acceso: 28-7-2023].

valerse de tribunales judiciales y administrativos para resolver disputas, facilitar la resolución justa y eficiente de las demandas civiles que involucren al Gobierno de los EE.UU., alentar que solo se presenten ante los tribunales las demandas civiles que sean meritorias, mejorar la redacción legislativa y reglamentaria para reducir los litigios innecesarios, promover la adjudicación justa y rápida ante los tribunales administrativos y proporcionar un modelo para reformas similares de las prácticas de litigio en el sector privado y otros Estados. A tal fin, y entre otras medidas como el aviso previo a la presentación de una reclamación, o las conferencias de conciliación, establece la obligación de los abogados litigantes de hacer intentos razonables para resolver las disputas de una forma rápida y razonable⁶³.

5. La *Alternative Dispute Resolution Act*, de 30 de octubre de 1998, por su parte, daba un paso más al obligar a esos tribunales a tener un programa de ADR y a ofertarlo a las partes litigantes, señalando que a los efectos de la propia norma, dicho concepto incluye cualquier proceso o procedimiento distinto de la adjudicación por el juez que presida el tribunal, en el que participe un tercero neutral para ayudar en la resolución de cuestiones controvertidas, a través de procesos tales como la evaluación neutral temprana, la mediación, el mini-juicio, o incluso el arbitraje⁶⁴. Y en la misma línea cabe destacar el memorándum de 1 de mayo de 1998, dirigido a directores de departamento ejecutivos y agencias estatales para alentar, en lo posible, la resolución consensuada de disputas y asuntos en controversia que involucren a los EE.UU., incluida la prevención de disputas, debiendo tomar medidas para promover un mayor uso de la mediación, el arbitraje, la evaluación neutral temprana, los «ombudsman» de agencias y otras técnicas alternativas de resolución de disputas, y promover la elaboración de normas negociadas⁶⁵.

A tal fin se creó el *Alternative Dispute Resolution Working Group*, bajo la dirección del Fiscal General como director del Departamento de Justicia de los Estados Unidos, en cuya guía electrónica⁶⁶ se recogen los siguientes procedimientos ADR:

— *Arbitration*. Definido como un proceso de resolución de conflictos en el que un tercero neutral está facultado por acuerdo de las partes para emitir una decisión sobre la controversia, después de la celebración de una audiencia cuyo desarrollo es similar a un juicio. La decisión del árbitro es generalmente vinculante

⁶³ Disponible en: <https://www.gpo.gov/fdsys/pkg/FR-1996-02-07/pdf/96-2755.pdf> [Acceso: 28-7-2023].

⁶⁴ Disponible en: <https://www.gpo.gov/fdsys/pkg/PLAW-105publ315/pdf/PLAW-105publ315.pdf> [Fecha de acceso: 28-7-2023].

⁶⁵ Disponible en: <https://www.justice.gov/sites/default/files/olp/docs/1998.05.01CLINTON.pdf> [Fecha de acceso: 28-7-2023].

⁶⁶ Disponible en: <https://adr.gov/guidance/adrguide-home/adrdefs/> [Fecha de acceso: 28-7-2023].

y no revisable, salvo en caso de fraude o mala conducta del árbitro. Se refiere también a aquellos supuestos en que se pide a los árbitros que intenten mediar una solución en primer lugar, e impongan una decisión sólo como último recurso, un proceso híbrido conocido como «Med-Arb»⁶⁷.

— *Conciliation*. Se trata de un proceso caracterizado por los esfuerzos de un tercero neutral para ayudar en la resolución de un asunto en controversia, que incluye la celebración de reuniones con cada una de las partes para discutir la controversia y sus posibles soluciones, y los contactos con cada una de las partes por teléfono o por correo, sirviendo como canal para el flujo de información entre ellos.

— *Early Neutral Evaluation*. Se trata de un proceso en el que un tercero neutral —que suele ser un abogado, juez retirado, árbitro, etc.— da a las partes su opinión sobre las fortalezas y debilidades de sus respectivas posiciones relacionadas con un tema en controversia. Este proceso frecuentemente se combina con la conciliación o la mediación.

— *Fact Finding*. Es el proceso en el que un tercero neutral —normalmente un experto, como arquitectos, ingenieros, médicos, diseñadores, etc.— ayuda a las partes a determinar de manera objetiva los hechos relacionados con un asunto en controversia. Frecuentemente, la búsqueda de hechos se llevará a cabo como preludeo a la mediación.

— *Mediation*. Lo define como un proceso en el que un tercero neutral (el mediador) ayuda a resolver un tema en controversia a través de la realización de reuniones cara a cara entre las partes contendientes. El tercero no está autorizado a imponer una solución a las partes, sino que les ayuda a buscar una solución mutuamente satisfactoria a la cuestión en controversia. Señala que la mediación puede adoptar dos formas, facilitadora y evaluativa. La mediación facilitadora es aquella en la cual el mediador facilita simplemente las discusiones entre las partes y no proporciona ninguna forma de evaluación de los méritos de sus respectivas posiciones. La mediación evaluativa es aquella en la cual el mediador proporciona

⁶⁷ El procedimiento de Mediación-Arbitraje (*Med-Arb*) consta de dos fases; durante la primera fase el tercero neutral actúa como mediador y, si no consigue poner de acuerdo a las partes, inicia el procedimiento arbitral como árbitro, lo que puede estar no exento de problemas. Como ventaja las partes conservan el control del proceso durante la mediación, y pueden estar fuertemente motivadas para no perderlo teniendo que ir a arbitraje si fracasa la mediación. En contra se señala, por un lado que se puede manipular fácilmente por quien esté interesado en llegar a un arbitraje, simplemente haciendo fracasar el proceso de mediación, y por otro, no menos importante, los problemas para el mantenimiento del principio de confidencialidad, por los diferentes códigos éticos que rigen la mediación y el arbitraje, o por el uso de la información que se pueda facilitar durante el proceso de mediación, lo que se intenta solventar por medio de diferentes variantes que no dejan de presentar sus propios problemas (como el Arb-Med, Plenaria Med-Arb, Brainded Med-Arb, Optional Withdrawal Med-Arb, etc.). FULLERTON, R., «The Ethics of Mediation-Arbitration», *The Colorado Lawyer*, Vol. 38, N.º 5, mayo 2009. THOMSON, C., FINN, A., «Mediation-Arbitration a contentious but often effective compromise», *The Lawyer Weekley*, September 15, 2006.

a las partes, individual o conjuntamente, una evaluación neutral temprana, es decir, sus puntos de vista sobre las fortalezas y debilidades de sus respectivas posiciones, junto con los esfuerzos del mediador para ayudar a las partes a formar una solución amistosa a su controversia.

— *Mini-Trial*. Es un procedimiento en el que las partes hacen presentaciones abreviadas a un tercero neutral que se sienta con los representantes principales designados por las partes para escuchar y evaluar las pruebas relacionadas con la controversia. El tercero neutral puede después reunirse con los representantes para intentar mediar y conseguir acuerdo. El proceso de mini-juicio también puede ser un prelude de la emisión por el tercero neutral, bien sea de una opinión formal por escrito no vinculante para las partes, bien sea de un fallo arbitral de obligatorio cumplimiento.

— *Ombuds*. Se trata de una persona que sirve como canal de comunicación y para el manejo de reclamaciones y resolución de disputas. Su papel pretendía ser un antídoto contra los abusos de la autoridad y la administración gubernamentales y burocráticas, sirviendo como interventores eficaces en casos de toma de decisiones arbitrarias⁶⁸.

— *Summary Trial With Binding Decision*. Se trata de un procedimiento ADR vinculante, utilizado por las juntas de apelaciones de contratos, en que las partes hacen presentaciones abreviadas de pruebas relacionadas con la controversia, y el juez de la Junta emite una decisión vinculante y no apelable. La decisión, es frecuentemente emitida desde «el banco», es decir, lo que aquí se llamaría una resolución *in voce*.

Las modalidades señaladas son las que aparecen expresamente recogidas por la citada inter-agencia federal, y en la forma en que aparecen recogidas, pero existen más modalidades de ADR, como la negociación, aunque haya algunos

⁶⁸ Es un sistema implantado de forma generalizada para la protección de los consumidores financieros, por la complejidad y tecnicidad propia del sector financiero, además de que en muchas ocasiones los intereses implicados, económicamente escasos, desaconsejan el recurso a los tribunales, abogándose por el recurso a los ADR, y en particular al defensor del cliente. BLANCO GARCÍA, A.I. «El ombudsman bancario: una protección especial y alternativa del consumidor financiero, pero una utopía en países de América latina», en *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, N.º 18/2016, pp. 128-134. La diferencias entre países anglosajones y España es esencial, y es que si en los primeros las decisiones emitidas son vinculantes para las Entidades supervisadas si son aceptadas por el consumidor, no ocurre así en España, en el que la decisión del defensor del cliente vinculará a la Entidad si es favorable a la reclamación, pero si es negativa (como suele ser habitual) y se recurre al Departamento de Conducta de Mercado y Reclamaciones del Banco de España, su resolución carece de efectos directos frente a la Entidad, y obligan a recurrir a los tribunales, si bien con perspectivas muy mejoradas si la resolución afirma la existencia de malas prácticas y usos bancarios en el caso concreto, para hacer efectivas las consecuencias. En este sentido *Vid.* LÓPEZ-JURADO PUIG, F.J. «La litigiosidad del cliente bancario», *La sociedad litigiosa*, [Dir. GUTIÉRREZ-ALVIZ CONRADI, F.], *Cuadernos de Derecho Judicial*, N.º 13 - 2007, CGPJ 2008, pp. 221-241.

autores que la excluyan, como otros autores excluyen el arbitraje, y otras variantes de los métodos ADR que pueden considerarse primarios (negociación, mediación, conciliación y arbitraje), como las que, sin propósito exhaustivo⁶⁹, señalamos a continuación:

— *Medola*. Es una variante del *Med-Arb*, que es un procedimiento en el cual, si las partes no logran llegar a un acuerdo por mediación, una persona neutral, que puede ser el mediador o un árbitro original, seleccionará una de entre las ofertas negociadas finales de las partes, siendo dicha selección vinculante.

— *Neutral listener*. Se trata de un proceso en el que las partes en una disputa discuten su mejor oferta de acuerdo con una tercera parte neutral, que es de mutua confianza y que, después de su propia evaluación, sugiere acuerdos para ayudar a las partes a intentar una solución negociada.

— *Rent a judg.* Se trata de una variante del arbitraje en la que las partes en disputa se acercan mutuamente a un árbitro, usualmente un juez jubilado o un abogado, ante el cual presentan su caso en procedimientos informales, siendo la decisión del juez-árbitro ejecutable en un tribunal de justicia.

— *Final Offer Arbitration*. Se trata de un proceso en el que cada parte presenta su reclamación económica ante un tribunal arbitral que dicta su decisión aceptando y rechazando una u otra reclamación. Las partes se ven obligadas a limitar sus exigencias y a ajustar lo más posible su reclamación, porque una petición excesiva o abusiva induciría a los árbitros a decantarse por la cantidad menor. Se trata de un sistema que evita los denominados comportamientos «estratégicos», es decir, aquellos en los que cada parte intenta maximizar su propia ganancia a costa de la parte contraria.

— *Summary Jury Trial*. Se trata de que un jurado, integrado por personas incluidas en las listas de los jurados de tribunales ordinarios, escuchan las peticiones de las partes, reciben pruebas y expiden un dictamen que pueden o no aceptar las partes, lo que es una forma de anticipación del juicio para las partes, que les puede aportar una valiosa información sobre sus posibilidades en un juicio real.

— *Moderated Settlement Conference*. Es muy parecido al anterior, pero el jurado se compone de abogados, normalmente tres, que escuchan a las partes y presentan un dictamen, que también puede o no ser aceptado por los litigantes.

⁶⁹ Algunas de estas figuras - *Mini trial*, *Neutral Listener*, *Summary jury trial*, y *Moderate settlement conference*, en VADO GRAJALES, L.O., «Medios Alternativos de resolución de conflictos». *Estudios en homenaje a Marcia Muñoz de Alba Medrano. Estudios de derecho público y política* [Coord. MACÍAS VÁZQUEZ, M.C, CIENFUEGOS SALGADO, D.], UNAM, Instituto de Investigaciones jurídicas. México, 2016. Disponible en <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/5/2264/19.pdf> [Fecha de acceso: 26-7-2023].

— *Case evaluation*. La guía para la gestión judicial de casos a través de ADR de 2001 [*Guide to Judicial Management of Cases in ADR (2001)*]⁷⁰ la define como un medio que proporciona a los litigantes, en casos ya listos para la celebración del juicio, una evaluación por escrito y no vinculante del valor del caso, que se realiza por un panel de tres abogados después de una breve audiencia. Si la evaluación del panel es aceptada por todas las partes, el caso se resuelve conforme a la propuesta, pero si alguna de las partes la rechaza se procede a la celebración del juicio. La guía lo define como un proceso similar al arbitraje, aunque termina con una decisión no vinculante, que se conoce como «mediación de Michigan», porque fue creado por los tribunales estatales de Michigan y posteriormente utilizado también por los tribunales federales de distrito de Michigan.

— *Settlement Conference*. Se trata de una reunión de las partes y sus abogados con un juez que escucha a ambas partes y trata de ayudarles a alcanzar un compromiso que resuelva el conflicto de forma aceptable para ambos, sin necesidad de llegar a juicio. Por lo general, el juez no puede tomar ninguna decisión con respecto al resultado, pero escuchará a cada parte, dando su opinión crítica y advirtiendo de lo que probablemente decidiría si estuviera en el tribunal.

— *Court-annexed mediation or arbitration*. Se trata de un proceso ADR con una gran implicación del tribunal que conoce del caso, que consiste en su remisión al procedimiento ADR que exige el tribunal (que es quien establece los requisitos que deben reunir los mediadores o árbitros, controla sus honorarios, y supervisa el proceso), como condición previa o en sustitución de un juicio. Si la decisión que se emita es aceptada por las partes también lo es por el tribunal, adquiriendo la misma fuerza que una sentencia. Ahora bien, si alguna de las partes rechaza la decisión ADR y solicita la continuación del proceso judicial, si la sentencia dictada en el juicio no le es sustancialmente más favorable que la decisión ADR puede ser sancionada económicamente.

La enumeración de estos métodos, que incluirían los esquemas propios de la negociación, aunque no se haya citado expresamente, y que no agotan los sistemas ADR existentes —que pueden ser incluso anteriores al conflicto⁷¹—, nos permite

⁷⁰ Disponible en: <https://www.govinfo.gov/app/details/GOVPUB-JU13-PURL-LPS15445> [Fecha de acceso: 2-8-2023].

⁷¹ Se trata de aquellos que pretenden establecer los procesos o protocolos para evitar que se produzcan los conflictos, o al menos minimizarlos, y para resolverlos en caso de que terminen por producirse. Se utilizan en el comercio internacional, especialmente en contratos que se caracterizan por ser de gran duración e implicar una gran inversión, en los que la resolución de conflictos empieza desde el mismo momento en que se elaboran y redactan los contratos, no cuando ya ha surgido la controversia, siendo un ejemplo paradigmático los *Relationship Contracting*, con el que se designa el conjunto de métodos que se encargan tanto del objeto del contrato como de los problemas que puedan surgir durante la ejecución del mismo, destacando entre ellos, y el *partenering* y el *alliancing*, que dejamos simplemente indicados. Vid. MACHO GÓMEZ, C., «Los ADR “Alternative Dispute Resolution” en el comercio internacional», en

distinguir, por un lado entre sistemas ADR facilitadores, evaluadores y resolutorios, dependiendo del grado de intervención del tercero en la resolución del conflicto, desde la nula intervención, como en la negociación, hasta la máxima implicación, como en el arbitraje; por otro lado, entre ADR intrajudiciales y extrajudiciales, dependiendo de su grado de relación con el aparato judicial, en cuanto pueden desarrollarse, bien como consecuencia de la derivación desde el juzgado que conoce de un proceso, y que sugiere o, en su caso, impone a las partes el recurso a un ADR, o bien estar al margen completamente de un proceso judicial. A su vez, dentro de los métodos intrajudiciales cabe distinguir entre aquellos que son presididos activamente por el juez, aquellos en los que el juez solo los supervisa, y aquellos en los que el juez remite el caso a terceros⁷².

Como podemos observar, aunque los métodos alternativos para la resolución de conflictos que más se han desarrollado sean la negociación, la conciliación, la mediación y el arbitraje, existen muy diferentes formas de resolución de conflictos, que, en buena medida, son mezclas o híbridos que contienen rasgos característicos de varios de esos procedimientos clásicos o primarios, además de otras muchas figuras, como los buenos oficios, el arbitrador, el experto independiente, etc., métodos que pueden ser tan flexibles y variados como lo permita la creatividad de las partes, y también alguna etapas o previsiones dentro del mismo proceso jurisdiccional.

Cada uno de ellos tiene sus propias características, mecanismos y filosofía, que se han desarrollado fundamentalmente en EE.UU., y de ahí se han extendido, si bien de forma muy limitada hasta el momento, en Europa. Es por ello obligado indagar en el por qué, si existen características del modelo procesal norteamericano que favorezcan el recurso a los ADR, frente a otros modelos procesales, en qué medida cabría atribuirles el éxito de los ADR, si es que constituye realmente un «éxito» y algunas de esas características son exportables, y qué está ocurriendo en Europa.

Cuadernos de Derecho Transnacional, Vol. 5, N.º 2, octubre 2013, Universidad Carlos III, Madrid, 2013, p. 426.

⁷² Vid. MULLERAT BALMAÑA, R.M., *op. cit.*, pp. 51-56.

CAPÍTULO IV.- UNA REFERENCIA, TAMBIÉN OBLIGADA, A ALGUNAS CARACTERÍSTICAS DEL MODELO PROCESAL EN LOS EE.UU.

1. INTRODUCCIÓN

Hemos examinado el origen del movimiento ADR en EE.UU., y su evolución desde la mediación laboral y comunitaria de los años 30 y 60 del siglo pasado, a la familiar, y su generalización —se podría hablar de una verdadera explosión de los ADR— tras la *Pound Conference* en 1976, y su aceptación y progresiva implementación como un conjunto de medios y recursos útiles para la solución extrajudicial (que no siempre extrajudicial) de controversias, tanto por el Departamento de Justicia y otras agencias e instituciones públicas de los Estados Unidos, al objeto de resolver de forma más rápida y menos costosa los procesos que afectaban a la administración pública, como, muy significativamente, por los profesionales del derecho encargados tradicionalmente de la defensa legal de los intereses de las partes ante un conflicto, los abogados.

Es obligado preguntarse el por qué, las razones por las que se ha generado una «cultura de la paz», o de la mediación, si es que cabe hablar de ellas; y si hemos señalado que para la resolución de algunos conflictos la maquinaria judicial resultaba lenta, cara e ineficiente, es obligado examinar, siquiera sea brevemente, algunas de las características principales del sistema o modelo procesal en EE.UU., en comparación con el europeo, y dentro de él con el español, por si podemos encontrar las claves que nos ayuden a comprender las razones de ese éxito.

Hay que hacer una observación preliminar en este punto, y es que nunca ha existido un modelo continental europeo único, ni ahora ni en el pasado, como tampoco ha existido ni existe un proceso judicial único en los Estados Unidos, un país federal en el que cada uno de sus Estados cuenta con un sistema judicial propio, al que se atribuyen la generalidad de las causas, y cuentan además con plena capacidad normativa en materia procesal. Por ello, al referirnos al sistema procesal

en EE.UU. lo hacemos a su proceso civil federal, un sistema que, en primer lugar, comprende todas las materias excepto la criminal; esto es, los tribunales federales norteamericanos son esencialmente generalistas y, sin perjuicio de la existencia de algunos tribunales especializados, como los *United States Tax Courts*, que resuelven sobre cuestiones fiscales, o los *Bankruptcy Courts*, o tribunales concursales, no distinguen entre órdenes jurisdiccionales especializados como es habitual en el ámbito europeo continental, por lo que hablar del procedimiento civil americano equivale a hablar de cualquier proceso no penal. En segundo lugar, se trata de un sistema que se rige por normas elaboradas por la Corte Suprema, no por el poder legislativo, como son las normas federales del procedimiento civil [*Federal Rules of Civil Procedure*⁷³], que regulan el proceso de tramitación del procedimiento civil en primera instancia, las normas federales de evidencia [*Federal Rules of Evidence*⁷⁴], que regulan todo lo referente a la prueba y su práctica, y las normas federales del procedimiento de apelación [*Federal Rules of Appellate Procedure*⁷⁵], que regulan el proceso de apelación.

No se trata, por supuesto, de hacer un examen más o menos exhaustivo de los diferentes sistemas normativos y de las analogías y diferencias entre ellos, lo que sería tan arduo como inútil a los efectos que se pretenden, sobre todo si se tiene en cuenta que, aun cuando sigue siendo posible distinguir entre un sistema procesal de *common law* anglosajón frente al *civil law* continental europeo, algunas de las características que tradicionalmente se han atribuido como esenciales y definitorias de uno u otro modelo, o no han existido de una forma tan determinante, o se han difuminado con el tiempo como consecuencia de la evolución y recíproca influencia de los diferentes modelos.

Así ocurre tanto con la contraposición entre oralidad y escritura, cuando se afirma que el proceso de *common law* sería un proceso esencialmente oral frente al proceso de *civil law*, que sería esencialmente escrito. La realidad es que, como observa TARUFFO, de una parte el proceso de *common law* contempla

⁷³ Como se señala en la página web de los tribunales federales (*United States Courts*), las Reglas Federales de Procedimiento Civil rigen los procedimientos civiles en los tribunales de distrito de los EE.UU. Su propósito es «asegurar la determinación justa, rápida y económica de cada acción y procedimiento», fueron adoptadas por primera vez por orden de la Corte Suprema el 20 de diciembre de 1937 —que tiene autoridad para prescribir reglas generales de procedimiento y para la práctica de las pruebas en los tribunales de distrito de los EE.UU., incluyendo los procedimientos ante los jueces magistrados y ante los tribunales de apelación—, transmitidas al Congreso el 3 de enero de 1938 y efectivas el 16 de septiembre de 1938, siendo modificadas por última vez (a esta fecha) en 2022. Disponible en: <https://www.uscourts.gov/rules-policies/current-rules-practice-procedure/federal-rules-civil-procedure> [Fecha de acceso: 30-7-2023].

⁷⁴ Disponible en: <http://www.uscourts.gov/rules-policies/current-rules-practice-procedure> [Fecha de acceso: 30-7-2023].

⁷⁵ Disponible en: <http://www.uscourts.gov/rules-policies/current-rules-practice-procedure/apellate-rules-forms> [Fecha de acceso: 30-7-2023].

numerosos actos escritos, probablemente no menos numerosos que los sistemas según el proceso de *civil law*, como ocurre con las pruebas escritas, que no es menos frecuente en los procesos de *common law* que en los procesos de *civil law*, a pesar de profundas diferencias en otros aspectos del derecho probatorio entre unos y otros, y como ocurriría con el proceso de *equity*, que durante siglos fue parte muy importante de proceso inglés, y luego del norteamericano, que era también un proceso escrito. De otra parte, en los ordenamientos de *civil law* existen números actos procesales que, sin perjuicio de su documentación, son esencialmente orales, como, por ejemplo, los diversos tipos de audiencias preliminares o preparatorias, la proposición de las pruebas en esas audiencias, los recursos que se formulan en su transcurso de forma oral, y que de la misma forma se resuelven, o el acto de la vista o juicio, con la práctica de pruebas y la fase conclusiva⁷⁶.

Y así ocurre también con la contraposición entre un proceso *adversarial*, considerado como el proceso típico de los ordenamientos de *common law*, en los que el juez tendría un papel absolutamente pasivo, limitado a garantizar el respeto de las reglas de procedimiento, frente a un proceso *inquisitorial*, que se considera como típico de los sistemas de *civil law*, en los que el juez tendría un papel mucho más activo y relevante⁷⁷.

⁷⁶ Afirma Michele Taruffo que «la distinción entre proceso oral y proceso escrito nunca ha representado, y no representa hoy, la distinción entre proceso de *common law* y proceso de *civil law*. Por una parte, de hecho, es fácil observar que: a) el proceso de *common law* considera numerosos actos escritos (probablemente no menos numerosos de aquéllos con los cuales se desarrolla un proceso de *civil law*), y esta tendencia ha ido reforzándose en la evolución más reciente; b) el proceso *in equity*, que por siglos ha representado un sector importantísimo del proceso inglés, y luego también del norteamericano hasta la fusión con el proceso *at law*, en la cual sin embargo han sido conservados numerosos aspectos del proceso *in equity*, era un proceso escrito. El empleo de pruebas escritas, además, no es menos frecuente en el *common law* que en el *civil law*, a pesar de profundas diferencias que atañen a otros aspectos del derecho probatorio. De otra parte, se puede observar que en varios ordenamientos de *civil law* se aprecian importantísimos elementos de oralidad que se encuentran, por ej., en las distintas formas de discusión oral, preliminar y conclusiva, de la causa, en la asunción oral de las pruebas en la audiencia, y en el pronunciamiento oral de la decisión que viene prevista en varios casos». También matiza que «no se quiere sostener que procedimientos de *common law* y procedimientos de *civil law* no presenten alguna diferencia desde el punto de vista de la alternativa oralidad-escritura; al contrario, en la extrema variedad de la regulación de muchos aspectos del proceso estas diferencias existen y en algún caso son muy relevantes. Con esto lo que se quiere decir es que resulta sustancialmente inatendible una equivalencia «*common law* = oralidad», así como es inatendible la equivalencia «*civil law* = escritura», frente a la amplia presencia de la escritura en los procesos de *common law*, y al amplio espacio que se reserva a la oralidad en varios procesos de *civil law*». TARUFFO, M., «El proceso civil de “civil law”»: Aspectos fundamentales», *Ius et Praxis*, Vol. 12, N.1 (2006), pp. 69-94.

⁷⁷ Destaca Michele Taruffo que «se puede observar que los procesos de *common law* frecuentemente han sido *inquisitorial*, o en cualquier modo *no-adversary*: sin necesidad de referirse al clásico caso de la *Star Chamber* inglés, basta recordar otra vez el proceso *in equity*. Hoy, por otra parte, son numerosos los tipos de procedimientos que no se desarrollan del todo según el tradicional modelo *adversarial*, y están en cambio caracterizados por

De lo que se trata es de, partiendo de la realidad de que se ha producido una evolución muy importante en el modelo de *common law* de Estados Unidos, que es el que ahora nos ocupa por la relación que pueda tener con el éxito obtenido en la implantación de los sistemas ADR en los tribunales y su aceptación entre los profesionales del Derecho.

A tales efectos vamos a examinar tres instituciones cuyas respectivas configuraciones parecen directamente relacionadas con el mismo, como son, el papel del juez y de las partes en el proceso, el concepto, naturaleza y función de la fase de *pre-trial* y, dentro de ellas, de la institución del *Discovery* que se refiere al descubrimiento de pruebas, y la llamada *American Rule*, que es la norma americana sobre la asunción de los costes del proceso y la posibilidad de reintegrarse de ellos con cargo a la otra parte.

2. EL PAPEL DEL JUEZ Y DE LAS PARTES EN EL PROCESO

Frente a un modelo de Estado activista que llevaría aparejado un modelo de justicia y un tipo de proceso orientados a aplicar en la vida social el ideal o programa normativo del legislador, al que responderían los sistemas europeos continentales conformes al modelo de *civil law*, la concepción adversarial del proceso civil americano (*adversary system*) aparece como la expresión más pura de un modelo procesal de resolución de conflictos (*conflict solving process, conflict solving justice*) que responde a un Estado reactivo, es decir, un Estado que no interviene activamente en la vida de la sociedad y que deja el más amplio espacio posible a la iniciativa de los sujetos privados, también para la solución de los conflictos que les enfrentan.

El sistema adversarial responde a un concepto que no solo es el fundamento estructural del proceso civil americano, sino que es una constante ideológica de

una presencia activa del juez. Además [...] el proceso ordinario angloamericano está hoy caracterizado por la presencia de relevantes poderes del juez, principalmente en el plano de la gestión del procedimiento. Del otro lado, se puede observar que (aparte del tópic caso de la Santa Inquisición, y sin ocuparnos aquí del proceso penal) todos los procesos civiles de *civil law* han sido o son menos que *inquisitorial* en el sentido estricto del término. Basta considerar que ya, también en aplicación de garantías constitucionales y principios fundamentales, el contradictorio entre las partes está generalmente asegurado en una medida más que satisfactoria. Si “inquisitorio” significa, según la acepción históricamente fundada, que las partes no se pueden defender, entonces no existen en *civil law* procesos que puedan propiamente definirse como *inquisitorial*. Si en cambio con este término se quiere aludir a modelos de proceso en el cual el juez desarrolla un rol activo en la dirección y gestión del procedimiento y posee autónomos poderes de iniciativa instructoria, entonces la contraposición en objeto cambia de sentido, pero permanece igualmente en gran medida infundada. Basta pensar en la amplísima, extensa e importante experiencia del proceso liberal clásico, fundado sobre una actuación intensa y omnipresente del principio dispositivo, para darse cuenta de que nada ha sido más extraño a la historia del proceso civil de *civil law* que un modelo de proceso civil de verdad inquisitorio». TARUFFO, M., «El proceso civil de “Civil Law”. Aspectos fundamentales», *Ius et Praxis*, Vol. 12, N.º 1, Talca, 2006, pp. 73-74.

la concepción que la sociedad norteamericana tiene en su conjunto de sí misma, conformando lo que se ha denominado como el *American way of life*, que se plasma en el ámbito del Derecho y en la forma de afrontar la resolución de los problemas de una forma peculiar, que según algunos autores respondería al llamado «excepcionalismo americano» que parte del aislacionismo y pragmatismo norteamericano, y de unas concepciones filosóficas, realistas y pluralistas, apegadas al sentido común y al mundo de lo cotidiano y lo concreto, lo que permite una diversidad de perspectivas, y una noción de verdad íntimamente relacionada con la acción y, por tanto, alejada de la creencia en las verdades absolutas; la verdad es lo que funciona⁷⁸.

⁷⁸ Luis Bueno Ochoa se refiere a las bases del excepcionalismo norteamericano desde un doble punto de partida, consistente en el aislacionismo y pragmatismo norteamericano, por un lado, y por otro atendiendo a su historiografía, no solo la relativa a la política exterior sino, señaladamente, a la corriente de ideas manifestada a través de diferentes autores (B. Franklin, R.W. Emerson, Ch.S. Peirce, W. James, J. Dewey, A.N. Whitehead, y G. Santayana), que inciden en ese excepcionalismo. Vamos a destacar algunas de las ideas tratadas, por estar íntimamente relacionadas con la materia tratada.

- En relación con el pragmatismo estadounidense, el mismo tiene su origen en el llamado Club Metafísico, legendario en la historia del pensamiento estadounidense, que recibió ese nombre irónicamente, pues, aunque no existe documentación cierta acerca de los debates, lo que sí es seguro es que no discutieron sobre metafísica porque todos los participantes la detestaban, concibiéndola, más exactamente, como «la ciencia del pensamiento borroso». La celebridad del club, integrado por tres juristas, tres hombres de laboratorio y un evolucionista, hay que buscarla no sólo en su impronta en el gran cambio intelectual norteamericano, sino, sobre todo, en que tres de sus participantes alcanzaron gran fama con el paso del tiempo: su propulsor, podríamos decir, Charles S. Peirce; William James, el hermano del insigne literato Henry James y Wendell Holmes, el famoso juez de la Corte Suprema que renovó la jurisprudencia constitucional. No es ocioso señalar que entre los juristas estaba Nicholas St. John Green, un próspero abogado que también ejercía como docente y que estaba en contra de la idea de la norma absoluta y de la infalibilidad; Joseph B. Warner, otro abogado que no creía en un sistema de justicia puro e impoluto, y que justificaba que la profesión de abogado no siempre puede guiarse por la conciencia; y, finalmente, al ya citado Oliver Wendell Holmes, que, concentrado en el estudio de los casos, entendía que la vida del Derecho no es la lógica sino la experiencia.

- Hay dos ideas, relacionadas con ese pragmatismo, que son comunes en todas las concepciones filosóficas norteamericanas: «En primer lugar, hay que llamar la atención sobre un nuevo criterio de verdad. Frente a las teorías de la correspondencia o de la copia seguida por Aristóteles y los escolásticos (que convertía la verdad en una reproducción de la cosa real) y de la coherencia de autores como Spinoza, Kant, Hegel y otros (que contribuían a teorizar sobre lo que las cosas podían ser o sobre lo que deseábamos que fueran), aparece la teoría de la supervivencia; en la que la verdad está relacionada con la acción, de modo que la formulación que se impone, aunque sea como primer esbozo muy general, es la de que “verdad es lo que funciona”. En segundo término, corresponde señalar que el pragmatismo es una concepción que toma como punto de partida el sentido común y no prescinde nunca del mundo concreto y cotidiano. Se trata, pues, de una forma realismo pluralista, no monista, que hace posible albergar una diversidad de perspectivas».

- Constituyen por tanto ideas-fuerza presentes en los autores que conforman el pragmatismo: la concepción realista y pluralista, apegada al sentido común y al mundo de lo cotidiano y lo

Dicha concepción fue definida por KAGAN como «*the American way of law*», un modelo de resolución de disputas con dos características principales: la formalidad de la disputa legal y el activismo litigante. La primera implica la disputa de los intereses en conflicto mediante la invocación por los litigantes de los derechos y deberes legales y requisitos procesales, respaldados por el recurso a la aplicación formal de la ley, sanciones severas, y procedimientos y/o revisión judicial. La segunda implica un estilo de disputa legal en el que la afirmación de reclamaciones, la búsqueda de argumentos legales de control y la recopilación y presentación de pruebas, no están dominados por jueces o funcionarios gubernamentales sino por las partes o intereses contendientes, que actúan principalmente a través de abogados. Ello tiene consecuencias desde el punto de vista organizativo, porque se asocia con instituciones de toma de decisiones en las que la autoridad está fragmentada y el control jerárquico es relativamente débil⁷⁹.

El sistema adversarial, en palabras de TARUFFO, responde a una concepción del proceso «cuyos valores fundamentales son un individualismo competitivo y adquisitivo, la desconfianza hacia el Estado en todas sus manifestaciones, la lucha y la competencia como métodos privilegiados para la realización y la protección de los intereses propios económicos y sociales»⁸⁰, de forma que «en esencia, el

concreto, y la noción de verdad, íntimamente relacionada con la acción, y, por tanto, alejada de la creencia en las verdades absolutas, quedando definido este credo norteamericano «con estos cinco términos; a saber: libertad, igualitarismo, individualismo, populismo y *laissez faire*». BUENO OCHOA, L., «Bases del excepcionalismo norteamericano», *Revista Telemática de Filosofía del Derecho*, N.º 10, 2006/2007, pp. 305-322.

⁷⁹ KAGAN, R.A., *Adversarial legalism: The American Way of Law*, Harvard University Press, 2ª Edición, Cambridge (EE.UU.), 2003., p. 9.

⁸⁰ Como ejemplo del activismo litigante de lo que define como «The American Way of Law», se refiere Robert A. Kagan, al «Estado de Bienestar» americano en perspectiva comparada, y a su defensa, y señala que mientras que en Francia los recortes eran contestados en la calle mediante manifestaciones masivas, en 1999 grupos de personas afectadas habían interpuesto demandas contra el Estado de Florida por recortar ilegalmente la ayuda médica a quienes habían agotado la prestación económica, y contra la ciudad de Nueva York por denegar la ayuda médica a personas pobres que no habían cumplido con los requerimientos de trabajo del programa de asistencia de la ciudad. Destaca las distintas formas de reclamar unos derechos, y el efecto positivo del legalismo adversarial en la defensa de esos derechos, al proporcionar un foro público en el que combatir y cambiar las malas prácticas legislativas y burocráticas en esta materia, al tiempo que la defensa de otros derechos implicados (p. ej. a no revelar la identidad del padre, una madre soltera que recibía ayuda para su hijo, en *Roe v. Norton*, o el derecho a la asistencia social en *Goldberg v. Kelly*), al permitir y alentar la presentación de demandas en nombres de colectivos —mujeres, afro-americanos, refugiados, etc.— y permitir el ejercicio de acciones privadas para exigir el cumplimiento de leyes públicas. Como consecuencias negativas, sin embargo, se refiere no solo al incremento de los procedimientos, de las decisiones conflictivas, de la complejidad legal, y de la incertidumbre, al abrir de forma tan amplia la posibilidad de desafiar la autoridad gubernativa, sino a los propios límites de la litigación para cambiar las políticas en materia de discriminación, de facilitar el acceso a la vivienda, o de reducir las diferencias económicas entre los pobres y la clase media suburbana. KAGAN, R.A. *op. cit.* pp. 159-180.

adversarial system está muy lejos de reducirse a una técnica procesal: es “también” una técnica procesal, porque es el reflejo, en el contexto del proceso, de un modo más general y profundamente arraigado de concebir las relaciones individuales y sociales de todo tipo»⁸¹.

En qué medida haya que buscar las raíces de ese pensamiento en el ascetismo cristiano de origen luterano-calvinista instalado en las colonias de Nueva Inglaterra, como elemento constitutivo, no solo del moderno espíritu capitalista, sino de la misma civilización moderna, basada en la racionalización de la conducta sobre la base de la profesionalización de toda actividad humana elevada a sistema —con la necesidad individual de comprobar la fe y la santidad en la vida profesional, que es una misión impuesta por Dios, como afirmación de pertenencia a los elegidos y de la propia salvación—, y en qué medida, una vez secada la raíz religiosa del impulso inicial, da lugar al utilitarismo, como señala Max Weber⁸², que tiene sus propias manifestaciones en el sistema procesal, no es cuestión baladí, puesto que podría estar en la misma base del excepcionalismo norteamericano, de su concepción de la vida y del Derecho. Entrar en ello sería sin duda interesante, pero excedería en demasía del objeto de este trabajo.

Baste señalar que esta concepción de la vida, del Derecho, y de la forma de afrontar y resolver los conflictos, se ha traducido tradicionalmente dentro del proceso judicial en el papel asignado al juez y a las partes, o si se quiere, a sus abogados.

El postulado central del sistema adversarial estriba en que el juez, para defender su imparcialidad y neutralidad, sólo debe resolver en virtud de los hechos, pruebas, y fundamentos jurídicos alegados y probados por las partes en el proceso, observando una actitud pasiva y distante frente al protagonismo absoluto de los letrados de las partes, lo que tiene importantes manifestaciones respecto a la determinación y prueba de los hechos, y de la norma jurídica de aplicación.

1.- En el proceso civil norteamericano, como los ordenamientos procesales europeos, rige el principio de aportación de parte para alegación y prueba de los hechos relevantes, pero el juez norteamericano responde en mayor medida a la

⁸¹ TARUFFO, M., *El proceso civil adversarial en la experiencia americana*, Temis, Bogotá, 2008, prólogo a la edición colombiana, p. XI.

⁸² WEBER, M., *La Ética Protestante y el Espíritu del Capitalismo*, Edit. Reus, Zaragoza, 2009.

figura de un juez pasivo que modera y ordena el proceso sin implicarse en las tareas de aclarar y fijar los hechos y de traer el material probatorio al proceso para buscar la verdad de esos hechos.

Un ejemplo de ello, que podría sorprender al jurista continental europeo (si no fuera por las series de televisión norteamericanas, en las que es posible observarlo), es la posibilidad que tienen los abogados de las partes de recoger los testimonios de los testigos con carácter previo al juicio, a través de las declaraciones para perpetuar testimonios a que se refiere la regla 27 de las *Federal Rules Of Civil Procedure* [*Rule 27. Depositions to Perpetuate Testimony*], solicitando una orden al Tribunal de Distrito, y regulando la norma 28 las personas antes las cuales se pueden tomar esas declaraciones anticipadas [*Rule 28. Persons Before Whom Depositions May Be Taken*], pudiendo hacer declarar incluso a la otra parte (*Rule 30. Deposition by oral examination*), y ello sin perjuicio de su examen en el acto del juicio, en su caso.

Se trata de una práctica que responde a la neta distinción que existe en el sistema norteamericano entre la fase previa al juicio (*pre-trial*) y el juicio (*trial*), que consiste en el examen directo de los testigos por la parte proponente y el contra interrogatorio (*cross examination*) de la contraparte; una práctica que aparece casi censurable en un proceso como el europeo continental, en el que hay un examen e interrogatorio directo de los testigos por el juez, previo (como prevé el ZPO en Alemania) o posterior (como prevé la LEC) al interrogatorio por los abogados de las partes, con el teórico —y en buena medida y comúnmente aceptado inútil— fin de evitar la preparación de los testigos.

También la prueba pericial es aportada por las partes en el proceso civil norteamericano, frente a la designación judicial de peritos prevista en algunos procedimientos civiles europeos como el alemán⁸³, o sistemas mixtos como el español, en el que el principio general es la aportación de parte, sin perjuicio de que pueda haber un perito por designación judicial en determinados supuestos, lo que en algunos procesos se convierte en práctica habitual, por ejemplo, en materia de vicios de la construcción, siempre que lo pida alguna de las partes, pese a haber desaparecido la figura del perito dirimente. Dicha posibilidad de designación judicial se acoge en algunos ordenamientos para solventar el problema

⁸³ El artículo 404 del Código Procesal Civil Alemán (ZPO), sobre la elección de peritos, dispone: (1) El tribunal que entienda en el caso seleccionará a los expertos que participarán y determinará su número. Podrá limitarse a designar a un único experto. Podrá nombrar otros expertos en sustitución del primero designado. (2) Si se han designado públicamente expertos para ciertos tipos de informes, se seleccionarán otras personas solo si las circunstancias particulares así lo requieren. (3) El tribunal puede pedir a las partes en la controversia que designen personas idóneas para ser interrogadas como peritos. (4) Si las partes en la disputa acuerdan que ciertas personas sean nombradas peritos, el tribunal debe cumplir con lo que han acordado; sin embargo, el tribunal puede limitar la selección hecha por las partes a un número determinado. Disponible en https://www.gesetze-im-internet.de/englisch_zpo/englisch_zpo.html [Acceso: 30-7-2023].

que supuestamente genera la designación de peritos por las partes, dado que, en lugar de buscar la verdad de los hechos controvertidos, actuarían como altavoces de las respectivas posiciones, confundiendo o desconcertando al juez con discursos técnico-científicos contradictorios, presumiéndose, por el contrario, la imparcialidad del perito designado judicialmente, lo que terminaría por convertirlo, como afirman los críticos de este sistema, en el verdadero juez de la contienda.

Lo destacable en el proceso federal norteamericano es, en todo caso, que las partes pueden hacer declarar en la fase de *discovery*, dentro de la fase previa y preparatoria del juicio (la fase *pre-trial*), a cualquier persona que haya sido identificada como experta y cuyas opiniones se vayan a presentar en juicio, como establece la Regla 26 (4) (A) de las normas federales del proceso civil [*Federal Rules of Civil Procedure*].

2.- En cuanto a la determinación de la norma jurídica de aplicación para la solución de la controversia, la mayoría de los ordenamientos europeos acogen el principio *iura novit curia*, es decir, que el juez, perito de peritos en el conocimiento del derecho, y especializado en su orden jurisdiccional, conoce y aplica el derecho y puede otorgar la tutela solicitada por el actor con fundamento en una norma jurídica diferente de la alegada, siempre que no implique una acción no ejercitada y las partes hayan tenido la oportunidad de alegar al respecto.

En el derecho procesal civil español este principio se recoge en el artículo 218 de la LEC, cuando señala que «el tribunal, sin apartarse de la causa de pedir acudiendo a fundamentos de hecho o de Derecho distintos de los que las partes hayan querido hacer valer, resolverá conforme a las normas aplicables al caso, aunque no hayan sido acertadamente citadas o alegadas por los litigantes». Ello significa que el Derecho no tiene que ser probado, salvo la costumbre y el derecho extranjero, y que el tribunal puede y debe aplicar el Derecho que conoce como estime más adecuado, siempre que se atenga a la causa de pedir, al estar vinculado por el fundamento legal de la pretensión, no por la fundamentación que hacen las partes de su pretensión⁸⁴.

El principio *iura novit curia* es, sin embargo, desconocido en el proceso civil federal norteamericano, cuyas normas de procedimiento no dedican ni una sola palabra a tal cuestión, tratándose de una máxima casi absolutamente desconocida

⁸⁴ Señala Andrés De la Oliva Santos, sobre la relación de este principio con el principio dispositivo, que no «es solo que el tribunal deba en ocasiones aplicar unas normas de (genuino) orden público que vengan al caso, aunque no hayan sido invocadas. Es que el tribunal no está vinculado por el *modo* en que las partes fundamentan sus pretensiones. Está vinculado, como tenemos dicho reiteradamente, por el *fundamento*, pero no por la *fundamentación*. Y la fundamentación incluye, no solo la forma de presentar los argumentos, sino los concretos elementos jurídicos aducidos: los preceptos legales y los principios jurídicos citados y el entendimiento que de ellos se hace, así como la doctrina jurisprudencial aducida y su pretendida interpretación». DE LA OLIVA SANTOS, A., *Objeto del proceso y cosa juzgada en el proceso civil*, Aranzadi, 1ª Edición, Cizur Menor (Navarra), 2005, pp. 68-72.

en la literatura legal norteamericana⁸⁵. La razón hay que encontrarla en la misma concepción del sistema adversarial norteamericano como un modelo procesal para la resolución de conflictos (*conflict solving process, conflict solving justice*) al que nos hemos referido. Frente al sistema de *civil law*, en el que es el juez el que formula la calificación jurídica de la causa, aceptando en ocasiones las argumentaciones jurídicas proporcionadas por las partes, y rechazándolas total o parcialmente en otras, en el sistema procesal norteamericano los abogados formulan sus respectivas calificaciones jurídicas de la controversia, y el juez de primera instancia (que recordemos, es un juez generalista que no tiene por qué conocer necesariamente el derecho) se limita a escoger entre ellas. En este punto hay que tener en cuenta que en la primera instancia el juez cumple esencialmente un papel decisor, responsable de la toma de decisiones (*decision-maker*), y de determinación de leyes y normas de aplicación [*law-finder, o rules-finder*], coherente con su posición pasiva, y que son los tribunales de apelación los que están llamados a pronunciarse sobre la correcta interpretación de la legalidad, sin necesidad de ceñirse a las calificaciones jurídicas deducidas por las partes, cumpliendo la función de creador de leyes [*law-maker*] que tradicionalmente se asigna al juez en el modelo de *common law*, creando verdaderas normas jurídicas que vinculan a los tribunales inferiores, trascendiendo la esfera de los litigantes para afectar a toda la colectividad.

Ello es así porque, frente a los sistemas europeos continentales, basados en el *civil law*, que están enfocados a la resolución de las disputas por medio de decisiones justas, en las que la búsqueda de la verdad de los hechos adquiere un carácter esencial (por más que sea un concepto discutido⁸⁶), como lo tiene su calificación jurídica y el conocimiento del Derecho aplicable, en el sistema procesal norteamericano no existe un verdadero interés en los contenidos y en la calidad de

⁸⁵ En este sentido señala Guillermo Ormazabal Sánchez que las normas de procedimiento «no dedican de modo expreso ni una sola palabra a aclarar esta cuestión y, salvo omisión o error, la jurisprudencia de la Corte Suprema no se ha pronunciado explícitamente al respecto. La literatura jurídica tampoco parece dar muestras de excesiva preocupación por el tema, al que se ha dedicado una atención poco menos que esporádica o fugaz». ORMAZABAL SÁNCHEZ, G., *La brecha procesal civil entre EE.UU. y Europa*, Tirant Lo Blanch, 1ª Edición, Valencia, 2016, pp. 33-39.

⁸⁶ Carnelutti en un primer momento opone el interés público en la justa realización de la norma jurídica que implica la fijación de los hechos en la sentencia según verdad frente al interés privado que puede ser contrario a la averiguación de la verdad, y afirma que la regulación procesal de la prueba impide hablar de la búsqueda de la verdad sobre los hechos. Y precisa que la distinción tradicional entre *verdad formal* y *verdad material* es una metáfora discutible, y que no debería hablarse en absoluto de verdad, porque la verdad solo puede ser una, y el proceso no es un medio adecuado para el conocimiento de la verdad de los hechos sino para una fijación o determinación formal de los hechos, que es la actividad propia del juez, que puede coincidir o no con la verdad de los mismos que permanece completamente independiente de ellos. Esta postura se matiza con posterioridad. TARUFFO, M., «Carnelutti y la teoría de la prueba», *Justicia: Revista de Derecho Procesal*, N.º 1/2016, J.M. Bosch, Barcelona, enero 2016, pp. 19-32.

la decisión judicial, y los criterios con los cuales se adopta esa decisión realmente no importan. La razón es que el propósito esencial del litigio civil no es hallar la verdad —algo que se entiende como complejo, arduo, cuando no imposible, innecesario a los efectos de resolver la disputa, y que puede impedir un rápido y eficiente manejo de los conflictos individuales—, sino poner fin al conflicto, y por eso el sistema procesal no está orientado a su búsqueda.

Hay que tener en cuenta que la búsqueda de la norma legal (*rule of law*) en EE.UU. es a menudo una operación compleja y difícil, y no solo por una producción legislativa acelerada, que no es exclusiva de los sistemas continentales europeos, sino por la ingente masa de precedentes judiciales procedentes de diferentes órganos jurisdiccionales que conforman una fuente del derecho complicada, dispersa y caótica. Y no solo es que sea difícil de desentrañar por un juez generalista, e imposible de afrontar por la carga de trabajo que soportan los tribunales norteamericanos, es que tampoco se entiende que en primera instancia sea su función, por lo que se termina resolviendo por el juez acudiendo al precedente más notorio o más cercano, para los temas más sencillos o de rutina, y utilizando para ello, en cualquier caso, la información y argumentación jurídica aportada por los abogados de las partes, escogiendo entre ellas.

Esta es la razón de que la ABA recogiera en el canon 7 de su código de responsabilidad profesional⁸⁷, la obligación del abogado de representar a su «*zealously*», esto es, celosa, entusiásticamente, pero siempre dentro de los límites de la Ley, y las obligaciones del abogado para con el sistema adversarial de Justicia (*Duty of the Lawyer to the Adversary System of Justice*). Pues bien, el apartado EC 7-23, después de reconocer que la complejidad de la ley dificulta que un tribunal esté plenamente informado, establece la obligación de los abogados de presentar y argumentar la ley aplicable a la luz más favorable a su cliente, pero también su deber de informar al tribunal de las leyes o precedentes que sean contrarios a la posición de su cliente, a menos que su adversario ya lo haya hecho, pudiendo en cualquier caso cuestionarla total o parcialmente⁸⁸.

Como pone de manifiesto TARUFFO, «se intuye que el presupuesto que antecede una regla de este tipo es el de que la actividad de las partes por lo que respecta a la indicación de las fuentes importantes para la decisión en derecho es esencial a fin de que el juez pueda lograr una decisión *informed*: la norma se funda,

⁸⁷ 1981 *Aba Model Code of Professional Responsibility*). Disponible en: https://www.americanbar.org/content/dam/aba/administrative/professional_responsibility/model-code-of-prof-responsibility1969.pdf. [Fecha de acceso: 30-7-2023].

⁸⁸ La Regla 3.3 de su vigente, desde 1983, Código Deontológico (*ABA Model Rules of Professional Conduct*) se refiere al deber de transparencia para con el tribunal, y señala que el abogado no podrá, a sabiendas, hacer una declaración falsa de hecho o de derecho ante un tribunal o no corregir una declaración falsa de hecho o de derecho material previamente hecha ante el tribunal Disponible en: https://www.americanbar.org/groups/professional_responsibility/publications/model_rules_of_professional_conduct/ (Fecha de acceso: 30-7-2023).

es evidente, en la previsión de que el juez no conozca o no procure la manera de que pueda conocer por su propia iniciativa las *legal authorities* útiles para la decisión, y por lo tanto termine por decidir exclusivamente con base en los elementos de derecho indicados por las partes. Si se tiene en cuenta que la ABA ha codificado solo las reglas mínimas de corrección del comportamiento del abogado, la presencia de tal norma deja entender la clara y difundida convicción de que el juez, por sí solo, difícilmente está en capacidad de realizar una escogencia aceptable en cuanto a la *ratio decidendi* de cada caso»⁸⁹.

Se trata esta de una previsión para la determinación de los fundamentos jurídicos de la controversia verdaderamente sorprendente, que encaja dentro del concepto de juego limpio (*fair play*) que se trata de garantizar en el sistema adversarial, además de responder al pragmatismo característico norteamericano, pero que, unido a la averiguación y aportación de los hechos en la fase de *pre-trial* —dentro de la que hay que incluir la institución del *discovery* a la que nos referiremos más adelante—, tiene consecuencias que van mucho más allá de establecer las condiciones adecuadas para que se pueda dictar por el juez una sentencia fundada en los hechos y en derecho; se crean unas condiciones que permiten que las partes puedan evaluar en diferentes momentos del procedimiento la fortaleza de sus respectivas posiciones y argumentos, de hecho y jurídicos, y tratar de llegar a un acuerdo, y en ese sentido ha evolucionado el papel asignado al juez⁹⁰.

Es indudable que ha existido una evolución en la imagen tradicional pasiva del juez norteamericano, sobre todo desde la publicación en 1938 de las *Federal Rules of Civil Procedure*, y, como señala TARUFFO, «en el tradicional

⁸⁹ TARUFFO, M., *El proceso civil adversarial...*, *op. cit.* p. 152.

⁹⁰ Se critica por Lawrence E. Susskind, en relación con este papel asignado al juez, que algunos autores al tratar sobre los ADR lo hacen en términos de continuidad de un proceso (*continuum*), en el que el tribunal está en un extremo y la negociación en el otro. En el extremo del tribunal, las partes renunciarían al control, tanto del diseño del procedimiento para resolver su conflicto como del resultado en aplicaciones concretas de dicho procedimiento. En el extremo de la negociación, las partes conservarían el control total sobre ambos aspectos. En este modelo, la mediación se situaría en el lado de la negociación porque las partes conservan la capacidad de tomar la decisión final sobre el resultado; el arbitraje, con la solución impuesta por terceros, se situaría más cerca del extremo judicial, y dependiendo de su diseño, los enfoques híbridos como el mini-trial, el juicio sumario con jurado o el med-arb se situarían en algún punto intermedio entre estos métodos habituales de ADR en el continuo del proceso. Afirma que se trata de una imagen tentadora, pero inexacta, y en su lugar sugiere pensar en términos de una escala de actividades relacionadas con los tribunales en un extremo y no relacionadas por el otro, por lo que distingue entre ADR relacionados con el tribunal por un lado y la «construcción de consensos» por otro, y afirma que la diferencia entre ambos contextos es muy importante, y que mover una disputa a un proceso ADR relacionado con el tribunal puede excluir la posibilidad de lograr un acuerdo más justo, eficiente, inteligente y estable. SUSSKIND, L.E., «Consensus building and ADR: Why they Are Not the Same Thing», *The Handbook of Dispute Resolution*, [Dir. MOFFIT, M.L., BORDONE, R.C.], Harvard Law School, 1ª Ed., San Francisco (EEUU), pp. 359 y 369.

modelo *adversarial* del proceso la figura del juez era aquella de un “árbitro pasivo”, de un *umpire* desinformado y desinteresado, además de neutral, que tenía la sola y exclusiva función de asistir al libre combate de las partes garantizando la corrección y sancionando los comportamientos *unfair* o ilícitos. Esta imagen mítica ha cambiado casi completamente, siendo sustituida por una imagen del juez muy distinta»⁹¹.

Dicha transformación se ha venido produciendo a través de un proceso largo y complejo que no tiene una referencia temporal concreta —al contrario que en Inglaterra y Gales, en donde, como tendremos oportunidad de examinar, dicha transformación se produce a partir de la publicación de las *Civil Procedure Rules* de 1998, que confieren al juez amplios poderes de gobierno y dirección del procedimiento—, especialmente a partir de los años setenta (*Pounds Conference* se celebra en 1976), como consecuencia de sucesivas reformas de las *Federal Rules of Civil Procedure*, y de las reformas descentralizadas y localizadas a que da lugar la *Civil Justice Reform Act* de 1990 que, recordemos, implementaba los ADR en los Tribunales Federales de Distrito, lo que da lugar al surgimiento de la figura del juez gestor (*managerial judge*)⁹², al frente de juzgados multi-puertas (*multi-door courthouse*), que reemplaza y toma el puesto de la imagen tradicional del juez como un árbitro pasivo (*passive umpire*)⁹³.

De hecho, las *Federal Rules of Civil Procedure* recoge amplios poderes discrecionales de los jueces americanos, mucho mayores que los de sus homólogos europeos, y son ejemplos de ellos, la posibilidad de decretar el archivo del proceso con o sin efecto de cosa juzgada; amplias facultades en relación con el tratamiento de la pluralidad de partes y la acumulación de objetos procesales; la práctica de la bifurcación y de la trifurcación del proceso, ordenando el juicio separado de alguno o algunos de los puntos de la demanda o de las acciones ejercitadas con

⁹¹ TARUFFO, M., «El proceso civil de “civil law”...» *op. cit.* p. 7.

⁹² Arthur R. Miller critica algunos aspectos del proceso de reforma de las normas de procedimiento civil que han llevado a esta transformación, hasta el extremo de concluir que desconoce para que existen los juzgados: «Each year I ask my first-year civil procedure students: “Why do we have courts?” In times past I thought I knew the answer and could guide my charges to it. But after asking the question for more than fifty years and contemplating the procedural changes of the last quarter century, I am no longer clear as to what that answer is in the real world of litigation. More to the point, a Supreme Court that appears preoccupied with early termination and magnifying ways of avoiding adjudication on the merits or diverting disputes to arbitration seems no further advanced in answering the question than my students and I have been throughout these years». MILLER, A.R., «Simplified Pleading, Meaningful Days In Court, And Trials on The Merits: Reflections on the deformation of Federal Procedure», *New York University Law Review*, Vol 88-286, April 2013, Edit. New York University School of Law, New York, 2013, p. 371.

⁹³ Sobre el proceso de evolución de la figura del juez, de árbitro pasivo y desinformado que se limita a asegurar el juego limpio conforme a las reglas de procedimiento, a un papel, no solo de control sino de organización y gestión activa del desarrollo del proceso, *Vid.* TARUFFO, M., «El proceso civil de “civil law”...», *op. cit.* p. 7.

el fin de facilitar la resolución de la cuestión principal; la facultad de eximir a las partes del deber de proporcionarse espontáneamente información y documentos en determinadas circunstancias (en relación con el *discovery*, al que nos referiremos más adelante); o la facultad de eximir a alguna persona que debiera comparecer como litisconsorte necesario⁹⁴. Y a todo ello podemos añadir, además, las amplias facultades de que disponen en orden a la resolución del conflicto al margen de una resolución judicial, que es una consecuencia de la *Civil Justice Reform Act*, de 1 de diciembre de 1990, que implementaba el recurso a las ADR en los Tribunales Federales de Distrito, otorgándoles una mayor actividad directiva en todo el proceso, diferenciando cada caso, planificando su desarrollo y controlando el proceso de *discovery*, audiencias, juicios y otras eventualidades o incidencias del proceso⁹⁵.

Como afirma NOLAN-HALEY, en relación con el ejercicio de esos poderes, las *Judicial Settlement Conferences*, se han convertido, al amparo de la Regla 16 de las Reglas Federales de Procedimiento Civil (Apéndice B), en una poderosa herramienta para que los jueces celebren conferencias previas al juicio y obtengan un control temprano sobre los litigios, pudiendo, en casos complejos, asignar magistrados para conducir esas conferencias. Señala la autora que muchos abogados creen que la participación judicial facilita el proceso para una solución, porque les evita tener que decidir si ser o no el primero en iniciar las negociaciones para un acuerdo, con el riesgo de aparecer frente al contrario con un caso débil; confían, además, en que será el juez quien convocará a las partes para conseguir una solución en ese estado inicial del proceso, ofreciendo una perspectiva neutral del mismo y dando a los litigantes una idea de por dónde podría ir la resolución del caso, lo que les permite ofrecer esa nueva perspectiva a sus clientes, que pueden estar entonces más inclinados a aceptar una oferta de acuerdo. Sin embargo, también pone de manifiesto que algunos autores han expresado su honda preocupación por los jueces que asumen el papel de mediadores, y el peligro que se puede producir

⁹⁴ Vid. ORMAZABAL SÁNCHEZ, G., *op. cit.* pp. 50-57.

⁹⁵ En este sentido Adam S. Zimmerman, sobre el papel director de los jueces en los procesos de acción colectiva, en relación con el papel de las agencias reguladoras federales (*Securities and Exchange Commission, Federal Trade Commission, Food and Drugs Administration, etc.*) que, apartándose de su función histórica de crear y hacer cumplir las reglas que maximicen el bienestar social, suplen esos procesos de restitución a las víctimas en procesos colectivos, y la necesidad de control judicial en estos procesos. La razón es que, a diferencia del litigio uno a uno, donde los tribunales rara vez necesitan examinar un acuerdo propuesto, en los juicios de acción colectiva un número selecto de gerentes controlan principalmente el progreso del litigio. En estos casos los jueces deben revisar los acuerdos para asegurar que los abogados sirvan a sus clientes y que el acuerdo distribuye de manera justa la compensación entre las diferentes partes. Ese control judicial considera que es también necesario en el caso de los acuerdos conseguidos por las Agencias Federales, aun cuando haya que tener cierta deferencia (que no siempre tienen los tribunales) porque se presume que sirven al interés público. ZIMMERMAN, A.S., «Distributing Justice», (2011), *Legal Studies Paper N.º 2014-16*, 86 NYU L. REV. 500, Loyola Law School, Los Ángeles, pp. 505 y ss.

cuando se obliga a las partes a asistir a esas conferencias, porque el riesgo de coerción judicial para forzar un acuerdo es demasiado grande⁹⁶.

Este papel más activo del juez federal resulta especialmente apreciable en el *Manual of Complex Litigation*⁹⁷, un texto editado por el *Federal Judicial Center*, cuya última edición, la cuarta, fue publicada en 2004. No se trata de un texto legal, ni de instrucciones, sino de un conjunto de recomendaciones dirigidas principalmente a los jueces federales, en relación con las diferentes fases del proceso, tanto para la fase previa al juicio (*pre-trial*), que es ampliamente tratada en todos sus extremos, especialmente el *discovery*, al que después nos referiremos, como también para la fase propiamente de juicio (*trial*), además de dar unas pautas útiles para hacer frente a litigios de especial complejidad en la parte II (*Special problems*). Dichas recomendaciones inciden de una forma muy especial en la promoción activa por parte del juez del final consensuado de la controversia, utilizando al efecto diferentes técnicas (algunas de las cuales parece muy difícil que pudieran ser pacíficamente aceptadas e implantadas en nuestro derecho procesal), que parecen estar, y de hecho es así, en franca contradicción con ese papel pasivo y desinformado tradicionalmente asignado al juez.

Así, el apartado 13 del Manual está dedicado a los acuerdos (*Settlement*), y los principios generales sobre el papel que debe jugar el juez, invitando inicialmente, y volviendo a invitar a las partes, conforme avanza el proceso, a que reexaminen sus posiciones, y eliminando los obstáculos para un posible acuerdo. A este respecto se señala que algunos casos entrañan importantes cuestiones de derecho o de orden público que se resuelven mejor mediante un fallo público y oficial, pero otras veces, sin embargo, la resistencia a llegar a un acuerdo surge de actitudes poco razonables, o poco realistas, de las partes y de los abogados, en cuyo caso el juez puede ayudarles a reexaminar sus premisas y a evaluar sus casos de forma realista. A tales efectos se señala que el juez puede alentar el proceso de conciliación preguntando en la primera reunión previa al juicio si se han celebrado conversaciones para llegar a un acuerdo o si podrían programarse; a medida que avanza el caso, el juez puede sugerir ocasionalmente que las partes reexaminen sus posiciones a la luz de los acontecimientos actuales o previstos, puede facilitar las negociaciones eliminando los obstáculos para acordar y puede ayudar a superar la intransigencia de los clientes. Se señala que, sin tocar el fondo del asunto, el juez puede centrar la atención de las partes en el coste probable de litigar el caso

⁹⁶ Jacqueline M. Nolan-Haley cita el caso de *G. Heileman Brewing Company, Inc. c. Joseph Oat Corporation*, 871 F.2d 648 (7 de Cir. 1899), en el que el Tribunal de Apelaciones del Séptimo Circuito confirmó el derecho de un magistrado federal a obligar a las partes a enviar una «representante con autoridad para acordar» en una conferencia previa al juicio, con base en la citada Regla 16, y en el poder de un tribunal para manejar su expediente. NOLAN-HALEY, J.M., *Alternative Dispute Resolution, in a nutshell*, Fourth Edition, West Academic Publishing, St. Paul (USA), 2013, p. 69.

⁹⁷ Disponible en: <https://public.resource.org/scribd/8763868.pdf> [Fecha de acceso: 31-7-2023].

hasta su conclusión, en honorarios, gastos, tiempo y otros recursos, y se apuntan otras medidas útiles como programar conferencias de conciliación, dirigir o animar a las partes reacias, aseguradoras y otros potenciales cooperantes a que participen, sugerir y organizar la presencia de una persona neutral que ayude en las negociaciones, orientar la presentación de pruebas hacia la información necesaria para la conciliación y decidir con prontitud las mociones cuya resolución sentará las bases para la conciliación⁹⁸.

Dentro de ese apartado, el subapartado 13, se refiere a una serie de técnicas que, afirma, han demostrado ser exitosas en la promoción de los acuerdos, realiza un listado no exhaustivo, e invita a la creatividad afirmando que tiene pocos riesgos para el litigio⁹⁹.

Nos referiremos a continuación a algunas de ellas, para tener una idea de las posibilidades que se sugieren a los jueces que pongan en práctica, no sin hacer antes dos advertencias, y es que, si por un lado parece muy difícil que algunas de estas técnicas pudieran ser pacíficamente implantadas en nuestro Derecho procesal, al menos bajo el esquema actual y bajo la dirección del juez que conocería finalmente del asunto, en caso de que no se llegara a un acuerdo (tampoco del letrado/a de la Administración de Justicia), por otro lado, parece más difícil todavía que algunas de ellas pudieran tener alguna utilidad para aliviar la carga de trabajo de los jueces, más bien al contrario, la aumentaría notablemente, en la medida en que implicara su participación personal en la resolución.

Pese a lo que tantas veces se afirma, la experiencia demuestra que, en general, para un abogado puede resultar más complicado, y le exige mucho más tiempo y trabajo, participar en una negociación que interponer una reclamación judicial, o defenderse de ella, siempre que se entienda la técnica de la negociación en su sentido de dialogo racional con el objeto de explorar y construir acuerdos, y no como una simple exhibición de «poder» y oratoria para aplastar al contrario, o como un simple regateo posicional; y para un juez no puede ser muy distinto salvo, claro está, que utilice su especial posición de poder para forzar a las partes a un acuerdo no querido. Algunas de esas técnicas son:

— *Firm trial date*: que haya una fecha creíble y firme de juicio, para estimular a las partes a llegar a un acuerdo antes de que llegue esa fecha.

— *Reference to another judge or magistrate judge*: remitir a otro juez para las negociaciones, para así mantener la apariencia de imparcialidad.

— *Participation by parties*: requerimiento para que las partes asistan a las reuniones de negociación, para que conozcan mejor las ventajas y desventajas,

⁹⁸ *Manual for Complex Litigation*, 13.11 *General Principles*, pp. 167-168.

⁹⁹ *Manual for Complex Litigation*, 13.11 *General Principles*, pp. 169-172.

riesgos y costes, aunque advierte de que la presencia de las partes puede inhibir a los respectivos abogados, obligados a mantener ante ellas las apariencias.

— *Confidential discussions with judge*: reuniones confidenciales del juez con cada parte, con el consentimiento de ambas, para ayudarles a encontrar un terreno común para el acuerdo, puesto que pueden estar más dispuestas a hablar con franqueza si no está el adversario delante, y el juez puede señalar debilidades sin temor a comprometer la posición de una parte a los ojos del abogado contrario. El juez también puede pedir a los abogados que presenten memorandos confidenciales que describan su postura para un acuerdo. Después de tales discusiones, el juez puede sugerir áreas de posible acuerdo, sin revelar confidencias realizadas por las partes.

— *Settlement counsel, special masters, or experts*. Los abogados litigantes pueden haber desarrollado antagonismos personales en el proceso, y no ser los más adecuados para conducir los debates negociadores, en cuyo caso se les puede sugerir nombrar un abogado especial, como los jueces pueden nombrar expertos especialistas en asuntos complejos y acuerdos, que pueden ser elegidos de una lista proporcionada por las partes.

— *Contribution bar orders*: orden judicial que, para facilitar las liquidaciones en asuntos multi-parte, prohíbe la reclamación de indemnizaciones por quienes discrepen del acuerdo, garantizando su efecto vinculante con la presencia de los afectados ante el tribunal, y señalando una fórmula para calcular la compensación que en cada caso les corresponda, basándose en el monto de la liquidación, o en la proporción de culpabilidad.

— *Offer of judgment*: recogida en el artículo 68 de las *Federal Rules Of Civil Procedure*, se refiere a la posibilidad de que cualquier parte pueda ofertar a la otra una sentencia hasta diez días antes del juicio o del procedimiento para la determinación de daños. La parte a la que se le ofrece tiene diez días para aceptar, o se le hace responsable de todos los costos causados después de que se haga la oferta, a menos que obtenga una sentencia más favorable, pudiendo los tribunales añadir incentivos adicionales.

— *Representative case(s)*: resultados de un juicio representativo que pueden aportar información y motivación para llegar a un acuerdo en casos similares.

— *Esperance*: la pronta resolución de una o más cuestiones que puedan resolverse mediante juicio separado —la responsabilidad, los daños y perjuicios, u otras cuestiones fundamentales— puede proporcionar las bases para la resolución de otras, al proporcionar a las partes la información o el incentivo necesario para un acuerdo global.

No resulta difícil observar que la evolución del papel del juez en la gestión y dirección proceso no lo es en el sentido de acercamiento a los sistemas de *civil*

law, ni respecto al papel de las partes en el conflicto y su resolución, ni al del propio juez por lo que se refiere a la averiguación y aportación de los hechos, ni a su calificación jurídica y aplicación del Derecho. Dicha evolución parte de reconocer las dificultades que pueden tener las partes y/o sus abogados para llegar a un acuerdo, y lo que trata el derecho procesal es de promover la remoción de esos obstáculos, acentuando las facultades del juez para encauzar el conflicto, y estimulando a las partes implicadas a que encuentren el medio más adecuado para su resolución, que no siempre va a ser una resolución judicial.

3. LA FASE *PRE-TRIAL* Y EL *DISCOVERY*, O SOBRE EL ACCESO TEMPRANO A LAS FUENTES DE PRUEBA

Si la imagen más tradicional del proceso de *common law*, que tantas veces ha plasmado el cine clásico norteamericano, es la de un procedimiento esencialmente oral, en el que, tras unas breves alegaciones iniciales para presentar el caso, se practican por los abogados las pruebas testimoniales, se discute la causa y se termina con un alegato final ante el jurado que, acto seguido, dicta sentencia, la realidad bien distinta.

La razón es que, desde principios del siglo pasado, se ha venido configurando dentro del proceso una fase preliminar, *pre-trial*, que antecede a la fase de juicio, *trial*, que es la fase típica en la que se practican las pruebas orales en audiencia pública ante el juez o el jurado. Se trata de una fase, perfectamente reconocible en algunas películas (p. ej. Erin Brochovich, o Class Action) y en series norteamericanas de televisión (p. ej., The Good Wife), que, aunque aparece inicialmente concebida para permitir a las partes prepararse adecuadamente para esa fase de juicio oral, la realidad es que llega mucho más allá, como consecuencia del trámite del *discovery*, y de su amplitud, que es, probablemente, la máxima expresión del excepcionalismo procesal norteamericano.

En el proceso existe una fase de alegaciones inicial, que es el producto de la fusión que hicieron los redactores de las *Federal Rules of Civil Procedure* del rígido sistema de los *writs* del *common law*, y del más flexible de *equity*, que crea una única acción civil, como tan sintéticamente expresa la regla 2 de las *Federal Rules of Civil Procedure*, cuando afirma que hay una forma de acción: la acción civil (*Rules 2. One form of Action. There is one form of action – the civil action*); el ejercicio de dicha acción se inicia mediante la presentación de un escrito de demanda ante el tribunal (*Rule 3. Commencing an Action*), que solo debe contener una breve y sencilla exposición de la pretensión (*Rules 8 (a) (2) a short and plain statement of the claim showing that the pleader is entitled to relief*), que, como comprobaremos inmediatamente, tiene una importante peculiaridad frente a los sistemas de *civil law*, derivada de la misma existencia del *discovery*.

Tras esa fase de alegaciones, e íntimamente vinculada, aparece la mayor y más original innovación del proceso civil federal norteamericano: el trámite de *discovery*.

El *discovery* consiste básicamente en una especie de «instrucción» en un proceso civil, que es previa a la celebración del juicio, porque se desarrolla durante la fase *pre-trial*, que está orientada a permitir a las partes conocer los medios de prueba de que dispone el adversario y a obtener de éste o de terceros lo que precisen para adquirir un pleno conocimiento de los hechos y hacer prosperar su pretensión. Ello tiene una consecuencia, y es que las partes pueden incorporar hechos relevantes y decisivos para fundar sus pretensiones con posterioridad a la formulación de sus alegaciones iniciales, en la demanda o la contestación, pudiendo modificar sus alegaciones [*Rules 15. Amended and Supplemental Pleadings*] antes del juicio, conforme el desarrollo de la fase de *discovery* permita descubrir nuevos hechos y medios de prueba, en una especie de formación sucesiva de la pretensión, pero también en determinados supuestos durante el juicio, en incluso después, para acomodarlos al resultado de las pruebas¹⁰⁰.

Esta institución está regulada en el Título V de las *Federal Rules Of Civil Procedure*, bajo el expresivo título *Disclosure and Discovery* [revelación y descubrimiento], que comprende las reglas 26 a 37, y fue introducida por primera vez en 1938, dando ropaje normativo a algunos instrumentos de investigación que se venían utilizando en la práctica en el procedimiento *in equity*, con el objeto de acabar con la situación anterior, en la que el debate entre las partes era a oscuras, sin saber nada de los hechos conocidos y pruebas del contrario, siendo la principal táctica procesal atacante o defensiva la de maniobrar en perjuicio del adversario, ocultando las pruebas de que se disponía hasta el último momento, con el fin de sorprenderle en el acto del juicio.

Con la introducción del *discovery*, que puede considerarse un poderoso instrumento para descubrir toda la verdad de los hechos controvertidos, que respeta rigurosamente el proceso adversarial por cuanto el empleo de los recursos o medios del *discovery* queda confiado exclusivamente a la iniciativa de las partes,

¹⁰⁰ Rule 15 FRCP. Amended and Supplemental Pleading. (b) Amendments during and after trial. (1) *Based on an Objection at Trial*. If, at trial, a party objects that evidence is not within the issues raised in the pleadings, the court may permit the pleadings to be amended. The court should freely permit an amendment when doing so will aid in presenting the merits and the objecting party fails to satisfy the court that the evidence would prejudice that party's action or defense on the merits. The court may grant a continuance to enable the objecting party to meet the evidence. (2) *For Issues Tried by Consent*. When an issue not raised by the pleadings is tried by the parties' express or implied consent, it must be treated in all respects as if raised in the pleadings. A party may move—at any time, even after judgment—to amend the pleadings to conform them to the evidence and to raise an unpleaded issue. But failure to amend does not affect the result of the trial of that issue. Disponible en: https://www.uscourts.gov/sites/default/files/federal_rules_of_civil_procedure_december_1_2022_0.pdf, p. 24 [Fecha de acceso: 1-8-2023].

se trata de evitar ese tipo de sorpresas, que se consideran contrarias al juego limpio que debe regir el proceso judicial, y preparar adecuadamente el acto del juicio.

La redacción actual de las reglas que regulan esta institución, que recoge un amplio conjunto de recursos para el *discovery* son, sin embargo, el fruto de una larga evolución que, iniciada principalmente a partir de 1970, está todavía en curso, para racionalizar el acceso de las partes a tales instrumentos e impedir abusos.

Así, la *Civil Justice Reform Act* de 1990 se refiere a la necesidad de controlar el alcance y el tiempo para la práctica del *discovery*, por su vinculación con los altos costes del proceso y el uso abusivo de la institución como «herramienta adversarial» para agotar económicamente al contrario¹⁰¹. Por la misma razón se introdujo más recientemente, en la reforma de 29 de abril de 2015, el requisito de la proporcionalidad, de forma que dicha exigencia debe ser proporcional a las necesidades del caso, considerando la importancia de las cuestiones en juego, el importe de la controversia, el acceso relativo de las partes a la información pertinente, los recursos de las partes, la importancia del descubrimiento para resolver las cuestiones relevantes, y si la carga o el gasto del descubrimiento propuesto superan su probable beneficio, sin que se exija —siempre que se cumpla dicha regla de proporcionalidad— que sea admisible como prueba¹⁰².

La finalidad de dicha institución es, en todo caso, la mayor corrección del juicio mediante la eliminación de las emboscadas procesales —*defense by ambush*— y de las sorpresas injustas —*unfair surprise*— por parte de la defensa más hábil o con mayores recursos económicos para la investigación, y también, como una consecuencia directa de lo anterior, la de fomentar el abandono del proceso judicial a través de transacciones u otros acuerdos, y la de estimular el recurso a los ADR como forma de resolver el conflicto.

¹⁰¹ En este sentido Jeffrey. J. Peck cuando, a propósito de dicha reforma legal, se refiere a la relación entre los altos costes del proceso y el uso abusivo del *discovery*, al centrarse los abogados en el proceso de descubrimiento, en lugar de centrarse en resolver los problemas, y su utilización como herramienta adversarial para «incrementar la apuesta sobre el contrario», esto es, intentando agotar económicamente al oponente con los altos costes del proceso. PECK, J.J., «Users United: The Civil Justice Reform Act of 1990», *Law and Contemporary Problems*, Vol. 54, N.º 3, 1991, pp. 105 y ss. Guillermo Ormazabal Sánchez, señala que «la extensión del *discovery* puede resultar excesiva y desproporcional respecto a la importancia del asunto litigioso, dando lugar a exorbitadas peticiones de aportación de documentos, de datos en soporte electrónico, a largos interrogatorios, etc. Todo ello puede suponer también unos costes también desproporcionados, que, por lo general, son soportados por la parte a quien se requiere producir la información, aunque, como se vio en el caso de la información en soporte electrónico, los tribunales imponen en ocasiones a la parte requirente adelantar total o parcialmente los dispendios que la actuación en cuestión pueda ocasionar. De hecho, es bien conocido que el *discovery* ha sido utilizado en ocasiones como medio para forzar finales consensuados del proceso a base de hacerlo insoportablemente gravoso para la parte que debía desembolsar inicialmente esos gastos». ORMAZABAL SÁNCHEZ, G. *op. cit.*, p. 98.

¹⁰² Disponible en: https://www.uscourts.gov/sites/default/files/federal_rules_of_civil_procedure_december_1_2022_0.pdf, p. 40 [Fecha de acceso: 1-8-2023].

Para comprender la razón de esta última afirmación basta una lectura del referido Título V de las *Federal Rules of Civil Procedure* para apercibirse del alcance que tiene esta obligación de revelación y descubrimiento, y las graves consecuencias que tiene su incumplimiento de cara al proceso.

— *Rule 26 (a) (1) Initial disclosure.*

Para empezar, y con la únicas excepciones que se prevén, hay una obligación inicial de revelación general que afecta a ambas partes del proceso, sin necesidad de esperar a que haya un requerimiento que lo ordene, que aparece recogida en la Regla 26 (a) (1), sobre la revelación inicial, que comprende todos los datos de contacto de todos aquellos que tengan información sobre los hechos, una copia de todos los documentos y de la información que haya en soportes informáticos que puedan ser usados en la reclamación o defensa, una valoración de todos los daños con toda la documentación que le sirva de soporte, y en su caso el contrato de seguro que pueda hacerse cargo.

Esta revelación inicial comprende también, como recoge la Regla 26 (a) (2) -*Disclosure of Expert Testimony*, la obligación de revelar la identidad de todos aquellos que puedan prestar testimonio como expertos en el juicio, y de aquellos que vayan a realizar un dictamen pericial, acompañado de la declaración escrita que recoja tanto su cualificación y publicaciones, experiencia y casos en los que haya intervenido antes como experto, como su opinión y conclusiones sobre el asunto sometido a su evaluación y el fundamento de las mismas. La obligación de cumplir con estas revelaciones iniciales es absoluta, estableciendo la Regla 26 (a) (1) E, bajo el título *Basis for Initial Disclosure. Unacceptable Excuses*, después de señalar que la revelación inicial de cada parte comprende toda la información razonablemente disponible para ella en ese momento, que una parte no puede eximirse de hacer sus revelaciones porque no haya estudiado completamente el caso o en base a que la otra parte no ha hecho su revelación, o lo ha hecho de modo insuficiente.

— *Rule 26 (a)(3) Pre-Trial Disclosure.*

Nos hemos referido en el apartado anterior (sobre los apartados (1) y (2), de la regla 26 (a) a las revelaciones iniciales, solo para empezar, pero después está la *pre-trial disclosure*, —revelación previa al juicio—, recogida en la Regla 26 (a) (3), que se refiere a toda aquella prueba que debe facilitar cada parte a la otra porque es susceptible de ser utilizada en juicio, incluyendo todos los testigos, con todos sus datos y, separadamente, aquellos que vayan a ser utilizados en el acto del juicio, y aquellos que podrían intervenir eventualmente, testimonios cuyas declaraciones vayan a ser presentadas por escrito, incluyendo la transcripción de las partes pertinentes de la declaración, y la identificación de cada uno de los documentos y otras pruebas que puedan ser aportadas, identificando separadamente aquellas que van a ser usadas, y las que podrían serlo.

— Regla 26 (b) (1) *Scope in General*.

Pero además, el *discovery* no se limita a los hechos relevantes directamente relacionados con la resolución de las cuestiones controvertidas en el proceso, sino que, como establece esta Regla 26 (b) (1), permite obtener cualquier información o prueba respecto de cualquier materia que sea relevante para la reclamación o defensa de cualquiera de las partes, aun cuando no lo sean directamente, y aun cuando no sean admisibles en juicio, pero puedan conducir a otras informaciones o pruebas que sí lo sean.

El alcance del *discovery* es tal que, cuando la regla 26 (b) (3) —*Documents and Tangible Things*— establece en el apartado A que, normalmente, una parte puede no descubrir los documentos y cosas tangibles que se preparan en anticipación de litigio o para el juicio por o para otra parte o su representante (incluyendo el abogado de la otra parte, asesor, fiador, responsable, aseguradora o agente), con la excepciones que se señalan, las *Federal Rules of Civil Law* se han visto obligadas a precisar a continuación, en el apartado B, que si el tribunal ordena el descubrimiento de esos materiales, debe proteger contra la pretensión de revelación de las impresiones, conclusiones, opiniones o teorías legales del abogado de la parte u otro representante concernientes al litigio.

En cuanto a las consecuencias de incumplir con la obligación que incumbe a cada parte de revelación y descubrimiento de todas las propias «armas» disponibles, incluso eventualmente, para el proceso judicial son muy graves, y aparecen reguladas en la regla 37 —*Rule 37. Failure to Make Disclosures or to Cooperate in Discovery; Sanctions*— que, después de referirse a las mociones y requerimientos para forzar el cumplimiento de dicho deber, establece en el apartado (b) severas sanciones por incumplimiento, como: (i) Ordenar que los asuntos comprendidos en la orden u otros hechos designados sean tenidos como ciertos para los propósitos de la acción. (ii) Prohibir que la parte desobediente, sea actor o demandado, sostenga o se oponga respectivamente a pretensiones o excepciones, o que introduzca los hechos designados como prueba. (iii) Rechazar pretensiones en su totalidad o en parte. (iv) Suspender los procedimientos hasta que se cumpla la orden. (v) Desestimar total o parcialmente la acción o procedimiento. (vi) Dictar sentencia por omisión contra la parte desobediente. (vii) Tratar como desacato al tribunal el incumplimiento de cualquier orden, excepto si se refiere a una orden para someterse a un examen físico o mental.

Y a ello habrá que sumar la condena al pago de todos los gastos causados a la parte desobediente, incluidos los honorarios de abogado de la otra parte, salvo que exista una causa suficientemente justificada para dicho incumplimiento.

Tras esta breve semblanza de lo que implica la fase de *discovery* se entiende que esta institución sea una pieza clave dentro de las *Federal Rules of Civil Procedure* para tratar de disuadir a los litigantes de continuar el proceso judicial, y para que

busquen alternativas a la celebración de un juicio. Y la razón es clara: una vez que cada una de las partes en litigio conoce perfectamente todas las armas que el contrario puede utilizar en el juicio —documentos y archivos informáticos, informes periciales, exámenes médicos, etc. que se pueden aportar, testigos y peritos a los que se va a interrogar, o que podrían serlo, a los que previamente se han podido formular toda clase de preguntas y repreguntas en el contrainterrogatorio (*cross-examination*), y hasta lo que las mismas partes van a declarar—, lo que en determinadas circunstancias puede permitir que las partes soliciten el tratamiento anticipado de la viabilidad de la pretensión¹⁰³, y, puesto que la cuestión de si existe fundamento jurídico o no para la pretensión ejercitada, en caso de que se hubieran planteado dudas, ya estaría previamente resuelta, puesto que de no existir el proceso podría no continuar¹⁰⁴, los litigantes están en condiciones de evaluar con total objetividad sus respectivas posiciones y perspectivas de éxito (personalmente, o con la ayuda de un tercero que les ayude en esa evaluación) lo que puede facilitar una solución transaccional.

Ello explica, según TARUFFO, por qué en EE.UU. «un porcentaje elevadísimo de causas civiles no supera la fase de *pre-trial* y no llega al juicio, en la mayor parte de los casos porque las partes llegan a un acuerdo —*settlement*—, o porque el juez ha dispuesto un intento de conciliación ante un tercero o un arbitraje, o porque ha tenido éxito algún mecanismo de resolución precoz de la controversia»¹⁰⁵. Ello tiene

¹⁰³ Se trata de una evaluación preliminar del material probatorio obtenido, que puede ser solicitada por la parte actora o la demandada afirmando que los hechos —de cargo o descargo— que han quedado acreditados solo pueden llevar a un tribunal o jurado sensato y razonable a pronunciarse a favor de sus respectivas posiciones, y ello a través de la *Motion for Judgement as a Matter of Law in a Jury Trial*, y de la *Motion for Summary Judgement, or Partial Summary Judgement*, regulados respectivamente en las Reglas 50 y 56 de las *Federal Rules of Civil Procedure*.

¹⁰⁴ Se trata de otra especialidad del Derecho procesal norteamericano, fruto del pragmatismo que lo informa, el tratamiento anticipado de las cuestiones jurídicas relativas al fondo del asunto —a través de las reglas 12 (b) (6) *Failure to state a claim upon which relief can be granted*, y (6) y 12 (c) *Motion for Judgement on the pleading: after the pleading are closed, but early enough not to delay trial, a party may move for judgement on the pleading* (una vez cerrado el proceso de alegaciones, las partes pueden pedir que se dicte sentencia en base a los alegatos)— puesto que se considera que no tiene sentido celebrar un juicio para discutir la veracidad de unos hechos controvertidos que, aunque fueran probados, no podrían sustentar la tutela jurídica pretendida por el actor. Se trata de un tratamiento preliminar de la fundamentación jurídica de la pretensión que no tiene parangón en el Derecho procesal europeo, ni en el español, en el que el juez se pronuncia al respecto en la sentencia. Arthur R. Miller constata que es una de las deformaciones de las reglas procesales que le preocupa, denunciando que desafortunadamente en muchas ocasiones los jueces resuelven inapropiadamente las cuestiones de hecho o resuelven la inviabilidad en lugar de someterlo a juicio para la práctica de la prueba, y que incluso cuando la moción de terminación temprana no prospera, el juicio sumario se ha convertido en un largo y costoso consumidor del tiempo del *pre-trial*, con el consecuente retraso, gasto, y riesgo de terminación prematura. MILLER, A. *op. cit.* pp. 311 y ss.

¹⁰⁵ TARUFFO, M., «El proceso civil de “civil law”...», *op. cit.* p. 76.

al menos dos consecuencias, y son, en primer lugar que la suerte de la inmensa mayoría de las causas se juega en la fase preliminar, en el ámbito del *pre-trial*, y, en segundo lugar, que el modelo del proceso de *common law* no puede ser ya definido según el esquema bifásico de fases *pre-trial* y *trial*, la primera nacida originariamente para preparar la segunda, por la clara razón de que entre el 90 y 98% de los casos el juicio (*trial*) no tiene lugar¹⁰⁶, es decir que muy raramente el proceso termina con una sentencia.

Solo en los raros casos en los que fallan todos los mecanismos predispuestos en esta fase de procedimiento, que se ha convertido en el verdadero proceso, para poner fin al conflicto y hacer que la causa se cierre prontamente (aunque este es un término muy relativo porque esta fase del proceso puede llegar ser muy larga), tendrá lugar el juicio con la práctica de las pruebas y se dictará una sentencia, lo que desde luego no ha estado exento de polémica, como la protagonizada por Owen Fiss y Dereck C. Bok, profesores de Derecho, respectivamente, en las Universidades de Yale y Harvard.

Frente al profesor Bok, que abogaba por una nueva orientación en el plan de estudios de Derecho, denunciando la tradicional inclinación en la preparación de los estudiantes para el «combate legal», y pidiendo un cambio al objeto de capacitar a los estudiantes en las artes más amables de la reconciliación y el acuerdo, a través de los «nuevos mecanismos voluntarios» para la resolución de disputas, el profesor Fiss, en un artículo titulado *Against Settlement*, critica desde el escepticismo dicho movimiento, así como las reformas legales que tratan de impulsar la solución del litigio al margen de una resolución judicial. Afirma Fiss que el acuerdo es un pobre sustituto cuando se ha hecho renuncia de la función jurisdiccional, algo que no está exento de costes¹⁰⁷, y cuestiona el hecho de que los partidarios de los ADR (utiliza Fiss para referirse a ellos el término *partisans* —partisanos— para destacar

¹⁰⁶ «In more than 95 percent of American civil lawsuit there is no trial (Heise 2000: 823; Ostrom et al., 1996: 234), partly because trials are so costly. In many cases information gathered in pretrial discovery becomes the basis for a settlement. As the *Columbia Falls Aluminum* case teaches, adversarial pretrial discovery is a powerful tool for unmasking phony defenses and for undermining spurious claims [...] Nevertheless, even when it works well, the adversarial pretrial discovery and negotiation process is costly, inefficient, and slow». KAGAN, R.A., *op. cit.*, p. 108.

¹⁰⁷ En el mismo sentido William Twining se refiere a la obra de Bentham que, en *Scotch Reform*, se anticipa a los modernos comentaristas que miran con profunda sospecha los esfuerzos para promover la mediación, la negociación o el arbitraje, y otras alternativas al tipo de implementación abierta, barata, simple y rápida de la ley que se lograría en su sistema judicial ideal, como algo que no está exento de costos, al señalar que «el compromiso, incluso en situaciones de igualdad de poder de negociación cuando las partes acuerdan libremente, implica el sacrificio de los derechos y, por lo tanto, un costo, que solo se justifica como el menor de los dos males», concluyendo que, por lo que se refiere a los ADR, como el diseño de alternativas institucionalizadas a un litigio o adjudicación a fin de reducir el enojo, los gastos y el retraso asociados a dichos procesos, no debe darse por hecho que los beneficios de tales instituciones necesariamente superan los costos. TWINING, W., «Alternative to What?

su tendenciosidad partidista) no distinguan entre diferentes casos, para algunos de los cuales la conciliación y el acuerdo pueden ser apropiados, pero en absoluto lo son para otros¹⁰⁸.

El Honorable Jack B. Weinstein¹⁰⁹, veinticinco años después de que se produjera, se hace eco de dicho debate entre ambos profesores —Bok y Fiss—, reconoce que los argumentos de ambos tienen sus propios méritos, pero, partiendo de la realidad de que gran parte de los litigios de hoy día son casos en masa, afirma que no siempre es apropiado que los juzgados traten de evitar pronunciarse mediante una sentencia, maniobrando para que se resuelva mediante un acuerdo. En los casos en masa, observa, hay daños causados por actores lejanos sobre multitud de individuos anónimos, la mayoría de los cuales no tienen la menor idea de cómo puede protegerlos el sistema legal, por lo que la opción por el acuerdo no es real. Tales personas (afirma, citando al profesor Adam Zimmerman de la Facultad de Derecho de Nueva York), abandonadas a ellas mismas respecto a la opción por el acuerdo, tienden a ser irracionales, por lo que en su opinión (interesante y fundada desde un punto de vista práctico, por cuanto fue juez de Distrito de Nueva York, y trabajó en numerosos casos de daños masivos) hay que diferenciar entre aquellos asuntos en los que tal terminación, o mejor dicho, la actividad judicial para evitar que termine mediante sentencia es deseable, de aquellos otros en los que es esencial que termine mediante sentencia, o es deseable a partir de determinados fallos individuales.

En todo caso, para cumplir esa función de terminar con el proceso sin necesidad de sentencia no se requiere la terminación completa de la fase de *discovery*, y puede ser suficiente con la acreditación de los hechos esenciales que permitan esa evaluación.

Theories of Litigation, Procedure and Dispute Settlement in Anglo-American Jurisprudence: Some Neglected Classics», *Modern Law Review*, 1993. p. 380 – 392.

¹⁰⁸ «Settlement is a poor substitute for judgement; it is an even poorer substitute for the withdrawal of jurisdiction. For these reasons, I remain highly skeptical of a “two track” strategy and would resist it. But the more important point to note is that the draftsmen of Rule 68 are the exception. There is no hint of a “two track” strategy in Rule 16. In fact, most ADR advocates make no effort to distinguish between different types of cases or to suggest that “the gentler arts of reconciliation and accommodation” might be particularly appropriate for one type of case but not for another. They lump all cases together. This suggests that what divides me from the partisans of ADR is not that we are concerned with different universes of cases, that Derek Bok, for example, focuses on boundary quarrels while I see only desegregation suits. I suspect instead that what divides us is much deeper and stems from our understanding of the purpose of the civil lawsuit and its place in society. It is a difference in outlook». FISS, O.M., «Against Settlement» (1984), *The Yale Law Journal*, Vol. 93, N.º 6, 1984, p. 1089. Disponible en: http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/1215 [Fecha de acceso: 23-7-2023].

¹⁰⁹ WEINSTEIN, J.B. «Comments on Owen M. Fiss, Against Settlement» (1984), *Fordham Law Review*. Vol. 78 N.º 3 December 2009, Fordham University School of Law, New York, 2009, pp. 1265-1272. Disponible en: <https://ir.lawnet.fordham.edu/flr/vol78/iss3/8/> [Fecha de acceso: 23-7-2023].

A este respecto, el *Manual for Complex Litigation* pone de manifiesto la relación entre la fase de *discovery* y las posibilidades de llegar a un acuerdo, en su apartado 13.12, y valorando, tanto que los beneficios de que las partes logren un acuerdo pueden reducirse si se éste pospone hasta completar el *discovery*, por los elevados costos implicados, como que evitar el gasto de un inminente *discovery* puede ser un incentivo para que las partes decidan acordar, señala que un buen enfoque puede ser dirigir el *discovery* a la pronta obtención de la información necesaria sobre los hechos esenciales para un acuerdo, para lo que es esencial el papel de dirección que el juez —como *managerial-judge*— puede desempeñar en esta fase del proceso¹¹⁰, lo que tampoco ha estado exento de críticas¹¹¹.

Si se observa la amplitud del *discovery*, y que cada una de las partes dispone como consecuencia de todo ese proceso de toda la prueba, de todos los argumentos de hecho y de derecho de que podría valerse la parte contraria en un eventual juicio, porque sería inadmisibles cualquiera que no hubiera sido revelado previamente, es mucho más fácil entender por qué —dejando siempre al margen los posibles abusos que se puedan cometer—, se recurre a los sistemas ADR para terminar de resolver el conflicto; y es que, en esas condiciones, es posible evaluar completamente las respectivas posiciones, bien personalmente a través de los propios abogados, bien mediante el recurso a algunos de los medios ADR que hemos examinado, como a una determinación fáctica neutral (*Fact finding*), o a un mini-juicio (*mini-trial*), o a una evaluación neutral temprana (*Early Neutral Evaluation*), a un juicio

¹¹⁰ El *Manual for complex litigation* se refiere a la relación que existe entre la fase de *discovery* y la posibilidad de llegar a un acuerdo, en el apartado 13.12 (*Timing / Relationship to Discovery*): «Although settlement should be explored early in the case, the parties may be unwilling or unable to settle until they have conducted some discovery. The benefits of settlement are diminished, however, if it is postponed until discovery is completed. A better approach may be to target early discovery at information needed for settlement negotiations.405 Most judges do not stay discovery or other pretrial proceedings based on the pendency of settlement discussions, because the momentum of the litigation and trial preparation can create a powerful impetus for settlement. A short, judicially monitored extension may be appropriate, however, if the parties are close to agreement, and if a particular activity or deadline could affect their positions. Avoiding the expense of imminent discovery can be an inducement to settle, but a possible settlement should not preclude or limit further discovery needed by other parties (see section 13.22)».

¹¹¹ Arthur R. Miller se refiere a la modificación de la regla 26 en 1983 que eliminó la previsión de que, a menos que el tribunal dispusiera otra cosa, el uso de los medios de descubrimiento no estaba limitado, algo que parecía inocuo y, en principio, hasta justificado para imponer ciertas restricciones, dado que los costos del *discovery* estaban aumentando, como consecuencia en parte de que para los bufetes de abogados era un medio de conseguir altos ingresos al facturar por horas, y el uso excesivo y alto costo de los expertos, pero que implicaba un giro de 180 grados en el concepto, al introducir el concepto de proporcionalidad, limitando el alcance del *discovery*, que se ha reforzado con sucesivas enmiendas. Y considera extraño que se obstaculice la eficacia de este importante método porque el *discovery* es, a menudo, la llave que abre la puerta a la información crítica a la corrección de violaciones de importantes principios constitucionales, estatutarios y del common law. MILLER, A.R. *op. cit.*, pp. 353 y ss.

sumario con jurado (*Summary Jury Trial*), o a cualquiera de las otras figuras de ADR que antes hemos examinado, al objeto de evitar la celebración del juicio, con las incertidumbres y costes implicados.

Se trata de algo que puede resultar mucho más difícil, si no imposible, si no se dispone de todo ese material probatorio, puesto que nada puede aportar un mini-juicio, o un juicio sumario con jurado, por ejemplo, ni tan siquiera una simple conciliación en nuestro proceso civil, si parte de que las armas de que se dispone o se podría disponer son reservadas por cada una de las partes a la espera de revelarlas en el verdadero juicio.

4. GASTOS Y COSTAS JUDICIALES. LA *AMERICAN RULE*

Otra regla específica del Derecho procesal norteamericano, que puede sorprender a la gran mayoría de los profesionales del Derecho de nuestro ámbito, no solo continental, es la llamada *American Rule*, esto es, la obligación de cada uno de los litigantes de sufragar los gastos por concepto de honorarios de abogado de su propia defensa, sin que el hecho de que sea vencido, aun cuando lo sea totalmente, implique la obligación de reintegrar a la parte contraria de sus propios gastos por dicho concepto.

Esto no significa que no exista una condena al pago de costas procesales, pero como tal se entienden los gastos del proceso (como son los que haya generado el *discovery*, que en principio deben ser sufragados la parte que está obligada revelar las fuentes de prueba), excluyendo los gastos de abogado. A tales efectos se distingue entre gastos diferentes de los honorarios de los abogados —*Rule 54 (d) Costs Other Than Attorney's Fees*— por un lado, cuyo reintegro debe ser concedido a la parte ganadora, aunque el juez goza de un amplio margen de discrecionalidad para condenar o no, o para hacerlo parcialmente, y los gastos de abogado —(2) *Attorney's Fees*— por otro, en los que la regla general es la indicada de que cada una de las partes asume los honorarios de los abogados de su propia defensa, salvo que judicialmente se determine otra cosa.

Las excepciones a dicha regla, que pueden estar fundadas en las circunstancias concurrentes en el desarrollo del procedimiento, que existen en otros modelos procesales, como, por ejemplo, por la mala fe en la conducta de la parte o de su abogado, que justificaría que se le impusiera el pago de los gastos derivados del proceso, incluidos los honorarios de abogado, o por establecerlo así alguna disposición legal específica.

Así está previsto en la Regla 16, en relación con las *pre-trial conferences*, en la que, entre otras posibles sanciones, recoge la imposición del pago de todos los gastos razonables ocasionados por el incumplimiento, incluidos los honorarios de abogado, en caso de incomparecencia a las conferencias programadas, o de comparecer sin estar sustancialmente preparado, o no participar de buena fe, o no

obedecer la programación prevista o cualquier orden dentro de la fase *pre-trial*, a menos que dicho incumplimiento esté sustancialmente justificado, o que otras circunstancias hagan injusta tal imposición.

Así lo prevé la Regla 41, que se refiere al sobreseimiento de una demanda, ya sea principal, reconvenzional, o contra un tercero, y ya sea ese sobreseimiento voluntario (por desistimiento del demandante) o por resolución judicial, cuando el demandante, al que previamente se le ha sobreseído una acción en cualquier tribunal, ejercita de nuevo esa acción basada o incluyendo la misma reclamación contra el mismo demandado, en cuyo caso puede ser condenado al pago de la totalidad o parte de las costas del proceso anterior, incluyendo los honorarios de abogado, además de suspender el nuevo proceso hasta que el demandante haga dicho pago. Y así está previsto, por ejemplo, en materia de defensa de la competencia en la que se recoge el principio del vencimiento objetivo, y en materia de protección de derechos civiles en el que se establece la posibilidad, a discreción del juez atendidas las circunstancias, de imponer al perdedor el pago de los honorarios del abogado de la parte ganadora. Por ejemplo, la *Fair Housing Act*, 42 U.S.C. &3613 (c) (2) establece que, en una acción civil bajo el inciso (a) —referido a prácticas discriminatorias en materia de vivienda o incumplimiento de un acuerdo de conciliación celebrado en virtud del mismo título— el tribunal, a su discreción, puede permitir a la parte vencedora, que no sean los Estados Unidos, el pago de unos honorarios razonables de abogado y de las costas del proceso, y que los Estados Unidos serán responsables de tales honorarios y costas en la misma medida que un particular¹¹².

Un caso singular, que es otra interesante especificidad del proceso civil federal norteamericano —que se quiso acoger en España, como un medio adecuado de solución de controversias (MASC), bajo el nombre de «oferta vinculante confidencial», en artículo 16 del Proyecto de Ley de medidas de eficiencia procesal del servicio público de Justicia (BOCG núm. 97-1, de 22-4-2022)— es el previsto en la Regla 68 de las *Federal Rules of Civil Procedure Rule 68. Offer of Judgment*. (Regla 68. Ofrecimiento de sentencia).

Dicha norma se refiere en el apartado (a), bajo el título «Haciendo una oferta; sentencia sobre oferta aceptada» (*Making an offer; judgment on an accepted offer*), a la posibilidad de que la parte que se defienda de una reclamación pueda ofertar a la otra los términos de la sentencia, hasta catorce días antes del juicio. La parte a la que se le ofrece tiene catorce días desde la notificación para aceptar, y en caso de no aceptar la oferta —como señala el apartado (b) *Unaccepted Offer*— se tiene por retirada, sin que eso impida que se pueda hacer una nueva oferta, y sin que sea admisible a ningún efecto como evidencia en el juicio la existencia de esa oferta no aceptada, excepto en un procedimiento posterior para la reclamación de

¹¹² *Fair Housing Act*, 42 U.S.C. &3613 Disponible en: <https://www.hud.gov/sites/dfiles/FHEO/documents/fairhousingact.pdf> [Fecha de acceso: 2-8-2023].

los costos del proceso; y es que el apartado (d) —*Paying Costs After An Unaccepted Offer*— dispone que si la sentencia que el interesado obtiene finalmente no es más favorable que la oferta no aceptada, el destinatario de la oferta deberá pagar los gastos ocasionados después de la oferta, lo que, dados los altos costes del proceso judicial y de los honorarios de abogados, no es pequeño incentivo, al que además los tribunales pueden sumar incentivos adicionales.

Existen excepciones, pero frente la regla general del vencimiento objetivo vigente en la mayoría de los países (con diferentes matices), la regla general es que cada parte asume los honorarios del abogado que le defiende, sin que la que resulte perdedora tenga que reintegrar total o parcialmente esos honorarios, lo que es una consecuencia de la importancia que, ideológica, política y constitucionalmente, tiene el proceso civil como un instrumento para que los ciudadanos puedan hacer efectivos sus derechos, unos ciudadanos que, ante el temor de tener que afrontar el pago de unas cuantiosas sumas por concepto de honorarios del abogado contrario, en caso de perder el proceso judicial, podrían verse intimidados, y renunciar a ejercitarlos¹¹³.

5. EPÍLOGO SOBRE EL SISTEMA PROCESAL CIVIL EN LOS EE.UU.

Se pueda afirmar, por tanto, que la aplicación de estos sistemas alternativos de resolución resulta ser una consecuencia natural de una concepción ideológica previa que informa a las partes¹¹⁴, y también de un sistema procesal —con

¹¹³ Sobre el particular apunta Robert A. Kagan que el legalismo adversarial en la justicia civil (y en la aplicación privada del derecho público) disminuiría si EEUU acogiera el sistema que es norma en la mayoría de los países, de que «el que pierde paga». Señala que, debido a que los litigios en los EE.UU. son tan costosos y legalmente inciertos, se utilizan a menudo como un instrumento coercitivo, obligando a abandonar reclamaciones y defensas justas cuando se enfrentan a un adversario legal que puede permitirse infligir los altos costos y las demoras del litigio a su oponente. Por el contrario, bajo la regla de quien pierde paga, los demandantes con casos legalmente cuestionables son más reacios a demandar, y los demandados con defensas débiles tienen fuertes incentivos para llegar a un acuerdo rápidamente, antes de que aumenten los costos de descubrimiento y otros. Pero esta regla, afirma, tiene un inconveniente significativo, y es que las personas con aversión al riesgo y reclamaciones probablemente meritorias, pero no concluyentes, se mostrarían reacios a arriesgarse a perder y, por lo tanto, no demandarán. No obstante, señala que contra esas injusticias hay que sopesar las injusticias del sistema actual, que perjudica a partes con pretensiones y defensas claramente meritorias. A tales efectos apunta a variaciones propuestas en la regla de que el que pierde paga, buscando lo mejor de ambos mundos, como aplicarla solo cuando las partes rechazan razonablemente una propuesta temprana de acuerdo. KAGAN, R.A. *op. cit.*, p. 239.

¹¹⁴ Robert A. Kagan enfrenta el estilo participativo en la toma de decisiones para la resolución de conflictos, (propio del sistema norteamericano), del que forman parte la negociación, con o sin abogados, y la mediación, frente al estilo jerárquico vigente en la casi unanimidad del resto de democracias avanzadas, caracterizado por un mayor control de los procesos y patrones en la toma de decisiones, controladas por especialistas, expertos, trabajadores sociales, etc., lo que formalmente se traduce en el legalismo burocrático que hace hincapié en la aplicación

instituciones y posibilidades como las que hemos examinado— que está concebido y ordenado a dicha forma de resolución, pero ello no impide afirmar que hay otras razones, también de orden práctico, que han contribuido a la aceptación y difusión de los ADR.

Como señalábamos, no es difícil observar la importancia de las instituciones a las que nos hemos referido —a la que habría que añadir la institución del jurado, siempre impredecible, y su gusto por la aplicación de daños punitivos, que suponen un importante incentivo para tratar de llegar a un acuerdo antes que tener que asumir ese riesgo— en el modelo procesal norteamericano, y la realidad de una evolución muy importante en el modelo de *common law* de los EE.UU., sin las cuales no es posible explicar el éxito de hecho que ha tenido la implantación de los ADR entre los profesionales del Derecho.

No se trata sin embargo de una evolución que haya recibido el beneplácito unánime de la doctrina, como ya hemos tenido ocasión de comprobar, habiendo recibido críticas muy duras desde sectores que denuncian la transformación de los tribunales federales norteamericanos en algo muy alejado de su concepto y función originales.

MILLER señala, a este respecto, que la importante transformación de la doctrina jurídica sustantiva ha estado acompañada de una modificación comparable del proceso judicial en los casos civiles, y muestra en particular su preocupación por los cambios de procedimiento que han dado lugar a la solución cada vez más temprana de los litigios, a menudo aniquilando la oportunidad de un ciudadano para conseguir una sentencia significativa sobre el fondo de su reclamación. Recordando la imagen típica del proceso civil norteamericano —el juicio ante un jurado ante el tribunal de primera instancia—, afirma que ya casi no hay juicios civiles federales, y mucho menos juicios con jurado, las salas de los tribunales federales están vacías la mayor parte del tiempo, y los jueces juzgan cada vez menos casos, siendo un cliché contemporáneo el que refiere al «juicio desaparecido» (*the vanishing trial*). Los casos simplemente no sobreviven hasta el juicio, sino que se resuelven mediante acuerdos o, cada vez más, simplemente se descartan, y citando las palabras de un juez —Richard Arnold, del Octavo Circuito—, señala que los jueces hacen casi cualquier cosa para evitar decidir sobre el fondo, buscando alguna razón de procedimiento para deshacerse de él, u obligando a las partes a llegar a un acuerdo cualquiera que pueda ser, lo que considera muy desafortunado. Los juicios, afirma, son públicos, usan a menudo ciudadanos como jurado, que busca los hechos y aplica las leyes, brindan transparencia, son un aspecto importante de la tradición democrática de Estados Unidos y preservan la credibilidad del sistema de justicia civil¹¹⁵.

uniforme de reglas centralizadas, la responsabilidad vertical y la responsabilidad oficial en la investigación de los hechos. KAGAN, R.A. *op. cit.* p. 10.

¹¹⁵ MILLER, A.R., *op. cit.*, pp. 306-307.

La conclusión a la que llega, que no afecta tanto al sistema adversarial como a las transformaciones procesales que han llevado a los jueces a convertirse en gestores (*managerial judges*), vinculados a la gestión del caso concreto (*case management*) para la terminación del proceso al margen del juicio, es que, como consecuencia de esa transformación, ya no tiene una respuesta clara sobre la cuestión que a lo largo de los años de enseñanza planteaba a los estudiantes de primer año de procedimiento civil sobre el objeto del proceso, desde el momento en el que hay «un Tribunal Supremo que parece preocupado por la terminación temprana y la ampliación de formas de evitar sentenciar sobre el fondo en base a los *méritos*, o de desviar las disputas a arbitraje»¹¹⁶.

En el mismo sentido denuncia WOO que el objetivo de minimizar costos y maximizar la eficiencia del sistema judicial, que está en el fondo de estas reformas procesales, puede terminar transformándose en un método para eliminar casos, como ha sucedido en Estados Unidos y Canadá, afirmando, muy gráficamente, que el *case management* se ha transformado en un *case elimination*, y que en lugar de un proceso en el que la eficiencia y los costes estén al servicio de la exactitud y la justicia, se ha conseguido un proceso que favorece la simplificación frente a la complejidad, las acciones individuales frente a las colectivas, y los acuerdos frente a las sentencias, con menos consideración sobre el resultado, de forma que el sistema judicial se ha reducido a la mera resolución de disputas privadas, frente al papel público de los litigios por la importante función pública que considera que deben desempeñar los juzgados haciendo cumplir las normas legales y sociales acordadas¹¹⁷.

Antes afirmábamos que es consustancial a la ideología norteamericana, que impregna el sistema procesal, el pragmatismo, que huye de la búsqueda de «la verdad», porque ésta está relacionada con la acción de modo tal que la «verdad es lo que funciona», en este caso poner fin al conflicto, sin un verdadero interés en los contenidos, calidad y criterios con que se adopta una decisión judicial, llegando a afirmar TARUFFO en este sentido que «el tribunal podría incluso realizar decisiones echando los dados, si ese fuera un medio socialmente aceptado para resolver las disputas»¹¹⁸.

Ahora podemos afirmar que la combinación de los elevados costes del proceso¹¹⁹, su larga duración, el riesgo de arbitrariedad en los juicios o

¹¹⁶ MILLER, A.R., *op. cit.*, p. 371.

¹¹⁷ WOO, M.Y.K., «Case Management or Case Elimination? A Snapshot from North America», *International Journal of Procedure Law*, Volume 8, 2018, p. 88.

¹¹⁸ TARUFFO, M., *La prueba...*, *op. cit.* p. 76.

¹¹⁹ En este sentido afirma Robert A. Kagan «By making litigations and adjudication slow, very costly, and unpredictable, adversarial legalism often transforms the civil justice system into an engine of injustice, compelling litigants to abandon just claims and defenses». KAGAN, R.A. *op. cit.*, p. 117. También Jordi Nieva-Fenol que, desde una percepción crítica de las bondades

desestimaciones sumarias, la coacción judicial para acudir a medios alternativos y evitar resolver, y los impredecibles y arriesgados veredictos del jurado en caso de que finalmente se llegue al juicio (*trial*), con sus daños punitivos, en ocasiones colocan al justiciable y su reclamación o defensa en una situación muy parecida a la de jugársela a los dados, por lo que se refiere al resultado, pero mucho más lenta y mucho más cara.

de los ADR y de su recepción en Europa, que afirma favorecida tanto por los poderes públicos, a los que solo les interesa reducir el número de causas judiciales, como por lobbies de arbitraje y de mediación alimentados por razones lucrativas, señala como causas por las que se acude a estos sistemas ADR en EE.UU., no una supuesta cultura del pacto, sino la desconfianza de los juristas en la institución del jurado, que conoce de muchos procesos civiles con arreglo a la VII enmienda de la Constitución, con el fin de eludir sus no pocas veces sorprendentes veredictos, y los altos honorarios de los abogados, como consecuencia del sistema de facturación por horas y falta de transparencia que termina incrementado los costes del proceso dentro del cual hay que tener en cuenta los largos —y por tanto, carísimos— procesos de negociación, tras los cuales las partes, ante la perspectiva de un proceso jurisdiccional incierto, que puede acarrear unos costes que no pueden asumir, y fatigadas por la larguísima negociación, acaban aceptando cualquier propuesta de acuerdo, aun cuando no sea acorde a sus intereses, y aun cuando implique una injusticia, por miedo a litigar. NIEVA-FENOLL, J, en «Mediación y arbitraje: ¿una ilusión decepcionante?» *Revista General de Derecho Procesal*, N.º 39, Iustel, Madrid, 2016.

CAPÍTULO V.- POR ALUSIONES. EL MODELO PROCESAL CIVIL EN EUROPA Y EN ESPAÑA

1. PERO ¿ES POSIBLE HABLAR DE UN MODELO PROCESAL CIVIL EUROPEO?

Hemos examinado el origen del movimiento de los ADR en EE.UU., y su estrecha vinculación con algunas de las principales características de su sistema o modelo procesal, que nos han proporcionado algunas claves que ayudan a explicar la aceptación, estudio y utilización de los ADR por la doctrina y, sobre todo, por quienes aquí y allí están llamados principalmente a ayudar a las partes a la resolución de los conflictos, los abogados.

En buena medida ya nos hemos referido a las diferencias de dicho sistema, encuadrado dentro del *common law*, con los sistemas que hemos denominado de *civil law*, dentro de los cuales hay que incluir los europeos continentales y, entre ellos, el sistema procesal español. Pero es necesario ahora concretar algo más esas diferencias para abordar la implementación de los ADR en Europa, su presente y su previsible evolución.

Hay una razón para ello, que ya ha sido posible apreciar al examinar la estrecha vinculación existente entre sistemas ADR y proceso civil en el sistema norteamericano de resolución de conflictos, y es que no se pueden explicar los unos sin el otro, en atención al fundamento, principios y fines que inspiran la misma existencia del proceso, lo que tiene como consecuencia que no se puede pretender una implantación exitosa de los sistemas ADR de espaldas al proceso, y por lo que nos atañe, al proceso civil.

Baste recordar brevemente que el fundamento del proceso judicial, por qué existe este proceso, dado que no se trata de una institución natural sino artificial, se encuentra en los principios y fines a los que obedece, que, como señalan GUASP y ARAGONESES, «son, como en todas las instituciones jurídicas esencialmente dos, la seguridad y la justicia, enmarcados en el ámbito de la convivencia social,

que no es por su parte un tercer principio, sino meramente el límite dentro del cual se desenvuelven los anteriores»¹²⁰.

En primer lugar, el principio de seguridad que supone la satisfacción pública de pretensiones privadas conforme a lo ordenado por la ley, lo que es, sin duda, de indudable interés público, frente al desorden implícito, tanto en el mantenimiento de situaciones injustas, aunque exista una apariencia de paz social, como en el restablecimiento de la justicia confiado a la autotutela de los ciudadanos, lo que, entre otras cosas, y dada la preocupación por los costes de mantenimiento del sistema judicial que informa buena parte de la normativa dirigida a promover el recurso a sistemas ADR, hay que afirmar que también tiene una indudable trascendencia económica, negativa.

Pero el proceso no puede obedecer solo la seguridad, porque por sí sola no podría garantizar su propia subsistencia, salvo en regímenes autoritarios, sino que también debe obedecer al principio de justicia. Esto es así porque no es suficiente con que se satisfagan las pretensiones de los justiciables, que normalmente serán contradictorias, lo que exigirá atender unas y denegar otras, sino que estas deben satisfacerse de una forma justa, y la justicia exige dar a cada uno lo suyo, sustantiva y procesalmente, estando ésta última —la justicia procesal, mediante la atribución de determinados poderes derechos y obligaciones al juez y a las partes en el proceso—, encaminada a conseguir la primera.

Y todo ello hay que enmarcarlo, como ya hemos adelantado, dentro de los límites que en cada momento exige la convivencia social, por cuanto «toda la seguridad y la justicia que el derecho trata de realizar tienen que sujetarse a las exigencias sociales, es decir, amoldarse a los imperativos que exige la naturaleza de la comunidad en que operan», que son esencialmente dos: la armonía procesal, que exige evitar en lo posible resultados contradictorios a las mismas pretensiones, y la economía procesal, que exige la obtención del máximo resultado procesal con el mínimo esfuerzo, lo que implica economías de dinero, de trabajo y de tiempo. Como señalan los citados autores, desde un punto de vista social el proceso «tiene que ser barato, rápido y sencillo»¹²¹, lo que, como vamos a ver, ya implica un determinado posicionamiento ideológico frente al papel que debe desempeñar el proceso civil, y el papel que tienen en el mismo las partes y el juez.

En este punto hay que recordar que nunca ha existido un modelo continental europeo único, por lo que no es posible sostener la existencia de un modelo de *civil law*. Ello es así porque, históricamente, en la Europa continental nunca ha existido un modelo homogéneo de proceso civil, antes bien al contrario, como recuerda TARUFFO, «la disciplina del proceso estaba extremadamente fragmentada en función de la diversidad de las jurisdicciones y de la pluralidad de las fuentes

¹²⁰ GUASB, J., Aragonese, P., *Derecho Procesal Civil*, Tomo I, Civitas, 5ª Edición, Madrid, 2011.

¹²¹ GUASB, J., Aragonese, P., *op. cit.* p. 40.

reguladoras del procedimiento, así que no había mucho en común, por ejemplo, entre los procesos regulados por el *Code Louis*, los estatutos italianos, la práctica de la *Rota romana* y otros grandes Tribunales, o la *Kammergerichtsordnungen* germánica»¹²². Y, aunque a principios del siglo XIX pareció existir cierta convergencia por la influencia del Código Napoleónico, ese proceso se frena con la caída del Imperio, y desaparece hacia finales del siglo XIX por influencia del código del proceso civil austriaco, pudiendo hablar de tres modelos principales dentro del área de *civil law* como son el modelo francés, el austriaco-alemán, y el español, además del sistema procesal inglés que sería el modelo original de *common law*.

2. EL CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL FRANCÉS DE 1806

La historia del procedimiento civil moderno en Europa continental comienza con la Codificación¹²³, y con el Código Napoleónico, el código de procedimiento civil francés de 1806, que entró en vigor en 1807, y no solo porque fue introducido en diferentes países europeos como consecuencia de la expansión del imperio francés y de su anexión al mismo, o por imitación al estar dentro de su área de influencia, sino por la modernidad y novedad que suponía, pese a que en buena medida incorporaba el derecho procesal civil tal y como se encontraba en la Ordenanza para la reforma de la justicia civil de 1667, promulgada bajo el imperio de Luís XIV, en la que por primera vez se reivindica el monopolio real —que después sería del poder legislativo— sobre la legislación en materia procesal civil, y se introdujo un sistema uniforme para todo el reino de Francia.

A este respecto la principal contribución de la Revolución en el ámbito del procedimiento civil fue el desmantelamiento del sistema de justicia del Antiguo Régimen, al eliminar todas las formas de jurisdicción vinculadas a la propiedad de la tierra, o a determinadas categorías de personas o de derechos, que era la base de la pluralidad de normas y jurisdicciones, y su sustitución por un sistema nacional que reflejaba la nueva organización territorial y administrativa del territorio como un Estado unitario¹²⁴.

El nuevo sistema, con variaciones a lo largo de los años de la Revolución, reflejó el racionalismo del siglo XVIII en su construcción jerárquica piramidal, y con el Consulado quedó configurado un sistema en el que en la base estaban los jueces de paz, con una jurisdicción limitada; se establecieron tribunales de primera instancia en cada distrito (*Tribunaux département-taux*), tribunales de apelación (*Tribunaux d'Appel*), que inicialmente el legislador revolucionario se negó a crear, para evitar el riesgo de renacimientos de los *Parlamentos*, y un tribunal de casación

¹²² TARUFFO, M., «El proceso civil de “civil law”...», *op. cit.* pp. 69-94.

¹²³ VAN RHEE, C.H., «Civil Procedure: A European Ius Commune?», *European Review of Private Law*, 2000, p. 594.

¹²⁴ VIJFFELS, A., «French Civil Procedure Rules (1806-1975), *European Traditions in Civil Procedure* [Edit. VAN RHEE, C.H.], Intersentia, Antwerpen – Oxford, 2005.

(*Cour de cassation*); se crearon, además, tribunales comerciales que atendían a las especificidades del derecho mercantil, y, durante el Imperio, tribunales de conflictos laborales (*Conseils de prud'hommes*).

También hubo importantes modificaciones respecto a los jueces y a los abogados. Respecto a los primeros se abolió la venalidad de los cargos judiciales, y, frente al sistema vigente durante los años más radicales de la Revolución de jueces legos nombrados por un periodo determinado, los jueces pasaron a formar parte de un cuerpo nacional cuyos miembros eran nombrados con carácter vitalicio y pagados por el Estado. En cuanto a los abogados, y a su papel en el desarrollo del proceso —una preocupación de todos los legisladores, sean reyes, cortes o parlamentos, que parece estar al margen del tiempo y del espacio¹²⁵—, el legislador revolucionario consideró a los abogados profesionales como agentes en los procesos en los que actuaban cuyos intereses iban en contra del ideal de la conciliación, y como origen y transmisores de malas prácticas tradicionalmente instaladas en el foro, como el recurso a toda clases de argucias procesales, los costos excesivos y los retrasos indebidos en el desarrollo del proceso. Dichas prácticas se quisieron combatir inicialmente aboliendo la profesión de abogado, también la de los *proctors* (término que significa supervisor, y que indicaba una determinada categoría de procurador / abogado), y creando una nueva categoría de consejeros, los *avoués*, que fueron también suprimidos por Decreto de la Convención del 3 de Brumario (año II), provocando justo el efecto contrario al pretendido. Es con el Consulado, a partir de 1803, que abogados y *avoués* fueron recuperando gradualmente el estatus oficial.

Ese dismantelamiento fue la principal aportación de la Revolución, porque, por lo que se refiere al procedimiento —una vez superada la fase revolucionaria inicial, en la que el procedimiento civil quedó reducido a diez artículos¹²⁶— y, como

¹²⁵ Lo trataremos al referirnos al modelo procesal español, pero cabe adelantar que dicha desconfianza se remonta a la Edad Media, en la que se manifestó de forma muy explícita en diferentes leyes y ordenanzas que se referían a la malicia de los abogados, que alargaban los pleitos innecesariamente y cobraban honorarios abusivos, en ocasiones por valor superior al del pleito. Más recientemente, si no de forma implícita, sí que se ha manifestado esa desconfianza en el olvido que se ha hecho del importante papel que juega la abogacía en la resolución de conflictos, tanto en regulaciones europeas como nacionales. En ese sentido *vid.* ORTUÑO MUÑOZ, P., «La Abogacía y la mediación: apuntes críticos al anteproyecto de ley de impulso», *La Ley. Mediación y Arbitraje*, N.º 1, Wolters Kluwer, enero-marzo 2020.

¹²⁶ Como recuerda Alain Vijffels, el mismo Decreto de la Convención del 3 de Brumario (año II), que abolió a los *avoués*, redujo todo el procedimiento civil a diez reglas, lo que produjo justo el efecto contrario al pretendido, y contribuyó involuntariamente a la supervivencia de las antiguas prácticas, como diversas formas de artimañas, además de costos excesivos y retrasos indebidos. La falta de una normativa procesal detallada, y las deficiencias de muchos jueces legos recién elegidos, generó una percepción de arbitrariedad de la justicia que generó el antagonismo de grupos de la población que no eran adversos a las reformas de la Revolución en general; los litigantes terminaron por solicitar la ayuda de abogados que operaban más o menos al margen del sistema, y de antiguos abogados profesionales que

ya se ha anticipado, la Comisión que se estableció en el año X, a la que se confió la tarea de elaborar el proyecto de Código de Procedimiento Civil, compuesta por profesionales familiarizados con los procedimientos prerrevolucionarios, siguió el modelo implícito en la Ordenanza de 1667, que a su vez seguía el modelo de procedimiento de origen romano-canónico, tal y como había sido parcialmente asimilado en la práctica de los *Parlamentos*, y en particular del Parlamento de París¹²⁷. Se superaba así el sistema preexistente, en el que cada tribunal tenía sus propias normas de procedimiento, su propio *stilus curiae*», normalmente basado en el proceso Romano-Canónico, pero con variaciones¹²⁸.

Dichas novedades residían en que trató de crear un patrón general y uniforme del procedimiento civil, y de garantizar la plena aplicación y coherencia con el Código Civil napoleónico, publicado dos años antes (en 1804), sin perjuicio de la existencia de reglas concretas para necesidades específicas, por ejemplo en materia mercantil¹²⁹, y del mantenimiento de la conciliación preliminar introducida por el legislador revolucionario como obligatoria para buena parte de los procedimientos, si bien más restringida.

El Código de Procedimiento Civil de 1806, puso especial énfasis en la oralidad y publicidad del procedimiento frente al carácter escrito y relativamente secreto por el que se caracterizaban hasta entonces, y recogía el espíritu liberal del

continuaron utilizando las viejas prácticas, aunque estuvieran formalmente abolidas, a falta de una alternativa elaborada. VIJFFELS, A., «French Civil...», pp. 28-29.

¹²⁷ VIJFFELS, A., «French Civil...», pp. 30-31.

¹²⁸ VAN RHEE, C.H., «Case Management in Europe: A Modern Approach to Civil Litigation», *International Journal of Procedure Law*, Volume 8, 2018, pp. 74-75.

¹²⁹ Los principales temas objeto de tratamiento específico con respecto a las normas del Código de Procedimiento Civil, es decir, lo que en adelante se consideraría el «derecho procesal común» (como el Código Civil estaba destinado a expresar el derecho sustantivo común), y las desviaciones necesarias de esas normas comunes en los procedimientos comerciales que fueron objeto de discusión, fueron: a) la exclusión de los *avoués* de los tribunales comerciales, por temor a que frustraran la intención del legislador de simplificar las formas y enfatizar la buena fe, aunque se terminó admitiendo por la práctica de la comparecencia de abogados no oficiales como representantes, y por considerar que las cuestiones jurídicas e intereses en juego en los temas mercantiles no eran de menor importancia que los civiles; b) la anulación de un procedimiento escrito, como una consecuencia de la exclusión de los abogados, poniendo mayor énfasis en la posibilidad de contradicción en la práctica de las pruebas; c) la ausencia (solo relativa) en los procedimientos mercantiles del *Ministère Public*, que en el sistema del Código de Procedimiento Civil, tenía que intervenir en varias ocasiones; y d) la presencia de jueces legos en los tribunales comerciales, que se consideraba claramente como un excepción, como lo era el estatus excepcional del derecho comercial en general. También como una especialidad propia del derecho mercantil, recogida en el artículo 429 del Código de Procedimiento Civil, existía la posibilidad de nombrar uno o tres «árbitros» (en el texto francés: *arbitres*), que no eran en realidad terceros encargados de decidir el caso (árbitros en sentido estricto), sino terceros que examinarían las cuentas, registros y pruebas documentales, escucharían a las partes e intentarían conciliarlas y, a falta de una de acuerdo informarían al juez. VIJFFELS, A., «French Civil...», pp. 32-38.

siglo XIX y su exaltación de la autonomía de la voluntad como valor absoluto y prioritario que informaba también el proceso civil. Se confiaba en la responsabilidad individual de los ciudadanos, verdaderos «dueños» de la demanda civil, a cualquier coste, y con independencia de cualquier exigencia de funcionalidad y eficiencia del procedimiento, considerándolos como hombres razonables que litigarían unos contra otros desde una posición de igualdad, por lo que no se precisaba la intervención en el proceso de terceros, los jueces, más que de una forma muy limitada. Ello tuvo como consecuencia un modelo «liberal» de procedimiento, por discutido que pueda ser el uso de esa terminología, como contraposición a un proceso «inquisitorio», sin que en forma alguna sirva para la identificación de uno u otro con determinados regímenes políticos liberales frente a regímenes autoritarios¹³⁰, sino exclusivamente en el sentido de que se trataba de un proceso no intervencionista, que limitaba el poder del tribunal para intervenir en la dirección del procedimiento y en su duración, y permitía a las partes la posibilidad de hacer alegaciones hasta el final de la última audiencia oral, e incluso introducir nuevas alegaciones en la apelación, así como la plena disponibilidad de los medios de prueba¹³¹.

La conciliación preliminar fue introducida por Decreto del 16 al 24 de agosto de 1790, sobre organización de los tribunales, que creó las «oficinas de paz» (*bureaux de paix*) e impuso la conciliación preliminar en la mayoría de los procedimientos ante los tribunales de distrito, en los procedimientos de apelación contra las sentencias de esos tribunales, y en los litigios entre miembros de una familia. Era una etapa temprana de la Revolución, en la que el legislador compartía el optimismo de la Ilustración, se confiaba en que los ciudadanos se

¹³⁰ Sobre este punto no existe tal correspondencia, y es que sistemas procesales liberales han subsistido a regímenes autoritarios, y regímenes no autoritarios han desarrollado procesos más intervencionistas. En este sentido: TARUFFO, M. *La prueba...*, op. cit. p. 279 y ss., BARONA VILAR, S., «Líneas generales y principios configuradores de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil», *Revista de Derecho Universitat de Valencia (Estudi General)* N.º 1, noviembre 2002. Disponible en: <https://www.uv.es/revista-dret/archivo/num1/Silvia.htm#fin>. [Fecha de acceso: 5-7-2023]. Juan Montero Aroca señala, sin embargo, que no se ha destacado bastante que códigos como el austriaco de 1895 y el italiano de 1940, o el soviético, que concedían mayores facultades a los jueces, llegando a ser de instrucción en el italiano y en el soviético, negando en este último el principio dispositivo, se han promulgado en países y momentos (el imperio Austro-Húngaro, el estado fascista italiano, y el estado soviético) en que los jueces era menos o nada independientes por su sumisión al poder ejecutivo; y bajo el pretexto de la función social del proceso, en el que no importan tanto los derechos individuales como los intereses públicos o sociales, se privaba a las partes de derechos que son garantías, y se favorecía la injerencia del poder ejecutivo en la efectividad de los derechos subjetivos de los ciudadanos. MONTERO AROCA, J. «La nueva Ley de Enjuiciamiento Civil española, y la oralidad». Texto base de la conferencia pronunciada en las «XVII Jornadas Iberoamericanas de Derecho Procesal», celebradas en San José, Costa Rica, los días 18 a 20 de octubre de 2000. en <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/5084998.pdf>, pp. 633-634. [Fecha de acceso: 5-7-2023].

¹³¹ TARUFFO, M., *La prueba...* op. cit., p. 269.

encontraran en armonía social a través de las leyes e instituciones que expresaban la voluntad general de la Nación, y sustituyeran los procedimientos tradicionales (el jurisdiccional) por medios informales de resolución de controversias.

La teoría no se correspondía con la realidad, y pronto tuvo que ser limitada y restringida, dada la existencia de jueces de paz demasiado entusiastas, que presionaban a las partes para que alcanzaran acuerdos sacrificando derechos que les correspondían de forma obvia, el hecho de que la abolición del asesoramiento jurídico implicaba una posición de fuerza de la parte mejor informada sobre la ley, o que podía ser más asertiva, y la evidencia de que implicaba grandes riesgos y desventajas para quien participaba en el procedimiento de buena fe, y que se utilizaba para obtener ventajas estratégicas en el ulterior procedimiento (por ejemplo mediante la utilización de los registros detallados prescritos en 1790 para el acto de conciliación ¹³²), además de ser un proceso que resultaba finalmente costoso, lento, e ineficaz al fin pretendido de evitar la litigación.

A pesar de las voces que solicitaban su supresión ¹³³, el Código de Procedimiento Civil francés de 1806 la mantuvo, en sus artículos 48 a 58, pero

¹³² Sobre el particular, merece la pena llamar la atención sobre la actualidad de las críticas ya formuladas ya antes de la redacción del Código de Procedimiento Civil de 1806, a la luz de la experiencia adquirida con el desarrollo de la conciliación preliminar obligatoria impuesta en 1790. Con referencia a la conciliación en España, y a su regulación, ya apuntaba a la inexistencia de razón alguna para que el demandante desvele todas sus armas en el acto de conciliación, limitándose normalmente a requerir al demandado para que se avenga a reconocer su pretensión, como tampoco la hay para que el demandado admita el incumplimiento de sus obligaciones contractuales, facilitando un título ejecutivo con carácter inmediato, o para que adelante al demandante cuales son las razones de su oposición a la pretensión, perjudicando su futura defensa en el juicio posterior, lo que resulta agravado por la grabación de todo el acto, eliminando la confidencialidad, y asegurando así que todo lo que se diga en dicho podrá ser utilizado después en contra. MARTÍNEZ PALLARÉS, J.I., «Proceso civil y mediación. El acceso a las fuentes de prueba desde la perspectiva ADR», *Revista General de Derecho Procesal*, N.º 49, septiembre 2019, pp. 26-27.

¹³³ La forma de reducir la duración de los procedimientos formó parte de los trabajos previos para el Código, entre otras medidas relativas a procedimiento y plazos, se plasmó en las discusiones sobre la conciliación preliminar y el rechazo de la sección del proyecto de Código sobre el compromiso en árbitros. Los miembros del Consejo de Estado y el Tribunalado expresaron su desencanto por una institución que la Revolución había aclamado como uno de sus logros importantes. A pesar de las extrañas florituras retóricas que se refieren al juez como «un ángel portador de la paz» (*ange pacificateur*) y de las terribles advertencias contra el «profundo abismo» (*labîme profond*) en el que se aventuraba cualquier litigante, los procedimientos preliminares de conciliación ya no se consideraban una alternativa adecuada al litigio; en las ciudades, especialmente en las más grandes, la exigencia de someterse a un intento de conciliación no implicaba sino una pérdida de tiempo y mayores costes, además de ocasión para «trampas», por lo que se optó por mantener dicha exigencia sólo en aquellos casos en los que cabía esperar alguna posibilidad de acuerdo. Ello se plasmó en que, aunque el Código mantuvo la posibilidad de un procedimiento preliminar de conciliación ante un Juez de Paz en los artículos 48-58, el artículo 49 enumeraba varias categorías de procedimientos (incluidos los casos que debían tratarse con rapidez) en los que ya no se requería. En cuanto

de forma limitada —el artículo 48 establecía los motivos generales de exención, y el artículo 49 enumeraba siete categorías de casos que se eximían explícitamente del requisito de un intento de conciliación preliminar—, sustituyendo el registro detallado de todo el acto de conciliación por un registro resumido de los puntos esenciales, pero la práctica confirmó su progresiva irrelevancia como sistema de solución de conflictos (más en las grandes ciudades que en los ambientes rurales), que trataba de ser evitado por los litigantes a través de determinadas prácticas jurídicas, que aprovechaban deficiencias técnicas¹³⁴.

En cuanto al desarrollo posterior del proceso civil en Francia, en una línea a la que tienden a converger todos los modelos, se ha caracterizado por el debate en torno a la necesidad de un papel más activo del juez en el desarrollo del procedimiento. La discusión y argumentos a favor ese papel más activo se remonta a muy antiguo, en los debates sobre la reforma del proceso civil francés, pero solo en los últimos años parece haber sido mejor aceptado, tanto por los propios jueces como por los profesionales del derecho.

A finales del siglo XIX, la opinión generalizada era que, aunque el Código de 1806 ofrecía al juez los medios para tomar más iniciativas y controlar

al compromiso con árbitros el proyecto de Código había incluido, entre los títulos 9 y 10 de la parte I, libro II, un título «Des renvois par-devant arbitres», cuya finalidad declarada era lograr la conciliación o, en su defecto, que el conciliador asesorara al tribunal. El Tribunado rechazó el sistema por su ineficiencia, una vez fracasada la conciliación, por los mayores retrasos y costes implicados, y por riesgos como la comisión de abusos, la formación de clientelismo entre profesionales del derecho en torno a jueces que les favorecerían para tales tareas, y por favorecer la pereza de algunos jueces. Vijffels, A., «The shadow of the ancien régime's protracted proceedings in the French Code of Civil Procedure (1806)», *The Law's Delay* [Edit. C.H. VAN RHEE], Intersentia, Antwerpen – Groningen, 2004. pp. 369-371.

¹³⁴ Señala Alain Vijffels que se reconocieron al menos dos motivos técnicos para esta disminución que fueron utilizados en la práctica jurídica para evitarlo. En primer lugar, se convirtió en práctica habitual solicitar el beneficio de notificar las órdenes de comparecencia a corto plazo, (*assignation à bref délai*), supuestos en los que se presumía la urgencia y el demandante ya no estaba obligado utilizar la conciliación preliminar. En segundo lugar, el artículo 53 del Código establecía que, si bien por regla general las partes tendrían que comparecer personalmente en el intento de tramitación, podían, si no podían hacerlo, estar representadas por un agente. No existía obligación, sin embargo de que el agente tuviera plenos poderes para llegar a un acuerdo con su oponente, y la práctica y la doctrina convinieron en que el requisito del artículo 53 se cumplía si el mandatario sólo tenía poderes para comparecer en nombre de su mandante, pudiendo excluir expresamente cualquier transacción, y esto es lo que al parecer se convirtió en práctica frecuente, que una de las partes estuviera simplemente representada por un secretario de su *avoué* cuya falta de poderes impedía cualquier transacción. Otra forma común de evitar la conciliación preliminar resultó ser el pago de la sanción, que el artículo 56 establecía que era de 10 francos, por no acudir al acto de conciliación, por lo que un litigante que no quisiera someterse al intento de conciliación, o que creyera que sería un esfuerzo inútil, preferiría permanecer ausente y pagar la multa, de importe muy pequeño, y que se mantuvo igual durante más de un siglo, como un inconveniente menor. VIJFFELS, A., «France», *European Traditions in Civil Procedure* [Ed. VAN RHEE, C.H.], Intersentia, Antwerpen – Oxford, 2005, pp. 200-201.

los procedimientos, en la práctica, seguían siendo las partes las dueñas del procedimiento. Sin embargo, el proyecto de reforma de 1894/8 desató un debate entre algunos autores que demostró que incluso dentro del *establishment* jurídico existía quien defendía la necesidad de fortalecer los poderes del juez. Es a lo largo del siglo XX que se observa cómo aumentaba la capacidad del juez de tomar iniciativas y de dirigir el proceso. Esta transformación del papel del juez, asumiendo un papel más activo, se inicia a partir del Decreto 58-1289, de 22 de diciembre de 1958, que establece unos principios directores del proceso que contribuyeron a una nueva reconsideración de la posición y el papel de los distintos actores en el litigio civil; y ello a partir de una serie de medidas que abordaban provisionalmente algunas características disfuncionales del proceso civil, en espera de una reforma general, reforzando las normas que regulaban la gestión del expediente por parte del secretario judicial, para facilitar la tarea de control del juez, cuyas facultades de intervención se vieron, además, reforzadas, creando un nuevo sistema híbrido, combinando rasgos liberales e inquisitoriales, que nunca se consideró realmente práctico.

El Decreto del 13 de octubre de 1965 hizo un nuevo intento que, sin menoscabo de los principios tradicionales del procedimiento civil francés, abordaba la necesidad de que este se rigiera por una cooperación efectiva entre jueces y abogados en interés de los litigantes, reforzando al efecto la tarea de control del juez, dividida entre un *juge des mises en état* (un juez de instrucción) y un *juge relater* (un juez ponente).

A pesar de las críticas, el Decreto de 1965 se implementó, primero en un número limitado de jurisdicciones seleccionadas y, gradualmente, en otros tribunales¹³⁵.

El hecho de que durante tres cuartos de siglo el papel del juez y de las partes en el desarrollo del proceso se convirtiera en una cuestión central y controvertida en los debates sobre la reforma del procedimiento civil francés explica por qué la cuestión pasó a primer plano en el nuevo Código de Procedimiento Civil de 1975, que redistribuyen esos papeles a partir del acogimiento de unos principios rectores del proceso (*principes directeurs du procès*), que cumplen el objetivo específico de formar el marco para la interpretación, del resto del nuevo código¹³⁶.

Se trata con ello de conciliar los principios liberales de la tradición francesa con la idea de que la justicia es un servicio público, y de que la imparcialidad no implica pasividad, siendo de interés general que la solución al litigio sea la más justa posible estableciendo para conseguir este objetivo un auténtico principio

¹³⁵ VIJFFELS, A., «France», *European Traditions in Civil Procedure, II Specific Topics, C Powers of the judge* [Editor C.H. VAN RHEE], Intersentia, Antwerpen – Oxford, 2005, pp. 269-279.

¹³⁶ VAN RHEE, C.H., «Evolución del Derecho Procesal Civil en Europa: cómo el juez activo se convirtió en los normal», *Revista chilena de Derecho y Ciencia Política*, Vol. 2, N.º 2, 2011, p. 26.

de cooperación del juez y de las partes y sus abogados, otorgando a tales efectos importantes prerrogativas al juez, tanto para asegurar el adecuado desarrollo del proceso en la instancia como en la propia materia del proceso¹³⁷.

3. EL CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL AUSTRIACO DE 1895

El procedimiento civil actual en los países de habla alemana, en los que ya existía un cierto grado de uniformidad procesal —en términos comparativos— a partir del derecho consuetudinario (*gemeines Recht*), es básicamente el resultado de una evolución iniciada en el siglo XVIII, y de un extenso e intenso debate en torno a los modelos extranjeros que se produjo a lo largo del siglo XIX. En este debate, como no puede ser de otra forma, tuvo gran influencia el modelo francés introducido con el Código de Procedimiento Civil de 1806, y se tradujo en la elaboración de numerosos proyectos y en la aprobación de un gran número de leyes que culminaron con las grandes codificaciones procesales de finales del siglo XIX, la *Zivilprozessordnung* alemana de 1877, y la *Zivilprozessordnung* austriaca de 1895¹³⁸.

En Austria, la uniformidad del derecho procesal se alcanzó a partir de 1751, cuando entró en vigor el Código General de los Tribunales (*Allgemeine Gerichtsordnung*), que no era propiamente un código de procedimiento, conforme con las líneas generales marcadas por el despotismo ilustrado, sino una recopilación del derecho consuetudinario (*gemeines Recht*), conforme se interpretaba en la época.

En el procedimiento civil de los *gemeines Recht*, la regla *ne procedat iudex ex officio* —en relación con la autonomía de las partes en el ámbito el derecho sustantivo y de su poder de disposición sobre el objeto de la controversia—, tenía un alcance muy amplio, que no se limitaba a la iniciación y terminación, sino también a la conducción del proceso en su conjunto, tanto en sus aspectos sustantivos como procesales, siendo el papel del juez muy pasivo. El juez no podía guiar a las partes formulando preguntas en el curso de la audiencia, sino solo en determinados supuestos y de forma muy limitada, y su autoridad se reducía, básicamente, a la evaluación de los aspectos jurídicos del caso sobre la base de las alegaciones de hecho y de las pruebas presentadas (exclusivamente) por las partes; dichas pruebas se evaluaban de acuerdo con normas vinculantes, sin que tuviera

¹³⁷ CADIET, L. «El Nuevo Código procesal civil francés veinticinco años después», *Derecho PUCP. Revista de la Facultad de Derecho*, N.º 53, Pontificia Universidad Católica del Perú, 2000, pp. 693-718. Disponible en <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=5085000> [Fecha de acceso: 7-9-2023]

¹³⁸ OBERHAMMER, P., DOMEJ, T., «Germany, Switzerland, Austria (CA. 1800-2005)», *European Traditions in Civil Procedure, I General Part* [Editor C.H. VAN RHEE], Intersentia, Antwerpen – Oxford, 2005, pp. 103-104.

autoridad sobre cuestiones legales que, en caso de duda, debía remitir a la Corte (a la autoridad política / legislativa) en lo que se denominaba el *référé législatif*.

La evolución posterior de la doctrina procesal, a principios del siglo XIX, sentó las primeras bases para el perfeccionamiento de la potestad del juez, elaborando la separación teórica entre la soberanía de las partes sobre la materia objeto de controversia y el control sobre la investigación de la base fáctica de la decisión del juez. Tras la promulgación en 1811 del Código Civil de Austria (*Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch* - ABGB), que recogió las ideas de la Ilustración, se produjo un extraño desequilibrio entre cuestiones procesales dudosas, que debían ser remitidas a la Corte, y las cuestiones de derecho sustantivo, que el juez tenía la obligación de resolver por su propia autoridad, aunque la norma fuera confusa, quedando finalmente en desuso el *référé législatif* a lo largo del siglo XIX¹³⁹, y fracasando los intentos dirigidos a sustituirlo.

Al tiempo, se crearon y progresivamente se asignaron cada vez más asuntos a procedimientos especiales, más simples y rápidos que el procedimiento ordinario.

En esta línea cabe citar la ley de procedimientos sumarios (*Summarpatent*), de 1845 —que introdujo un procedimiento oral, en supuestos en los que el juez tenía mayores poderes en el curso del procedimiento—, y de una Ley para procedimientos de escasa cuantía de 1873, que introdujo un proceso, que en nuestro ámbito conocemos como monitorio, para demandas de hasta cierta cantidad (*Mahnverfahren*). Se trataba de un proceso que podían iniciarse mediante una petición de requerimiento de pago para la que se utilizaban ciertos formularios, y de un procedimiento específico para asuntos de escasa cuantía, los denominados procesos bagatela, (*Gesetz über das Bagatellverfahren*)¹⁴⁰, informado por principios como la inmediatez judicial y la libre valoración de la prueba que fueron asumidos después para el procedimiento general, y que vino a ser de aplicación para la

¹³⁹ OBERHAMMER, P., DOMEJ, T., «Germany, Switzerland, Austria», *European Traditions in Civil Procedure, II Specific Topic, Power of the judge* [Editor C.H. VAN RHEE], Intersentia, Antwerpen – Oxford, 2005, pp. 295-305.

¹⁴⁰ Como señala Wolfgang Hau, la existencia del brocardo *de minimis non curat praetor* revela que es una antigua preocupación, objeto de estudio por los juristas, y de distintas regulaciones en todas las épocas con distintos enfoques y soluciones legislativas, basadas, bien en la creación o la asignación de determinados tribunales para el conocimiento de pequeñas causas (por ejemplo los juzgados de paz, o los *small claim courts*), vías procesales (como los *small claims tracks*) o procedimiento especiales para pequeñas causas (por ejemplo el procedimiento monitorio, obligado o voluntario, que a veces no se compadece con la cuantía o complejidad, lo que resuelve mediante la posibilidad de contradicción), o mediante la invitación o derivación hacia fórmulas alternativas (ADR) para tratar de reducir la carga de trabajo de los tribunales. En el contexto germánico, cabe citar el Edicto prusiano sobre el procedimiento para asuntos bagatela de 1739, o la Ley de Enjuiciamiento Civil alemana de 1877 (ZPO) hasta su versión actual. Vid. HAU, W. «Las pequeñas causas en el proceso civil: tribunales, vías procesales (*tracks*) y procedimiento de escasa cuantía», *Revista Ítalo-Española de Derecho Procesal*, N.º 1, 2019.

mayoría de los casos, lo que tuvo consecuencias (como veremos inmediatamente) para el desarrollo de formas alternativas de resolución de conflictos.

Dichas tendencias, hacia un procedimiento civil basado en los principios de oralidad, publicidad y libre valoración de la prueba, se manifestaron en los sucesivos proyectos austríacos para elaborar un código de procedimiento civil, relacionados con el desarrollo del mismo proceso de codificación en Alemania, pero con especialidades, frente a su propio Reglamento General y frente al Código de Procedimiento Civil alemán de 1877 (*Zivilprozessordnung*), que después constituirán una seña de identidad propia seguida en otros modelos; en este sentido destacan, el mayor control del juez sobre el desarrollo del proceso, y la inadmisión de nuevos hechos ni alegaciones en el recurso de apelación —debiendo limitarse el tribunal de segunda instancia a la revisión jurídica de la sentencia de primera instancia—, sustrayendo dicha posibilidad a las partes¹⁴¹.

El Código de Procedimiento Civil austriaco de 1895 (*Zivilprozessordnung*), que serviría de modelo para otros países durante el siglo XX, tal como lo fue el código de proceso civil francés de 1806 durante gran parte del siglo XIX, supuso un profundo cambio de concepción en el campo del procedimiento civil, siendo el reflejo de las nuevas ideas de lo que vendría a ser denominado como el «Estado de Bienestar», y de la llamada «función social» que el procedimiento civil estaba llamado a cumplir.

Este código supuso una reacción contra el ideal liberal del procedimiento característico del siglo XIX, y recogido en el Código Napoleónico, por cuanto partía de la idea de que el litigio no era solo un medio para resolver conflictos individuales entre litigantes privados, algo que afectaba solo a ellos y que, por tanto, estaba a su disposición, sino como un fenómeno social negativo que afectaba a toda la sociedad¹⁴², y que por ello debía resolverse de una forma rápida, eficiente

¹⁴¹ OBERHAMMER, P., DOMEJ, T., «Germany...», *I General Part, op. cit.* pp. 118-120.

¹⁴² A la concepción tan negativa del procedimiento judicial como método de resolución de conflictos civiles, que se defiende (hoy como ayer) desde determinadas posiciones, ya es posible encontrarlas en la obra de Franz Klein (1854-926) —autor del anteproyecto de del Código de Proceso Civil Austriaco—, «Pro Futuro», una serie de artículos en los que expuso sus ideas sobre un procedimiento civil eficiente y expeditiva, que debía estar caracterizado por un juez fuerte y por la utilización pragmática de las máximas procesales— en la que hay citas como esta, recogida por Cornelius Hendrick Van Rhee: «¡La juventud se impregna del principio moral de que también hay que ayudar al enemigo en tiempos de necesidad, pero en el proceso es completamente diferente! El proceso es una guerra en la que las partes con odio sombrío piensan en todos los medios posibles en tratar de destruir al enemigo, para así tener el derecho o razón. No es un conflicto armado, como el duelo, con mezcla de lealtad y nobleza, que despreciaba la explotación de las contingencias adversas que afectaba a uno de ellos, no una batalla en la que la búsqueda de la victoria reprime cualquier otra consideración, cualquier indicio noble debe permanecer en silencio, al punto de estar todo permitido, lo único que importa es ver sangrar silenciosamente al adversario sin la asistencia legal o ética requerida; por así decirlo, una guerra sin Cruz Roja». VAN RHEE, C.H., «Evolución...», p. 22.

y barata¹⁴³, lo que requería de un nuevo equilibrio entre los poderes del juez y de las partes.

Así, frente al modelo liberal no intervencionista, que limitaba el poder de los tribunales al control de la observancia del *fair play*, se amplían los poderes de dirección que tenía el juez en el curso del procedimiento, dividido en una etapa preparatoria escrita y una audiencia, preferentemente única, para su desarrollo rápido y ordenado, estando a su cargo la responsabilidad de la duración del pleito; y ello sobre la base de que el proceso debía resolverse sobre la base de la verdad sustantiva, no la fabricada exclusivamente por las partes a lo largo del proceso, que podría depender de su mayor capacidad económica o de la mayor habilidad de su defensa letrada, lo que implicaba que las partes tenían la obligación de presentar los hechos verdaderos al tribunal, y que el juez estaba revestido de amplios poderes para recabar de oficio los hechos que llevaran a esa verdad sustantiva, y facultado para evaluarlos libremente, lo que tiene evidentes implicaciones¹⁴⁴.

El modelo resultó eficaz, y, tras su promulgación, el nuevo código supuso una aceleración de los procedimientos civiles, por razón de la introducción generalizada de la forma oral, si bien al cabo de unos años (absorbido el impacto inicial de su aplicación a los procesos que debían seguir el cauce del procedimiento ordinario) se reprodujeron los problemas de retrasos como consecuencia de la sobrecarga de trabajo de los tribunales¹⁴⁵.

¹⁴³ No todas las ideas de Franz Klein se materializaron en el Código de Procedimiento Civil austríaco de 1895, pero entre las medidas propuestas estaban, por ejemplo, la restricción de las excepciones procesales, la simplificación de las complicadas normas sobre competencia, la limitación a una única vista oral, la reducción de los plazos y la prevención contra el aplazamiento de la vista a petición de las partes, y, como aspecto más central de la concepción kleiniana de un proceso civil eficaz, el refuerzo masivo de los poderes del juez, otorgándole el control sobre los aspectos sustantivos del litigio y también sobre el curso formal de los procedimientos. OBERHAMMER, P., DOMEJ, T., «Germany...», *I General Part, op. cit.* p. 121.

¹⁴⁴ Recuerda Juan Montero Aroca que en la base de Klein estaba el control de los jueces por el poder ejecutivo e incluso el apoderamiento de la justicia, también la civil, que debía colocarse al servicio del interés general, entendido dicho interés general como el que el poder político dice que es en cada momento, de forma que el «juez ya no es el último garante de los derechos de los ciudadanos, sino el servidor de los intereses de la sociedad, y titular de turno del poder que determina cuales son esos intereses». En el fondo, señala, se trata de «convertir el proceso civil en algo parecido a la jurisdicción voluntaria, en la que el juez asume una función no jurisdiccional, sino de tutela de los particulares, a los cuales se les considera poco menos que menores o incapacitados. Baste recordar que era lo pretendido por Baumbachm, magistrado nazi en 1938, por Ménger, el apóstol del socialismo jurídico a finales del siglo XIX, y por autores comunistas de todo el siglo XX...». MONTERO AROCA, J., *op. cit.*, p. 617.

¹⁴⁵ No cabe confiar en que las reformas procesales en las que se empeñan los legisladores, cuyo coste presupuestario suele ser cero, solucionen por sí los problemas de la justicia; sin duda pueden coadyuvar, pero no son la solución. Como señala Marco Gradi, «Desde tiempos inmemoriales, los estudiosos del proceso civil también han subrayado que el grave problema de la justicia civil no puede resolverse simplemente cambiando normas procesales, sino que requiere de una importante inversión económica en las oficinas judiciales. Me refiero

En el proceso civil alemán, dentro del área de influencias de este modelo austriaco, que en realidad sería austriaco-alemán, el legislador del Código Procesal Alemán (ZPO) de 1877, aunque reforzó el papel del juez respecto al que tenía en las *gemeines Recht* —podía valorar libremente la prueba y podía inducir a las partes, mediante las preguntas apropiadas, a que aclararan solicitudes poco claras, o ampliaran hechos alegados de forma insuficiente, o indicar sus medios de prueba en relación con esos hechos—, siguió una línea bastante liberal, dejando en manos de las partes la introducción de hechos y pruebas en el proceso, y la dirección del curso formal del procedimiento¹⁴⁶.

Hoy en día, la discusión sobre los poderes del juez ha perdido la mayor parte de sus implicaciones ideológicas anteriores, y, como resultado de los desarrollos que tuvieron lugar a lo largo del siglo XX, la posición del juez es bastante fuerte en el procedimiento civil de todos los países de habla alemana, de forma que no solo tiene la autoridad sino el deber de hacer las preguntas apropiadas y de dar instrucciones a las partes al objeto de estructurar el proceso y concentrar sus esfuerzos en el debate e investigación de los puntos controvertidos, no solo de hecho sino de derecho. Tiene además el control sobre el curso formal del proceso, no solo con relación a las citaciones, señalamientos o dirección de la vista oral, sino incluso para estructurarlo de forma que determinadas cuestiones queden resueltas antes de continuar, mediante su tratamiento y resolución preliminar. En tercer lugar, casi no está sujeto a restricciones con respecto a la evaluación de los aspectos jurídicos del caso (*iura novit curia*), de forma que, con determinadas excepciones, el juez no está limitado por los fundamentos de la demanda, aunque las partes convengan en ello, siendo de competencia exclusiva del tribunal la apreciación de los aspectos jurídicos de la controversia. Y, en cuarto lugar —con matices en el ZPO alemán y en el austríaco, siendo en este último la excepción frente a la regla general—, el juez tiene incluso, hasta cierto punto, derecho a obtener pruebas de oficio cuando haya razones para esperar que puedan clarificar hechos relevantes controvertidos¹⁴⁷.

Como señala TARUFFO, en el proceso civil alemán el juez está dotado de amplios poderes en relación con la prueba de los hechos, de forma que es

a las herramientas de trabajo a disposición de los magistrados (ordenadores, programas informáticos, bases de datos), pero también y sobre todo al número global de jueces, así como al número de asistentes judiciales, que debe ser adecuado en relación con el número de litigios. De hecho, el origen de la ineficiencia del proceso civil deriva precisamente de la combinación letal del excesivo número de procesos judiciales pendientes y del reducido número de jueces en activo». GRADI, M. «El coste de la burocratización de la administración de justicia», *La Justicia tenía un precio* [Dir. HERRERO PEREZAGUA, J.F., LÓPEZ SÁNCHEZ, J.], Atelier, Barcelona, 2023, pp. 17-38.

¹⁴⁶ OBERHAMMER, P., DOMEJ, T., «Germany...», *II Specific Topic, Power of the judge, op. cit.* p. 297.

¹⁴⁷ OBERHAMMER, P., DOMEJ, T., «Germany...», *II Specific Topic, Power of the judge, op. cit.* pp. 300-304.

el encargado de «discutir y aclarar con las partes, que son llevadas a proveerle informaciones completas y verdaderas, todos los hechos relevantes de la causa, dando a las partes las oportunas indicaciones. Además, él puede contar sustancialmente de oficio con todos los medios de prueba, con la sola excepción de la prueba testimonial»¹⁴⁸, pero incluso en este caso, de considerarla el juez relevante, puede inducir a las partes a hacerlo preguntándoles si es que no han considerado tal posibilidad y, en su caso, por las razones de la omisión. Dichos poderes se han incrementado en el año 2001, al permitir ordenar de oficio la exhibición de documentos, a las partes o terceros, y disponer la inspección judicial, disponiendo así de un poder casi general de iniciativa de instrucción del procedimiento.

Sobre el desarrollo de otras formas de resolución de litigios, al margen de los tribunales, no tuvieron especial aceptación y desarrollo en los países de habla germana, existiendo un rechazo general a la introducción de los jueces de paz según el modelo del código francés. Así, en Prusia se introdujo por ley de 1827 la posibilidad de resolver las controversias antes de que naciera el litigio a través de la figura del *Schiedsänner* (hombre bueno, arbitrador), figura que mantuvo después de la publicación del ZPO de 1877, y que, a diferencia de los jueces de paz franceses, que ejercían funciones jurisdiccionales en ciertos asuntos, sólo estaba facultado para intentar la conciliación entre las partes. Su relevancia práctica fue muy escasa desde el inicio, y decreciente.

Ilustrativo, por la relación que existe entre la solución jurisdiccional de conflictos y los medios alternativos a ella, es lo sucedido en Austria, que compartía con Alemania las mismas reservas sobre soluciones distintas a la judicial, pero que, pese a ello, introdujo instituciones para la resolución voluntaria de litigios a nivel municipal a partir de la aprobación en 1869 de la *Gemeindevermittlungsgesetz* (Ley de Mediación Municipal, que creó las oficinas municipales de mediación / conciliación). Lo hizo en un momento en que la actitud general era más favorable a la introducción de métodos alternativos, dada la antigüedad y complejidad de las normas del procedimiento civil ordinario; sin embargo, dado que no existía ninguna necesidad urgente de una alternativa al procedimiento judicial en los asuntos de menor cuantía, que eran la mayoría —debido a la actualización en 1873 de su régimen a través de los ya referidos procedimientos monitorio (*Mahnverfahren*), y procedimiento para asuntos de escasa cuantía (*Bagatellverfahren*)— nunca tuvieron una importancia real¹⁴⁹.

¹⁴⁸ TARUFFO, M. *La prueba. Artículos y conferencia*, Monografías Jurídicas Universitatis, Editorial Metropolitana, Santiago de Chile, 2009, pp. 274-275.

¹⁴⁹ OBERHAMMER, P., DOMEJ, T., «Germany, Switzerland, Austria», *European Traditions in Civil Procedure, II Specific Topic, Conciliation and Other Types of Alternative Dispute Resolution* [Editor C.H. VAN RHEE], Intersentia, Antwerpen – Oxford, 2005, pp. 215-221.

4. LAS REGLAS DEL PROCEDIMIENTO CIVIL INGLÉS

Es obligada la referencia al sistema procesal en Inglaterra y Gales, modelo original de *Common Law*, y del sistema adversarial, por la evolución y transformaciones que ha experimentado el propio procedimiento en relación con la organización de los tribunales ingleses y la forma de enjuiciamiento, el papel del juez y de las partes en la gestión y desarrollo del proceso, el acceso a las fuentes de prueba y la práctica de la prueba, la regla inglesa sobre el pago de las costas procesales, y todo ello en relación con la implementación y desarrollo de los sistemas ADR.

4.1. Un poco de historia, a modo de introducción

Durante mucho tiempo la organización de los tribunales ingleses, y las normas de procedimiento civil, fueron muy diferentes de lo que es posible observar a partir de la publicación de las *Judicature Acts* de 1873 y 1875, con las que se inicia la historia moderna de la organización judicial y del sistema procesal ingleses, aunque sin duda han dejado una profunda huella en el procedimiento civil actual.

La organización judicial reflejaba inicialmente la distinción entre el *Common Law*, que empezó a desarrollarse en la Corte del Rey a partir del siglo XII, y el proceso de *Equity*, un cuerpo de normas legales que surgen a partir del siglo XIV con las que se trataban de solucionar problemas y defectos para los que el *Common Law* no proporcionaba solución, o no al menos una solución adecuada. Ambas justicias se impartían por distintos tribunales. La primera por tres tribunales que, aunque inicialmente debían conocer de distintos supuestos —*Court of King's Bench*, que se ocupaba de aquellos asuntos en los que la Corona tenía interés; *Common Bench* o *Court of Common Pleas*, que se ocupaba de aquellos otros en los que no; y *Court of Exchequer*, que se ocupaba de cuestiones relacionadas con los ingresos de la Corona (Hacienda)—, al no estar reguladas con claridad sus respectivas reglas de competencia, terminaron compitiendo entre ellos por el conocimiento de los asuntos. La segunda, a través del proceso de *Equity*, por el Tribunal de la Cancillería (*Court of Chancery*), que se impartía por el Canciller del Rey¹⁵⁰.

En cuanto al derecho procesal inglés, hasta las indicadas *Judicature Acts* de 1873 y 1875, ya en el último cuarto del siglo XIX, fue muy distinto de los sistemas continentales europeos. De hecho, hasta entonces no existía un procedimiento civil propiamente dicho, sino diferentes tipos de acciones, cada una de las cuales tenía su propio procedimiento. Sin perjuicio de las sucesivas ficciones que se fueron creando y modificaciones que se fueron introduciendo, a lo largo de los siglos, para ir solventando los problemas que planteaba el sistema, el proceso se iniciaba básicamente por medio de un *original writ* (escrito original) del que dependía tanto

¹⁵⁰ VAN RHEE, C.H., «English Procedure until the Civil Procedure Rules», *European Traditions in Civil Procedure* [Editor C.H. VAN RHEE], Intersentia, Antwerpen – Oxford, 2005, pp. 129-159.

la existencia de la propia acción —si no existía un *original writ* disponible no existía acción para ejercitar, lo que en parte se vino a corregir con el procedimiento de *Equity* — como el acceso al tribunal y el curso ulterior de la acción.

Con carácter general, y al margen de las especialidades propias de cada *writ*, se distinguía en los diferentes procedimientos entre una fase preliminar previa al juicio, el *pretrial*, que estaba destinada a un intercambio de alegaciones (*statement of case*), y el juicio (*trial*), en el que se practicaba la prueba, caso de ser precisa, y se resolvía.

La amplitud del *pretrial* dependía de la defensa que se realizara por la demandada, que podía basarse, bien en la negación de un hecho en particular o de la totalidad de los hechos, bien en la admisión de los hechos, pero negación de soporte legal para la acción ejercitada, o también en el planteamiento de excepciones y/o en la realización de nuevas alegaciones, lo que conllevaba su traslado a la parte demandante para que pudiera realizar nuevas contra alegaciones, y así sucesivamente. Una vez terminados todos los traslados, esto es, *exceptio, replicatio, duplicatio, triplicatio y quadruplicatio*, quedaba completada la fase *pre-trial*, cuyo objeto era determinar si había una controversia que tuviera que ser resuelta en juicio, y cuál era, para facilitar una vista eficaz ante el tribunal, en el caso de que las partes no pusieran fin al procedimiento prematuramente¹⁵¹.

El desarrollo posterior del procedimiento dependía de la cuestión controvertida que se tratara. Si se trataba de una cuestión de derecho era resuelta por los jueces del tribunal, en base a los argumentos solemnes de los abogados de cada una de las partes, y si se trataba de una cuestión de hecho, que requiriera de la práctica de prueba, hubo hasta siete formas distintas de juicio para resolverlas, pero la principal fue el juicio por jurado (*trial by jury*).

La distinción de las fases *pre-trial* y *trial* en el procedimiento, era precisamente una consecuencia de la práctica inglesa del juicio por jurado en los juicios civiles (incluso en el siglo XX), que era la forma principal para la celebración del juicio, y del papel asignado al juez y a los legos en la administración de justicia¹⁵². El papel asignado originalmente al juez era el de un «árbitro» pasivo,

¹⁵¹ Sobre el particular, y sobre su evolución posterior hasta la publicación de las *Civil Procedure Rules* en 1998, *vid.* VAN RHEE, C.H., «English Procedure...», *op. cit.*, pp. 129-159.

¹⁵² En este sentido Cornelius Hendricks Van Rhee, cuando afirma que: «English procedural law varies to a significant degree from its counterpart on the mainland of Europe. English procedure makes a distinction between the pretrial and the trial phase of the proceedings. The pretrial phase is intended, inter alia, for the exchange of pleadings (statements of case). If the parties do not wish to end the proceeding prematurely, this phase allows for the case to be prepared in a manner that facilitates an efficient hearing before the court during trial. This bifurcation of the process may also be related to the fact that, in England, civil cases could also be tried before a jury even in this century. The trial phase was the time during which the jury took cognizance of the case, with the case having to be presented with sufficient clarity at that time, which was only possible after thorough preparation during the pretrial

desinformado y desinteresado, además de neutral, que tenía la sola y exclusiva función de asistir al libre combate de las partes garantizando el juego limpio, al menos en el procedimiento de *common law*.

En cuanto al procedimiento de *Equity*, que era comparable en cierta medida al Romano-Canónico, se iniciaba con un escrito de demanda, que daba lugar a una citación para comparecer ante la Cancillería (bajo pena de multa y declaración de desacato al tribunal), y en ella había una fase de *discovery*, en la que cada parte podía reclamar de la contraria la revelación de la información o prueba bajo su control que pudiera ser relevante para la resolución del caso. La investigación de los hechos era realizada, bien por funcionarios, conocidos como *Masters*, o bien por legos. Una vez practicada toda la prueba, y comunicado su resultado a las partes, estas comparecían a la vista o vistas (la media era de dos) a través de sus abogados, y terminaba con una sentencia (*decree*), que podía resolver las cuestiones de una forma más amplia que un tribunal de *Common Law*.

El papel asignado a los jueces en el procedimiento de *Common Law* empezó a cambiar a finales del siglo XIX como consecuencia de una serie de reformas que determinaron, la desaparición de los diferentes procedimientos en los tribunales de *Common Law* (*Uniformity of Process Act* de 1832), el intento (frustrado) de impedir escritos de alegaciones generales (*Hilary Rules* de 1834), y el intento de reducir las diferencias entre los Tribunales de *Common Law* y el Tribunal de la Cancillería (*Common Laws Procedure Acts* de 1852, 1854 y 1860), que implicó, por ejemplo, la introducción del *discovery* en el procedimiento de *Common Law*, si bien con ciertas limitaciones. Por fin, las *Judicature Acts* de 1873-1875, con influencias de los Códigos de procedimiento de los estados de Nueva York —que había introducido un proceso civil único para *Common Law* y *Equity*—, y de Luisiana —que tenía influencias de las codificaciones francesa y española—, implicaron la recopilación en un Anexo de las normas de procedimiento, hasta entonces no escritas, introduciendo cierto grado de flexibilidad en su interpretación, y también la abolición de la distinción entre procedimientos de *Common Law* y *Equity*¹⁵³.

De fondo en esta evolución siempre han estado las exigencias derivadas de los diversos requisitos y exigencias que debe satisfacer el derecho procesal, que dan lugar a tensiones contrapuestas, porque, si de un lado debe garantizar un procedimiento económico y rápido, por otro debe crear las condiciones óptimas

phase. The English practice of trial by jury and the (related) organization of its process may be viewed as the result of typical English thoughts about the organization of society. Trial by jury expresses the thought that laymen should have an influence on the distribution of justice. However, although procedural law in England clearly has a national character, the relationship between the English people and its procedure has not been so significant as to block external influences», VAN RHEE, C.H., «Civil Procedure...», *op. cit.*, p. 599.

¹⁵³ VAN RHEE, C.H., «English Procedure...», pp. 146-150.

para la búsqueda de la verdad, y las partes deben poder influir en el curso del proceso.

En este dilema el proceso inglés ha venido siendo caracterizado como el Rolls Royce de los procedimientos judiciales, tanto por su alto nivel de calidad en la investigación minuciosa de los hechos por las partes, que gozan de la más amplia libertad de alegación y prueba, como por lo largo y costoso que finalmente resulta, de forma que hay que pensárselo muy seriamente antes de reclamar justicia en un tribunal inglés, y si esta era la situación antes de la reforma de 1998 a que a continuación nos referiremos, tampoco parece que esta haya conseguido revertirla¹⁵⁴.

4.2. La Civil Procedure Rule de 1998

La transformación más profunda en el proceso civil inglés, importada de los sistemas de *civil law*, se produce con la publicación de las *Civil Procedure Rules* de 1998 (CPR)¹⁵⁵ para Inglaterra y Gales, que supuso una gran novedad en lo que hasta entonces era un modelo no escrito, con el objetivo declarado de hacer el proceso civil más sencillo, eficiente y menos costoso, a partir de una transferencia fundamental de la responsabilidad de la gestión del proceso de los litigantes y sus asesores legales a los tribunales¹⁵⁶.

Si hasta entonces las normas del procedimiento civil estaban conformadas por una recopilación de normas no exhaustiva y sujeta a cambios por un Comité normativo, compuesto mayoritariamente por jueces (como ocurre con las *Federal Rules of Civil Procedure* de los Estados Unidos, aunque en este caso su elaboración también fue judicial), las *Civil Procedure Rules* son un verdadero código de procedimiento civil.

Se trata de un código que, entre otras novedades, implanta un sistemas de vías procesales (*tracks*) para el acceso a la jurisdicción en función de la complejidad

¹⁵⁴ Cornelius Hendricks Van Rhee, en un artículo publicado, solo dos años después de la publicación en 1998 de la *Civil Procedure Rules*, manifestaba que: «Nevertheless, the English procedure (at least, the procedure as it existed before the recent reforms) does not constitute the ideal of efficiency. H. Kötz characterized the procedure of Common Law as the “Rolls Royce of civil procedures”. This seems an apt characterization, given that on the one hand this procedure affords a high level of quality (for example, the principle of parties having extensive opportunity to be heard and cross examine the opponent party is accommodated to a great extent, and the procedure provides for very thorough investigation of the facts), but on the other hand it turns out to be so prolonged and expensive that many would think twice before trying to enforce their rights through an English court. It is still an open question whether the recent reforms will change this situation». VAN RHEE, C.H., «Civil Procedure...», pp. 609-610.

¹⁵⁵ Disponible en: www.legislation.gov.uk/ukSI/1998/3132/contents/made [Fecha de acceso: 3-8-2023].

¹⁵⁶ ANDREWS, N., «The New English procedure Rules (1998)», *European Traditions in Civil Procedure* [Edit. VAN RHEE, C.H.], Intersentia, Antwerpen – Oxford, 2005, pp. 166-167.

de la causa, se refiere a los protocolos previos al ejercicio de una acción (*pre-action protocols*) —que describen la conducta que cualquier tribunal espera que observen normalmente las partes antes de iniciar una acción judicial, y comprende el intercambio de una completa información sobre las respectivas acciones y defensas, la mutua revelación de documentos que contengan información relevante sobre la controversia, y los pasos dados para resolverla—, y a los sistemas ADR, y dota al juez de numerosos e incisivos poderes de gobierno y dirección, tanto por lo que se refiere al *court track*, esto es, el cauce o vía procedimental que debe seguir la causa, como a la fijación de las audiencias y también para la obtención de las pruebas¹⁵⁷.

Dichas facultades, dirigidas a la búsqueda de una terminación temprana del proceso en la fase *pre-trial*, previa evaluación temprana de las fuerzas y debilidades de cada posición —aunque sin los instrumentos que a tales efectos proporciona el *discovery*, que es una institución específicamente norteamericana— guardan relación con la evolución hacia la figura del *managerial judge* del sistema procesal de Estados Unidos a que se refiere TARUFFO, que señala, en similares términos que VAN RHEE, que en Inglaterra, como en Estados Unidos, ocurre que «desde hace decenios un porcentaje bajísimo de controversias civiles (del orden del 2-3 por ciento de las causas iniciadas) sobrevive a la fase preliminar y llega al *trial* para luego concluir con una sentencia. Este fenómeno se verifica por varias razones que no pueden ser analizadas aquí: sin embargo, debe señalarse el hecho de que el legislador inglés ha alentado de varios modos esta tendencia, empujando decididamente en la dirección de favorecer la resolución precoz del proceso en la fase de *pre-trial*. Diversas técnicas, que incluyen intentos de conciliación, decisiones *in default*, juicios sumarios y *payments into court*, han sido utilizadas para conseguir este objetivo»¹⁵⁸.

¹⁵⁷ Cornelius Hendricks Van Rhee evidencia que «al Tribunal se le entregan los medios para influenciar la actitud procesal de las partes, ejemplo de aquello son los protocolos judiciales previos al inicio de la acción judicial, los cuales buscan guiar la actitud adoptada por las partes en los variados tipos de litigios, incluso antes de que el asunto sea sometido al conocimiento del Tribunal. Estos son uno de los medios tendentes a lograr un acuerdo temprano sobre la acción y, si esto no fuese posible, para garantizar que las partes interpongan su demanda completamente informados tanto de las fortalezas como de las debilidades de su caso». Ello está en concordancia con el desarrollo alcanzado en el Continente Europeo, donde la clave de la reforma procesal es la cooperación entre las partes y entre el juez y las partes, y ante las dudas suscitadas manifiesta que esa participación activa del juez «no interfiere con su imparcialidad, porque al intervenir en asuntos procesales *ex officio*, el juez solo lleva a cabo la tarea que le corresponde, apuntando a poner sobre la mesa la verdad genuina, y si esto no es beneficioso para una de las partes, no significa que el juez se ha vuelto parcial en el sentido de ser prejuzgado». VAN RHEE, C.H., «Evolución...», p. 33.

¹⁵⁸ TARUFFO, M., «El proceso civil de “Civil Law”...», *op. cit.*, p. 74.

4.2.1. Pistas en el procedimiento de primera instancia: los *Courts-Tracks*

Respecto al circuito o vía procedimental que debe seguir la causa, en las *Civil Procedure Rules* no existen formas distintas para la interposición de una demanda, sino que todas se inician de la misma forma, mediante un escrito de demanda (*claim form*), que se notifica al demandado (*defendant*), pero después puede seguir diferentes vías, según se determine por el juez del procedimiento, con la colaboración activa de los abogados de las partes en litigio, no tanto en razón al derecho material o sustantivo en juego como al carácter y complejidad de la causa¹⁵⁹. Así, las vías previstas son:

— La *small claim track*, o vía para las demandas de escasa cuantía, reguladas en la parte 27 de las CPR, que será la vía normal para cualquier reclamación cuya cuantía no exceda de 10.000 £ (inicialmente eran 5.000 £), las reclamaciones de inquilinos contra propietarios por reparaciones u otros trabajos a realizar en las viviendas, que no superen las 1.000 libras, las reclamaciones por daños personales que no superen las 10.000 £, o las reclamaciones de daños y perjuicios por lesiones personales si el valor de reclamación no supera las 5.000 £ (o 1.000 £ en determinadas circunstancias indicadas en la regla 26.6A, niños, incapacitados, ciclistas, etc.) en accidentes de tráfico, o 1.500 £ si es por otra causa. Se excluyen de esta vía, expresamente, las demandas de reparación por acoso o desalojo ilegal de viviendas, cualquiera que sea su cuantía.

— La *fast track*, o vía rápida, regulada en la parte 28 de las CPR, cuyo ámbito es el de aquellas causas que no sean asignadas a cualquiera de las otras dos vías, como las reclamaciones de cantidad que superen los importes máximos antes señalados para las *small claims*, y que no superen las 25.000 £ (inicialmente eran 15.000 £).

— La *multi-track*, vía múltiple, a la que se refiere la parte 29 de las CPR, y que seguirán aquellas causas que cuya mayor complejidad implique que no se le asigne cualquiera de los otros cauces, por lo que será el cauce que normalmente seguirán las reclamaciones de cantidad de más de 25.000 £ (inicialmente eran 15.000 £), y las causas de mayor complejidad, como lo son la mayoría de los procedimientos de derecho mercantil (*business law*), o de derecho societario (*company law*), y los

¹⁵⁹ Dentro de los procesos de transformación de los diferentes modelos procesales, y por razón de la creciente complejidad de las controversias, se produce una tendencia a superar la tendencia a aplicar un único paradigma procesal, y en el caso del sistema inglés la solución adoptada ha consistido en que el itinerario procesal se individualiza, no por razón del derecho sustantivo en juego, sino por las exigencias de una gestión eficaz de las controversias, para lo que se atribuye al juez el poder de elección del circuito (*track*) en el que se deba solventar, para lo que se requiere la colaboración previa de los abogados a fin de dilucidar el carácter y complejidad de cada causa. En este sentido DONDI, A., ANSANALLI, V., COMOGGIO, P., *Procesos civiles en Evolución. Una perspectiva comparada*, Proceso y Derecho, Marcial Pons, Madrid, 2017, pp. 148-149.

procedimientos especializados de los que solo puede conocer *The High Court of Justice*¹⁶⁰.

En todas ellas tiene un alto grado de intervención el tribunal¹⁶¹, pero para esta última está prevista una fase de *case management*, en la que el juez dispone de amplios poderes para: (a) dar instrucciones para la gestión del asunto y fijar un calendario para las medidas que deban adoptarse entre el momento en que se den las instrucciones y la celebración del juicio; o bien (b) fijar en cualquier momento desde que se le ha asignado el conocimiento de una demanda, una conferencia para la gestión del caso (*case management conference*) con las partes en litigio (o su representación legal, que debe estar familiarizada con el caso y con autoridad suficiente para tratar todas las cuestiones que puedan surgir), o bien una revisión previa (*pre-trial*) al juicio, o ambas. A tales efectos puede dar todas las instrucciones relativas a la gestión del asunto que considere oportunas, fijando la fecha del juicio (recordemos la *técnica de firm trial date*, a que nos hemos referido al tratar sobre el proceso civil federal norteamericano) o el período en el que tendrá lugar tan pronto como sea posible, y la fecha límite en la que las partes deberán presentar el cuestionario al que se refiere la norma 29.6 de las CPR¹⁶².

¹⁶⁰ *Civil Procedure Rules*, normas 26 a 29. Disponibles en: <https://www.justice.gov.uk/courts/procedure-rules/civil> [Fecha de acceso: 1-8-2023]

¹⁶¹ La parte 3 de las *Civil Procedure Rules (The Court's Case Management Powers*, reglas 3.1 a 3.21) recoge facultades generales del tribunal para la gestión de asuntos, que, sin perjuicio de otras específicas que se le puedan atribuir, comprende la facultad de (a) extender o acortar el tiempo para el cumplimiento de cualquier regla, instrucción u orden judicial (o revocarla); (b) aplazar o adelantar audiencias, (c) requerir que una parte o su representante legal comparezca ante el tribunal; (d) celebrar una audiencia y recibir pruebas por teléfono o mediante cualquier otro método de comunicación oral directa; (e) ordenar que parte de cualquier procedimiento (como una reconvencción) se tramite como un procedimiento separado; (f) suspender la totalidad o parte de cualquier procedimiento o juicio, ya sea en general o hasta una fecha o evento específico; (g) unir procedimientos; (h) tratar dos o más reclamaciones al mismo tiempo; (i) dirigir un juicio separado de cualquier asunto; (j) decidir el orden en que se juzgarán los asuntos; (k) excluir un tema de consideración; (l) desestimar o dictar sentencia sobre una demanda después de una decisión sobre una cuestión preliminar; (ll) ordenar a cualquiera de las partes que presente e intercambie un presupuesto de costas; (m) tomar cualquier otra medida o dictar cualquier otra resolución con el fin de gestionar el asunto y promover el objetivo primordial, incluida la audiencia de una Evaluación Neutral Temprana, con el objetivo de ayudar a las partes a resolver el asunto. (3) Cuando el tribunal dicta una resolución, puede: (a) someterla a condiciones, incluida la condición de pagar una suma de dinero en los tribunales; y (b) especificar la consecuencia del incumplimiento de la resolución o de una condición. (5) El tribunal puede ordenar a una parte que pague una suma de dinero al tribunal si esa parte, sin una buena razón, no ha cumplido con una regla, instrucción práctica o un protocolo previo a la acción que sea relevante.

¹⁶² *Vid.* Parte 29 de las *Civil Procedure Rules (The Multi-Track*, reglas 29.1 a 29.9), y *Practice Direction 29*.

4.2.2. Especialidades en materia de prueba

Respecto a la prueba se mantiene en las *Civil Procedure Rules* de 1998 el sistema tradicional, conforme al cual el juez no ordenaba pruebas por propia iniciativa, pero podía indicar a las partes las que consideraba necesario deducir, y, aunque las *Rules* no acogen ninguna norma que permita al juez ordenar pruebas de oficio, sí que le otorga un control sobre la prueba en diferentes puntos, que podrían parecer similares o incluso más amplios que los otorgados a los jueces en nuestra LEC 2000. A título de ejemplo:

— La *Rule 22 —Statement of truth—*, que se refiere a los poderes del tribunal para ordenar que se verifique un documento de los que bajo la *Rule 22.1* debe ser verificado mediante declaración de verdad, como es el caso de una declaración sobre el asunto litigioso, que se refiere a documentos formales como la demanda, la contestación o la réplica, una respuesta dada en cumplimiento de una orden de proporcionar información adicional, la declaración de un testigo, o el informe de expertos¹⁶³.

— La *Rule 32.1* permite al juez indicar a las partes las cuestiones de hecho que requieren de prueba, precisar el tipo de pruebas que deben ser deducidas para decidir, y el modo en que deben ser producidas en juicio, un poder que puede utilizar para excluir pruebas que de otra manera serían admitidas, además de limitar la *cross-examination*.

— La *Rule 32.4* le permite dar instrucciones sobre las declaraciones escritas firmadas por una persona, que contienen la evidencia que dicha persona podría dar oralmente en juicio.

— La *Rule 32.5*, se refiere a los poderes de dirección del juez en relación con la posibilidad de utilizar en juicio las declaraciones de testigos que hayan sido notificadas a la otra parte, su consideración como prueba principal, y la posibilidad de ampliar su testimonio y dar prueba sobre nuevas cuestiones posteriores a la notificación.

¹⁶³ Hay que tener en cuenta que cualquier documento que contenga una declaración de verdad se puede usar como evidencia, lo que evita la necesidad previa de declaraciones juradas sobre las declaraciones hechas como parte de la demanda, o de la contestación. Cualquier documento, como los señalados, con una declaración de verdad sobre los hechos firmada que contenga información falsa dada deliberadamente, es decir, sin una creencia honesta en su verdad, constituye un desacato al tribunal (un delito penal punible) por parte de la persona que proporcionó la información. Los abogados pueden firmar declaraciones de verdad en nombre de los clientes, pero en el entendimiento de que se hace con la autoridad de los clientes, y con los clientes sabiendo que las consecuencias de cualquier declaración falsa serán personales para ellos.

SLAPPER, G., KELLY, D., *The English Legal System, Eighteen Edition*, Abingdon, 2017, pp. 574-577.

— La *Rule 32.13*, que se refiere al control judicial de la solicitud de inspección de las declaraciones de testigos, que le permite excluir, por razones —entre otras— de interés de la justicia o de interés público, palabras o pasajes de la declaración.

— La *Rule 35*, que se refiere a los poderes del tribunal para restringir la prueba de expertos, que requiere permiso del tribunal, que puede ordenar que se lleve a cabo un único informe pericial conjunto (*single joint expert*), en el caso de que dos o más litigantes quieran presentar un informe pericial, experto que será designado por el tribunal a falta de acuerdo entre las partes, pudiendo además limitar el monto de honorarios y gastos que la parte que proponga dicha prueba podrá recuperar en su caso de las otras partes.

Podemos destacar en este punto, además, como diferencias esenciales¹⁶⁴ que podemos encontrar, tanto en general respecto al resto de los procedimientos continentales como, más específicamente, al proceso civil en España, atendiendo a una característica propia de los sistemas procesales procedentes del *common law*:

1.- La existencia, como en el caso del derecho norteamericano, aunque no con la misma intensidad, del deber que tienen las partes de revelación (*disclosure*) a la otra u otras partes de toda la prueba documental que pueda tener alguna relevancia en el proceso y que esté o haya estado en su poder, bajo pena de no poder utilizarla con posterioridad.

Se trata de una diferencia sustancial respecto al ordenamiento procesal español que prevé la exhibición de documentos entre litigantes, pero solo a instancias de parte, con una capacidad limitada para solicitarlo (artículo 328 LEC) y un alcance bastante limitado de las consecuencias de la negativa (artículo 329 LEC), de forma que, aunque sea dudoso que por el momento en el que se solicita dicha prueba pudiera presentarse con posterioridad, por el juego de los artículos 265, 269 y 270 LEC, tampoco queda excluida completamente esa posibilidad, como sí ocurre con las *Civil Procedure Rules*.

2.- Los *witness statement*, o declaración de testigos, que en el proceso inglés se hacen inicialmente por escrito, acompañadas de una declaración de veracidad (*statement of truth*), existiendo un deber de las partes de presentar a las otras los *witness statement*, que pretendan hacer valer, bajo pena de no poderlos introducir después en juicio, como ocurre con los documentos, y tienen valor aun cuando los testigos no fueran finalmente llamados a declarar y no se practicara oralmente la prueba, lo que solo se hará en determinados casos. Y una especialidad dentro de este tipo de prueba testimonial, que puede sustituir o acumularse a la prueba testifical, es el *affidavit*, consistente en declaración jurada sobre la veracidad de unos hechos, dentro o fuera del proceso, que, aunque sometido a determinados

¹⁶⁴ CERRATO GURI, E. «Los medios de prueba en las civil procedure rules inglesas», en *Justicia: Revista de Derecho Procesal*, N.º 1/2015, J.M. Bosch Editor, Barcelona, enero de 2015, pp. 309-333.

formalismos —estructura formal, forma de presentación, indicación de las fuentes de conocimiento, etc., además de otorgarse ante una persona que lo autentique, como un notario— no afecta a lo esencial, y es la introducción de testimonios en el proceso, por escrito, lo que es un concepto absolutamente extraño en nuestro proceso.

Se trata, como ya hemos visto, de la expresión de una práctica utilizada en el procedimiento *in equity*, con el objetivo de acabar con la táctica procesal de maniobrar en perjuicio del adversario, ocultando las pruebas de que se disponía hasta el último momento con el fin de sorprender al contrario en el acto del juicio, evitando así ese tipo de sorpresas injustas o desleales (*unfair*), lo que no solo contribuye a descubrir toda la verdad de los hechos controvertidos, y así preparar adecuadamente el acto del juicio, sino a tener la posibilidad de optar (aunque dada las capacidades directivas del juez no siempre sea exactamente así, pero esa es otra cuestión) por otras vías de solución alternativas a la resolución judicial (ADR), porque se adecuen mejor a la resolución de la controversia, una vez sabido todo lo que hay que saber sobre el caso.

4.2.3. La inclusión de los medios ADR en el sistema

No obstante, los problemas por los que se acometió esa reforma persisten y siguen lastrando la justicia inglesa, y si VAN RHEE afirmaba en el año 2000 que era todavía una cuestión abierta en qué medida esos nuevos poderes de dirección iban a cambiar la situación precedente, finalmente parecen no haber tenido el impacto que se suponía, y ya se habla de la brecha existente entre las expectativas y la experiencia, entre la teoría y la práctica tras la introducción de las *Civil Procedure Rules* de 1998. Y ello pese a que el recurso a la mediación y otros sistemas ADR —como recuerda HODGES¹⁶⁵— es ya parte integral del procedimiento civil desde su entrada en vigor en 1999.

Las *Civil Procedure Rules* de 1998 convirtió en política general dar prioridad a las alternativas para la resolución de conflictos (ADR), para procurar acuerdos tempranos y económicamente efectivos. A la consecución de dicho objetivo está claramente enfocado el procedimiento judicial que, junto a las facultades directivas de los jueces, recoge la posibilidad de penalizar con las costas procesales el rechazo injustificado del recurso a un sistema ADR¹⁶⁶, lo que ha determinado un rápido

¹⁶⁵ HODGES, C., «Analyse comparative / Comparative perspectives. Proposed Modernisation of Courts in England & Wales: IT and Online Court», *International Journal of Procedural Law*, Volume 6 (2016) N.º 1, pp. 149-163.

¹⁶⁶ Sobre la importancia de los ADR, su distinción entre adjudicatorio y no adjudicatorios, motivaciones y adecuación del caso para acudir a uno de estos medios, el papel del tribunal en su impulso, obligaciones de las partes y de sus abogados, y consecuencias de un rechazo injustificado a participar o de una conducta no razonable durante su desarrollo, entre otros aspectos, *Vid.* BLAKE, S., BROWNE, J., y SIME, S. *The Jackson ADR Handbook*, 2ª Edición, Oxford University Press, Oxford, 2016.

crecimiento, durante los últimos treinta años, de esos sistemas —negociación, arbitraje, mediación, que puede ser evaluativa o simplemente valorativa¹⁶⁷, *med-arb*, determinación por experto independiente, evaluación neutral temprana (por jueces u otros terceros neutrales), conciliación, adjudicación en disputas sobre leyes de la construcción, juntas de revisión de disputas, *ombusd*— que ya resuelven más disputas que los tribunales civiles.

Entre alguna de esas previsiones está (regla 26.4A – *Referral to the Mediation Service*), la derivación al servicio de mediación de los procesos que deben seguir el cauce del *small track*, salvo que se trate de reclamaciones por accidentes de tráfico, lesiones personales o deterioro de la vivienda alquilada, o ambas partes lo rechacen —en cuyo caso el tribunal requerirá una explicación del por qué—, y cuando ambas partes indiquen en el cuestionario que están de acuerdo con la mediación, y ello sin perjuicio de las sugerencias que en cualquier *track* pueda realizar el tribunal sobre la conveniencia de acudir a mediación, cuyo rechazo injustificado puede tener graves consecuencias¹⁶⁸.

Otra previsión de las *Civil Procedure Rules* —de la que ya hemos tratado al tratar del proceso civil federal norteamericano, y que en España fue recogida como oferta vinculante confidencial en el artículo 16 del PLMP— es la oferta de acuerdo recogida en la parte 36 del código (*Part 36 – Offers to settle*). La norma permite a demandante y demandado hacer una oferta de acuerdo para terminar con el proceso, oferta que, si no se revoca, estará abierta a aceptación por la otra parte durante un plazo de veintiún días. Si el destinatario no la acepta asumirá el riesgo

¹⁶⁷ Sobre la distinción, *Vid.* GIMÉNEZ CARDONA M.C., «Mediación valorativa o evaluativa», *Mediación es Justicia. El impacto de la Ley 5/2012, de mediación civil y mercantil*, [Coord. LAUROBA LACASA, M.E., ORTUÑO MUÑOZ, P.], Huigens, Barcelona, 2014, pp. 421-426.

¹⁶⁸ Señala al respecto Neil Andrews que, al margen del marcado de la casilla en el cuestionario inicial, la responsabilidad general de los tribunales ingleses de administrar justicia civil incluye «ayudar a las partes a resolver la totalidad o parte del caso» y «animar a las partes a utilizar un procedimiento alternativo de resolución de disputas si el tribunal lo considera apropiado», lo que es objeto de comunicación directa entre el juez y las partes, especialmente durante las etapas previas al juicio, pero también ocasionalmente después del juicio, durante el proceso solicitud de autorización para apelar. Incluso en ausencia de un acuerdo de mediación, un tribunal inglés puede ordenar que los procedimientos se suspendan durante un mes mientras las partes buscan un ADR adecuado para llegar a un acuerdo, pudiendo dictarse la suspensión a petición de las partes o por iniciativa del tribunal. Los tribunales ingleses además, pueden sancionar con las costas la negativa irrazonable de una parte a acceder a la convocatoria de mediación del oponente o a la propia sugerencia del tribunal de que se debe emprender o «explorar» la mediación, bien condenando a la parte perdedora (que rechazo de forma irrazonable la mediación) que pague costos de indemnización en lugar de los costos (menores) de «base estándar», bien a la parte ganadora que rechazó de forma irrazonable la mediación a no recibir la totalidad o parte de sus costos frente a la otra parte, bien disponiendo que ninguna reciba de la otra los costos por rechazar injustificadamente las propuestas de mediación de la otra parte o la sugerencia del tribunal de intentarlo. ANDREWS, N., *The Three Paths of Justice. Court Proceedings, Arbitration, and Mediation in England*, Springer, Cambridge, 2018, pp. 437-441.

tener que asumir los costos del proceso, en el caso de no obtener una sentencia más ventajosa que la oferta realizada por la parte contraria, salvo que el tribunal considere que es injusto hacerlo. Ello significa para el demandante tener que asumir los costos del demandado a partir de la fecha en que realizó la oferta, y para el demandado tener que pagar, no solo el monto de los costos ordinarios (costos estándares), sino una suma adicional agravada llamada costas de indemnización.

Las facultades del tribunal para evaluar los términos de la victoria en el proceso y la proporcionalidad de los costos con lo finalmente conseguido, y los elevados costes de la litigación civil en Inglaterra constituyen, sin duda, un poderoso incentivo para evaluar y aceptar en su caso la propuesta de acuerdo realizada de contrario¹⁶⁹.

4.3. A modo de epílogo sobre el sistema procesal civil inglés

El sistema judicial inglés sigue siendo básicamente, pese a las *Civil Procedure Rules* de 1998, un sistema adversarial, que implica necesariamente mucho tiempo y también un elevado coste económico¹⁷⁰, en ocasiones absolutamente desproporcionado respecto al contenido económico de la disputa¹⁷¹, y, pese a las sucesivas reformas para tratar de reducirlos, sigue siendo un sistema inasequible para la mayoría.

Ello se ha puesto de manifiesto con los sucesivos recortes en la asistencia jurídica gratuita, que han provocado el aumento de quienes prescinden de asesoramiento legal —y con ello de la ayuda de quienes les pueden guiar hacia una solución más simple de sus problemas—, y deciden litigar personalmente, lo que ha obstruido los intentos de gestión de casos judiciales y ha forzado a los jueces a adoptar un papel de asesoramiento que está muy alejado de su función tradicional independiente, provocando además graves retrasos en los procedimientos judiciales.

Y los problemas generados por la falta de representación legal no se limitan a los procesos judiciales, sino que afectan también a la mediación, porque la asunción de que las partes negocian libremente los términos de un acuerdo en posición de igualdad, de una forma menos hostil que en un proceso judicial —una imagen

¹⁶⁹ ANDREWS, N. *Justicia Civil Inglesa. Proceso civil y otras formas de resolución de conflictos*, (Traducción de A. Pérez-Ragone y A. Morales Mutis), Temis, Bogotá, 2021, pp. 180-183.

¹⁷⁰ ANDREWS, N, «Civil Justice's "Song of Innocence and Experience". The Gap Between Expectation and Experience», *International Journal of Procedure Law*, Volume 6 (2016), N.º 1, pp. 103-120.

¹⁷¹ Un caso emblemático es *Burchell v. Bullard* [2005] EWCA Civ 358, que es presentado como un ejemplo de lo que no hay que hacer, y que se refiere a una reclamación judicial derivada de un contrato de obra, en el que la reclamación de pago y excepción de contrato defectuosamente cumplido, que se resolvió con el pago de 5.000 libras al constructor, tuvo un coste para las partes de 185.000 libras. SLAPPER, G., y KELLY, D. *op. cit.*, pp. 1117-1119.

que recuerda al pensamiento de los revolucionarios franceses en los primeros compases de la Revolución—, puede verse seriamente dañada si no existe igualdad de conocimiento y de poder de negociación entre las partes, lo que no es algo tan extraño, con lo que, si el proceso de mediación no es cuidadosa y críticamente monitorizado, podrían estar perpetuándose las desigualdades preexistentes en favor de la parte más vulnerable¹⁷².

El problema, que el impulso desde los tribunales y el recurso generalizado a los sistemas ADR no ha podido resolver, es tal que, recientemente, se ha llegado a proponer que hay que rediseñar de una forma radical el sistema, sobre la base de un mayor uso de las tecnologías, creando juzgados *on line* para asuntos de hasta 25.000 libras, en los que no tendrían intervención los abogados —lo que recuerda el recelo de los primeros compases de la Revolución francesa— sino que operaría a través de un oficial de justicia encargado del caso, que se comunicaría con las partes por internet y teléfono, y solo excepcionalmente de forma personal, y que decidiría con ellos a través de la investigación de los hechos y de la conciliación la forma más apropiada de llegar a un acuerdo¹⁷³.

5. EL MODELO PROCESAL CIVIL EN ESPAÑA. DE LA LEC 1881 A LA LEC 2000

5.1. ¿Hoy como ayer? Un poco más de historia

Nos hemos venido refiriendo a la contraposición entre el proceso de *Common Law*, que sería esencialmente oral, frente al proceso de *Civil Law* que sería

¹⁷² En este sentido SLAPPER, G., KELLY, D., *op. cit.*, pp. 1114-1117. También Marjorie Corman Aaron, cuando señala que la mayoría de las partes en un conflicto tienen que tomar la decisión de transar la disputa en ciertos términos o no, y si cuentan con la ayuda de un abogado están en mejores condiciones de tomar decisiones en su propio interés si comprenden sus alternativas, los resultados de un litigio o de un acuerdo y sus respectivos efectos anticipados. CORMAN AARON, M., «Finding Settlement with Numbers, Maps, and Trees», *The Handbook of Dispute Resolution*, [Dir. MOFFIT, M.L., BORDONE, R.C.], Harvard Law School, 1ª Edición, San Francisco (EEUU), 2005, pp. 202-203. Y en el mismo sentido Jacqueline M. Nolan-Haley, cuando, en relación con las partes auto representadas, señala que los comportamientos de algunos mediadores conducen a una dilución del consentimiento informado, tanto en un programa de mediación obligatoria como voluntaria, porque la mediación puede formar parte de un menú de ofertas de ADR que incluyen arbitraje, evaluación neutral temprana o conferencia de conciliación, y las opciones no siempre son tan claras porque la etiqueta de mediación se adjunta a muchos procesos, incluidas las conferencias de conciliación. Las partes deben sopesar todas las opciones disponibles y tomar una decisión procesal, y si están representadas por un abogado existe una alta probabilidad de que busquen su consejo para elegir la mejor opción, mientras que sin un abogado pueden confundirse, sin que puedan recibir asesoramiento legal del mediador sobre dichas opciones. NOLAN-HALEY, J.M., «Mediation, Self-Represented Parties, and Access to Justice: Getting there from Here», *Fordham Law Review Online*, Vol. N.º 15, 2018.

¹⁷³ HODGES, Ch. *op. cit.*, pp. 153-155.

esencialmente escrito; y también a la contraposición entre un proceso *adversarial*, considerado como típico —al menos en sus orígenes y hasta fechas relativamente muy recientes— de los ordenamientos de *Common Law*, en el que el protagonismo en la alegación y prueba lo tendrían las partes frente al papel absolutamente pasivo del juez, limitado a garantizar el respeto de las reglas, y un proceso *inquisitorial*, que se considera como típico de los sistemas de sistemas de *Civil Law* (aunque, como hemos visto, hay notables diferencias dentro de los modelos que pueden considerarse entre estos), en el que el juez tendría un papel mucho más activo y relevante en el proceso¹⁷⁴. Y la cuestión que nos podemos plantear es en cuál de ambas familias es posible encuadrar el proceso civil español.

Pues bien, dentro del área el área del proceso civil de *Civil Law*, junto al modelo francés, seguido en algunos países como Bélgica e Italia, y al modelo austriaco-alemán, seguido en los países escandinavos y de Europa oriental, además de Japón, hay que referirse al modelo español, que es seguido por muchos países de América latina, aunque con algunas particularidades que se han ido diluyendo con el transcurso del tiempo, siguiendo el mismo proceso de convergencia que han seguido los países europeos en la búsqueda de un compromiso entre las concepciones liberal y social de los litigios civiles, y la exigencia de un juez activo que busca la verdad sustantiva, con la ayuda de las partes, en orden a terminar con el procedimiento de una forma rápida y efectiva.

El Libro Blanco de la Justicia de 1998 se refiere a ese proceso de evolución de las facultades del juez en el proceso civil, desde la redacción originaria de la LEC de 1881, que «ya no es ese pretendido espectador neutral y pasivo que, supuestamente, se limitaba a contemplar la noble contienda entre las partes, sin ninguna intervención posible, salvo las diligencias para mejor proveer», lo que no puede sino recordarnos ese papel de «árbitro» pasivo, desinformado y desinteresado, además de neutral, con la sola función de asistir al libre combate de las partes que era seña característica de los sistemas de corte liberal, fueran de *Common* o de *Civil Law*. Y señala a continuación que «la vigencia del principio de impulso de oficio, frente al de rogación, permite hoy día que el juez intervenga activamente en el proceso con la finalidad, que es al mismo tiempo un límite, de garantizar el libre juego de las partes ante el conflicto de intereses que se ventila en la jurisdicción», sin menoscabo de los principios dispositivo y de justicia rogada.

Si el proceso inglés ha sido caracterizado como el «Rolls Royce» de los procedimientos, por su alto nivel de calidad en la investigación minuciosa de los hechos por las partes, que gozan de la más amplia libertad de alegación y prueba, el proceso civil español, hasta la reforma de 1984, tampoco era un vehículo muy inferior, al menos respecto a las posibilidades casi ilimitadas de las partes para la alegación y prueba. Otra cosa es que, precisamente por dicha razón, resultara ser

¹⁷⁴ TARUFFO, M., «El proceso civil de “civil law”...», *op. cit.* pp. 69-94.

finalmente un vehículo bastante pesado, y que en su momento supusiera realmente una modernización del proceso, por cuanto que se trató de una ley, en opinión bastante generalizada en la doctrina, que nació ya antigua. La razón es que el legislador de 1881 acogió en la configuración del proceso tipo —que hasta 1984 fue el juicio ordinario de mayor cuantía—, la concepción tradicional del modelo procesal civil que provenía de la época de las Partidas, el monumento jurídico más importante de la historia de todos los países de lengua española, en palabras de MONTERO AROCA¹⁷⁵, el *solemnis ordo iudiciarius*.

Se trataba, el procedimiento de mayor cuantía, de un procedimiento plenario en el que no existía limitación material alguna, ni respecto a la capacidad de alegación de las partes que, como dueñas que eran de los pleitos, debían disponer con toda amplitud de todos los medios de defensa que consideraran adecuados, ni respecto al ámbito de conocimiento jurisdiccional; era un procedimiento caracterizado por la lentitud, la complejidad, los mecanismos dilatorios y el excesivo formalismo¹⁷⁶, y por ser un proceso completamente escrito, lo que garantizaba la seguridad jurídica y permitía controlar completamente la actuación de los jueces, tanto por lo que se refiere a los actos procesales como a las resoluciones, todo lo cual tenía como consecuencia un elevado coste, que ya de antiguo se quería imputar en buena medida a los abogados.

Parece oportuno recordar, como apunte histórico, que la preocupación por la lentitud, la complejidad y los mecanismos dilatorios, además de por los elevados costes de los procesos judiciales, ha sido una constante desde muy antiguo¹⁷⁷,

¹⁷⁵ MONTERO AROCA, J., *op. cit.* p. 585.

¹⁷⁶ BARONA VILAR, S., «Líneas generales...», *op. cit.*.

¹⁷⁷ Antonio Castán Pérez-Gómez recuerda que la situación de la Administración de Justicia ha sido objeto de crítica a lo largo de los siglos, citando numerosos ejemplos en los que ha sido tratada por poetas, como «agudos observadores de la realidad». Cita a Martínez de Medina (1402-1434), que «dedica una diatriba monumental a la justicia y los pleitos, arremetiendo contra *alcaldes, notarios, procuradores, abogados, oidores, alguaciles y demás agentes de la curia*. La referencia a la duración de los procedimientos en la justicia de entonces hace palidecer cualquier queja actual al respecto: “Et en cuarenta años non es acabado un solo pleito, mirad si es tormento”». O al costumbrista madrileño Ramón de Mesonero Romanos (1803-1882) que «ofrece en su célebre “Hablemos de mi pleito” un retrato irónico y sagaz de la Curia, con el pretexto de que había heredado un litigio centenario sobre propiedad de unas viñas (172 años se lee en una de las alegaciones forenses transcritas por el autor). La pregunta que él mismo se formula lo dice todo: “¿Qué les importa a los lectores el que yo haya heredado un pleito por parte de un tío materno, el cual tío lo recibió directamente de su padre, y éste se hizo cargo de él por vía de dote con la blanca mano de mi bisabuela, la cual es fama que ya venía representando en el tal embrollo el derecho y acción de tres generaciones anteriores?”. El escritor relata que el litigio pasó por “todos los juzgados posibles”; que se subdividió “en incidentes, como un drama romántico, o en artículos, como las Escenas Matritenses”; que “entre interlocutorios y definitivas, entre confirmaciones y reformas, cuenta ya en su seno hasta catorce sentencias, de las cuales cinco a favor de la contraria, y cinco al mío, amén de otras cuatro a guisa de oráculo u logogrifo que nadie ha acertado a descifrar”;

como también lo es su imputación a la actuación de los abogados —recordemos lo apuntado cuando nos referíamos a los momentos iniciales de la Revolución francesa, que llegó a abolir la profesión—, siendo abundante la legislación de Cortes y Real a propósito de ello, desde el Ordenamiento de Alcalá de 1348 hasta las Reales Ordenanzas de abogados de los Reyes Católicos de 1495. Como nos recuerda ORTUÑO SÁNCHEZ-PEDREÑO¹⁷⁸:

— En la ley 10ª de las Cortes de Briviesca de 1387, bajo el reinado de Juan I, se establece el orden que deben seguir los pleitos para evitar la malicia de algunos abogados que tratan de alargarlos, expresa la queja por el recurso a la disputa en razonamientos jurídicos alegando leyes, decretales, Partidas y fueros, y pena bajo multa que se replique lo que ya está alegado en el proceso, dada la práctica de hacer escritos muy extensos en los que no se dice nada nuevo.

— En la 15ª Pragmática de Ordenanzas del Consejo Real, oidores y alcaldes de corte y otros asuntos concernientes a la gobernación del Reino de 15 de diciembre de 1436 se prescribe que los abogados tienen que hacer juramento conforme a las Partidas, que ordenaba jurar ayuda bien y lealmente a quien contratara sus servicios, no abogando en ningún pleito injusto o viciado de falsedad, o que entendiera que no puede llegar a buen fin, y a no alargar los pleitos maliciosamente.

— En la ley 39ª de las Cortes de Toledo de 1480, ya bajo el reinado de los Reyes Católicos, se previene contra la actuación maliciosa y dilatadora de los abogados, además de su ignorancia e impericia que ocasiona daños a las partes.

— Las ordenanzas 46ª y 54ª se refieren a los emolumentos de los abogados, y si la primera se disponía que deben ser moderados y los sujeta a control judicial, a tendiendo a la calidad de la causa y de los litigantes y al trabajo del abogado, en la segunda prohíbe que los abogados aseguren la victoria a sus clientes a cambio de dinero, y que antes de actuar han de examinar los autos originales.

— En las Reales ordenanzas de abogados de 1495, de los Reyes Católicos, se trata de poner freno a algunos abusos de los abogados, tanto en las actuaciones dilatorias para alargar excesivamente los pleitos como por los honorarios abusivos por su trabajo, que en ocasiones superan el valor del pleito, además de la ignorancia y negligencia de muchos de ellos, previniendo medidas tales como un examen

que mientras los autos se robustecían “las viñas desaparecieron hace siglo y medio”; o que en el cuadro figuraban, a la sombra de los abogados de las partes, “numerosas cohortes de figuras simbólicas, los procuradores y agentes, los escribanos de cámara, de número y diligencias, los relatores y agentes fiscales, los pajes de bolsa, alguaciles y porteros y otra porción de aves menores”, además de los jueces». CASTÁN PÉREZ-GÓMEZ, A., «La administración de Justicia a la luz de la poesía», *El proceso judicial en un marco cultural y digital*, [Dir. CALAZA LÓPEZ, S., QUESADA SÁNCHEZ, A.J. Coord. DE PRADA RODRÍGUEZ, M.], Colex, A Coruña, 2023, p. 130.

¹⁷⁸ ORTUÑO SÁNCHEZ-PEDREÑO, J.M., «Las Ordenanzas de abogados de los Reyes Católicos», *Revista jurídica de la Región de Murcia*, N.º 23, Ilustre Colegio de Abogados de Murcia, Murcia, 1997, pp. 95-114.

previo obligatorio (ordenanza 1ª), además de autorización para actuar por los jueces y juristas de la Corte o de las Villas y ciudades, (ordenanza 22ª, que recoge la Ley 13ª de Partidas 3.6), puesto que —se decía— los no entendidos en derecho, que ignoran fueros y costumbres y actúan como abogados, estorban en los pleitos; se prohibía intervenir en causas desesperadas o injustas (ordenanza 2ª); se establecían exigencias respecto a la alegación y prueba (ordenanza 3ª), respecto a los honorarios, que debía ser honestos y moderados con el límite de la veinteava parte de la cuantía del pleito fijada en sentencia (conforme a la ordenanza 9ª), sin que en ningún caso pudiera exceder de treinta mil o de quince mil maravedís, dependiendo de si actuaban en la Corte Real o en la Corte y Chancillería, o en el resto del reino, y debiendo concertarse (ordenanza 12ª) antes de que el comenzara proceso.

Hoy como ayer, y permítaseme un breve excurso. Como tantas veces ocurre con la lectura de pasajes de la historia, resulta sorprendente la actualidad de los problemas que se planteaban en los siglos XIV y XV, que se reproducen hoy, como si el tiempo no hubiera pasado y nada hubiéramos aprendido. Hoy como ayer se trata de problemas como la profusión legislativa, combinada con la falta de técnica del legislador y la pluralidad de criterios interpretativos en los tribunales, que se traducen en incertidumbres e inseguridad jurídica, en definitiva, que son causa principal en muchas ocasiones de la misma litigación y del alargamiento de los procesos. Y, hoy como ayer, las consecuencias de dichos problemas se quieren imputar esencialmente a los abogados, que (salvo, claro está, actuaciones maliciosas, tan posibles hoy como entonces) solo cumplen con su obligación de «velar siempre por los intereses de aquellos cuyos derechos y libertades defienden [...] aplicando la ciencia y la técnica jurídicas»¹⁷⁹, y deben hacerlo celosamente, con diligencia e interés extremo y activo, argumentando sobre los hechos, y sobre el Derecho, explorando cuando el caso lo requiera los límites de la ley, estando muchas veces su labor en la base de muchos cambios en la jurisprudencia. Si no lo hubieran hecho no cabe duda, por ejemplo, de que la cláusula suelo, intereses de demora y otras condiciones abusivas, o incluso errores flagrantes que se multiplicaban por juzgados y Audiencias, seguirían imponiéndose, con el plácido beneplácito de otros operadores jurídicos distintos de los abogados, y reclamándose judicialmente con toda paz, como ha ocurrido durante décadas¹⁸⁰, y ello sin perjuicio de que

¹⁷⁹ Artículo 1 del Estatuto General de la Abogacía Española. Disponible en: <https://www.boe.es/boe/dias/2021/03/24/pdfs/BOE-A-2021-4568.pdf> [Fecha de acceso: 25-8-2023].

¹⁸⁰ Señala en este particular José Ramón Chaves García, que «la labor del abogado suele estar en la base de los cambios de jurisprudencia, porque su misión es llegar al límite interpretativo o cuestionar la jurisprudencia trillada para servir a su cliente. Por eso hoy día, hay sentencias que se llevan los laureles de haber apostado por una novedosa jurisprudencia o por prestar un gran servicio a los valores constitucionales, cuando realmente ese mérito lo tienen esos grandes fogueiros de la justicia que son los abogados. De ahí que las sentencias se deben en enorme medida a la iniciativa o propuesta de los abogados...[...]. Ello sin olvidar su papel en la corrección de los errores judiciales puesto que los letrados que ven desestimadas

haya quienes lo puedan utilizar instrumental y lícitamente para dilatar el proceso (cuyas normas no han sido dictadas por abogados) y conseguir una mejor posición negociadora, o incluso con mala fe o temeridad manifiestas, que no suelen tener consecuencias.

También se incide, hoy como ayer, en la necesidad de formación suficiente de los abogados, de un examen previo que acredite esa formación y autorice a actuar como abogado, autorización entonces expedida por jueces y juristas, hoy por el Estado después de cursar un máster y superar un examen de acceso, sin que ello implique por sí mayor garantía del correcto ejercicio de una profesión que es también oficio, que se aprende, y nunca se deja de aprender, con el estudio y la práctica constantes; y también en el problema de los elevados costes del procedimiento, al que se intenta poner coto mediante la tasación de los honorarios a percibir, además de someterlos a la aprobación judicial que evaluaba su adecuación al objeto del proceso, entidad de las personas y carga de trabajo que debía suponer. Se trata sin duda de criterios razonables, en abstracto, que sin embargo no están exentos de complejidad en su aplicación al caso concreto —notablemente acrecentada tras un conjunto de sentencias de la Sala 3ª del Tribunal Supremo que han abierto un panorama incierto¹⁸¹—, y de la abierta posibilidad de un elevado nivel de incertidumbre, y también de arbitrariedad, que será preciso solucionar¹⁸².

sus pretensiones en la instancia, son los que más arduosamente cargan de fundamento sus recursos encaminados a la revocación». CHAVES GARCÍA, J.R., *Cómo piensa un juez. El reto de una sentencia justa*, Wolters Kluwer, Madrid, 2021. pp. 255-256.

¹⁸¹ Se trata de la sentencia núm. 1684/2022, de 19 de diciembre, reiterada después por las sentencias número 1749/2022, de 23 de diciembre, número 35/2023, de 16 de enero, y número 787/2023, de 13 de junio, que condenan a distintos Colegios de Abogados por infracción del artículo 1 de la Ley de Defensa de la Competencia y declaran que «la existencia de baremos, es decir, de listados de precios para cada actuación de los abogados, opera como un elemento disuasorio de la libre competencia en el mercado de los servicios profesionales prestados por abogados en cuanto tiende a homogeneizar los honorarios a la hora de tasar las costas, operando en contra de la libertad y divergencia en la fijación de precios», y ello con independencia de que la recomendación surta mayor o menor efecto, porque «la conducta colusoria existe desde el momento en el que por sí misma tiene capacidad de menoscabar la competencia». Resulta irónico que dichas sentencias tengan su origen en una denuncia formulada por una entidad financiera (Bankia) contra nueve colegios de abogados, por razón de las costas procesales que se veía obligada a pagar en procedimientos iniciados por consumidores por razón de «sus» cláusulas abusivas, como resulta irónico que, como otras entidades financieras, viniera oponiendo el carácter «estereotipado» de las demandas para oponerse a las tasaciones de costas. Y es irónico porque esas reclamaciones en serie no tienen otro origen que las estereotipadas oposiciones sistemáticamente presentadas por entidades financieras, que son desestimadas sustancialmente en porcentajes cercanos al 100%. En 2022 el porcentaje de sentencias estimatorias en materia de cláusula suelo estuvo en el 97,8%, es decir, 108.045 resoluciones estimatorias frente a 2.931 resoluciones desestimatorias), según datos disponibles en: <https://datos.justicia.es/juzgados-especializados-en-clausula-suelo-recursos-resoluciones> [Fecha de acceso: 28-8-2023].

¹⁸² Sobre el problema planteado *Vid.* PEREA GONZÁLEZ, A., RIBÓN SEISDEDOS, E., RICA DE MIGUEL, S., MUNNE CATARINA, F., MARTINEZ DEL TORO, S., MARTINEZ DE SANTOS, A.,

Terminado este breve pero necesario excurso, y volviendo al hilo conductor de este apartado sobre el modelo procesal civil español, señalaba COUTURE¹⁸³ que el «proceso de los países de formación española mantiene aún, por razones históricas bien definidas, una estructura semejante a la que tenía el juicio romano-canónico del siglo XIII, tal como lo desenvolvían los grandes glosadores de la Escuela de Bolonia. La instancia, según era concebida en el *stylus curiae* y como fue trasladada por Jácome Ruiz, llamado *El Maestro Jacobo de las Leyes*, a la Partida III, estaba dividida en etapas y plazos que corresponden con exactitud casi perfecta al procedimiento que aún nos rige». En definitiva, como señala el citado autor, mientras los códigos procesales de principios del siglo XIX se apartaban del planteamiento romano-canónico, especialmente los de tipo napoleónico, el proceso español se mantenía en él, aun a mediados de siglo (1855), basado en la Partida III y en el Libro XI de la Novísima Recopilación de 1805.

No es ajeno a ello la difícil aceptación de la base filosófica que implicaba la codificación por sus presupuestos racionalistas, centralizadores y uniformadores, que despertaban el recelo y la oposición de los foralistas, celosos defensores de sus derechos territoriales vigentes, además de una circunstancia histórica, y es que, pese a la recepción por las clases ilustradas de las ideas directrices de la Revolución francesa, y entre ellas la codificación —que se plasmaría de forma más inmediata en el Estatuto de Bayona de 1808 otorgada por José Bonaparte, y en la Constitución de Cádiz de 1812—, la situación creada por la Guerra de la Independencia, si bien no impidió la recepción de esas ideas codificadoras, sí que impidió su aplicación práctica mediante las comisiones de codificación propuestas por el diputado catalán Espiga y Gadea, y hay que esperar al trienio liberal (1820-1823) para que esas comisiones se pongan en marcha¹⁸⁴.

Por lo que se refiere al proceso civil, hay algunos intentos de acoger un proceso más ágil, y así sucede con la Ley de 10 de enero de 1838, que regula los que se vienen a llamar juicios de menor cuantía, un proceso intermedio plenario, rápido, sujeto a los principios de oralidad, concentración, intermediación, publicidad e impulso de oficio, con plazos perentorios e improrrogables; y también con la Instrucción del Marques de Gerona de 30 de septiembre de 1853, que se refiere al proceso ordinario, en el que se suprimen trámites, y se introduce el impulso de oficio, la concentración y publicidad, aumentando los poderes procesales del juez para evitar corruptelas, abusos y dilaciones innecesarias. Ambos chocaron con el

«Diálogos para el futuro judicial LX, La tasación de costas y los criterios orientativos tras la STS, Sala 3ª, de 19 de diciembre de 2022», [Coord. PEREA GONZÁLEZ, A.] Diario *La Ley*, N.º 10257, Sección Plan de Choque de la Justicia, 28 de marzo de 2023, Wolters Kluwer, 2023.

¹⁸³ COUTURE, E.J., *Fundamentos del Derecho Procesal Civil*, 3ª Edición, Roque Desalma Editor, Buenos Aires, 1958, pp. 165-167.

¹⁸⁴ GACTO FERNÁNDEZ, E., ALEJANDRE GARCÍA, J.A., GARCÍA MARÍN, J.M., *Manual básico de Historia del Derecho*, Editorial Laxes, Madrid, 2009, pp. 414-421.

apego de la doctrina y práctica de la época al viejo juicio ordinario, y en el caso de la Instrucción apenas estuvo en vigor unos meses.

La Ley de Enjuiciamiento Civil de 8 de octubre de 1855, que entró en vigor el 1 de enero de 1856, respondía a la Ley de Bases aprobadas ese mismo año por las Cortes, y por medio de ella lo que se pretendía era «ordenar y compilar las leyes y reglas del enjuiciamiento civil», con el fin de «restablecer en toda su pureza las reglas cardinales de los juicios consignadas en nuestras antiguas leyes».

No se trataba, por tanto, de innovar (y eso que la ley nace durante el bienio progresista), sino de consolidar lo existente, como queda expuesto en la Exposición de Motivos de la Ley de Bases, al señalar que no se pretendía «la destrucción de los fundamentos venerables sobre los que descansa la obra secular de nuestras instituciones procesales. Su objeto, por el contrario, debe ser dar nueva fuerza a los principios cardinales de las antiguas leyes, principios basados en la ciencia, incrustados por más de veinte generaciones en nuestras costumbres, aprendidos como tradición hasta por las personas ignorantes del derecho, y con los cuales pueden desenvolverse con sobrada anchura todos los progresos, todas las reformas convenientes». De hecho, la ley sigue el procedimiento escrito tradicional, eminentemente formalista, y aparece más como una recopilación de las normas ya existentes que como un verdadero código, aunque introduce algunas novedades significativas, como la obligación de fundamentar las sentencias, y la regulación de los actos de conciliación ante los juzgados de paz que se crean.

5.2. De la LEC de 1881 a la LEC de 2000

Esa configuración procesal, basada en la asunción plena del viejo juicio ordinario, y el sistema de principios que lo informaba, fue la que se plasmó, casi medio siglo después, en la LEC 1881. Con la única diferencia de la introducción del principio de publicidad de los actos procesales, y de mayor contradicción en la práctica de la prueba, el proceso civil se sigue concibiendo como un medio de solucionar contiendas privadas, en las que el juez cumple una función de pacífico y desinformado mediador entre las partes, siendo éstas las que asumen todas las facultades en el desarrollo del proceso. Esta concepción se plasma, no solo en los principios dispositivo y de aportación de parte, entendido éste en su más amplio sentido (incluyendo no solo todo lo relativo a la prueba, sino también a las facultades procesales de dirección del proceso, de forma que el juez no tenía control de oficio de los presupuestos procesales), sino que el mismo impulso procesal y los plazos quedaban confiados a la discrecionalidad de las partes, y no se entendía precluido un trámite mientras una parte no lo pidiera al juez expresamente.

Esta concepción tenía su reflejo en el sistema de recursos, de forma que era posible afirmar que era un modelo de justicia caracterizado porque, en principio, lo que se resolviera en primera instancia carecía de ningún valor, puesto que lo

que podía tenerlo es lo que se decidía en la segunda instancia, y en no pocos casos tampoco, porque podía esperarse el «posible planteamiento y desenlace del recurso de casación, concebido sobre la base del *ius litigatoris*. Y si alguno de los motivos de casación denuncia “quebrantamiento de las formas esenciales del juicio” y es estimado, se produce una segunda sentencia de segunda instancia, nuevamente susceptible de casación»¹⁸⁵.

Esto es lo que permite afirmar a muchos autores, como BARONA VILAR, que la LEC de 1881 nació ya antigua, al ser el eslabón que unió la LEC de 1855 con la voluntad codificadora que dio origen a la LEC de 1881¹⁸⁶, y sumamente defectuosa ya en el momento de su aprobación, afirma DIEZ-PICAZO GIMÉNEZ, «por su omisiones y lagunas, por la deficiente regulación de muchas materias, por su acentuado formalismo y procedimentalismo [...], por una exacerbada escritura, por la falta de intermediación, por la práctica ausencia de potestades procesales de dirección en manos del juez, y por la dispersión de actos, acentuada por la proliferación de incidentes y de apelaciones separadas y resoluciones interlocutorias», con una falta de sistemática que hace que solo con benevolencia se le pueda llamar «código», al menos en el sentido que se le da a las leyes de procedimiento de la Europa continental, suponiendo un fracaso en la modernización de nuestro proceso civil¹⁸⁷.

No es difícil, no obstante, observar la similitud existente entre algunos de los principios que informaban el modelo procesal inglés de *common law*, los principios liberales que informan el Código Napoleónico, y los que informan el proceso civil español por lo que se refiere al papel de las partes y del juez en el proceso civil, llegándose a utilizar una terminología bastante similar para describir su papel en el proceso como «árbitro» pasivo, desinformado y desinteresado, en el primer caso, pacífico mediador, neutral, pasivo, e igualmente desinformado en el último.

La razón puede encontrarse en que el *solemnes ordo iudiciarius* se consideraba como una manifestación de la racionalidad del proceso que se había ido creando por jueces y abogados, sin que las reglas del mismo pudieran ser impuestas desde fuera por un legislador, fuera el Rey u otro, de forma que no solo garantizaba el derecho de defensa de las partes en los juicios, sino también la resistencia frente a esas otras autoridades externas, cuya intervención para regular el proceso hubiera representado, en palabras de MONTERO AROCA, «una *perversio ordinis*, una

¹⁸⁵ DE LA OLIVA SANTOS, A, «Sobre la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil: criterios inspiradores e innovaciones principales», en *Tribunales de justicia: Revista española de derecho procesal*, N.º 2, 2000, pp. 127-141

¹⁸⁶ BARONA VILAR, S., «Líneas generales y ...», *op. cit.* p. 1.

¹⁸⁷ DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, I., «La reforma necesaria del proceso civil», *Tribunales de Justicia, Revista Española de derecho procesal*, 1999, N.º 2, pp. 79-92.

acción odiosa, inadmisibles, tanto como la alteración de la moneda o la imposición de reglas al médico»¹⁸⁸.

Frente a un modelo procesal que, como afirmaba DE LA OLIVA, respondía a «una época de muy inferior litigiosidad y, sobre todo, de un *tempo*, de un ritmo vital extraordinariamente más lento»¹⁸⁹, en el que prima la libertad de los litigantes, que son los señores del proceso, y, en teoría al menos, la seguridad que se supone ligada a la ausencia de restricciones a la capacidad de alegación y de recursos, la Ley 1/2000, de 7 de enero de Enjuiciamiento Civil (en adelante LEC), implica un cambio radical.

Siguiendo el mismo proceso que se ha producido en otros ordenamientos europeos, y aunque se mantiene el principio dispositivo, con todas sus razonables consecuencias —dice la Exposición de Motivos (VI)— respecto a la iniciativa procesal, configuración del objeto del proceso, investigación y comprobación de los hechos y tutela solicitada, también se fija como objetivo, garantizar la tutela judicial efectiva mediante una mayor efectividad, fundamentalmente a través de mayor prontitud y calidad de las resoluciones dictadas en primera instancia, que contribuyan a disminuir la litigiosidad¹⁹⁰, para lo que se incrementan notablemente las facultades del juez en curso del procedimiento, tanto por lo que se refiere al control de los presupuestos procesales — mediante el control de oficio, la posibilidad de su subsanación siempre que sea posible, y el examen de la concurrencia de los presupuestos procesales antes del juicio—, como a la determinación y prueba de

¹⁸⁸ MONTERO AROCA, J., *op. cit.*, p. 597.

¹⁸⁹ DE LA OLIVA SANTOS, A. *op. cit.*, p. 140.

¹⁹⁰ Ya advirtió Ignacio Díez-Picazo Giménez en un editorial, que se puede afirmar como regla que ni la nueva LEC en particular ni ninguna reforma de la legislación procesal en general tiene por qué afectar al número de litigios que se inicien en nuestro país, porque ello depende fundamentalmente de factores económicos, y de otros factores que cabe sintetizar en las condiciones que determinan el acceso a la justicia, su coste, y su duración, sin que la LEC contuviera innovaciones en las regulaciones jurídicas de esos pilares de los que cupiera esperar una alteración en el volumen de litigiosidad. DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, I. «La nueva Ley de Enjuiciamiento civil y la litigiosidad civil», *Tribunales de justicia: Revista española de derecho procesal*, N.º 2, 2000, pp. 123-126. Por su parte, Jaime Vegas Torres, tras poco más de 5 años de vigencia de la LEC, apuntaba a una sustancial mejora en términos de respuesta a las demandas de tutela jurisdiccional, considerando significativo en 2001 el número de asuntos planteados ante los tribunales civiles disminuyera un 9%, y al siguiente año, por contra, aumentara más del 43%, lo que indicaría que, tras la inicial desconfianza, la LEC se habría ganado la confianza de los justiciables y de sus asesores jurídicos provocando ese fuerte incremento de las demandas de tutela jurisdiccional civil, disminuyendo sin embargo en la segunda instancia, lo que atribuye tanto a la eficacia disuasoria del nuevo régimen de la ejecución provisional, como, «tal vez, a una mayor calidad de las resoluciones de primera instancia propiciada por una regulación que exige al juez un contacto más estrecho con el asunto desde el primer momento de la tramitación». VEGAS TORRES, J., «La Reforma Procesal Civil Española: Criterios inspiradores y principales innovaciones de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 2000», en *Proceso civil. Hacia una nueva justicia civil*, [Coord. DE LA OLIVA SANTOS, A., PALOMO VÉLEZ, D.], Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 2008.

los hechos¹⁹¹, y a la aplicación del derecho, reconociéndose en el derecho procesal civil español, en el artículo 218 de la LEC, el principio *iura novit curia*, que permite al tribunal aplicar el Derecho que conoce, con independencia de que haya sido alegado por las partes, siempre dentro de los límites de la causa de pedir¹⁹².

El ejercicio efectivo de estos poderes de dirección del juez que recoge la LEC de 2000 solo tienen sentido en un proceso en el que el juez no se limita a esperar que termine la «instrucción» del procedimiento, sino que sigue desde el principio el debate procesal. Ello es una consecuencia y una exigencia de los principios de oralidad, inmediación y concentración, que permiten que el juez pueda «sacar el máximo partido de esos poderes de dirección en aras a la consecución de los fines del proceso»¹⁹³, esto es, según la Exposición de Motivos de la LEC, con plenitud de garantías procesales, claro está, pero también con una mayor efectividad, en el sentido de estar en disposición de dar «una respuesta judicial más pronta, mucho más cercana en el tiempo a las demandas de tutela, y con mayor capacidad de transformación real de las cosas».

Refiriéndonos a la pregunta que nos formulábamos al principio de este apartado, sobre el lugar que ocupa nuestro ordenamiento procesal, dentro de esta contraposición entre los procesos de *common law* y de *civil law* en función de la oralidad o escritura y del papel del juez y de las partes en el desarrollo de proceso, hay que concluir que nuestro sistema procesal había permanecido fuera o al margen de la influencia del modelo francés, puesto que la LEC 1881 no formaba parte del grupo de las variaciones de este modelo¹⁹⁴, y al menos por lo que se refiere al proceso tipo, y fundamentalmente antes de la reforma de 1984, resultaba ser

¹⁹¹ Así, el artículo 186 de la LEC sobre la dirección de los debates; el artículo 217.7 de la LEC sobre la carga de la prueba; el artículo 282 de la LEC sobre la posibilidad de acordar prueba de oficio, en los casos legalmente previsto; el artículo 283 LEC le atribuye la decisión sobre la pertinencia y utilidad de la prueba propuesta; los artículos 306, 347.2 y 373.2 de la LEC permiten al tribunal interrogar a la parte, peritos y testigos, el artículo 339 LEC le permite designar de oficio perito en determinados supuestos, y el artículo 347 de la LEC limitar su intervención; el artículo 353 de la LEC decidir sobre el reconocimiento judicial; el artículo 363 limitar el número de testigos, y el artículo 373 de la LEC someterlos a careo; el artículo 429 de la LEC le permite indicar en la audiencia previa los hechos que se verían afectados por la insuficiencia probatoria para resolver sobre el fondo; y el artículo 435.2 de la LEC, que permite al tribunal, si bien excepcionalmente, acordar de oficio o a instancia de parte que se practiquen nuevas pruebas sobre hechos relevantes, oportunamente alegados, en determinadas circunstancias.

¹⁹² Como señala Juan Montero Aroca, tras referirse a las influencias ideológicas, y al debate parlamentario entre las tendencias liberal e intervencionista o autoritaria respecto a las facultades del juez en el proceso civil, con la LEC 2000 se llegó finalmente a una solución de compromiso entre ambas, de forma que existe una indeterminación del modelo que dependerá finalmente del efectivo ejercicio o no de esas facultades por el juez. MONTERO AROCA, J. *op. cit.* p. 655.

¹⁹³ VEGAS TORRES, J., *op. cit.* p. 11.

¹⁹⁴ TARUFFO, M., «El proceso civil de “civil law”...», *op. cit.*, pp. 69-94.

finalmente, sin pretenderlo ni tener influencia de ninguno, una original mezcla de ambos. Se trataba de un proceso exacerbadamente escrito, en el que hasta la confesión de parte y el interrogatorio de testigos se desarrollaban por escrito (con pliegos de preguntas y repreguntas, en las que había que contemplar todas las eventuales respuestas a través de diferentes apartados y subapartados alternativos y/o subsidiarios «para el caso de que...»), con un protagonismo absoluto de las partes en la alegación y prueba en el proceso, y un juez pasivo y absolutamente desinformado, puesto que no tomaba conocimiento del proceso hasta el momento de tener que estudiarlo para dictar sentencia, dada su normalizada ausencia en la práctica de las pruebas.

Por lo que se refiere a la prueba, la presentación escrita de pliegos de preguntas y repreguntas cercenaba la espontaneidad de las declaraciones, que podían ser minuciosamente preparadas, sin que el juez, normalmente ausente, pudiera apreciar, ya no el lenguaje no verbal de los declarantes (aunque no sea determinante de la verdad o no de una declaración, al influir otros factores¹⁹⁵), sino el mismo verbalizado por el declarante, puesto que sus respuestas eran muchas veces reformuladas para recogerlas en el acta que se levantaba, bien para sintetizar, bien por rectificación de la parte o testigo interrogados a preguntas inadecuadas de quien tomaba la declaración en solicitud de aclaración, bien por interpretación de lo realmente dicho. Es evidente el corsé que suponía dicha forma escrita frente a la libertad de interrogatorio actual en el acto del juicio oral, y en presencia del juez, que es posible gracias a la grabación en un archivo videográfico de las vistas, que permite garantizar lo que antes trataba de garantizar la escritura, que las declaraciones de las partes y de los testigos eran recogidas fielmente.

La LEC de 2000, por su parte, sigue teniendo un fundamento ideológico esencialmente liberal, en cuanto que los intereses que subyacen en la exigencia de tutela judicial efectiva son predominantemente dispositivos, lo particular predomina sobre lo colectivo y lo privado sobre lo público. Pero, por otro lado, las mismas exigencias derivadas del principio de tutela judicial efectiva, consagrado por el artículo 24 CE, han incitado a exigir una mayor intervención judicial en el desarrollo del proceso, ofreciendo soluciones que matizan la concepción liberal a ultranza tradicional en nuestro ordenamiento, sustrayendo el proceso del poder de las partes, en aras del interés de las mismas partes en conseguir una respuesta pronta a su demanda de tutela, y del interés público, dadas las implicaciones económicas del buen funcionamiento del sistema judicial, unas implicaciones en las que cada vez se insiste más.

¹⁹⁵ Sobre el particular *Vid.* MIRANDA VÁZQUEZ, C. «El mito de la influencia de la inmediatez judicial en la valoración de la prueba personal: una revisión crítica», *Justicia: revista de derecho procesal*, N.º 2, J.M. Bosch Editor, Barcelona, 2014, pp. 339-372.

5.3. Justicia de Paz y otras formas de resolución alternativa de conflictos

Como señala FERNÁNDEZ-BALLESTEROS, el éxito actual de los ADR, su creciente sofisticación y que el idioma inglés sea hoy la lengua franca, como lo fue antes el latín, hasta el siglo XVIII en el derecho común europeo, no debe hacernos perder de vista, que arbitraje, mediación, conciliación, avenencia o amigable composición son fórmulas de resolución de conflictos de origen muy antiguo, desarrolladas por el derecho común europeo de la baja edad media, y reguladas con detalle en nuestro derecho histórico; que a «lo que hoy se llama ADR —a la actividad y al resultado— el derecho español llamaba avenencia, que significa, a un tiempo, *convenio transacción, conformidad* (DRAE)», y —añade en nota al pie, con cita del *Diccionario Razonado de Legislación y Jurisprudencia* de 1838, de Escriche— «“especialmente el mutuo consentimiento de las partes cuando por evitar un pleito se conforman a seguir el dictamen de uno o más árbitros o amigables compondores, como asimismo cuando transigen por sí mismas sobre algún punto litigioso por la mutua cesión o dación de alguna cosa...”»; y que dicho término pertenece a nuestro acervo jurídico al menos desde 1265 y designa «tanto los procedimientos para avenirse (negociación, mediación, conciliación, peritajes u otro que a la imaginación se le ocurra) como el resultado que se produce cuando tiene éxito: el convenio, concierto, conformidad o unión de las partes en conflicto»¹⁹⁶.

Si nos centramos en la época que hemos examinado para los modelos procesales francés y austríaco-alemán, desde principios del siglo XIX, la Constitución de Cádiz de 1812, coherente con la ideología liberal de la época y con la percepción de los tribunales como un sistema de solución de conflictos del Estado absolutista, dedicó seis artículos a regular la justicia civil, constitucionalizando, en los dos primeros (artículos 280 y 281) el derecho de los españoles «a terminar sus diferencias por medio de jueces árbitros, elegidos por ambas partes» y la ejecutabilidad del laudo que se dictara, en los tres siguientes (artículos 282 a 284) la conciliación obligatoria previa al ejercicio de acciones judiciales, y solo el último (el artículo 285), estaba dedicado a la resolución jurisdiccional de los pleitos civiles, estableciendo un máximo de tres instancias.

Dejando aparte el arbitraje, la conciliación —como avenencia, porque el término conciliación se introdujo en España por influencia francesa a partir de la Constitución de 1812— es una institución cuyo origen cabe situarlo en las Ordenanzas de Burgos y de Sevilla del siglo XVI, en las que tenía carácter voluntario y preventivo para los casos de comercio, siendo obligatoria en las Ordenanzas de

¹⁹⁶ FERNÁNDEZ-BALLESTEROS, M, *op. cit.*, pp. 52 y 58.

Bilbao de 1737 y de Burgos de 1776¹⁹⁷, cuyo texto fue el que pasó a la Novísima Recopilación.

La Constitución de 1812 la reguló en los artículos 282 a 284, como ha quedado dicho, y la encomendaba al alcalde de cada pueblo asistido por dos hombres buenos nombrados uno por cada parte; era obligatoria como requisito previo para poder entablar «pleyto», y se concebía como un proceso que terminaba con una resolución extrajudicial que ponía fin al conflicto si era libremente aceptada por las partes¹⁹⁸. La Constitución tuvo una vigencia efímera, al ser derogada por Fernando VII en 1814, a su vuelta a España, y tras ese breve paréntesis, textos similares a los anteriores a la Constitución se reproducen en normas posteriores (RD de 1827, RD de 1835, y LEC 1855 en el ámbito civil, o el Código de Comercio de 1829 y la Ley de Enjuiciamiento sobre los negocios y causas de comercio, de 24 de julio de 1830, en el ámbito mercantil) hasta llegar a la LEC 1881¹⁹⁹, que regulaba la conciliación en sus artículos 460 a 480, estableciendo su carácter obligatorio, previo al ejercicio de una acción judicial, y describía el proceso en el artículo 470 en términos básicamente iguales a los de hoy, y que son la historia de un fracaso.

Tan es así que las únicas reformas importantes en esta institución hasta la fecha se produjeron por Ley 34/1984, de 6 de agosto, de Reforma Urgente de la LEC

¹⁹⁷ Señala Juan Montero Aroca que «Realmente estamos aquí ante la creación de tribunales especiales mercantiles, en los que la potestad jurisdiccional se atribuye al prior y a los cónsules del Consulado, además de la regulación de un nuevo proceso. Este supuso una ruptura de concepción procedimental con el ordinario y básicamente respondía a estas características: 1) Conciliación previa obligatoria: si al principio el intento de conciliación fue voluntario, pronto se dispuso de modo obligatorio que el prior y cónsules debían intentar la conciliación entre las partes. 2) Prohibición de la intervención de abogados: desde las Ordenanzas de Burgos la misma existencia del Consulado se justificó con un ataque a los abogados, hasta el extremo de que en aquéllas se decía que los pleitos entre mercaderes “nunca se concluían ni fenecían, porque se presentaban escritos de libelos de letrados, por manera de que por mal pleyto que fuese, los sostenían los letrados, de manera que los hacían inmortales”. 3) Oralidad: frente al proceso ordinario civil totalmente escrito, el mercantil pretendió encontrar la rapidez en la oralidad. La fórmula tradicional fue: “*simpliciter et de plano, ac sine strepitu et figura iudicii procedi mandamus*» (de la *Saepe contingit*); “*simpliciter et de plano, absque iudiciorum strepitu et figura, sine libello litis contestatione et aliis solemnitate et ordinibus iudiciorum etiam substancialibus*” (Estatuto de Forli de 1369); “lo libren y determinen breve y sumariamente según estilo de mercaderes, sin dar luengas ni dilaciones ni plazos de abogados” (Ordenanzas de Burgos de 1494). 4) Aumento de los poderes procesales del juzgador: la oralidad y una cierta indeterminación procedimental, supuso la posibilidad de que el prior y los cónsules no se sintieran constreñidos por una legalidad estricta en la forma, pero ello desde luego no afectó a sus poderes materiales; éstos siguieron en manos de las partes». MONTERO AROCA, J. *op. cit.* 589.

¹⁹⁸ ALVARADO VELLOSO, A. «La conciliación», *Revista Vasca de Derecho Procesal y Arbitraje*, N.º 1, Instituto Vasco de Derecho Procesal, San Sebastián, enero 1989, pp. 1-21.

¹⁹⁹ Versión original disponible en la Gaceta de Madrid, disponible en la Web del Boletín Oficial del Estado: <https://www.boe.es/datos/pdfs/BOE/1881/036/R00326-00518.pdf> [Fecha de acceso: 30-8-2023].

1881, que convirtió la conciliación previa obligatoria en voluntaria, eliminándola como requisito de procedibilidad por razón de ese fracaso²⁰⁰, y por Ley 13/2009 de 3 de noviembre, de Reforma de la Legislación Procesal para la implantación de la Nueva Oficina Judicial, que, concretando procesalmente la reforma de la Ley Orgánica del Poder Judicial de 2003, modificó diez artículos de la LEC de 1881 sobre la conciliación, que hasta entonces venía atribuida al Juez de Paz o de Primera Instancia, y se la atribuyó al «Secretario judicial del Juzgado de Primera Instancia o ante el Juez de Paz competentes». En este punto critica FERNÁNDEZ-BALLESTEROS la reforma, señalando que la conciliación ya no era una pieza necesaria en la LEC, podría haber sido suprimida y sustituida por la mediación o cualquier otra forma de avenencia, pero —afirma—, el legislador de 2009 prefirió «degradarla» de cinco formas: manteniendo la pesada regulación procesal de 1881, atribuyéndosela a los Secretarios, obviando cualquier referencia a las formas, técnicas o medios a utiliza por el avenidor, dando a lo convenido en conciliación un título ejecutivo más débil que el obtenido en transacción judicial o mediación, y manteniéndola como forma de avenencia previa al proceso, sin posibilidad de acudir a ella estando el proceso litispendente ni de combinarla con otros medios como el arbitraje o cualquier otra forma de avenencia o ADR, como permitía nuestro derecho histórico²⁰¹.

A dicha crítica hay que añadir que la grabación íntegra del acto de conciliación impide que se desarrolle en él un proceso de negociación, más allá de un simple regateo, y hasta este resulta impedido, puesto que la absoluta y garantizada ausencia de confidencialidad de lo tratado en el acto de conciliación permite su utilización posterior. Todo lo que se diga o reconozca podrá ser utilizado después en contra. Hay que recordar en este punto lo ya tratado al examinar el modelo procesal francés, sobre la utilización instrumental y estratégica que se hacía de los registros detallados del acto de conciliación preliminar obligatoria impuesta en la Francia revolucionaria de 1790, que por dicha razón fueron reducidos en el Código de Procedimiento Civil de 1806 a un registro resumido de los puntos esenciales; y que nuestro legislador de 1830 lo sabía, como lo demuestra que la Ley de Enjuiciamiento sobre los negocios y causas de comercio, a falta de acuerdo, redujo el acta a una breve relación de las respectivas pretensiones y a la constatación esa falta de acuerdo, por la misma razón. Hoy como ayer, seguimos haciendo caso

²⁰⁰ En este sentido Andrés de La Oliva Santos cuando afirmaba que el porcentaje de conciliaciones exitosas no alcanzaba ni el uno por cien de los litigios civiles y mercantiles, por lo que no es de extrañar que la Ley 34/ 1984, de 6 de agosto, de reforma urgente de la Ley de Enjuiciamiento Civil, dispusiese, como decía su exposición de motivos «conferir al acto de conciliación, que, como demuestra la experiencia, ha dado resultados poco satisfactorios, un carácter meramente facultativo», lo que fue recibido con general satisfacción al desaparecer lo que no era sino un factor de dilación y de incremento del esfuerzo y el coste de los procesos civiles. DE LA OLIVA SANTOS, A., «Mediación y justicia: síntomas patológicos», *Otrosí: Revista del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid*, septiembre de 2011, pp. 7 y ss.

²⁰¹ FERNÁNDEZ-BALLESTEROS, M.A. *op. cit.* p. 447.

omiso de la historia, y de experiencias propias y ajenas, estando abocados a repetir el fracaso.

Han de pasar quince años, desde la LEC de 2000, que mantuvo la vigencia de la regulación de la conciliación de la LEC 1881 hasta la entrada en vigor de una futura Ley sobre Jurisdicción Voluntaria (DF 18^a), hasta que se promulga dicha Ley 15/2015, de 2 de julio (BOE núm. 158 de 3-7-2015), que regula la conciliación en los artículos 139 a 148, y que, pese al tiempo transcurrido, no aporta novedad alguna. Sigue confiada al «Juez de Paz» —del domicilio del requerido, para asuntos de cuantía inferior a 6.000 €, y siempre que no sea competencia de los Juzgados de lo Mercantil— y al «Secretario Judicial» del Juzgado de Primera Instancia o de lo Mercantil en los demás casos, y la describe en su artículo 145 de forma sustancialmente idéntica a como lo hacía la LEC 1881, salvo por el hecho de enfatizar que su único fin es alcanzar un acuerdo que evite un pleito, sancionando con la inadmisión (artículo 139) su utilización para cualquier otro fin, cuando además suponga abuso de derecho o fraude de ley o procesal.

Dicha no-reforma de la conciliación no ha supuesto sino la consolidación del fracaso de una institución histórica, que el legislador no parece interesado en revertir.

En cuanto a la justicia municipal, existía en España ya desde el siglo XI, atribuida a los alcaldes, que, dentro del territorio de su municipio, ostentaban no solo funciones ejecutivas sino también jurisdiccionales, funciones estas últimas que se mantuvieron hasta el siglo XIX. El hecho de que, de una forma u otra haya sido un primer escalón en el acceso a la justicia, unido al carácter normalmente lego de quienes la impartían, y su nombramiento, provocaron que esta institución estuviera siempre sometida a los avatares políticos, y sucesivas reformas y contrarreformas al hilo de revoluciones y restauraciones, de lo que es buena muestra su historia a lo largo del siglo XIX²⁰².

El Estatuto de Bayona de 1808, que asumió una organización jurisdiccional de inspiración francesa, ordenaba que hubiera unos jueces de conciliación que formaran un tribunal de pacificación, siendo el primer escalón de la justicia el conformado por los juzgados de paz. Dicha previsión se desarrolló legislativamente por un Decreto de 1812 y por la «Instrucción para los jueces conciliadores» que lo acompañaba, según la cual ejercerían funciones en los ámbitos civil, penal (para recibir denuncias y querellas, o denunciar), y de jueces policía para el conocimiento de delitos leves. En el ámbito civil tenían competencia jurisdiccional en única o primera instancia en determinadas materias, regulándose los supuestos que

²⁰² DÍAZ GONZÁLEZ, F.J., CALDERÓN ORTEGA, J.M., «La administración municipal de justicia en la España del siglo XIX, *Revista de estudios histórico-jurídicos*, N.º 35, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, Valparaíso, 2013, pp. 295-345. Vid. también ORDEÑANA GEZURAGA, I., «Propuesta de futuro para la justicia de paz en España», *Revista General de Derecho Procesal*, N.º 4, Iustel, Madrid, 2018.

seguirían el trámite del juicio verbal o el escrito, y tenía atribuida la conciliación, obligatoria para quien quisiera litigar, siendo su principal misión conciliar a las partes y, caso de no conseguirlo, intentar remitirlos a arbitraje, expidiendo certificación en su caso para que pudieran utilizar de su derecho (artículos 7 y 10).

Mientras tanto, las Cortes de Cádiz iniciaban una reforma con parecidos postulados, y la Constitución de 1812 sustrajo la potestad jurisdiccional a los alcaldes y se la otorgó a los jueces de partido, atribuyendo a los alcaldes —elegidos en cada pueblo por mayoría en sufragio anual cada diciembre— la conciliación, que, como ha quedado dicho, se estableció como presupuesto previo del proceso. El decreto de 9 de octubre de 1812 le atribuyó también funciones jurisdiccionales en los ámbitos civil y penal y la ejecución de diligencias ordenadas por jueces de partido. En el ámbito civil conocían de las diligencias judiciales de asuntos civiles hasta que se convirtieran en contenciosas, y de pleitos hasta los 500 reales de vellón. El retorno del absolutismo por Real Decreto de 4 de mayo de 1814 acabó con todo ello, volviendo la justicia municipal al sistema de alcaldes mayores y corregidores suprimido por Decreto de 6 de agosto de 1811. Se sucedieron el Trienio Liberal, la segunda vuelta del absolutismo y, hay que esperar a la muerte de Fernando VII para que se trate de reformar de nuevo la institución, reconociéndoles (Real Decreto de 23 de julio de 1835) competencias judiciales en juicios verbales civiles y determinadas (y leves) causas criminales, y funciones de «Registro Civil». El Reglamento Provisional para la Administración de Justicia, aprobado por Real Decreto de 26 de septiembre de 1835 —que fue durante veinte años la norma básica de la justicia municipal—, estableció la presencia de «jueces de paz» (siendo la primera vez que se utilizaba este nombre) en todos los municipios, como jueces conciliadores en primera instancia y dependientes de la administración de justicia, aunque manteniendo el cargo ligado a los alcaldes y tenientes de alcaldes, que debían intentar la conciliación entre las partes, o que resolvieran sus diferencias por medio del arbitraje.

Los juzgados de paz como tal, sin embargo, no se crearon hasta la publicación del Decreto de 22 de octubre de 1855 —en el intervalo hubo numerosas normas que afectaron a la justicia municipal—, que dispuso que en todos en todos los pueblos de la monarquía en los que hubiera un Ayuntamiento habría jueces de paz, con las competencias establecidas en la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1855, que creó un juicio verbal para solucionar disputas de hasta 600 reales cuyo conocimiento les atribuyó.

Finalmente, solo a nuestros efectos, fue la Ley provisional sobre organización judicial de 15 de septiembre de 1870²⁰³, que con algunas variaciones permaneció en vigor hasta 1985, la que integró la justicia municipal dentro de la ordinaria, al prever en su Título I sobre planta y organización de los Juzgados y Tribunales que, para

²⁰³ Disponible en: <https://www.boe.es/datos/pdfs/BOE//1870/258/A00002-00005.pdf> [Fecha de acceso: 23-8-2023].

la administración de justicia, habría en cada término municipal uno o más jueces municipales, cuyo cargo sería bienal y obligatorio (artículo 31), nombrados por el presidente de las Audiencia (artículo 96), que debían ser españoles, con 25 años cumplidos, y no estar incurso en alguna causa de incapacidad o incompatibilidad —que eran condiciones comunes a todos los cargos judiciales, según el artículo 109—, debiendo, en el caso de los jueces municipales saber leer y escribir y estar domiciliados en el pueblo en el que fueran a ejercer sus funciones (artículo 121), siendo preferido quien tuviera la condición de Letrado a quien no lo fuera, salvo que mediaran motivos que aconsejaran lo contrario (artículo 122). Los siguientes años, entre finales del siglo XIX y principios del XX (1870-1907), la justicia municipal se caracterizó por su alta politización y por el deseo de profesionalizar a los jueces que la servían.

En cuanto al ámbito del comercio y mercantil, como ya sucedió en el modelo francés, previa y someramente examinado, se reconocían especialidades propias del derecho mercantil, y a tales efectos resulta notable comprobar como una forma moderna de resolución de conflictos, como el *Med-Arb* —medio híbrido que combina mediación y arbitraje, al que ya nos hemos referido al tratar sobre el origen y desarrollo de los ADR en EE.UU.— ya existía explícitamente en nuestro ordenamiento histórico con la figura de los jueces avenidores de la Ley de Enjuiciamiento de los Negocios y Causas de Comercio de 1830²⁰⁴, que sigue a la publicación del Código de Comercio de 1829.

Dicha ley establecía como requisito para el ejercicio de acciones judiciales que la demanda fuera acompañada por certificación de haberse celebrado comparecencia previa ante un «juez avenidor» —distinto al juez del posterior litigio, caso de no avenencia— o de su no celebración por contumacia del demandado (artículo 1, párrafo 1); sancionaba su contravención, pecuniariamente al juez avenidor y al escribano (artículo 1 párrafo 2), y procesalmente con la nulidad de todas las actuaciones (artículo 2); tras regular la legitimación y representación, la competencia territorial y el proceso, establecía (artículo 15) que el juez avenidor, a la vista de lo expuesto en la comparecencia por ambas partes, «les propondrá los medios de conciliación que halle más conformes á justicia y equidad, inclinándolas á que transijan y se convengan»; ante esa invitación los interesados podían conformarse o no con sus respectivas propuestas o las del juez avenidor, extendiéndose acta con las condiciones acordadas a satisfacción en caso de acuerdo, o con una breve relación de las respectivas pretensiones y de que no se convinieron en caso contrario, expidiendo certificación en ambos casos; pero en caso de no convenirse por sí, las partes podían en la comparecencia comprometerse al juicio arbitrario del juez avenidor (artículo 22), en cuyo caso el acta recogería el compromiso solemne de someterse a dicho arbitrio.

²⁰⁴ Disponible en: <https://legishca.umh.es/1830/07/24/1830-07-24-enjuiciamiento-sobre-los-negocios-y-causas-de-comercio/> [Fecha de acceso: 24-8-2023].

La tormentosa historia de los juzgados de paz continuó durante el siglo XX, con numerosas reformas, existiendo graves dudas sobre su encaje constitucional, a lo que se une su progresiva irrelevancia en la resolución de conflictos (7.607 juicios verbales y 11.206 actos de conciliación en el año 2022 rozan la intrascendencia en el ámbito civil), y los problemas irresueltos sobre el sistema de acceso, formación, organización judicial y asignación de recursos humanos, e infraestructuras y financiación, determinan que se trate de una institución cuya utilidad es permanentemente cuestionada²⁰⁵, y cuya supervivencia como tal estaría ligada a una vuelta a sus orígenes, adaptada a los tiempos, como centros para la resolución de conflictos por medios extrajudiciales²⁰⁶.

Sin embargo, y pese al papel que podrían desempeñar en tal sentido, el pensamiento del pre-legislador parece ir por otro lado, y el Proyecto de Ley Orgánica de eficiencia organizativa del servicio público de Justicia, por la que se modifica la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, para la implantación de los Tribunales de Instancia y las Oficinas de Justicia en los municipios, (BOCG de 22-4-2022) preveía la desaparición de los jueces de paz y la conversión de los juzgados en Oficinas de Justicia en los municipios para la realización de gestiones.

Podría decirse que el futuro está todavía por escribir, dado que dicho proyecto decayó con el fin anticipado de la XIV Legislatura tras las elecciones autonómicas y municipales de 28 de mayo de 2023, pero no parece que quepa esperar otra cosa.

6. PUNTOS DE CONVERGENCIA. ¿HACIA UN PROCESO CIVIL EUROPEO?

6.1. Variedad de sistemas procesales en Europa

A lo largo de este capítulo nos hemos venido refiriendo a algunos de los modelos procesales existente en Europa, en lo que, claro está, es solo un acercamiento a la gran variedad de sistemas existentes.

Dicha variedad tienen su origen no solo en la existencia en Europa de modelos de *Common Law* y de *Civil Law*, sino en la falta de homogeneidad de los sistemas procesales comprendidos dentro de esta última familia, además de la persistencia de elementos procedentes del «modelo socialista del proceso» en países del Este incorporados a la Unión Europea; todos ellos son consecuencia de diferentes culturas jurídicas y políticas y de desarrollos históricos que no solo no es posible hacer desaparecer, sino que tampoco es deseable que desaparezcan, porque

²⁰⁵ BONET NAVARRO, J., *Justicia de paz y alternativa*, Dykinson, Madrid, 2014.

²⁰⁶ Sobre el particular *Vid.* ORDEÑANA GEZURAGA, I., *op. cit.* pp. 25-29.

son expresión y forman parte de una pluralidad de culturas que, como expresa TARUFFO, merece ser preservada²⁰⁷.

A lo largo de este capítulo hemos examinado también, si quiera sea someramente, las distintas concepciones que animaban los distintos modelos procesales europeos, y la evolución que han seguido a lo largo del tiempo; y hemos podido comprobar que, aunque el modelo anglosajón por un lado, como sistema de *common law*, y los modelos francés y austriaco (y también el español) por otro, como sistemas de *civil law*, se han considerado tradicionalmente adscritos, a grandes rasgos, a los que se han denominado procesos adversarial el primero e inquisitivo los segundos, dicha asimilación, que siempre ha sido discutible, y que ha respondido más a planteamientos ideológicos, de defensa de un determinado modelo que a criterios científicos, carece hoy de sentido alguno²⁰⁸.

La división que conformaba y distinguía los modelos jurídicos continentales del modelo de *common law*, que respondían a una concepción del poder judicial fruto de sus respectivas evoluciones históricas, ha ido desapareciendo con el tiempo, diluyéndose las diferencias radicales, fundamentalmente, como afirma BARONA VILAR, por la «fascinación sufrida desde los países de corte continental por el modelo de *common law* y una aproximación, también real, del modelo anglosajón a la realidad jurídica»²⁰⁹.

En la actualidad, por razón de las recíprocas influencias entre los diferentes sistemas —que han dado lugar a lo que se podría denominar, con todas las cautelas, como ordenamientos procesales mixtos, es decir, modelos procesales que ya no son plenamente coherentes con las características tradicionalmente atribuidas según

²⁰⁷ TARUFFO, M., *Páginas...*, *op. cit.*, pp. 215-221.

²⁰⁸ En este sentido Michelle Taruffo advierte que si la contraposición adversarial-inquisitorial nunca ha tenido de verdad sentido, hoy está superada y es sustancialmente inútil como instrumento de análisis. Por un lado, los procesos de *common law* han sido con frecuencia inquisitoriales, o al menos *no-adversary* (como ocurría con el proceso *in equity*, dejando aparte los procesos ante la *Star Chamber* inglesa), mientras que los procesos de *civil law* han sido o son menos que inquisitoriales, en el sentido estricto del término. «Si “inquisitorio” significa —afirma Michelle Taruffo—, según la acepción históricamente fundada, que las partes no se pueden defender, entonces no existen en *civil law* procesos que puedan definirse propiamente como inquisitorial. Si en cambio con este término se quiere aludir a modelos de proceso en el cual el juez desarrolla un rol activo en la dirección y gestión del procedimiento y posee autónomos poderes de iniciativa instructoria, entonces la contraposición en objeto cambia de sentido, pero permanece en gran medida infundada. Basta pensar en la amplísima, extensa e importante experiencia del proceso liberal clásico, fundado sobre una actuación intensa y omnipresente del principio dispositivo, para darse cuenta de que nada ha sido más extraño a la historia del proceso civil de *civil law* que un modelo de proceso civil de verdad inquisitorio». TARUFFO, M. «El proceso civil de “civil law”...», *op. cit.* pp. 73-74.

²⁰⁹ BARONA VILAR, S., *op. cit.*, p. 49.

fuera un modelo de *civil law* o de *common law*²¹⁰—, los modelos procesales en Europa, incluyendo el sistema procesal civil inglés desde la entrada en vigor de la *Civil Procedure Rule* de 1998, tienden a un tipo de litigio civil que pone un mayor énfasis en la cooperación entre las partes y en la dirección general del proceso por el juez, aunque se sigue percibiendo de modo distinto qué signifique tal cosa en el modelo anglosajón y en el europeo continental, de forma que si en el primero dichas facultades de dirección son esencialmente procesales, en el segundo se refieren también a cuestiones de hecho y de derecho.

Esa tendencia puede considerarse como el núcleo central del derecho procesal civil en Europa, y un intento de compromiso, en el que es inevitable que se produzcan tensiones entre las concepciones liberal y social de los litigios civiles. Se parte para ello de una premisa, y es que el objeto del proceso jurisdiccional no es solo resolver la controversia particular, poniendo fin a la misma al mínimo coste posible²¹¹, lo que podría hacerse por cualquier otro medio siempre que fuera socialmente aceptado, sino hacerlo mediante una decisión «justa», esto es, una decisión, tomada tras un proceso que debe respetar una serie de garantías, un proceso que interprete y aplique las normas de las que la sociedad se ha dotado a la

²¹⁰ Señalan Angelo Dondi, Vincenzo Ansanelli y Paolo Comoglio que desde los años sesenta del pasado siglo ha entrado en crisis la distinción y yuxtaposición de sistemas procesales imperantes entre modelos de *civil law* y de *common law*; desde la perspectiva de las culturas jurídicas anglosajonas por el reconocimiento de otros modelos continentales, aparte del alemán, como sistemas basados en un modelo de juez fuerte, y desde la cultura jurídica continental por la atención y consideración prestadas a la evolución del modelo de *common law* caracterizado por un cambio de enfoque del papel director del juez, desde el propio juicio a la fase preparatoria o *pre-trial*, considerándose como sustancialmente análogos los amplios poderes del juez alemán con los que ostenta el juez federal estadounidense en sede de *pretrial conference* o del *discovery conference*. Y destacan los autores como emblemática la evolución del modelo procesal civil español que, con la Ley de Enjuiciamiento Civil del 2000 afronta una transformación radical, asignando al juez un rol directivo completamente extraño a la tradición cultural a la que pertenece. DONDI, A., ANSANELLI, V., COMOGLIO, P., *op. cit.*, pp. 31-35.

²¹¹ Denuncia Margaret Y.K. Wook las reformas procesales basadas en la minimización de costos y maximización de la eficiencia del sistema judicial, reduciendo este a un simple método de solución de disputas privadas (como ha ocurrido en EE. UU y Canadá, en donde el *case management* se ha transformado en un *case elimination*, y los juicios ante los tribunales federales han descendido a menos de un uno por ciento de los casos), frente al papel público de los litigios que reivindica. Una denuncia que compartimos desde una premisa también compartida, y es que, como afirma, queremos creer que la litigación civil es mucho más que eso, «is not simply a method of resolving individual disputes and maintaining peace between private individuals. It can have an important role in the public function of enforcing agreed-upon legal and societal norms. In giving private citizens a voice in the application of legal norms in individual disputes, civil litigation can enforce public rights, forge community ownership of these norms and instil greater public knowledge on policy issues. Most importantly, in treating litigants as equal citizens before the court, civil litigation can be a leveller and can momentarily alter the configurations of authority between otherwise imbalanced parties, alleviating inequality in society». Woo, M.Y.K., *op. cit.* p. 88.

realidad de los hechos, lo que requiere la búsqueda de la verdad sustantiva, material, que es la que debe servir de fundamento a dicha solución. Para su consecución es para lo que se exige la colaboración entre las partes y de estas con el juez²¹². Se trata, por un lado, de garantizar a los litigantes la búsqueda y exposición de la verdad en el proceso, pudiendo influir a tales efectos en el curso del mismo y en el tribunal; por otro, se considera necesario que los jueces puedan cumplir un papel más activo en orden a terminar con el proceso de una forma más rápida, económica, efectiva, y en un plazo razonable, como exigen el artículo 6 del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales y el artículo 47 de la Carta Europea de Derechos Fundamentales, para lo cual se tiende con carácter generalizado a incrementar el poder de dirección de los jueces, al considerar que los litigantes solo en teoría son iguales, y sus intereses divergentes impiden la consecución de esos objetivos.

Este deber de colaboración con el juez, en orden a la búsqueda de la verdad de los hechos y a la pronta terminación del proceso, tiende progresivamente a considerarse en los ordenamientos como un deber de las partes y de sus abogados, cuyo incumplimiento puede ser sancionado. Es bajo esta premisa como debe entenderse el término «*judicial case management*» en las jurisdicciones que, con diferente intensidad, lo incorporan en sus procedimientos, al objeto de respetar un principio de proporcionalidad procesal, permitiendo ajustar su curso a las necesidades de cada proceso; y dicha exigencia de colaboración la encontramos también en las tendencias que existen en Europa hacia a una mayor homogenización de los procesos civiles en el ámbito de la Unión, y en los denominados «principios de derecho procesal transnacional» desarrollados por el *European Law Institute* y UNIDROIT a partir de 2014 y publicados en 2020.

6.2. La adecuación al caso: el principio de proporcionalidad procesal

El principio de proporcionalidad está relacionado directamente con el concepto de *case management*, y se introdujo inicialmente en ordenamientos de

²¹² En ese sentido, señala Cornelius Hendrick Van Rhee que «The various requirements which procedural law must satisfy give rise to tension. On the one hand, the rules of procedural law must guarantee inexpensive and rapid procedure, but on the other hand, optimal conditions for the finding of truth must be created, and the parties must be enabled to influence the course of the process. The latter two requirements can seriously delay the process and form the basis for considerable costs. After all, in the first place a thorough investigation into the truth usually cannot be realized within a short period and with less expensive means. Thus, the optimal manner of finding the truth is promoted by a procedure that permits the parties to explain their standpoint as extensively as possible, as well as to comment on the standpoint of the opposing party as extensively as possible. Secondly, the fact that parties must be afforded the opportunity to influence the course of the process means that they can not only delay the process, but also that they can transform it into a costly matter. The tension noted above makes it very difficult to design a satisfactory procedure». VAN RHEE, C.H., «Civil Procedure...», *op. cit.*, p. 601.

common law, como en las *Federal Rules of Civil Procedure* norteamericanas, y en las *Civil Procedure Rules inglesas* de 1998, y de ahí se ha extendido a otras culturas jurídicas. Se trata de un claro cambio de paradigma de la justicia civil, como señala COMOGLIO, «teniendo en cuenta que los recursos son limitados en relación con el número total de litigios, la calidad de la resolución judicial ya no representa el único valor que debe maximizarse, sino que constituye uno de los valores que deben optimizarse»²¹³.

Ya nos hemos referido al principio de proporcionalidad al tratar de la institución del *discovery* en el proceso civil federal de EE.UU., cuya introducción —en paralelo al aumento de los poderes del juez, tanto de dirección a través de las *discovery conference*, como coercitivos y sancionadores— tuvo por objeto evitar los abusos que se venían cometiendo por los abogados de las partes en litigio, en forma de «expediciones de pesca» a la búsqueda de información indiscriminada, al margen de la relevancia y hasta de su pertinencia como prueba para las respectivas alegaciones, y aumentando de forma desmesurada los costos y la duración del procedimiento, con el objetivo estratégico de hacer desistir a la parte contraria del proceso, o de forzar un acuerdo²¹⁴. Dicho principio se tradujo, en el ámbito de las *Civil Procedure Rules* de 1998, en la determinación del *track* que cada asunto debe seguir, con incidencia en el ámbito de la colaboración previa entre las partes que cabe razonablemente exigir y extensión del más limitado (frente al *discovery* norteamericano) *disclosure*, atendiendo al carácter y complejidad de la causa, según se determine por el juez del proceso, que goza de amplios poderes al respecto, con la colaboración activa de los abogados de las partes en litigio.

En definitiva, frente a la idea —liberal en su origen, y que responde a otro tiempo de menor conflictividad y complejidad de las causas—, de que las partes en litigio son las verdaderas «dueñas» de la demanda civil y del propio pleito, y como tales pueden agotar todos los medios de prueba, a cualquier coste, y con independencia de cualquier exigencia de funcionalidad y eficiencia del procedimiento, se trata de atender al interés de las partes, y también de la justicia y del Estado de Derecho (y hasta de la economía) a través de dicho concepto de proporcionalidad procesal; proporcionalidad de los tiempos implicados, de los recursos públicos empleados, y también de los gastos en los que tendrán que incurrir las partes, con las cantidades de dinero involucradas, en relación a la

²¹³ COMOGLIO, P. «Inteligencia artificial y selección de pruebas en el proceso civil: ¿Hacia un proceso más inteligente o hacia un proceso más artificial?», *Revista Ítalo-Española de Derecho Procesal*, 2022, pp. 55-85.

²¹⁴ Sobre el particular, DE LUCCHI LÓPEZ-TAPIA, Y., «Eficiencia en el acceso a la información y fuetes de prueba en el proceso civil: tibias líneas de convergentes en EEUU/Europa», *Revista Ítalo-Española de Derecho Procesal*, N.º 1, 2023, pp. 23-52.

importancia y complejidad del caso, y la posición financiera de las partes, como exigencia para que el caso sea tratado con justicia²¹⁵.

6.3. Principios de derecho procesal transnacional

Se trata de un acercamiento moderno al proceso civil, que ha sido impulsado desde 2014 en el marco de la creación de un borrador de reglas de procedimiento civil europeo por el *European Law Institute* (ELI) y UNIDROIT, que ha finalizado con la publicación en 2020 de sus Reglas Modelo Europeas de Proceso Civil²¹⁶. Dichas reglas pretenden servir como estándar mínimo en determinados conceptos clave, como son los principios, derechos y objetivos del proceso civil, al objeto de facilitar la aplicación de la legislación sustantiva y mejorar la libertad de movimiento de personas, bienes, servicios y capital que son básicas en el ámbito de la Unión, cuya influencia no quiere limitarse a los casos transfronterizos, sino que se pretende inducir a los legisladores nacionales a la introducción de mejores prácticas en los respectivos procesos civiles.

Dichos principios generales, que informan lo que es un verdadero código procesal civil, parten de la idea de que no existe propiamente una división de trabajo mutuamente excluyente entre los diferentes participantes en un proceso jurisdiccional, sino obligaciones compartidas de las partes, sus abogados y el juez, al objeto de poner fin a la disputa de la forma más limpia, eficiente, rápida y proporcionada posible.

A tales efectos parte de cinco ideas principales, que son:

1º. El deber de leal cooperación de las partes y sus abogados, que es la llave para entender el resto de las obligaciones, como manifestación del principio de lealtad procesal, acogido en su artículo 2 cuando señala que las partes, sus abogados y el tribunal deben cooperar en beneficio de una resolución justa, eficiente y rápida del litigio²¹⁷.

²¹⁵ PEREIRA CAMPOS, S. «La proporcionalidad procesal como instrumento relevante de la justicia civil», *Revista Ítalo-Española de Derecho Procesal*, Vol. 1, 2021, pp. 55-73.

²¹⁶ Traducción del inglés realizada por Fernando Gascón Inchausti y Maco de Benito Llopis-Llombart, en: https://www.europeanlawinstitute.eu/fileadmin/user_upload/p_eli/Publications/Reglas-en-espan__ol-2022-28-junio.pdf [Acceso: 12-9-2023].

²¹⁷ Ángel Ossorio, en un capítulo de su obra, «El alma de la toga», titulado «Elogio de la cordialidad», en relación con el estado de desconfianza permanente entre profesionales incluidos miembros de la judicatura, ya afirmaba en 1924 que «Si nos mirásemos con ese sentido comprensivo (en referencia a la naturaleza humana, capaz de todo lo bueno y todo lo malo) los que pedimos justicia y los que la otorgan, el régimen judicial se transformaría esencialmente. Hoy tiene un marcado sabor de pugna. Cada vocero choca con el otro y el tribunal con los dos. Se respira en el pretorio un ambiente como de recelo orgánico [...] Así no se puede vivir [...] La redención estaría en considerar que todos —Magistrados y abogados— trabajamos en una oficina de investigación y vamos unidos y con buena fe a averiguar dónde está lo más justo; a falta de ello lo menos malo, y en defecto de todo lo meramente posible. Tan compleja es la vida que, con

2°. La dirección y planificación del procedimiento, para que sea equitativo y justo, disponiendo los recursos y tiempo suficientes para cada caso en particular, atendiendo a la naturaleza, importancia y complejidad del asunto, acogiendo un sistema de *case management* que está relacionado con el principio de proporcionalidad procesal, que se acoge en el artículo 5, y con el que deben colaborar las partes y sus abogados (artículo 6).

3°. La determinación de los hechos y las evidencias, cuya presentación es esencialmente un deber de las partes, que deben cumplir tan pronto como sea posible, preferentemente incluso en una fase previa a la fase judicial del proceso (acogido en el artículo 3, apartados c y d, y en los artículos 22, 24 y 25 sobre los hechos y su prueba), lo que exige una atención especial al principio de confidencialidad, debiendo ponderarse en cada caso en relación con el acceso a la información. A estos efectos en el artículo 102 se refiere a los criterios relevantes para resolver sobre solicitudes de acceso a fuentes de prueba, y el artículo 103 al deber del tribunal de comprobar si la información solicitada afecta a información confidencial, acordando al efecto las medidas oportunas, además de sancionar —incluso con la desestimación total o parcial de la acción ejercitada— la infracción de dicho deber en el artículo 104 de las Reglas Modelo.

4°. La determinación conjunta, por el juez y las partes, de las bases legales para tomar una decisión, sin que el principio continental *iura novit curia* justifique la pasividad de las partes a este respecto, acogido en el artículo 3, apartado d, cuando establece la obligación de las partes de colaborar con el juez en la determinación del derecho aplicable, y en el artículo 26, que se refiere a la determinación de ese derecho por el tribunal, sin perjuicio de la posibilidad de convenir expresamente cuando las partes gocen de la libre disposición de sus derechos.

5°. El deber del tribunal de promover una solución consensuada del conflicto (principio acogido en el artículo 10), pudiendo incluso asistir a las partes en la consecución de un acuerdo transaccional y coadyuvar en su redacción, estando obligadas las partes y sus abogados a cooperar activamente en la búsqueda de esa solución consensuada, incluso antes de que el procedimiento haya empezado²¹⁸.

La idea inicial, que era ir más allá de la formulación de los principios transnacionales desarrollando normas procesales detalladas, han terminado constituyendo un verdadero código procesal civil, que ha querido tener en cuenta

igual rectitud de intención, se puede patrocinar para un mismo conflicto la solución blanca y la negra y la azul. ¿Por qué empeñarnos en que a fuerza de cachetes prevalezca determinado color, cuando lo más probable es que sea preciso mezclarlos todos para formar la entonación que menos dañe a la vista?» Y propone la posibilidad de publicidad de los votos particulares, de que el tribunal pueda consultar a expertos (corporaciones, tratadistas, profesores u otros abogados), y un enfoque de la Justicia similar al de las ciencias experimentales. OSSORIO, Á., *El alma de la toga*, Diego Marín, Murcia, 2015, pp. 109-116.

²¹⁸ VAN RHEE, C.H., «Case Management...», *op. cit.*, pp. 80-83.

los instrumentos jurídicos existentes a nivel de la Unión Europea, las tradiciones jurídicas europeas y su evolución, «de manera que se perfeccionara un modelo de *soft law* con relación a la posible armonización de un proceso civil europeo, en su contenido mínimo. La conclusión de este proyecto no es más que el final del primer paso. Tal y como establece el Preámbulo de las Reglas, éstas deben iniciar ahora un nuevo viaje, una fascinante incursión en la modernización de un Derecho procesal europeo más armonizado y que permita una mejor comprensión y un mejor uso de las normas procesales»²¹⁹

6.4. ¿Por la progresiva homogenización a la unidad procesal?

Es evidente el interés de Europa en ese proceso de confluencia de los ordenamientos procesales para la creación del espacio judicial europeo, dentro de la idea de conseguir ese «espacio de seguridad, libertad y justicia» a que se refiere el Título V de la tercera parte del TFUE. No basta la simple declaración de libertad de circulación de mercancías, personas, servicios y capitales, a que se refieren los títulos inmediatamente anteriores, que es objetivo de la UE, si las vías para su protección difieren de forma que el justiciable ha de enfrentarse a diferentes sistemas en función del país de que se trate, con lo que ello conlleva de mayor incertidumbre, aumento de los costos de litigación, falseamiento de la competencia, y, en definitiva, de barrera a la actividad económica transfronteriza de consumidores y pequeños y medianos empresarios.

Desde este punto de vista, la acción de la UE ha ido dirigida, no solo al reconocimiento mutuo de las resoluciones procesales, lo que obliga a unas exigencias y garantías mínimas en todos los Estados miembros, y a facilitar la litigación transfronteriza, sino también a la aproximación de los ordenamientos procesales, mediante la creación de procesos europeos (como con proceso monitorio europeo, y el proceso europeo para litigios de escasa cuantía), o mediante exigencias más concretas. Así, cabe referirse al acceso a las fuentes de prueba, el aseguramiento de la prueba y el derecho a la información en materia de propiedad industrial, derivada de la Directiva 2004/48/CE, de 29 de abril; y también al acceso a las fuentes de prueba en materia de reclamación de daños por infracción de las normas de derecho de la competencia, a que se refiere la Directiva 2014/104/CE, de 26 de noviembre²²⁰.

²¹⁹ DE LUCCHI LÓPEZ-TAPIA, Y., *op. cit.* p. 46.

²²⁰ Sobre la existencia de exigencias procesales básicas derivadas de la consideración del juez nacional como juez comunitario, como es que la existencia de diferentes normas procesales en diferentes países no puede justificar una diferente aplicación del derecho comunitario que implique discriminación, o como es la doctrina *factortame*, que implica la posibilidad de que los órganos judiciales puedan adoptar medidas cautelares frente al Estado, suspendiendo si es necesario la aplicación de normas nacionales para asegurar la aplicación de las normas de Derecho Comunitario, *Vid.* FERREIRO BAAMONDE, X., RODRÍGUEZ GARCÍA, N., «La armonización del Derecho Procesal Civil en Europa», *Justicia: Revista de Derecho Procesal*,

El último impulso europeo, ya concretado, para la homogeneización procesal ha venido dado por la Directiva 2020/1828/UE, de 25 de noviembre, sobre las acciones de representación para la protección de los intereses colectivos de consumidores. Dicha Directiva, partiendo del principio de autonomía procesal de cada uno de los Estados miembros a la hora de concretar cómo se trasladará al propio ordenamiento para que esa protección sea efectiva y eficiente, prevé en su artículo 18, entre otras medidas, la exhibición de pruebas que puedan estar en poder del demandado o de un tercero, para garantizar el necesario acceso a las fuentes de prueba que reduzca la desigualdad natural entre las partes para la probanza de los hechos que sustenten las acciones ejercitadas²²¹.

Pero la historia y su curso hacia la homogeneización no acaban aquí.

Existe en el horizonte una propuesta de directiva sobre el establecimiento de normas comunes mínimas para un proceso civil europeo, impulsada por una resolución del Parlamento Europeo con recomendaciones destinadas a la Comisión sobre normas mínimas comunes del proceso civil en la Unión Europea²²², que se considera como un primer paso en el proceso de armonización y convergencia que, en el largo plazo, podría desembocar en un Código Procesal Civil de la Unión. Y parte para ello de la necesaria aproximación de los sistemas procesales civiles a través de unas normas mínimas comunes, con el objeto de «contribuir a la modernización de los procesos nacionales, a garantizar la igualdad de condiciones de competencia para las empresas y a un mayor crecimiento económico mediante sistemas judiciales eficaces y eficientes, facilitando al mismo tiempo el acceso a la justicia a los ciudadanos dentro de la Unión y contribuyendo a garantizar las libertades fundamentales de la Unión».

Dicha propuesta de directiva hace referencia, entre otros conceptos, a la eficiencia de los procedimientos, para lo que se establece una serie de principios generales, en el artículo 9, que recogen las ideas generales sobre *case management* y aumento de los poderes del juez. Así, establece que los órganos jurisdiccionales deberán tramitar activamente los asuntos con el fin de garantizar la resolución justa y eficiente de los litigios, empleando para ello un plazo y unos costes razonables, sin mermar la libertad de las partes de determinar el objeto de sus pretensiones ni de presentar las pruebas que las sustenten; que a tales efectos, en la medida de lo razonablemente posible, los órganos jurisdiccionales tramitarán el proceso

nov. 2010, pp. 141-203. Sobre el acceso a las fuentes de prueba, *Vid.* MARTÍNEZ PALLARÉS, J.I., «Proceso civil y mediación. El acceso...». *Vid.* también GONZÁLEZ GRANDA, P., «La regulación del acceso a las fuentes de prueba en la Ley de Enjuiciamiento Civil: algunas sombras relativas al sistema y naturaleza jurídica», *Revista de Derecho vLex*, N.º 2/2017, diciembre 2017, pp. 117-175.

²²¹ DE LUCCHI LÓPEZ-TAPIA, Y., *op. cit.* pp. 43-44.

²²² Disponible en: https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-8-2017-0282_ES.html [Fecha de acceso: 12-9-2023].

consultando a las partes, y que el impulso del proceso podrá consistir en las siguientes actuaciones: a) fomentar la cooperación entre las partes durante el proceso; b) determinar los problemas en una fase temprana; c) decidir con rapidez cuáles son las cuestiones que necesitan una investigación completa y resolver las demás cuestiones de modo sumario; d) decidir el orden en que se han de resolver las cuestiones; e) ayudar a las partes a llegar a una transacción sobre la totalidad o parte del litigio; f) establecer calendarios para controlar el desarrollo de la acción; g) tratar en la misma ocasión el mayor número posible de aspectos del litigio; h) examinar el asunto sin necesidad de que las partes asistan personalmente; i) hacer uso de los medios técnicos disponibles. Se quiere fomentar la posibilidad de llegar a un acuerdo en cualquier fase del proceso (artículo 12), se establece como principio general la condena al pago de las costas procesales a la parte perdedora, además de que cada parte corra con los gastos innecesarios causados al órgano jurisdiccional, o a la otra parte, por plantear cuestiones innecesarias o mostrar una «pugnacidad irrazonable», pero se acoge también la posibilidad de que el órgano jurisdiccional adapte su decisión sobre el pago de las costas procesales para reflejar la falta de cooperación o la participación de mala fe en los esfuerzos por alcanzar una transacción (artículo 14)²²³.

A todo ello hay que añadir las exigencias derivadas del artículo 6 del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, al que pertenecen todos los Estados miembros de la Unión, así como la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, que conforman un sustrato jurídico común, así como la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos²²⁴, y su exigencia de administrar justicia dentro de un tiempo

²²³ Sobre el particular *Vid.* VIDAL FERNÁNDEZ, B. «La propuesta de directiva sobre el establecimiento de normas mínimas comunes para un proceso civil europeo», *La evolución del espacio judicial europeo en materia civil y penal: su influencia en el proceso español* [Dra. JIMENO BULNES, M., Coord. RUIZ LÓPEZ, C.], Tirant Lo Blanch, Valencia, 2022, pp. 169-205.

²²⁴ Se refiere Neil Andrews a principios subyacentes del proceso civil, como la obligación de respetar —que tienen todos los Estados pertenecientes a la Unión Europea, e incluye al Reino Unido por cuanto muchos principios están ya arraigados y el «Brexit» no afecta a su participación en el Convenio Europeo de Derechos Humanos— la jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo sobre las garantías contenidas en el artículo 6 del Convenio, y también a la influencia de los Principios de Procedimiento Civil Transnacional de UNIDROIT/American Law Institute, aunque no sean vinculantes, además de a la necesidad de asumir la tarea interna de establecer un sistema coherente con principios fundamentales del proceso que se refieren: a) al acceso a la justicia, incluyendo, la defensa legal y cuando sea adecuado, la promoción de acuerdos y del recurso a sistemas alternativos; b) a la justicia, ecuanimidad, imparcialidad y publicidad del proceso judicial, así como el juego limpio entre las partes; c) a la rapidez y eficiencia del proceso, mediante el control judicial del proceso para asegurar el enfoque y proporcionalidad y evitar las demoras indebidas; y d) a la consecución de una resolución justa, precisa motivada y eficaz. ANDREWS, N., *The Three Paths ... op. cit.* pp. 47-57. En el mismo sentido, sobre el impacto del «Brexit», señala David Kelly que es esencial distinguir entre los dos tribunales diferentes que operan en el contexto europeo: el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE), que es el tribunal de la UE sito en Luxemburgo, y el TEDH, que se

razonable, y con un coste razonable²²⁵, que parecen exigir la existencia de un juez activo, con amplias facultades que lo garantice.

6.5. Para terminar...

No obstante ese proceso de evolución, que no ha terminado, y pese a esas recíprocas influencias de los diferentes modelos, que han implicado una profunda modificación de los paradigmas existentes respecto al *common law* y el *civil law*²²⁶, persisten las notables diferencias existentes entre el sistema procesal norteamericano, al que ya nos hemos referido, y los sistemas europeos, especialmente los continentales, pero no solo estos, a la vista de los amplios poderes de dirección y control del proceso y de la prueba que contemplan para el juez las

ocupa de casos relacionados los derechos humanos y tiene su sede en Estrasburgo; y que, por lo que se refiere a estos últimos es poco realista y, de hecho, imposible para cualquier estudioso del derecho inglés y del sistema jurídico inglés ignorar la pertenencia del Reino Unido a la Unión Europea (UE), como tampoco se puede ignorar el impacto del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), especialmente desde que la Ley de Derechos Humanos (HRA) de 1998 hizo que los artículos del Convenio Europeo de Derechos Humanos (TEDH) fueran directamente aplicables en el Reino Unido. SLAPPER, G., KELLY, D., *op. cit.* p. 434.

²²⁵ Koechel, citando a Burkhard Hess, se refiere a lo que ha llamado la «economización de las leyes de procedimiento civil», observando el creciente interés en los costos de la litigación y la financiación del sistema judicial, y citando eslóganes del actual debate de política jurídica («Justicia para el crecimiento», «París, sede del arbitraje», «Londres, jurisdicción de elección», «Ley hecha en Alemania»), explica cómo los legisladores nacionales consideran cada vez más, y preocupantemente, sus sistemas judiciales respectivos como una fuente de ingresos o al menos como un servicio en beneficio de la economía, lo que ha provocado la competencia entre los sistemas de justicia nacional. KOECHEL, F, «Harmonisation and unification of Civil Procedural Law: prospect for further development», *International Journal of Procedural Law*, Vol. 6 N.º 1, 2016, pp. 86 y ss.

²²⁶ De hecho, señala VAN RHEE que «En el campo del derecho comparado, hoy en día ya no está en boga tomar como punto de partida las llamadas “familias legales” y se ha vuelto común cuestionarse incluso la distinción entre las tradiciones del *civil* y del *common law*. Así como ya tampoco es políticamente correcto, en estos días, considerar determinadas tradiciones jurídicas nacionales», pero la distinción sigue teniendo interés académico y de herramienta heurística para indagar en el procedimiento civil, y aunque como resultado de ese proceso de recíproca influencia —aunque no solo, porque parte de la aproximación que ha ocurrido es sólo coincidencia, fruto en ocasiones más de experiencias y debates internos que de un proceso europeo de “circulación de modelos”— uno puede creer que se han reducido de tamaño las antiguas brechas entre las familias procesales en Europa, pero las diferencias continúan existiendo, y «no hay garantía de que la aproximación entre las tradiciones observable actualmente continuará al mismo ritmo, aunque es poco probable que la ya lograda desaparezca por completo. Las garantías son el artículo 6 COEDH, la jurisprudencia de la Corte Europea de Derechos Humanos y las actividades al nivel de la Unión Europea. El juez activo, por ejemplo, se mantendrá debido al artículo 6 COEDH y su exigencia de administrar justicia dentro de un tiempo razonable. Después de todo, parece ser que los países sujetos a la jurisdicción de la Corte de Derechos Humanos sólo pueden evitar ser sancionados a través de la implementación de un tipo de juez activo». VAN RHEE, C.H. «Tradiciones Europeas ...», *op. cit.*, pp. 18 y 38-39.

Civil Procedure Rules de 1998, cuya intensidad es similar a la de la mayor parte de los jueces continentales.

Desde este punto de vista, frente al sistema adversarial norteamericano como modelo procesal de resolución de conflictos —*conflict solving process*—, en el que la decisión de primera instancia corresponde a un juez generalista que no tiene un verdadero interés en buscar la verdad de los hechos, y que no tiene por qué conocer necesariamente el derecho, limitándose a escoger entre las calificaciones jurídicas ofrecidas por las partes, el sistema procesal europeo y español están dentro de los que hemos calificado como de *civil law*, por difíciles que puedan ser los encuadramientos, estando enfocados a la resolución de las controversias por medio de decisiones de calidad, unas decisiones que quieren ser justas, para las que la búsqueda de la verdad de los hechos adquiere un carácter esencial, como lo tiene la calificación jurídica de los mismos y el conocimiento del derecho aplicable, al margen de las argumentaciones jurídicas de las partes.

Las diferencias respecto a la búsqueda de «la verdad» no son sin embargo esenciales, ni tampoco insalvables, si se tiene en cuenta que, descartados los poderes de instrucción del juez en orden a la búsqueda de la verdad material propios de los códigos procesales de sistemas autoritarios (el fascista italiano, o el soviético), ésta solo puede referirse a los hechos afirmados por al menos una de las partes, y solo si son controvertidos, encaminándose la actividad probatoria a la verificación, que no investigación, de esos hechos y conforme a las reglas de procedimiento establecidas. Ello nos indica que la función de la prueba en el proceso civil es epistémica²²⁷, esto es, puede y debe estar encaminada a la búsqueda de la verdad, que solo puede ser una —no es posible distinguir entre verdad formal y verdad material, como ha

²²⁷ Si, a diferencia de otras concepciones, sobre el proceso judicial —como la ritualista, centrada en el procedimiento para la resolución de la controversia, más que en la decisión en sí, o la concepción retórica, que concibe el proceso como una competencia verbal e instrumento de persuasión— «se concentra la atención sobre el contenido y sobre la calidad de la decisión que concluye el proceso, entonces se puede decir que el proceso está orientado a resolver una controversia por medio de una decisión *justa*. La decisión puede considerarse justa no sólo cuando es el resultado de la correcta interpretación de la norma que regula el asunto y de su válida aplicación a los hechos del caso concreto, sino también —y por eso nos interesa aquí— cuando se funda sobre una comprobación verdadera de estos hechos. En otros términos, dado que —como regla— los hechos no ingresan al proceso en su realidad material, empírica o histórica (porque ya ocurrieron antes y fuera del proceso), los operadores deben trabajar con enunciados o con un conjunto de enunciados (esto es, con narraciones) que describen tales hechos. Como consecuencia, para obtener una decisión justa es necesario establecer la *verdad* de estas descripciones, su correspondencia con la realidad de las circunstancias fácticas que describen. De este modo se asigna al proceso una *finalidad epistémica*, dado que el descubrimiento de la verdad de las narraciones fácticas se configura como una *condición necesaria* de la justicia de la decisión, y por tanto también como un objetivo necesario del proceso». TARUFFO, M. «La función epistémica de la prueba», *Problemática de la prueba*, [Coord. PANIGADI, M. MOSMANN, M.V. Traducción de Francisco Verbic], Editorial Astrea, Buenos Aires, 2018. pp. 1-10.

hecho la doctrina durante largo tiempo, porque o ambas coinciden, o la verdad formal no es tal verdad—, aunque también sea cierto que hay que ser humildes sobre la posibilidad de conseguirla a través del proceso civil²²⁸, limitándose el proceso a fijar la realidad de los hechos afirmados, con el objeto de conseguir la convicción judicial respecto a lo pretendido, siendo lo verdaderamente relevante que en ese proceso de búsqueda se observen todas las garantías procesales, esto es el debido proceso.

Partiendo de este punto de vista hay que observar, como señala LORCA NAVARRETE, que cuando el artículo 24.2 de la CE dispone que todos tienen derecho a un proceso público con todas las garantías, o el artículo 2.2 de la LOPJ dice que los órganos jurisdiccionales ejercen su función jurisdiccional en garantía de cualquier derecho, o la exposición de motivos de la LEC 2000 afirma que el derecho a la tutela judicial efectiva, que proclama el artículo 24.1 CE, está vinculado directamente con la efectividad, justicia civil efectiva significa —afirma el autor—, por consustancial al concepto de justicia, plenitud de garantías procesales», y ambos conceptos —justicia efectiva y garantías procesales—, están íntimamente vinculados, decantándose por una opción del proceso civil, no meramente instrumental del derecho sustantivo, como si se tratara de un subsistema de aquel, sino como un sistema de garantías procesales con autonomía y sustantividad propias que garantiza la justicia efectiva, un juicio justo; y es ahí donde confluyen la tutela judicial efectiva propia del *civil law* con la del *debido proceso de ley* (*due process of law*) propio del *common law*²²⁹. Y será un proceso justo, no porque en él se establezca la «verdad», ni la «justicia» en el fallo, sino porque asume la plenitud de garantías procesales, y nada más. Por ello puede ser difícil que convenza a ambas partes al haber siempre un ganador, y un perdedor que, pese a todo, insistirá en la verdad y la justicia de sus pretensiones. Lo único que garantiza es

²²⁸ Habla Juan Montero Aroca de la pretendida búsqueda de la verdad, la renuncia a la verdad, y del mito propio del siglo XIX de la búsqueda de la verdad, una pretensión que hoy se reconoce como demasiado ambiciosa. MONTERO AROCA, J., *op. cit.* p.646. Ello sin perjuicio de que, como señala Jordi Nieva Fenoll «la verdad es la luz que guía a la prueba. Y aunque no sea fácil obtenerla muchas veces por completo, es evidente que la sentencia será tanto más justa cuanto más se aproxime a la misma, con las limitaciones derivadas de cualquier actividad humana, y además con las restricciones propias del principio de aportación de parte», NIEVA FENOLL, J. *Derecho Procesal II, Proceso Civil, Tirant Lo Blanch*, Valencia 2019, p. 189. Vid también TARUFFO, respecto a la distinción entre verdad formal y material, y respecto a la prueba de los hechos que no sirve sino para una *fijación* o *determinación* de los mismos que puede coincidir o no con la verdad, que permanece completamente independiente de ellos en el pensamiento de Carnelutti, y sobre la posible existencia de una verdad *no absoluta*, que puede ser obtenida con métodos racionales de descubrimiento y de averiguación. TARUFFO, M., «Carnelutti ...», *op. cit.*, pp. 19-32.

²²⁹ LORCA NAVARRETE, A.M. «¿“Justicia”, “verdad judicial” o “proceso justo”? ¿Convergencia en el Civil Law y el Common Law?. La inutilidad de los conceptos de Acción, Jurisdicción o el atinente a las formas procedimentales», en *Revista vasca de derecho procesal y arbitraje*, Vol. 27, N.º 2, 2015, Instituto Vasco de Derecho Procesal, pp. 256-257.

el «convencimiento de la parte respecto de que se ha desarrollado un proceso justo»²³⁰.

Para concluir, pese al notable acercamiento, fruto de la recíproca influencia entre los sistemas procesales civiles de EE.UU. y Europa, persisten las diferencias, fruto muy especialmente de las diferentes concepciones ideológica que subyacen detrás de cada uno de ellos, que es posible observar en conceptos esenciales, como lo que significa la justicia y la determinación de la verdad en un proceso justo, y, para bien y para mal, el *American way of law* tiene todavía poco que ver con los sistemas procesales civiles europeos, lo que no debe servir para descartar sin más instituciones y experiencias que puedan ser útiles.

²³⁰ LORCA NAVARRETE, A.M. «El denominado proceso justo», *Revista vasca de derecho procesal y arbitraje*, Vol. 25, N.º 1, Instituto Vasco de Derecho Procesal, 2013, pp. 35-47.

CAPÍTULO VI. - LA IMPLEMENTACIÓN DE LOS ADR EN EUROPA

1. EL CAMINO EUROPEO HACIA LOS ADR, CIRCUNSCRITO A LA MEDIACIÓN. LA DIRECTIVA 2008/52/CE, DE 21 DE MAYO

La Directiva 2008/52/CE, de 21 de mayo, que regula ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles, del Parlamento y el Consejo de la Unión Europea, es fruto de un largo debate en el seno de la Unión cuyo comienzo, según la misma Directiva, hay que situar en una iniciativa del Consejo Europeo, en su reunión de Tampere de 15 y 16 de octubre de 1999²³¹, que, partiendo de las ideas ya señaladas en el Acta Única Europea de 1986, en la que se empezó a fraguar la idea de un «Espacio Judicial Europeo», y del Tratado de Maastricht de 1993, en el que se integró la cooperación judicial civil como una cuestión de interés común a todos los Estados miembros, y del principio del acceso a la justicia como un derecho fundamental, se sentaron las bases para que la complejidad de los sistemas jurídicos de los Estados miembros no impidiera a los ciudadanos ejercer sus derechos, facilitando y mejorando el acceso a la justicia.

Para cumplir con dicho objetivo propuso, 1) Crear un auténtico espacio de justicia, en el que las personas pudieran recurrir a los tribunales de cualquier Estado miembro con la misma facilidad que a los del suyo propio, como premisa básica para la creación y consolidación de un espacio de libertad seguridad y justicia en la Unión Europea; y 2) al tiempo, como parte de la configuración de ese espacio europeo de justicia, instar a los Estados miembros a la instauración de procedimientos alternativos de carácter extrajudicial para la solución de conflictos civiles y mercantiles.

²³¹ Disponible en: http://www.europarl.europa.eu/summits/tam_es.htm [Fecha de acceso: 12-10-2023].

1.1. Antecedentes de la Directiva

No obstante, y con carácter previo a dicha reunión de Tampere, hay que citar una serie de antecedentes necesarios, aunque no siempre estuvieran directamente relacionados con la mediación en el ámbito civil y mercantil, tratándose de iniciativas comunitarias sectoriales, especialmente en el ámbito del derecho de consumo (Recomendaciones de la Comisión de 30 de marzo de 1998, y 4 de abril de 2001), de las relaciones familiares (Plan de Viena derivado de la cumbre de 1998, que prevé la mediación como forma de solución de conflictos), y del derecho laboral (Carta Social Europea de 1989, y comunicación de la Comisión de 28 de junio de 2000, sobre la implantación de los ADR para la modernización del espacio social europeo)²³².

Pese a ser ajenas al ámbito civil y mercantil son iniciativas que recogen en buena medida la necesidad sentida por el legislador europeo de implantar y fomentar procedimientos alternativos a la vía judicial para la resolución de conflictos.

Basta examinar una relación de las normas emanadas de la Unión Europea y del Consejo de Europa para apercibirse del interés por estos sistemas de resolución²³³,

²³² Vid. MARTÍN DIZ, F., «Políticas de la Unión Europea en la promoción de soluciones extrajudiciales para la resolución de conflictos», en *Introducción al derecho del arbitraje y mediación*, [Coord. VELARDE ARAMAYO, M.S.], Salamanca, Ratio Legis, 2006, pp. 79-83.

²³³ Relación cronológica: 1) Recomendación R (81) 7, del Comité de Ministros a los Estados miembros, sobre el acceso a la Justicia, que propone incentivar la conciliación de las partes y el arreglo amistoso de las controversias antes de cualquier proceso judicial, así como en los procedimientos en curso. 2) Recomendación R (86) 12, del Comité de Ministros a los Estados miembros, que aboga por que la resolución amistosa de las controversias, cualquiera que sea el orden jurisdiccional, se pueda producir antes o durante el procedimiento judicial. 3) Recomendación R (96) 1, del Comité de Ministros a los Estados miembros, que sugiere el acceso efectivo de las personas sin recursos a los métodos extrajudiciales de resolución de conflictos, como la mediación y la conciliación, como parte del derecho a la justicia gratuita. 4) Recomendación R (94) 12, del Comité de Ministros a los Estados miembros, sobre la independencia, la eficacia y la función de los Jueces, que consagra como una verdadera obligación judicial, el estimular a las partes para obtener un arreglo amistoso de la controversia. 5) Recomendación R (95) 5, del Comité de Ministros a los Estados miembros, sobre la mejora del funcionamiento de los sistemas judiciales, que indica a los Jueces que traten de estimular los arreglos amistosos. 6) Recomendación R (98) 1, del Comité de Ministros a los Estados miembros, que refuerza el recurso a la mediación familiar. 7) Recomendación R (99)19, del Comité de Ministros del Consejo de Europa, que tiene como objetivo la mediación penal y su desarrollo. 8) Recomendación R (2001) 9, del Comité de Ministros del Consejo de Europa, que sustenta los métodos alternativos de resolución de conflictos entre las autoridades administrativas y las personas privadas. 9) Recomendación R (2002) 10, del Comité de Ministros del Consejo de Europa que refuerza la mediación en materia civil. 10) 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. 11) Resolución del Parlamento Europeo, de 13 de septiembre de 2011, sobre la aplicación de la Directiva sobre la mediación en los Estados miembros, su impacto en la mediación y su aceptación por los Tribunales

pero de entre ellas nos referiremos, brevemente, a las Recomendaciones R (86) 12 y R (98) 1, por su importancia como antecedentes de la Directiva 2008/52/CE, y al Libro Verde sobre modalidades alternativas de resolución de conflictos en el ámbito civil y mercantil.

1.2. La Recomendación R (86) 12 del Comité de Ministros

El origen, tanto de la andadura para fomentar el recurso a los ADR como de buena parte de la argumentación que, a favor del acceso a la Justicia como derecho fundamental, pero al margen de lo que es en sí misma la Administración de Justicia y el acceso a ella (argumentación que se va a repetir como un mantra en la normativa europea, y en la autonómica y estatal española), hay que situarlo en la Recomendación R (86) 12 del Comité de Ministros a los Estados miembros de fecha 16 de septiembre de 1986²³⁴. Dicha resolución tiene un título que no deja lugar a dudas sobre su objetivo: «*Concerning measures to prevent and reduce the excessive workload in the courts*», es decir, sobre las medidas para prevenir y reducir la excesiva carga de trabajo en los tribunales.

Se trata de una recomendación en la que, teniendo en cuenta el creciente número de casos que se presentan ante los tribunales, que puede interferir con el derecho a una audiencia dentro de un plazo razonable que prevé el artículo 6.1 de la Convención Europea sobre los Derechos Humanos, y el elevado número de tareas no propiamente judiciales a realizar por los jueces en algunos países, con tendencia a aumentar, y que se considera necesario reducir y limitar para hacer el mejor uso posible de los recursos humanos existentes y mejorar la Administración de Justicia, se invita a los gobiernos de los Estados miembros a cumplir diferentes objetivos. Dichos objetivos son, entre otros:

1º. Promover, cuando sea apropiada y con los incentivos adecuados, la solución amistosa de conflictos fuera del sistema judicial, antes o durante el proceso, promoviendo la conciliación previa, así como encomendar al juez la tarea de buscar una solución amistosa en cualquier fase del procedimiento, y promover como un deber ético de los abogados la búsqueda de la conciliación antes de recurrir a los procedimientos judiciales.

[2011/2026(INI)]. 12) Resolución legislativa del Parlamento Europeo, de 12 de marzo de 2013, sobre la propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo sobre resolución de litigios en línea en materia de consumo [Reglamento sobre RLL en materia de consumo] (COM (2011)0794 – 07-0453/2011– 2011/0374(COD)). 13) Código de conducta europeo para mediadores, elaborado a instancias de la Comisión Europea, y adoptado por la misma en octubre de 2004, que fue sometido al Parlamento y Consejo Europeo como Directiva marco sobre la mediación. 14) Reglamento UE 524/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo de 21 de mayo de 2013 sobre resolución de litigios en línea en materia de consumo.

²³⁴ Disponible en la web del Consejo de Europa: <http://www.coe.int/en/web/portal/home> (fecha de acceso: 30/04/ 2017).

2º. Proporcionar organismos que, al margen del sistema judicial, y para asuntos de pequeña importancia y específicas áreas de la ley, estén a disposición de las partes para solucionar sus conflictos.

3º. Adoptar, por los medios adecuados y en los casos apropiados, medidas para hacer más accesible y eficaz el arbitraje, como alternativa a los procesos judiciales.

Como se puede observar de su lectura, la Recomendación R (86) 12 no hace referencia explícita a la mediación, pero ya apunta a los mismos problemas que años después se van a traer a colación, una y otra vez, al objeto de justificar la promoción de soluciones alternativas para la resolución de conflictos (ADR), y más tarde a la implantación de la mediación, como es la falta de medios humanos y materiales suficientes en la Administración de Justicia, incapaz de absorber los asuntos que llegan a su conocimiento, y la consecuente situación de creciente colapso de los juzgados y tribunales; y, entre otras medidas, como las tendentes a la reducción de tareas no propiamente judiciales y sin embargo encomendadas a los jueces²³⁵, se alude a la necesidad de promover, en los casos adecuados, sistemas alternativos para la resolución de conflictos como son la conciliación previa a la vía judicial, y el arbitraje.

Desde este punto de vista, aunque no haya referencia expresa a la mediación, sí que es antecedente necesario del fomento e implantación de la mediación²³⁶.

1.3. La recomendación R (98) 1 del Comité de Ministros

Sí que se refiere directamente a la mediación la Recomendación a los Estados miembros sobre Mediación Familiar, aprobada por el Comité de Ministros

²³⁵ Ejemplos del —hay que decir— tardío desarrollo de este proceso en España son, la Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil, que obliga a la desjudicialización del Registro Civil, que entró en vigor de forma completa, tras sucesivos aplazamientos, el 30-4-2021, y la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria, que atribuye el conocimiento de un número significativo de asuntos, tradicionalmente incluidos bajo a esa rúbrica, «a operadores jurídicos no investidos de potestad jurisdiccional, tales como Secretarios judiciales, Notarios y Registradores de la Propiedad y Mercantiles, compartiendo con carácter general la competencia para su conocimiento», por tratarse de profesionales, que aunando la condición de juristas y de titulares de la fe pública, reúnen sobrada capacidad para actuar, con plena efectividad y sin merma las garantías esenciales de tutela de los derechos e intereses afectados.

²³⁶ Así lo considera explícitamente la Ley 3/2007 de Mediación Familiar de Asturias cuando, tras referirse en su Preámbulo a la mediación familiar como uno de los procedimientos alternativos a la vía judicial, señala que «El interés y el auge experimentados por este instrumento arrancan ya desde hace prácticamente dos décadas, cuando, en 1986, se dictó la primera Recomendación del Consejo de Ministros Europeo a los estados miembros respecto a medidas para prevenir y reducir la carga de trabajo excesiva de los tribunales, en la que se establecía, entre otras cosas, el objetivo de promover la solución amistosa de los conflictos, sea ante el orden judicial, anterior o durante el proceso judicial».

el 21 de enero de 1998²³⁷ —Recomendación n.º R (98) 1— que aparece como el primer referente de la regulación de la mediación en Europa y que, aunque aparezca limitado al ámbito familiar, reitera, en el ámbito limitado de los conflictos familiares, buena parte de la argumentación ya apuntada en la Recomendación R (86) 12 respecto a la situación de los juzgados y la necesidad de buscar vías alternativas, que después se va a utilizar para implementar y fomentar la mediación de forma más generalizada en el ámbito civil y mercantil.

Así, el Comité de Ministros parte del reconocimiento del número creciente de conflictos familiares, particularmente los derivados de una separación o divorcio —en relación con los problemas que plantea la protección del menor, la guardia y custodia y régimen de visitas, y el hecho de que se trata de conflictos en un contexto emocional difícil y que implica a personas que van a tener que continuar relacionándose— para hacer notar las consecuencias perjudiciales que de ahí se derivan, para las familias, y también para los Estados, por el coste social y económico implicado, para referirse a la necesidad de desarrollar vías de solución amistosa de los conflictos.

La justificación, con base en las experiencias seguidas en distintos países, aparece en el punto 7 —donde aparecen por primera vez explícitos los principios justificativos de la implantación de la mediación, como un sistema alternativo al judicial, que después se van a reiterar de una u otra forma por las diferentes leyes reguladoras—, y es que el recurso a la mediación familiar puede mejorar la comunicación entre los miembros de la familia, reducir los conflictos entre las partes en litigio, dar lugar a acuerdos amistosos, asegurar la continuidad de las relaciones personales entre padres e hijos, reducir los costes económicos y sociales de la separación y del divorcio para los implicados y los Estados, y reducir el tiempo necesario para la solución de los conflictos.

El Comité de Ministros recomienda a los gobiernos de los Estados miembros, instituir, promover o, en su caso, reforzar la mediación familiar ya existente, y adoptar o reforzar todas las medidas que se juzguen necesarias para asegurar la puesta en marcha de una serie de principios, a los que a continuación se refiere, para su promoción y su utilización como el medio más apropiado de resolución de conflictos familiares.

A tales efectos, define la mediación familiar —con un concepto amplio que es de aplicación general— como un proceso en el que un tercero, el mediador, imparcial y neutral, asiste a las partes en la negociación sobre las cuestiones objeto del conflicto, con vista a la obtención de acuerdos comunes; y señala una serie de principios a los que debe quedar sujeto, entre los que vamos a destacar, por su relevancia los que siguen.

²³⁷ Disponible en: <https://www.ucm.es/data/cont/media/www/pag-40822/recomendacioneuropea> [Fecha de acceso: 17-9-2023].

— Organización de la mediación. Se establece que la mediación no debe, «en principio», ser obligatoria, recogiendo así un principio de voluntariedad matizado, o no esencial, que puede ser obviado. Y se establece que los Estados son libres de organizar y poner en marcha la mediación de la forma pública o privada que estimen apropiada, garantizando con los mecanismos adecuados —entre los que señala los «procedimientos para la selección, la formación y la cualificación de los mediadores» y «las normas de “buena práctica” que deben ser elaboradas y seguidas por los mediadores»— su existencia; una exigencia lógica, que demuestra que ya se percibe tempranamente que el éxito o el fracaso de esta institución va a depender a la postre de la figura del mediador.

— Proceso de mediación. Se establecen una serie de principios por los que se tiene que regir el proceso de mediación (aparte de garantizar el respeto a la vida privada y velar por el interés superior del menor), como son los de imparcialidad, neutralidad y confidencialidad, señalando además que el mediador, que no tiene poder para imponer una solución, debe respetar los puntos de vista de las partes y, añade, «preserva su legalidad en la negociación», además de que «puede facilitar informaciones jurídicas, pero no debe dar consejo jurídico», informando a las partes «en los casos apropiados» de la posibilidad de consultar a un abogado u otro profesional competente. Se trata esta de una posibilidad, preservar la legalidad de lo que expresan y convienen las partes en el proceso de negociación, y facilitar información jurídica, que parece evidente que requiere de una formación específica, jurídica, que sería exigible como parte de la formación y cualificación que son exigibles a los mediadores, como garantía del éxito de su implantación como una alternativa real al sistema judicial.

— Estatuto de los acuerdos de mediación. Se recomienda que los Estados faciliten la aprobación de los acuerdos de mediación por la autoridad judicial u otra autoridad competente a la que las partes lo soliciten y faciliten los mecanismos de ejecución de estos acuerdos conforme a la legislación nacional.

— Relación entre la mediación y los procedimientos ante la autoridad judicial u otra autoridad competente. Se establece que «a.- Los Estados deberán reconocer la autonomía de la mediación y la posibilidad de que esta haya tenido lugar antes, durante o después de un proceso judicial; b.- Los Estados deben establecer mecanismos con vistas a: I. permitir la interrupción de los procesos judiciales pendientes a fin de instaurar la mediación; II. asegurar que en este caso la autoridad judicial u otra entidad competente conserve el poder de tomar decisiones urgentes relativas a la protección de las partes o sus hijos, o su patrimonio; III. informar a la autoridad judicial u otra autoridad competente de que las partes cumplen o no la mediación y si han llegado o no a un acuerdo».

— Promoción y acceso a la mediación. Se establece que, aparte su promoción y desarrollo, especialmente mediante programas de información que permitan una

mejor comprensión de este modo de resolución amistoso de litigios familiares, los Estados son libres para establecer otros métodos para facilitar esa información, como por ejemplo —y ya se apuntaba entonces—, estableciendo la obligación para las partes de buscar un mediador, aunque permitiéndoles examinar si era posible y apropiada la mediación para las cuestiones objeto de litigio, lo que está vinculado con el principio de voluntariedad y con la posibilidad de establecer una obligatoriedad en el recurso a la mediación, una exigencia que tiene diferentes valedores como tendremos ocasión de examinar.

Todos estos principios quedaron después plasmados en la Directiva 2008/53/CE, razón por la que algunos autores²³⁸ consideran que esta Recomendación es el documento fundacional de la mediación en Europa y, en el caso de España, lo ha sido en buena parte de la legislación autonómica que ha regulado la mediación, que la recoge como antecedente en sus respectivos preámbulos o exposiciones de motivos²³⁹.

1.4. Otros antecedentes

1.4.1. Consejos, Convenios y Recomendaciones

También cabe señalar como antecedentes necesarios de la Directiva 2008/52/CE, de 21 de mayo, el Plan de Acción del Consejo y de la Comisión, adoptado en el Consejo de Justicia y Asuntos de Interior de 3 de diciembre de 1988, y sometido al Consejo Europeo de Viena, de 11 y 12 de diciembre de 1998, sobre la mejor manera de aplicar las disposiciones del Tratado de Ámsterdam relativas a la creación de un espacio de libertad, seguridad y justicia²⁴⁰. Se trata de un Plan que considera una prioridad la cooperación judicial en materia civil, y para ello, además de la adaptación de las normas para solucionar problemas derivados de la coexistencia de diferentes leyes y jurisdicciones, propone examinar la posibilidad de elaborar modelos de soluciones no judiciales de los conflictos, en particular por lo que se refiere a los conflictos familiares transnacionales, previendo la mediación como medio de solución de estos conflictos.

²³⁸ LÓPEZ GONZÁLEZ, R., MARTÍN LÓPEZ, J.J.: *Legislación sobre mediación familiar*, Tecnos, Madrid, 2003, p.11.

²³⁹ Así lo señalan, explícitamente, la Ley 4/2001, de 31 de mayo, reguladora de la mediación familiar en Galicia; la derogada Ley 7/2001, de 26 de noviembre, de mediación familiar en el ámbito de la Comunidad Valenciana, aunque en esta Comunidad ya existía el precedente de la Ley 15/1997, de 25 de junio de la Generalitat Valenciana, Reguladora del Sistema de Servicios Sociales, que incluye los programas de mediación familiar; la Ley 15/2003, de 8 de abril, de mediación familiar de Canarias; la Ley 4/2005, de 24 de mayo, que regulaba el servicio de mediación familiar en Castilla La Mancha; la Ley 1/2006, de 6 de abril, de mediación familiar de Castilla León; la Ley 1/2007, de 21 de febrero, de mediación familiar de la Comunidad de Madrid; y la Ley 3/2007, de 23 de marzo, de mediación familiar de Asturias.

²⁴⁰ Disponible en: https://www.europarl.europa.eu/summits/wie1_es.htm [Fecha de acceso: 16-9-2023]

La Recomendación 98/257/CE, de la Comisión de 30 de marzo de 1998 relativa a los principios aplicables a los órganos responsables de la solución extrajudicial de los litigios en materia de consumo²⁴¹, que establece entre sus considerandos que «la experiencia adquirida por varios Estados miembros demuestra que, a condición de que se garantice el respeto de algunos principios esenciales, los mecanismos alternativos de solución no judicial de los litigios en materia de consumo pueden garantizar buenos resultados, tanto para los consumidores como para las empresas, reduciendo el coste y la duración de la solución de los litigios en materia de consumo», comprendiendo dentro de ellos —de forma amplia— cualesquiera procedimientos que, con independencia de su denominación, conducen a una solución del litigio por intervención activa de una tercera persona que propone o impone una solución.

El Convenio Europeo sobre el Ejercicio de los Derechos de los Niños, hecho en Estrasburgo el 25 de enero de 1996, dispone en su artículo 13 que «Con el fin de prevenir o de resolver las controversias y de evitar los procedimientos que afecten a los niños ante una autoridad judicial, las Partes fomentarán la práctica de la mediación o de cualquier otro sistema de resolución de controversias y su utilización para llegar a un acuerdo en los casos oportunos que las Partes determinen».

La Recomendación 2001/310/CE de la Comisión, de 4 de abril de 2001, relativa a los principios aplicables a los órganos extrajudiciales de resolución consensual de litigios en materia de consumo, que trae causa del incremento del comercio electrónico y operaciones transfronterizas, que en muchas ocasiones se refieren a operaciones de escaso valor, por lo que la solución al posible litigio debe ser sencilla, rápida, y poco onerosa²⁴².

1.4.2. El Libro Verde de 2002 sobre las modalidades alternativas a la resolución de conflictos en el ámbito del derecho civil y mercantil

Mención especial merece el Libro Verde —un instrumento que forma parte del mecanismo comunitario de creación normativa— sobre las modalidades alternativas a la resolución de conflictos en el ámbito del derecho civil y mercantil²⁴³.

Se trata de un documento publicado por la Comisión Europea el 19 de abril de 2002 con el objetivo de estimular una reflexión a nivel europeo, invitando a las partes interesadas (organismos y particulares) a participar en un proceso

²⁴¹ Disponible en: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/ALL/?uri=CELEX%3A31998H0257> [Fecha de acceso: 16-9-2023].

²⁴² Disponible en: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX%3A32001H0310> [Fecha de acceso: 17-9-2023].

²⁴³ Disponible en: <https://op.europa.eu/es/publication-detail/-/publication/61c3379d-bc12-431f-a051-d82fefc20a04> [Fecha de acceso: 17-9-2023].

de consulta y debate sobre las propuestas que presentan, que cita y tuvo muy en cuenta las recomendaciones 98/257/CE, de 30 de marzo de 1998 y 2001/310/CE de 4 de abril de 2001, de la Comisión, a que antes nos hemos referido, además de tener en cuenta otras iniciativas a nivel europeo, como la creación en 1994 de una red de centros de arbitraje y mediación mercantil que se establecieron en España, Francia, Italia y el Reino Unido, bajo forma de agrupación europea de interés económico, llamada «Red Europea de Arbitraje y de Mediación» (REAM) o «*European Network for Dispute Resolution*» (ENDR), que llegó a disfrutar, en sus comienzos en particular, de apoyo financiero comunitario.

El Libro Verde trae causa del mandato político realizado por el Consejo a la Comisión como consecuencia del interés que las modalidades alternativas de solución de conflictos en el ámbito del derecho civil y mercantil habían suscitado en la Unión Europea, y ello como consecuencia de la toma de conciencia de que las ADR suponen en la práctica un beneficio para los ciudadanos, cuyo acceso a la justicia se considera que ha mejorado gracias a ello, de que esa especial atención por parte de los Estados miembros desemboca en ocasiones en trabajos de carácter legislativo, y en que las ADR representan una prioridad política —confirmada en varias ocasiones— para las instituciones de la Unión Europea a las que incumbe promover estas modalidades alternativas, procurar el mejor entorno posible para su desarrollo y esforzarse por garantizar su calidad²⁴⁴.

Este Libro Verde, además de considerarse una oportunidad para dar a conocer las ADR a un gran número de personas, se plantea con el objetivo de recoger tanto las observaciones generales de los medios interesados como las reacciones específicas a las cuestiones que en él se plantean, cuestiones que son de orden jurídico y que se refieren a los elementos determinantes de los procesos de ADR, y que por ende lo van a ser también de la mediación, «como son las cláusulas de recurso a las ADR, los problemas que plantean los plazos de prescripción, el requisito de confidencialidad, la validez de los consentimientos, la eficacia de los acuerdos derivados de ADR, la formación de los terceros que intervienen en el proceso, su acreditación y su régimen de responsabilidad», aspectos todos ellos que hay que armonizar y tratar adecuadamente para convertir los ADR en una alternativa real a la resolución judicial de conflictos.

Otra cuestión que plantea, que también se planteará al regular la mediación, es su papel en relación con el derecho de acceso a la justicia, un derecho que está amparado tanto por el Convenio Europeo para la protección de los Derecho

²⁴⁴ No es casualidad que el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE) recoja, en materia de cooperación judicial en materia civil en el ámbito de la Unión, en el artículo 81.2 apartado g, que «A los efectos del apartado 1, y en particular cuando resulte necesario para el buen funcionamiento del mercado interior, el Parlamento Europeo y el Consejo adoptarán, con arreglo al procedimiento legislativo ordinario, medidas para garantizar... el desarrollo de métodos alternativos de resolución de litigios».

Humanos, como por la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea²⁴⁵, en relación con el carácter consensual u obligatorio de la aplicación de ADR para la resolución de conflictos.

A este respecto, reconociendo que solo con un carácter muy limitado se obliga en algunos ordenamientos de la Unión a acudir a una ADR antes de presentar una reclamación ante los tribunales, afirma el carácter tan limitado que puede tener su previsión como obligatorio por vía contractual, cuando las partes contratantes, en previsión de la existencia de un litigio, han incluido en el contrato una cláusula que les obligue en caso de desacuerdo a someterse a una modalidad alternativa de resolución de conflicto, puesto que lo que caracteriza el recurso a las ADR es el predominio del carácter consensual, señalando que «64. Cabe entonces preguntarse si presenta algún interés conferir carácter vinculante a estas cláusulas, ya que pudiera ser inútil obligar a alguien a participar en una modalidad alternativa de resolución de litigios contra su voluntad en la medida en que el éxito del procedimiento depende, precisamente, de su voluntad». Y ante esta circunstancia, apunta a una respuesta limitada, como no puede ser de otra forma dado que llegar a un acuerdo depende en definitiva de la voluntad de las partes, pudiendo sancionar la negativa a participar en un ADR previsto contractualmente, como violación de esa obligación y de la buena fe con la inadmisibilidad de la demanda o con consecuencias procesales, por ejemplo, en materia de imposición del pago de costas.

Las características con las que se identifican en el Libro Verde los sistemas ADR, que sirven para justificar su promoción, son, en todo caso, su flexibilidad, es decir, la libertad de las partes del conflicto para recurrir a ellos y configurarlos en toda su extensión, desde todo lo que se refiere a la elección del sistema, de la persona u organización que vaya a intervenir, como al procedimiento, la intervención en el proceso, y el resultado; también su moderado coste económico, frente al recurso a los tribunales, que puede ser inexistente en determinadas circunstancias (por ejemplo, concesión de justicia gratuita en el ámbito de la mediación), y su rapidez y accesibilidad, además de ser un instrumentos para la paz social²⁴⁶, demostrando la voluntad de promover una sociedad civil fundada en el principio de la conciliación, en la que se atribuya un lugar importante a sus actores, las partes en conflicto, pero evitando que se conviertan en «un medio de sustraerse a la justicia de cada Estado», debiendo seguir siendo siempre «una opción consentida por cada una de las partes».

²⁴⁵ El apartado 1 del artículo 47 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea: «Toda persona cuyos derechos y libertades garantizados por el Derecho de la Unión hayan sido violados tiene derecho a la tutela judicial efectiva respetando las condiciones establecidas en el presente artículo».

²⁴⁶ MARTÍN DIZ, F., «Políticas...», *op. cit.*, pp. 78-79.

Se trata de ideas que aparecen ya esbozadas en este Libro Verde, que van a volver a aparecer más tarde, particularmente con la mediación, una vez comprobado que la institución no está funcionando, en el sentido de que su acogida no está respondiendo a las expectativas de sus valedores, y sobre las que tendremos que volver en cuanto afectan al principio de voluntariedad, e incluso al derecho a la tutela judicial efectiva.

1.4.3. El Plan de Acción del Consejo y la Comisión para la aplicación del Programa de la Haya sobre refuerzo de la libertad, la seguridad y la justicia en la Unión Europea

Se trata de otro antecedente necesario de la Directiva (Diario Oficial de la Unión Europea C 198/1, 12.8.2005)²⁴⁷, que pretende ser el marco de referencia para sus trabajos en el transcurso de los cinco años siguientes, dentro del cual encuentran cabida los sistemas de resolución extrajudicial de conflictos. En particular, dentro del punto que se refiere a las medidas para reforzar el sistema judicial, se refiere a la necesidad de «adopción de la Directiva sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles» para 2006, fecha para la que estaba previsto que debería estar aprobada la primitiva Propuesta de Directiva sobre mediación.

1.4.4. Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea

Y es también antecedente necesario el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, cuyo artículo 81.2.g —significativamente incluido en la parte III, «Políticas y acciones internas de la Unión», del Título V, «Espacio de libertad, seguridad y justicia», y Capítulo III, «Cooperación judicial en materia civil»— se refiere expresamente al desarrollo de métodos alternativos de resolución de conflictos, dentro del ámbito de la cooperación judicial en asuntos civiles con repercusión transfronteriza, al mismo nivel que el reconocimiento mutuo entre los Estados miembros de las resoluciones judiciales, la cooperación en la obtención de pruebas, o la tutela judicial efectiva.

Todo ello hay que entenderlo dentro de ese proceso de reformulación del principio básico de derecho al acceso a la justicia, en el sentido de abarcar tanto la referencia tradicional del derecho de acceso a los tribunales de Justicia, como a los mecanismos de resolución ADR en todo el ámbito de la Unión.

A la vista de estos antecedentes, resulta claro el interés de la Unión Europea en el fomento e implantación de sistemas de resolución de conflictos, alternativos al sistema judicial, que den respuesta a los problemas, básicamente de falta de

²⁴⁷ Disponible en: http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=uriserv:OJ.C_.2005.198.01.0001.01.SPA&toc=OJ:C:2005:198:TOC [Fecha de acceso: 17-9-2023].

medios²⁴⁸, que sufre la Administración de Justicia, sin merma del derecho de acceso a la misma, que van a desembocar en la Directiva 2008/52/CE, de 21 de mayo.

1.5. La Directiva 2008/52/CE, de 21 de mayo, sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles

Fruto de las iniciativas señaladas, entre otras, el Parlamento Europeo y el Consejo de la Unión Europea, adoptaron la Directiva 2008/52/CE, que regula ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles, en cuyos considerandos 1 y 2 se declara explícitamente que, dentro del objetivo general de la Comunidad de mantener y desarrollar un espacio de libertad, seguridad y justicia donde esté garantizada la libre circulación de las personas, y además de las medidas de cooperación judicial y civil necesarias a tales efectos, es necesario garantizar el principio de acceso a la justicia²⁴⁹, para lo que es necesario permitir el desarrollo y funcionamiento adecuados de procedimientos extrajudiciales de solución de conflictos en asuntos civiles y mercantiles, de manera que simplifique y mejore ese acceso. Y señala dicho objetivo (en su considerando 5) como parte de la política de la Unión Europea encaminada a establecer un espacio de libertad, seguridad y justicia, que debe abarcar el acceso a métodos tanto judiciales como extrajudiciales de resolución de litigios; y ello por cuanto estos últimos (considerando 6) pueden dar una solución extrajudicial económica y rápida a conflictos en asuntos civiles y mercantiles, mediante procedimientos adaptados a las necesidades de las partes, siendo más probable que los acuerdos resultantes de la mediación se cumplan voluntariamente y que preserven una relación amistosa y viable entre las partes, beneficios que se considera serán especialmente perceptibles en situaciones que presentan elementos transfronterizos. A tal fin, y «Para promover el uso más frecuente de la mediación y garantizar que las partes que recurran a ella puedan contar con un marco jurídico predecible, —dice el considerando 7— es necesario establecer una legislación marco que aborde, en particular, los aspectos fundamentales del procedimiento civil».

²⁴⁸ En este sentido DE LA OLIVA SANTOS, A., «Mediación y justicia...» *op. cit.*, pp. 7 y ss.; y también NIEVA-FENOLL, J., *Derecho Procesal I... op. cit.* p. 20.

²⁴⁹ Señala Aldo Berlinguer que, frente al objetivo principal perseguido en España, como en Italia, al regular la mediación, además de cumplir con el mandato de la Directiva, de aligerar la carga de trabajo de los juzgados, las instituciones europeas han querido establecer un espacio de libertad, seguridad y justicia común y encontrar métodos de resolución de conflictos adaptados a las exigencias de las partes, que alcancen acuerdos que se cumplan voluntariamente y también que preserven relaciones amistosas y viables entre las partes, defendiendo la mediación forma de resolución, más sencilla, rápida y barata de controversias, pero que hay que decirlo con claridad: «la mediación no es la solución a la multiforme crisis de la Justicia. Es un sistema complementario, útil y necesario, pero ni puede competir, ni supeditar ni sustituir el derecho del ciudadano a acudir a la tutela judicial efectiva». BERLINGUER, A., «Hacia un modelo europeo de mediación», *Revista Aranzadi doctrinal*, N.º 5/2013. BIB 2013/1768, 2013, p. 4.

La Directiva 2008/52/CE tiene como finalidad, afirmada en su artículo 1, facilitar el acceso a modalidades alternativas de solución de conflictos y fomentar la resolución amistosa de litigios, promoviendo el uso de la mediación y asegurando una relación equilibrada entre mediación y proceso judicial, siempre respecto de derechos y obligaciones disponibles, y partiendo del respeto al derecho fundamental a la tutela judicial efectiva de jueces y tribunales.

Su objetivo es la implicación de todos los Estados miembros de la Unión Europea en el impulso de un método de resolución de conflictos, como es la mediación, que se considera eficaz, no solo desde el punto de vista de la solución del conflicto, sino desde el punto de vista económico, no solo para las partes sino para toda la sociedad²⁵⁰, garantizando la flexibilidad y autonomía de aquellas con el fin de que puedan alcanzar acuerdos que resuelvan sus conflictos, creando al tiempo un marco legislativo que aborde los aspectos fundamentales del proceso civil —prescripción, caducidad de las acciones, y ejecutabilidad de los acuerdos— de modo que no se considere como una alternativa de peor condición que el proceso judicial porque su cumplimiento dependa de la voluntad de las partes. Todo ello para que los interesados, a falta de dichos acuerdos, puedan acudir a la vía judicial, o al arbitraje, para defender sus intereses sin ningún menoscabo.

Para ello se incide en que el mediador es el eje central de la mediación, al definirla como «un procedimiento estructurado, sea cual sea su nombre o denominación, en el que dos o más partes en un litigio intentan voluntariamente alcanzar por sí mismas un acuerdo sobre la resolución de su litigio con la ayuda de un mediador» (artículo 3.a), instando a los Estados miembros para que promuevan, por los medios que consideren adecuados, la formación de mediadores y el establecimiento de mecanismos eficaces de control de calidad relativos a la prestación de los servicios de mediación, de forma que esta se lleve a cabo de una forma eficaz, imparcial y competente, promoviendo la formación inicial y continua de los mediadores y organizaciones especializadas, y elaborando códigos de conducta que sirvan de guía en esta materia, como el código de conducta europeo para mediadores, que se considera un instrumento importante para garantizar la

²⁵⁰ Señala Marta Gonzalo Quiroga al respecto que «La Justicia es la piedra angular de cualquier modelo productivo. Elemento esencial garantista de una mayor seguridad jurídica que genere confianza y amparo para el conjunto de la ciudadanía y, con ello, confianza en la economía y en las decisiones empresariales al fijar un marco de certidumbre, confiabilidad y previsibilidad. Y, es en este marco de modernización de la Justicia, como servicio público orientado a las personas, donde los MASC tienen una situación privilegiada al responder de mejor modo y manera a las demandas de la sociedad actual». GONZALO QUIROGA, M. «Métodos alternos: una justicia más progresista y universalizada», en *Métodos alternos de solución de conflictos: Herramientas de paz y modernización de la justicia*. Dykinson, Madrid, 2011, p. 45.

calidad de la mediación, y que debe ser accesible al público en general a través de internet²⁵¹.

Y para ello admite la posibilidad de la mediación obligatoria, siempre que se respete el derecho a la tutela judicial efectiva, al admitir que, además de acordada por las partes, pueda ser sugerida u ordenada por un tribunal, o prescrita legalmente, y la posibilidad de que se establezcan incentivos y sanciones que favorezcan la elección de la mediación como forma de resolverlo frente al recurso a los tribunales.

La Resolución del Parlamento Europeo, de 13 de septiembre de 2011, sobre la aplicación de la Directiva sobre la mediación en los Estados miembros, su impacto en la mediación y su aceptación por los Tribunales (2011/2026 (INI)) —siempre dentro del objetivo de asegurar un mejor acceso a la justicia, y de que este concepto debe incluir el acceso a «procedimientos adecuados de solución de controversias»—, reconoce que el artículo 5, apartado 2 de la Directiva 2005/52/CE permite a los Estados miembros ir más allá de los requisitos básicos y establecer la obligatoriedad de la mediación y/o someterla a incentivos o sanciones, como han hecho algunos países de la Unión, pero también subraya que la mediación debe promocionarse como una alternativa viable, económica y rápida de justicia, no como una fase obligatoria del procedimiento judicial²⁵².

En definitiva, y pese a admitir como legítimas opciones legislativas el establecimiento de incentivos económicos, o el recurso obligatorio a la mediación previo a la vía judicial, la Resolución entiende que la mediación debe promocionarse por su propia bondad —menor coste, y mayor rapidez y eficacia— frente al procedimiento judicial, sin menoscabo del acceso a la misma, y aborda, en el mismo punto y al mismo nivel, la íntima vinculación que existe entre el fomento de una mayor sensibilización y aceptación por particulares y empresas

²⁵¹ Disponible en: <https://e-justice.europa.eu/fileDownload.do?id=4240637c-21b9-46d1-a7cc-e50a30d4dab4> [Fecha de acceso: 20-9-2023].

²⁵² A tales efectos, considera que «es necesario aumentar la sensibilización y el entendimiento en torno a la mediación, y pide que se adopten más medidas en relación con la educación, la creciente sensibilización sobre la mediación, el aumento de la aceptación de la mediación por parte de las empresas y los requisitos para acceder a la profesión de mediador», señala que «debe alentarse a las autoridades nacionales a que desarrollen programas dirigidos a fomentar los conocimientos adecuados sobre la resolución alternativa de litigios; considera que dichos programas deben tener por objetivo las principales ventajas de la mediación —costes, índice de éxito y rapidez— y dirigirse a abogados, notarios y empresarios, en particular de PYME, así como al mundo universitario», e incide en la necesidad de formación específica de los mediadores, destacando la importancia de establecer «normas comunes para acceder a la profesión de mediador con objeto de fomentar una mejor calidad de la mediación y de garantizar un nivel elevado de formación profesional y de certificaciones en toda la Unión». Disponible en: <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+TA+P7-TA-2011-0361+0+DOC+XML+V0//ES> [Acceso: 20-9-2023].

de la mediación, y los requisitos para acceder a la profesión de mediador, algo en lo que no podemos sino convenir.

En el mismo sentido se pronunció el CGPJ en el Informe al Anteproyecto de Ley de mediación civil cuando, tras someter a crítica la pretensión de establecer el recurso a la mediación como requisito previo para poder acudir a los tribunales, al modo de la desaparecida conciliación previa obligatoria, afirma que a su juicio «para que la mediación pueda convertirse en una auténtica alternativa a la resolución jurisdiccional de los conflictos, debe dotarse de eficacia merced a la provisión de los oportunos medios humanos y materiales, de tal forma que las partes acudan a ella por sus ventajas reales²⁵³ y no por un imperativo legal. De otro modo se podrá garantizar acaso que las partes cumplimenten el trámite de intentar una mediación, pero será poco probable que esos intentos lleguen a fraguar en forma de acuerdos de solución al conflicto»²⁵⁴.

En todo caso, cabe destacar una serie de cuestiones que no son abordadas por la Directiva, como son, el modelo de mediación que los Estados deben incorporar a sus ordenamientos jurídicos; la duración, que estará relacionada tanto con el modelo de mediación que se escoja, como con el tipo de conflicto (familiar, negocial, vecinal, consumo, etc.) de que se trate; las condiciones exigibles para ser mediador; el proceso a seguir con las fases preestablecidas; la gratuidad o no de la mediación, que dependerá en buena medida de cómo se articule, —como un proceso extrajudicial y/o intrajudicial, público y/o privado, relación con los servicios sociales, relación con el acceso a la justicia, implantación de un «turno de oficio» de mediadores, beneficio de justicia gratuita— lo que a su vez exigiría tratar otro aspecto en el que la Directiva no entra como es la consideración del mediador como una profesión por derecho propio, independiente de otras profesiones;

²⁵³ Sobre las ventajas que ofrecen los sistemas alternativos de resolución de conflictos, en relación con los costes, duración, adecuación al conflicto y eficacia, *Vid.* CARRETERO MORALES, E., *La mediación civil y mercantil en el sistema de Justicia*. Dykinson, Madrid, 2016, pp. 59-65.

²⁵⁴ En el mismo sentido se pronunció la Comisión Europea, como recuerdan Esperança Ginebra Molins y Jaume Tarabal Bosch, a propósito de la cuestión prejudicial planteada ante el TJUE por el *Gudice di Pace di Mercato San Severino* (Italia) el 26 de septiembre de 2011, admitiendo la ductilidad del principio de voluntariedad «si bien exclusivamente respecto del inicio del procedimiento; no lo es en cambio con el resto de sus fases. [...] la libertad de las partes de abandonar el proceso en cualquier momento no admite ningún tipo de interferencia. Ello se suele ilustrar con la recuperación de un proverbio que ha hecho fortuna en este ámbito: (sic) "A man may lead a horse to the water, but four and twenty canna gar him drink"». GINEBRA MOLINS, M.E., TARABAL BOSCH, J., «La ductilidad del principio de voluntariedad en la mediación», en *Il Diritto Patrimoniale di fronte alla crisi economica in Italia ein Spagna*, (Dir. MURGA FERNÁNDEZ, J.P., TOMÁS TOMÁS, S.), Wolters Kluwer Italia, San Giuliano Milanese, 2014, p. 463.

tampoco, por último, se regulan otros aspectos como son la eficacia de las cláusulas de sometimiento a mediación, ni la posible impugnación de los acuerdos²⁵⁵.

2. TIEMPOS DE AUSTRERIDAD Y YERROS, EN LA ELECCIÓN DE OBJETIVOS Y DE MEDIDAS DE FOMENTO DE LOS ADR/MASC

Los sistemas ADR/MASC han existido siempre, y siempre han coexistido con la vía jurisdiccional para la solución de conflictos, y basta recordar, para apercibirse de ello, de la antigüedad y raigambre de instituciones como la conciliación o el arbitraje. Pero tras un proceso de consolidación de los Estados sociales y democráticos de Derecho, y la asunción de políticas tuitivas —lo que exigía un poder judicial fuerte, capaz de imponer la ley y dar respuesta a los ciudadanos y a la sociedad—, los profundos cambios de la realidad social y económica en Europa, en la segunda mitad del siglo XX, como ya ocurrió antes en EE.UU., han llevado a la necesidad de asumir de forma consciente el recurso a los sistemas ADR, y a buscar la forma de potenciarlos, como parte de la búsqueda de fórmulas o métodos de resolución de conflictos alternativos al judicial.

Como hemos examinado, en Europa se manifiesta de forma expresa la necesidad de estudiar la elaboración de modelos de solución no judicial de los litigios en los Consejos Europeos de Viena de diciembre de 1998, y Tampere de octubre de 1999, especialmente en relación con conflictos familiares transnacionales; y es en 2002 cuando, se presenta el Libro Verde sobre modalidades alternativas de resolución de conflictos en el ámbito del derecho civil y mercantil, distintas al arbitraje, respondiendo a la invitación del Consejo de Ministros de Justicia e Interior a la Comisión de las Comunidades Europeas para que se recapitulara y analizara la situación existente, e iniciara una amplia consulta con miras a la preparación de las medidas concretas que conviniera adoptar²⁵⁶.

El Libro Verde se concibió como una oportunidad para dar a conocer los sistemas ADR a un gran número de personas, y hacer más inteligibles las realizaciones e iniciativas adoptadas en este ámbito por los Estados miembros y a escala comunitaria. Todo ello con fundamento en el interés directo de que los ciudadanos fueran capaces de resolver de una forma más rápida y eficaz sus conflictos a través de estos medios y al margen de los tribunales, y en el interés indirecto derivado de un mejor acceso a la justicia por razón de la disminución del número de asuntos que llega a su conocimiento. Se consideró por esta razón

²⁵⁵ Vid. BLANCO-MORALES LIMONÉS, P., MORENO HURTADO D.M., RODRÍGUEZ BENOT, A. IBARRA BORÉS, A., «La Directiva 2008/52/CEE y su transposición al ordenamiento español», *Mediación en materia civil y mercantil. Análisis de la normativa de la Unión Europea y española*. [Coord. por LÓPEZ SIMO, F., GARAU SOBRINO F.F.], Tirant Lo Blanch, Valencia, 2014, p. 45.

²⁵⁶ Disponible en: <https://op.europa.eu/es/publication-detail/-/publication/61c3379d-bc12-431f-a051-d82fef-c20a04> [Fecha de acceso: 15-9-2023].

una prioridad política para las instituciones de la Unión Europea que asumieran como propia la tarea de «promover estas modalidades alternativas, procurar el mejor entorno posible para su desarrollo, y esforzarse por garantizar su calidad».

Fruto de ello, aunque limitado a la mediación, fue 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, con el fin de promover el uso más frecuente de la mediación en los litigios transfronterizos, dentro del objetivo principal de mantener y desarrollar un espacio de libertad, seguridad y justicia donde esté garantizada la libre circulación de personas y el correcto funcionamiento del mercado interior.

La Directiva se refiere sólo a los litigios transfronterizos, y, dada la variedad de realidades en cada uno de los Estados integrantes de la Unión, impone un contenido mínimo que debe ser respetado por los diferentes Estados a la hora de regular los aspectos relativos a la mediación; ello sin perjuicio de que pudieran ir más allá regulando otros aspectos, como la regulación de la mediación en el ámbito nacional, y su necesaria relación con el proceso civil, en cuanto que, como señala el considerando 7, «para promover el uso más frecuente de la mediación y garantizar que las partes que recurran a ella puedan contar con marco jurídico predecible, es necesario establecer una legislación marco que aborde, en particular, los aspectos fundamentales del proceso civil». Es una consideración esta última que, obviamente, es aplicable a cualquier tipo de ADR/MASC, si se quiere que estos sistemas sean una verdadera alternativa al litigio, y cabe afirmar que un adecuado desarrollo y reforma del proceso civil, que estimulara adecuadamente el recurso previo a sistemas ADR/MASC como una alternativa válida frente al proceso jurisdiccional, sin menoscabo de garantías jurídicas en el proceso de resolución de la controversia y, en su caso, de ejecución de lo acordado, sería la verdadera piedra angular sobre la que se podría desarrollar el objetivo de fomentar su uso voluntario.

Se ha errado sin embargo en el objetivo —lo que va a tener consecuencias— al señalar como tal esencialmente uno: aligerar la carga de trabajo de los juzgados.

Hay que observar que una de las razones para el desarrollo de los ADR/MASC, a la que apunta explícitamente el Libro Verde, y que es la más recurrente a la hora de tratar de justificar su impulso desde los gobiernos de los distintos países, es de carácter puramente práctico y coyuntural —la justificación, no la grave situación creada por la secular falta de medios en la Administración de Justicia²⁵⁷—, y es

²⁵⁷ Una grave situación que es estructural, y hasta consustancial a la misma existencia del proceso si acudimos a la historia, agravada por las repetidas y prolongadas crisis económicas, y aún más por haberse querido afrontar de forma errática. Así lo demuestra, a título de ejemplo, que las mismas razones de falta de medios personales y económicos que impedían el incremento de la plantilla de jueces de carrera, y llevaron a la creación de la figura del juez sustituto, son las que se han utilizado para convertir su utilización en algo absolutamente excepcional, como señala el Preámbulo de la LO 8/2012, de 27 de diciembre, de medidas de eficiencia

que constituyen la respuesta a las dificultades de acceso a la Justicia que existen en muchos países, como consecuencia, dice el Libro, de que los litigios ante los tribunales se multiplican, los procedimientos tienden a alargarse y a aumentar los gastos inherentes a dichos procedimientos, además de la cada vez mayor cantidad, complejidad y carácter técnico de los textos legislativos, que también contribuyen a dificultar el acceso a la justicia.

En este mismo sentido, aunque con referencia solo a la mediación, abunda el Informe del CGPJ al Anteproyecto de Ley de mediación civil de 19 de mayo de 2010, cuando afirma en su conclusión primera que el «fomento de la mediación, como medio de solución de conflictos alternativo a la vía judicial, que puede redundar en una reducción del número de asuntos que llegan a los Juzgados y Tribunales, constituye un objetivo del Plan Estratégico de Modernización de la Justicia 2009-2012, del Ministerio de Justicia, como del Plan de Modernización de la Justicia aprobado por el Pleno del CGPJ en su sesión de 12 de noviembre de 2008»²⁵⁸. Y lo mismo se expresa en el Preámbulo de la Ley 5/2012, de 6 de julio de mediación en asuntos civiles y mercantiles, al señalar que como institución ordenada a la paz jurídica, contribuye a concebir a los tribunales de justicia como un «último remedio» para el caso de que no sea posible componer la situación por la mera voluntad de las partes, y «hábil coadyuvante para la reducción de la carga de trabajo de aquéllos», reduciendo su intervención a aquellos casos en que las partes enfrentadas no hayan sido capaces de poner fin por sí mismas a la controversia²⁵⁹.

presupuestaria en la Administración de Justicia, por la que se modifica la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial. Ello, sin embargo, no se ha traducido en un aumento del número de jueces de plantilla proporcional al de la población, ni al cambio de circunstancias sociales y económicas que llevan consigo un mayor nivel de litigación, lo que se traduce en un «cuello de botella» que impide la decisión definitiva de los asuntos en un tiempo razonable, e incentiva el recurso a la litigación de quien sabe que ante un eventual litigio está en peor situación de hecho, de derecho, o ambas. MARTÍNEZ PALLARÉS, J.I., «Abogados en tiempos de MASC. Entre la oportunidad y los trenes a ninguna parte», *La Ley. Mediación y Arbitraje*, N.º 8, Wolters Kluwer, julio-septiembre 2021. En el mismo sentido, respecto a la actual situación en Italia, se manifiesta Marco Gradi. *Vid.* GRADI, M., *op. cit.* pp. 33-34.

²⁵⁸ Sobre este punto, y la importancia del impulso de la mediación desde los poderes públicos, como sistema alternativo o complementario a la vía judicial (mediación extrajudicial o intrajudicial), como uno de los ejes de ese Plan, junto a la implantación de la Oficina Judicial, reestructuración de la Planta y Demarcación Judicial, nuevas tecnologías, plan de transparencia, seguimiento y mejora de la actividad de los órganos judiciales, impulso de reformas orgánicas y procesales, Estatuto del Juez, y organización territorial, *Vid.* DORADO PICÓN, E. «El Arbitraje y la mediación en España», en *Revista Jurídica de Castilla y León*, N.º 29, *Monográfico Arbitraje y Mediación, Problemas actuales, retos y oportunidades*, enero de 2013, [Dir. SÁEZ HIDALGO, I., Coord. ALBERTO DOREGO, C.] Junta de Castilla León, Valladolid, 2013.

²⁵⁹ En este sentido, el Preámbulo de la Ley 15/2009, de 22 de julio, de mediación en el ámbito del derecho privado en Cataluña, se refiere a la voluntad de evitar la judicialización de determinados conflictos con el fin —aunque no solo ni principalmente— de agilizar el trabajo de los tribunales de justicia; el de la Ley 1/2011, de 28 de marzo, de Mediación de la Comunidad

Es un error. Ni el proceso judicial puede ser concebido como un último remedio, para el caso de que no sea posible un acuerdo, ni corresponde a la mediación, ni a ningún otro ADR/MASC, reducir la carga de trabajo de los tribunales. Se trata de un objetivo desacertado en su formulación, que no contribuye en nada a lo que podría ser, efectivamente, una consecuencia de la efectiva implantación ya no solo de la mediación, sino, de una forma más amplia, de sistemas ADR/MASC realmente alternativos al recurso a la resolución judicial, pero que no se puede pretender como fin principal²⁶⁰. El verdadero objetivo debe ser, el que señala la Directiva 52/2008, establecer un espacio de libertad, seguridad y justicia común y encontrar métodos de resolución de conflictos adaptados a las exigencias de las partes, que permitan alcanzar acuerdos que se cumplan voluntariamente y preserven relaciones amistosas y viables entre aquellas.

A dichos argumentos habría que añadir, y es una razón que subyace, a veces, detrás de la retórica que se refiere a su papel de «institución ordenada a la paz jurídica», y hábil coadyuvante para la reducción de la carga de trabajo de los tribunales, la difícil coyuntura económica de muchos Estados de la UE, incluida España, incapaces de equilibrar sus presupuestos y absorber el gasto corriente, no solo de una Administración pública en muchos casos hipertrofiada —aunque no precisamente en el ámbito de la administración de Justicia—, sino de los cada vez mayores requerimientos de un Estado de bienestar, con una tasa negativa de

Autónoma de Cantabria, señala que la mediación está «inspirada fundamentalmente en el deseo de fomentar la cultura del arreglo amistoso y de evitar el número de asuntos que llegan a los órganos judiciales»; y el de la Ley 24/2018, de 5 de diciembre, de mediación en la Comunidad Valenciana, señala que «la promoción de este tipo de mecanismos alternativos o complementarios repercute en la reducción del alto nivel de litigiosidad y sobrecarga de asuntos judiciales, contribuyendo así a mejorar la efectividad de la administración de justicia».

²⁶⁰ En este sentido, HERRERO PEREZAGUA, J.F., *Lo jurisdiccional... op. cit.*, pp. 17-18. También SIGÜENZA LÓPEZ, J., «Mediación en asuntos civiles y mercantiles y derecho fundamental a ser tutelado judicialmente de forma efectiva», *Revista Aranzadi Doctrinal*, N.º 2, Thomson Reuters Aranzadi, 2020, pp. 12-13. Como señala Ángel Bonet Navarro, los antecedentes de la mediación son la existencia de una controversia, la imposibilidad subjetiva de los sujetos de alcanzar un acuerdo por sí mismos, lo que plantea la necesidad de recurrir a un proceso judicial, la incertidumbre de la duda sobre la relación jurídica controvertida, el ánimo de eliminar un riesgo, pero no el deseo del legislador de reducir la carga de trabajo de los tribunales, algo que ser, en su caso (no siempre y necesariamente), una consecuencia». BONET NAVARRO, A., «Acuerdo de mediación y proceso civil», *Proceso civil y mediación. Su análisis en la Ley 5/2012, de mediación en asuntos civiles y mercantiles*, (Dir. BONET NAVARRO, A.), Aranzadi, 1ª Edición, Cizur Menor (Navarra), 2013, p. 79. En el mismo sentido, pero respecto del arbitraje, Julio Muerza Esparza, cuando critica que se haya presentado como una alternativa para solucionar la carga de trabajo de los tribunales, en lugar de lo que realmente es, «una manifestación de la autonomía de la voluntad que tienen los ciudadanos para resolver sus conflictos». MUERZA ESPARZA, J., «Autonomía de la voluntad y proceso. Algunas cuestiones polémicas», en *Estudios sobre mediación y arbitraje desde una perspectiva procesal* [Dir. SIGÜENZA LÓPEZ, J., GARCÍA-ROSTÁN CALVIN, G., Coord. CASTILLO FELIFE, R., TOMÁS TOMÁS, S.], Aranzadi, Cizur Menor, 2017, pp. 21-43.

crecimiento de población, lo que tiene como consecuencia una población cada vez más envejecida con el consecuente, entre otros efectos, crecimiento exponencial del gasto en pensiones y sanidad, y con cada vez menos contribuyentes y cada vez más consumidores netos de renta, tanto por ese proceso de envejecimiento como por el progresivo empobrecimiento de la generalidad de la población y la concentración de la riqueza en cada vez menos manos.

Se trata de unos Estados incapaces y, en muchos casos, sin la voluntad política necesaria para garantizar un derecho fundamental consagrado por el artículo 6 del Convenio Europeo de Protección de los Derechos Humanos, y por el artículo 24 de la Constitución Española, como es el acceso a la justicia —que no se soluciona afirmando que Justicia es todo—, y para dotar con los recursos necesarios, acordes a la realidad no solo demográfica, sino fundamentalmente social y al tráfico económico del siglo XXI, que no tienen nada que ver con los que existían en el siglo XIX²⁶¹, que permita a jueces y tribunales el adecuado desempeño de su función jurisdiccional, algo que es esencial para todos los ciudadanos, las empresas, para la economía y la sociedad en su conjunto, y hasta para la misma supervivencia del Estado de derecho y los principios que lo informan.

El hecho es que, es cierto el cambio social y económico de la sociedad que ya apuntaba hace dos décadas MONTERO AROCA, en un artículo con ocasión de la nueva LEC 2000, cuando destacaba la gran diferencia entre las sociedades esencialmente rurales del siglo XIX, en la que los pleitos versaban fundamentalmente sobre la propiedad, lo que afectaba a una pequeña capa de la población, y las sociedades esencialmente urbanas del siglo XX, en las que amplias capas de población han accedido a la propiedad en las más variadas formas, como consecuencia del desarrollo de una sociedad de consumo²⁶².

²⁶¹ Según dato del Instituto Nacional de Estadística, el censo de población realizado en 1857, publicado en 1858, determinó que la población total en España era de 15.464.340 habitantes, para los que había un total de 676 jueces y magistrados, lo que significa un juez para cada 22.876 habitantes, mientras que a 31 de diciembre de 2022 la población se situaba en 48.063.694 habitantes, para los que había un total de 5.728 jueces y magistrados, según datos obtenidos del portal de transparencia del CGPJ, lo que significaba un juez cada 8.391 habitantes. Estos datos carecen de relevancia alguna fuera del contexto social y económico con el que necesariamente están en relación. A primera vista pudiera parecer y podría llevar a pensar que, como la ratio ha subido, de 4,37 a 11,5 jueces y magistrados por cada 100.000 habitantes, el problema reside en un incremento de la litigiosidad de los ciudadanos, que es que gustan de acudir a los juzgados, cuando la realidad es que a mediados del siglo XIX pocos tenían nada por lo que litigar, ni las sociedades ni las economías, ni los intercambios de productos y servicios eran los que son. Utilizar ese dato al margen de la abisal diferencia de la realidad social y económica entre la sociedad de mediados del siglo XIX y la del primer cuarto del siglo XXI induce sin ninguna duda a error sobre el problema y la forma de afrontarlo.

²⁶² Afirma Juan Montero Aroca que el aumento de la litigiosidad suele presentarse como un mal cuando es sólo un síntoma de profundas modificaciones sociales, y si bien durante siglos el proceso civil fue el instrumento con el que los poseedores solucionaban sus litigios, quedando los no poseedores excluidos del mismo, en muy poco tiempo, prácticamente en

Y es cierto que ese cambio social ha provocado la asunción por el Estado de cada vez más funciones tuitivas, lo que, en opinión de algunos autores, ha conducido a la «jurisdiccionalización» de las sociedades modernas y a los problemas de la Administración de Justicia que se denuncian²⁶³. Pero dichas afirmaciones no contradicen la afirmación anterior, sino que viene en gran medida a confirmar que el problema reside, en buena parte, en la incapacidad y la falta de voluntad política de los Estados —pese al incremento exponencial de los recursos económicos que tienen a su disposición, fruto de ese mismo cambio económico y social— para dotar de los medios personales y materiales necesarios a la Administración de Justicia para adaptarse a la realidad del siglo XXI.

No se trata en modo alguno de negar la relevancia de la sostenibilidad económica de la Justicia, que es evidente que la tiene. Sin embargo, como señala HAU, hay que aceptar que la abolición de las barreras de acceso a la justicia y la descarga de asuntos no van de la mano, porque tanto la una como la otra sólo pueden conseguir las quienes estén dispuestas a disminuir la calidad de la Justicia (tanto en cuanto a la averiguación de los hechos como a la aplicación del derecho) y a postergar los intereses de defensa de las partes en litigio, demandante o demandado; y «el Estado de derecho no debe permitir algo así, ni tampoco la alternativa de laminar artificiosamente el acceso a la justicia, para así poder tratar el escaso número de asuntos resultante de manera barata y con una alta calidad. Si el legislador quiere aligerar el acceso, pero a pesar de ello mantener alta la calidad, no podrá evitar ocuparse de la adecuada dotación de los juzgados»²⁶⁴.

Tampoco se trata, en modo alguno, de negar el valor que indudablemente tienen por sí mismos los ADR/MASC como instrumentos alternativos o complementarios de los procesos judiciales, en la medida en que en el caso particular se pueda adaptar mejor a las características del conflicto que un procedimiento judicial (el recurso al cual nunca se va a perder realmente de vista), y permite que sean las propias partes las que emprendan un proceso de aproximación, elijan el método de resolución del conflicto, y desempeñen un papel más activo a la hora de descubrir la solución que más les conviene, salvando en muchos casos, o al menos no enrareciendo más, la relación que se habría roto en caso de enfrentamiento

los últimos cincuenta años, han accedido a la justicia amplias capas de población que antes estaban excluidos, «en parte porque el número de propietarios ha aumentado, pero también porque otros derechos han entrado en liza, como el de la responsabilidad extracontractual y, sobre todo, porque se han convertido en objeto principal de este proceso las reclamaciones de dinero basadas en el crédito. Hoy el proceso civil ya no es el medio para solucionar conflictos propios de una sociedad rural, sino el instrumento con el que se tiene que hacer frente a los conflictos propios de una sociedad urbana y así este proceso se ha convertido en un proceso de masas en el que el elemento fundamental del mismo es su efectividad práctica». MONTERO AROCA, J. *op. cit.*, p. 627.

²⁶³ BARONA VILAR, S., *Mediación en asuntos...*, *op. cit.* p. 33.

²⁶⁴ HAU, W. *op. cit.*, pp. 32-33.

judicial, pero siendo libres, de forma real y efectiva, y no simplemente retórica, de acudir a la justicia si deciden que es la solución que más les conviene.

El problema no es, por supuesto, la existencia de alternativas a la vía jurisdiccional, como señala DE LA OLIVA, porque es bueno que existan y que estén bien reguladas; el problema es que «es perverso que desplacen el debido esfuerzo del Estado por dotar a la Administración de Justicia de los recursos humanos y de los medios materiales necesarios para cumplir su indeclinable función, especialmente en un país con una Constitución vigente, de 1978 (en adelante, CE), en la que se proclama como derecho fundamental el “derecho a obtener la tutela efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos” (artículo 24.1 CE)»²⁶⁵. Y en el mismo sentido NIEVA-FENOLL cuando afirma que, obviamente, la vía jurisdiccional no es la única forma de resolución pacífica de conflictos, pero que el sistema judicial sufre un cierto desprestigio social, como consecuencia de su lentitud e ineficacia, y apunta a que dichos inconvenientes «son provocados, fundamentalmente por la tradicional falta de inversión y atención generalizada de los Gobiernos en materia de Justicia en todas sus facetas: creación de tribunales, dotación de medios personales y materiales para su labor y formación del personal judicial»²⁶⁶.

Dichos medios ni son suficientes ni son proporcionados a la población y al número de asuntos de que conocen nuestros juzgados civiles, especialmente por lo que se refiere al número de jueces, que está muy alejado de la media europea, sin que se estén adoptando las medidas necesarias para afrontar, ni ese grave déficit actual, ni el agravamiento que supondrá la jubilación masiva de jueces durante la próxima década, no solo forzosa por cumplimiento de la edad de jubilación sino también anticipadas, por razón de la carga de trabajo que se ven obligados a soportar, estimándose en un tercio de la plantilla actual²⁶⁷.

Y lo mismo ocurre con la situación de la Justicia en Italia, afirmando GRADI que la cuestión fundamental que debe abordarse es la de las reformas estructurales de la organización judicial, incluida la del aumento del número de jueces, insuficiente como en España²⁶⁸, por cuanto «aunque mejoráramos las

²⁶⁵ DE LA OLIVA SANTOS, A., «Mediación y justicia...», *op. cit.*, pp. 7-14.

²⁶⁶ NIEVA-FENOLL, J., *Derecho Procesal I (Introducción)*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2019, p. 26.

²⁶⁷ Así lo estimaba un estudio de la Asociación Judicial Francisco de Vitoria publicado en febrero de 2023, que apuntaba que un total de 1.223 miembros de la carrera judicial se jubilarán por obligación legal en los próximos diez años, a las que habría que sumar las jubilaciones anticipadas que, con base en los datos de 2018 a 2021 se estima en un 42% de jubilaciones anticipadas a las jubilaciones por edad, sumando unos 1.773 miembros de la carrera judicial. Disponible en: <https://www.ajfv.es/estudio-sobre-las-jubilaciones-de-la-carrera-judicial-en-la-proxima-decada/> [Fecha de acceso: 12-10-2023].

²⁶⁸ Así hay que convenirlo si atendemos a lo datos ofrecidos por la Comisión Europea para la Eficiencia de la Justicia (CEPEJ), correspondientes a 2020. Según dichos datos, el número de jueces y magistrados en España es de 11,24 por cada cien mil habitantes, lo que está muy

reglas del proceso mediante la mejora de la legislación o de las buenas prácticas, el número limitado de jueces en proporción al número de procesos pendientes seguiría impidiendo dictar sentencia en un plazo razonable. Este es el problema del “cuello de botella” del proceso civil: los casos están listos para ser resueltos, pero el juez no puede decidirlos por falta de tiempo», y recurre a una metáfora interesante —que cuestiona la utilizada en sentido contrario: que da igual el número de carriles que se creen, porque terminarán ineludiblemente colapsados—, cuando afirma que «es como si tuviéramos una enorme autopista con diez carriles pero una sola cabina de peaje, donde los litigantes se ven obligados a hacer cola»²⁶⁹.

No se quieren poner los medios necesarios para afrontar el problema, y las soluciones a través de la imposición de la mediación, o más ampliamente de ADR/MASC, no alcanzan la naturaleza ni de parche, siendo una verdadera paradoja que, habiéndose argumentado que el sistema judicial habría hurtado el conflicto y el poder de disposición sobre el mismo a las partes, y que hay que devolvérselo —un discurso asumido por el legislador²⁷⁰—, se les hurtaran de nuevo uno y otro por los «partisanos» de la mediación a los que se refería FISS, o los «evangelizadores» de los ADR a que se refería MOFFIT²⁷¹, para, finalmente, ser conducidas involuntariamente a donde no querían llegar, o a tener que aceptar lo que en condiciones normales nunca habrían aceptado.

Y es que, como acertadamente apunta GUTIÉRREZ SANZ, a lo que cualquier reforma judicial y normativa debe tender no es a tratar de reducir el

alejado de la media europea, que es de 17,6 y más lejos todavía de países como Alemania (25,01), aunque sea similar al de Francia e Italia, lo que es evidente que incide en el tiempo de resolución de asuntos. Italia tiene, por su parte, 11,86 jueces y 35,76 funcionarios de Justicia cada cien mil habitantes, frente a los 17,6 y 56,13, respectivamente, de la media europea, para un número de asuntos entrantes de 1,92 cada cien habitantes (media europea de 1,81), habiéndose incrementado el tiempo de resolución en un 26,71% al pasar de 493 a 674 días en primera instancia, frente a la media europea de 221 días. El número de funcionarios parece tener una importancia relativa, si se observa que España, con un número de jueces similar tiene el triple de funcionarios (102,69, cada cien mil habitantes), y el retraso en la resolución se ha incrementado en un 49,04%, al pasar de 314 a 468 días, si bien para un mayor número de asuntos entrantes, 2,55 cada cien habitantes. Disponible en: <https://public.tableau.com/app/profile/cepej/viz/OverviewEN/Overview> [Fecha de acceso: 21-10-2023].

²⁶⁹ GRADI, M., *op. cit.* pp. 33-34.

²⁷⁰ El Proyecto de Ley de medidas de eficiencia procesal del servicio público de Justicia de 19 de abril de 2022 (BOCG 22-4-2022), señala en su exposición de motivos que la ley ha de propiciar e impulsar la participación de la ciudadanía en el sistema de Justicia, para que los ciudadanos «se sientan protagonistas de sus propios problemas y asuman de forma responsable la solución más adecuada de los mismos, especialmente en determinados casos en los que es imprescindible buscar soluciones pactadas que garanticen, en lo posible, la paz social y la convivencia».

²⁷¹ FISS, O., *op. cit.*, p. 1.086. Moffit, citado en NOLAN-HALEY, J., «Mediation exceptionality», *Fordham Law Review*, Vol. 78 N.º 3 December 2009, Fordham University School of Law, New York, 2009, p. 1264.

número de pleitos, porque el hecho de que los haya no es mejor ni peor a que no los haya —algo que puede deberse no tanto a que no existan enfrentamientos ni conflictos como al temor o la incapacidad para plantear una reclamación judicial para resolverlo— sino a que «el ciudadano pueda disponer del mecanismo que mejor se adapte al conflicto que en cada caso tenga a fin de tutelar efectivamente ese derecho que previamente el legislador le ha reconocido»²⁷². Y dicho mecanismo debe tener todas las garantías jurídicas necesarias para salvaguardar los derechos fundamentales de los ciudadanos, sin partir de la presunción de que los ADR/MASC los garantizan. Como señala TARUFFO, no todo es bueno en el ámbito de los ADR, y no es posible depositar en ellos una confianza indiscriminada al margen de los «inconvenientes, injusticias, degeneraciones y desigualdades en el funcionamiento de muchos instrumentos “alternativos”» que no es posible obviar, afirmando además, que «contrariamente a lo que muchos piensan, el creciente uso de formas ADR no es un factor positivo, sino la señal evidente de la crisis de la justicia ordinaria: es un signo de patología, no de salud procesal»²⁷³.

Es decir, el legislador debiera tener claro, en cualquier propuesta para implantar sistemas alternativos o complementarios al judicial, que no puede tratarse —porque no es admisible como principio— de una renuncia a la justicia, sino de la existencia de diversos mecanismos para resolver una controversia, además de la vía jurisdiccional, y para ello, además de las necesarias prevenciones que por razones de justicia e igualdad hay que tener frente a esos sistemas, debe respetarse la flexibilidad y la libertad que teóricamente les caracteriza, en el sentido de que las partes en conflicto deben ser libres para recurrir a un ADR/MASC, o no, además de la libertad para mantenerse en él y para acordar o no como resolverlo, sin estímulos o trabas artificiales que restrinjan esa libertad.

Sin embargo se viene optando por las restricciones y las imposiciones.

Una restricción directa es la mediación obligatoria que se viene pretendiendo desde determinados sectores²⁷⁴, y que se plasmó no hace tanto en un Anteproyecto

²⁷² GUTIÉRREZ SANZ, M.R., *La conciliación en la audiencia previa: análisis y técnicas para una gestión eficaz*, Madrid, La Ley, 2010, p. 5.

²⁷³ TARUFFO, M., *La prueba...* *op. cit.*, pp. 198-199.

²⁷⁴ La Asociación Española de Mediación (ASEMED), promovió una iniciativa legislativa popular (ILP) a lo largo de 2015 (entre enero y octubre de 2015 se desarrolló la recogida de firmas), para implantar la mediación obligatoria previa como requisito previo de acceso al proceso civil, proponiendo a tales efectos la incorporación de un nuevo párrafo al artículo 248 LEC en el que se recogería la obligación de asistir al menos a una sesión informativa, expidiéndose en caso de inasistencia o de voluntad de no continuar una certificación que debería acompañar a la demanda para su admisión, a cuyo efecto se proponía una nueva redacción al artículo 403 LEC recogiendo dicha exigencia como requisito de admisibilidad. El problema ya no son los evidentes intereses económicos que subyacen tras esa iniciativa, el problema es que se intenta reintroducir un requisito de procedibilidad semejante a lo que fue la conciliación obligatoria previa, que se suprimió en 1984 por ser un rotundo fracaso. DE LA OLIVA SANTOS, A., «Mediación y justicia...» *op. cit.* pp. 7-14. BONET NAVARRO, J., «El abogado

de Ley de Impulso de la Mediación, aprobado en Consejo de Ministros de 14 de enero de 2019, que quería imponerla, de una forma denominada como «semi-mitigada», como presupuesto procesal necesario para acceder a la vía jurisdiccional en determinadas materias, además de la posible derivación a mediación intrajudicial²⁷⁵. Y en el mismo sentido el Proyecto de Ley de medidas de eficiencia procesal del servicio público de Justicia, de 19 de abril de 2022 (BOCG de 22-4-2022)²⁷⁶, aunque ampliaba las posibilidades de cumplir con el «requisito de procedibilidad» a cualquier medio adecuado de resolución de controversias (MASC), entendidos estos en un sentido amplio como cualquier tipo de actividad negociadora a las que las partes acudieran de buena fe para conseguir una solución extrajudicial, por sí mismas o con la ayuda de un tercero neutral. Ambos decayeron por las terminaciones anticipadas de las legislaturas en que se desarrollaron (la XIII y la XIV), pero es claro que la historia no ha terminado.

Una restricción indirecta a esa libertad es la que ocurrió de hecho en España, mediante el encarecimiento del acceso a la justicia a través de la imposición generalizada de tasas judiciales por la Ley 10/2012, de 20 de noviembre²⁷⁷, unas

ante el procedimiento de mediación: de espejismos ilusionantes a expectativas ponderadas», en *Revista Jurídica Región de Murcia*, N.º 47, 2013, p. 17.

²⁷⁵ Disponible en https://www.mjusticia.gob.es/es/AreaTematica/ActividadLegislativa/Documents/129243_0896275-Anteproyecto_de_Ley_de_impulso_de_la_mediacion.PDF. [Fecha de acceso: 16-7-2023].

²⁷⁶ Disponible en: https://www.congreso.es/public_oficiales/L14/CONG/BOCG/A/BOCG-14-A-97-1.PDF [Acceso: 16-9-2023].

²⁷⁷ La ley 25/1986, de 24 de diciembre, de supresión de las tasas judiciales, señalaba en su Exposición de Motivos que «En el ámbito de la Administración de Justicia los valores constitucionales se manifiestan en el derecho a obtener la tutela judicial efectiva de los derechos e intereses legítimos, reconocidos en el artículo 24 de la propia Constitución. El que además de la justicia se manifiesten también la libertad y la igualdad, y el que todas ellas sean, como quiere la Constitución, reales y efectivas depende de que todos los ciudadanos puedan obtener justicia cualquiera que sea su situación económica o posición social». El artículo 35 de la Ley 53/2002, de 26 de diciembre de medidas fiscales, administrativas y de orden social, creó la tasa por el ejercicio de la potestad jurisdiccional en los órdenes civil y contencioso administrativo, de la que estaban exentas las personas físicas, las entidades total o parcialmente exentas del impuesto de sociedades, y las entidades de reducida dimensión económica según el impuesto de sociedades. Planteada una cuestión de inconstitucionalidad, el Pleno del TC se pronunció en sentencia nº20/2012 de 16 de febrero, desestimando dicha cuestión y señalando que «es constitucionalmente válida la limitación impuesta por la norma legal enjuiciada, que consiste en condicionar la sustanciación del proceso instado en la demanda civil que presentan las personas jurídicas con ánimo de lucro, sujetas al impuesto de sociedades y con una facturación anual elevada, a que acrediten que han satisfecho el deber de contribuir al sostenimiento del gasto público que conlleva el ejercicio de la potestad jurisdiccional, que les beneficia de modo particular». La Ley 10/2012, de 20 de noviembre, parte del principio —según su Exposición de Motivos—, de que el derecho a la tutela judicial efectiva no debe ser confundido con el derecho a la justicia gratuita, y que desde el momento en que la Constitución encomienda al legislador la regulación del alcance de esta última, está reconociendo que el ciudadano puede pagar por los servicios que recibe de la Administración de Justicia, llamando a «profundizar»

tasas muy elevadas, en ocasiones exorbitantes²⁷⁸, que afectaban directamente a ese acceso a la justicia y, por tanto, al derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, dificultándolo, o impidiéndolo completamente en muchos casos a personas físicas y a entidades de reducida dimensión económica (pequeñas y medianas empresas), pese a declarar en el Preámbulo que «la Ley pone todo el cuidado en que la regulación de la tasa por el ejercicio de la potestad jurisdiccional [...] no afecte al derecho a acceder a la justicia como componente básico del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva proclamado por el artículo 24 de la Constitución». Y ello por razones puramente económicas, confesadas en el mismo Preámbulo, cuando a la mayor «racionalización» (eufemismo que, en «neolengua», solo pretendía encubrir lo que era en realidad una traba, limitación, u obstáculo) en el ejercicio de la potestad jurisdiccional, añade que «la tasa aportará unos mayores recursos que permitirán una mejora en la financiación del sistema judicial»²⁷⁹, bajo la idea de que quien acuda a los tribunales, porque tenga algún gusto por judicializar las cosas, lo pague de su bolsillo, en lugar de hacerlo recaer en el resto de contribuyentes.

A este respecto permítaseme un breve excurso, y es que se trata este de un argumento lacerante, por cuanto implica de falsa e injusta imputación a los justiciables, ese colectivo tan real como indeterminado, con la misma extensión que debilidad, porque todos los ciudadanos lo somos potencialmente, y por lo mismo

en determinados aspectos de las tasas judiciales, amparándose en la citada STC 20/2012, lo que de hecho implicó la generalización de la tasa judicial al eliminar la exenciones subjetivas que antes la limitaban a las personas jurídicas con ánimo de lucro y gran facturación, y todo ello —dice— con el objeto de «racionalizar el ejercicio de la potestad jurisdiccional».

²⁷⁸ En este sentido Vicente Gimeno Sendra señala que «el informe al anteproyecto de la ley de tasas del CGPJ «ya puso de relieve, mediante un caso práctico, que, para una reclamación de 3.001 euros efectuado en un juicio verbal, con recurso de apelación, se devengaría una cuota tributaria de 980 euros, lo que supondría un 36% del total de lo reclamado». GIMENO SENDRA, V., «Acerca de la constitucionalidad de las tasas judiciales», *Revista General de Derecho Procesal*, N.º 29, Iustel, Madrid, 2013. Puede ser útil, para tomar cabal conocimiento de su incidencia poner un ejemplo de una reclamación habitual en el momento de crisis económica en la que se implantó, de estallido de la burbuja inmobiliaria: demanda de juicio ordinario contra una promotora en reclamación de resolución de contrato de compraventa de vivienda en construcción y no construida por precio de 300.000 €, y devolución de cantidades anticipadas a cuenta (un 10%). Primera Instancia: 1.800 €; apelación: 2.300 €; ello en un momento económicamente delicado para muchos compradores, que habían invertido sus ahorros entregándolos como cantidad anticipada, y sin contar con honorarios y derechos de abogado y procurador. Afirmar, como se afirmó, que los compradores no se tendrían que haber comprado esa casa, y que asuman el riesgo, es una iniquidad; argüir, como se arguyó, que más cobraban los abogados, otra más grave si cabe, además de demostrar un profundo desconocimiento de la realidad, y esto solo en el más inocente de los supuestos.

²⁷⁹ Señala José María Asencio Mellado que su objetivo era «agilizar la Justicia, descargarla de asuntos, reducir los procesos y todo ello mediante el recurso fácil a obstaculizar el ejercicio del derecho de acceso, lo que implica que el resultado de la aplicación de la Ley no es otro que el de reducir la protección del Estado a los ciudadanos, afectándose con ello el mismo Estado de derecho». ASCENCIO MELLADO, J.M., «La inconstitucionalidad de la Ley de Tasas 10/2012, de 20 de noviembre», *Diario La Ley* N.º 8115, 2013.

no se percibe como una necesidad hasta que nuestros derechos se ven conculcados y nos vemos en la necesidad de defenderlos. Y porque es un «mantra» que se repite incansable desde ciertos sectores: la supuesta tradición y gusto de los españoles por litigar, por razón de una falta de «cultura de la mediación», amén los intereses inconfesables de sus abogados, que los lleva a «judicializar» cualquier conflicto, en lugar de acudir al consejo o decisión de hombres buenos o ancianos, como alguna tribu de, casi siempre, algún ignoto paraje del globo.

Basta con acudir al refranero español para apercibirse de la falsedad de ese supuesto gusto tradicional de los españoles por «judicializar» los conflictos; refranes como, «más vale un mal acuerdo que un buen pleito», «pleitos tengas y los ganes», «el litigio solo beneficia a los que no litigan», «no hay pleito bueno sino el ajeno», «es mejor mala avenencia que buena sentencia», «pleito y orinal llevan al hombre al hospital», «el pleitear es camino del mendigar», «en los pleitos diligencia, la bolsa abierta y paciencia», «a quien mal quieras en pleito lo veas», etc., no reflejan precisamente tal gusto. Se trata de un «*palabro* de connotaciones peyorativas» con el que se trata de desprestigiar tanto a los tribunales como a quienes acuden a ellos en demanda de justicia»²⁸⁰.

Y a propósito de estas últimas palabras no es posible tampoco obviar el momento elegido para la imposición de unas tasas judiciales obstaculizadoras del recurso a la Justicia, un momento en el que se habían multiplicado exponencialmente los procedimientos judiciales de consumidores y clientes contra entidades financieras, que obviamente ocupan una posición de poder respecto de aquellos, por las cláusulas abusivas impuestas a sus clientes en momentos de bonanza (cláusula suelo, intereses de demora, gastos de la hipoteca), y comercialización indiscriminada y al margen de las exigencias legales de productos complejos (bonos, participaciones preferentes, seguros de prima única, swap, etc.), cuya nulidad solo se debe a la actuación de los tribunales, a instancias de quienes han llevado ante ellos los agravios sufridos, sin que nadie puede pensar seriamente que habría sido posible conseguir tal cosa a través de la mediación.

La sola formulación de tal idea, sin una amenaza creíble que «estimulara» el acuerdo, era absurda, como el tiempo, y la dosis de realidad que este suele imponer han demostrado —lo que no significa que se admita, como primer paso para una solución adecuada—, y supone un profundo desconocimiento de la distinta tipología (litigantes habituales y ocasionales) de quienes acceden a la Justicia, de los distintos intereses que tienen al recurrir a este medio, y de la realidad incluso de una estrategia premeditada de los litigantes habituales para aprovecharse de las

²⁸⁰ En este sentido, Andrés De la Oliva Santos, en la introducción a la reedición de la obra de Jeremy Bentham, *Protest Against Law Taxes*. BENTHAM, J, *op. cit.* p. 32.

carencias y problemas de la Justicia, unos problemas que contribuyen a agravar con denuedo y sin consecuencias para ellos²⁸¹.

Este argumento del supuesto gusto malsano e infundado de los españoles por la «judicialización» de los conflictos suele ir de la mano de otro igualmente erróneo y pernicioso, la sobrecapacidad intelectual y jurídica de los jueces para ocuparse de asuntos triviales o de pequeña relevancia, los asuntos bagatela, algo que es —y el ejemplo es tan real en su formulación como desafortunado— «como preparar un Fórmula 1 para que después tenga que circular por una carretera comarcal».

Aparte las razonables dudas que puede suscitar la afirmación de que un juez, y todo juez, salga de la escuela judicial directamente con el chasis y motor de un Fórmula 1, sin perjuicio de que algunos lo puedan adquirir tras años de formación y ejercicio profesional²⁸², el argumento prescinde de la realidad de que

²⁸¹ En el Plan de Choque para la Administración de Justicia tras el estado de alarma del CGPJ, se señala que en 2019, ingresaron en los llamados juzgados de cláusulas suelo 132.471 asuntos, y ello pese a que los criterios de resolución estaban prácticamente establecidos en las sentencias dictadas a lo largo de 2018, siendo el 96,71% de las sentencias (71.962) notificadas a lo largo de ese año favorables al cliente. Informe disponible en: <https://www.PoderJudicial.es/cgpj/es/Poder-Judicial/En-Portada/La-Comision-Permanente-del-CGPJ-toma-conocimiento-del-documento-de-trabajo-definitivo-de-medidas-organizativas-y-procesales-del-plan-de-choque-para-la-Administracion-de-Justicia-tras-el-estado-de-alarma> [Fecha de acceso: 19-9-2023]. Siendo esos los datos, y sin cuestionar que haya despachos de abogados que litiguen en favor de los consumidores por las costas procesales, parece evidente que el problema no es solo la nula voluntad de las entidades bancarias en alcanzar acuerdos extrajudiciales (que reconoce el CGPJ), sino la existencia de una estrategia premeditada para «judicializar» cualquier reclamación. En este punto habría que recordar a Michelle Taruffo cuando, citando a Galanter, habla de la tipología de las partes desiguales en la litigación en masa, como es la que afecta a individuos por un lado y a organizaciones o empresas como las entidades financieras por otro. Y afirma que en estas situaciones el elemento distintivo no es tanto la diferente capacidad económica como el comportamiento de unos y otros. Frente a los primeros, que solo ocasionalmente recurren a los tribunales para solucionar controversias aisladas, para las segundas, el proceso es un riesgo habitual en el ámbito de su actividad comercial o empresarial, intervienen en los tribunales habitualmente, en un buen número de controversias iguales o similares, y pueden programar racional y económicamente su «política judicial» con un cálculo de la relación coste/beneficio sustancialmente distinto a la de la parte ocasional. Para quien parte habitual ninguna litis implica tendencialmente gastos insostenibles, por lo que puede decidir invertir unos recursos desproporcionados en relación con una litis singular si prevé que le permitirá obtener un precedente favorable que podrá utilizar en el futuro, o puede utilizar procedimientos dilatorios para obligar a transar, si prevé que el precedente será desfavorable, comportamientos procesales que ni se permite ni se plantea una parte ocasional. TARUFFO, M., *El proceso civil adversarial... op. cit.* pp. 75-82.

²⁸² Distingue José Ramón Chaves García dos etapas en la formación, una primera para acceder a la profesión de carácter esencialmente memorístico, sin que exista una formación específica y útil en técnicas de interpretación, argumentación y demostración o en la ponderación de intereses, y sin que sea posible para el tribunal verificar la capacidad de comprensión de lo que durante años ha memorizado; y una segunda fase formativa tras la toma de posesión, que dependen de la voluntad de cada uno, dando lugar a una «formación diferencial de la formación de jueces y magistrados del mismo orden jurisdiccional. Unos actualizados hasta la

la gravedad de un problema puede ser relativa, porque depende de la posición y medios —económicos, de cobertura social, etc.— del que lo sufre, y lo que para uno puede ser una bagatela, para otro en peor situación y más escasos medios le puede afectar muy gravemente, aparte los perniciosos efectos que la indefensión puede suponer para todos, no solo para el agraviado; y un juez, que es la persona que tiene autoridad para juzgar y sentenciar y es responsable de la aplicación de las leyes, en definición del DLE, está ni más ni menos que para eso, para hacer justicia a quién ha sufrido un agravio, aplicando la ley al autor del mismo.

Finalizada esta digresión, y retomando el hilo conductor de las tasas como elemento disuasorio del acceso a la Justicia y, por tanto, gravemente perturbador del derecho a la tutela judicial efectiva, hay que recordar que el CGPJ ya advirtió del elevado coste proporcional que podía suponer, y ello sin tener en cuenta los honorarios de abogado, aranceles de procurador, gastos de documentación y, en su caso, prueba pericial, además del depósito para recurrir, por lo que hay que convenir en el efecto disuasorio de la tasa judicial para el ejercicio del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva. Y aunque en abstracto el establecimiento de tasas judiciales sea constitucional, el establecimiento de unas cuotas que impidan el libre acceso de los ciudadanos a los tribunales no lo es, por ser un requisito fiscal desproporcionado que puede constituirse en un irrazonable obstáculo al ejercicio del derecho a la tutela judicial efectiva²⁸³.

El Real Decreto Ley 1/2015, de 27 de febrero, de mecanismo de segunda oportunidad, reducción de carga financiera y otras medidas de orden social,

médula y otros con la despena de la ciencia jurídica con telarañas. Unos con sana curiosidad por profundizar en novedades y otros con sana displicencia hacia lecturas académicas o estudio de jurisprudencia ajena al caso que tiene entre manos. Una minoría que participa en coloquios, imparte charlas y colabora en publicaciones, y una mayoría que permanece en un discreto segundo plano», puesto que tampoco existen mecanismos serios que incentiven a otra cosa, y «no es fácil sacar de su zona de confort a los leones en la sabana». CHAVES GARCÍA, J.R., *op. cit.*, pp. 179-183.

²⁸³ GIMENO SENDRA, V., «Tasas judiciales y financiación de la justicia», *Revista General de Derecho Procesal*, N.º 39, Iustel, Madrid, 2016. Señala José María Asencio Mellado que su objetivo era «agilizar la Justicia, descargarla de asuntos, reducir los procesos y todo ello mediante el recurso fácil a obstaculizar el ejercicio del derecho de acceso, lo que implica que el resultado de la aplicación de la Ley no es otro que el de reducir la protección del Estado a los ciudadanos, afectándose con ello el mismo Estado de derecho». ASCENCIO MELLADO, J.M., «La inconstitucionalidad de la Ley de Tasas 10/2012, de 20 de noviembre», *Diario La Ley* N.º 8115, 2013. En este sentido también Vicente Magro Servet, cuando afirma que «la tasa judicial ya estaba establecida en la práctica», pero ha sido la elevación de las cuantías a cifras desproporcionadas lo que ha hecho saltar todas las alarmas llevando a una crítica generalizada por suponer una posible limitación de acceso a la Justicia si no se disponen de suficientes recursos económicos como para afrontar los desembolsos que ya supone el planteamiento de una pretensión ante los tribunales de justicia». MAGRO SERVET, V., «Las tasas judiciales y su visión jurisprudencial. Respuesta de los tribunales», en *Revista de Jurisprudencia El Derecho*, N.º 1, El Derecho Editores, junio 2013, pp. 71-78.

modificó en su artículo 11 la citada Ley 10/2012, y declaró exentas a las personas físicas, y a las personas jurídicas a las que se haya reconocido el derecho a la asistencia jurídica gratuita, para, según su Exposición de Motivos, «adecuar el régimen de las tasas judiciales a la concreta situación de los sujetos obligados al pago de la misma». Ello, además de un reconocimiento a posteriori del grave error cometido, no impidió que siguieran existiendo unas tasas judiciales muy elevadas, con una función claramente desincentivadora, que son una traba para el acceso a la justicia de las pequeñas y medianas empresas, entidades de reducida dimensión económica o microempresas, con reducida o nula plantilla y una cifra de negocios muy alejada de la que estuvo vigente hasta la entrada en vigor de la nueva norma, mucho más respetuosa que la actual con el derecho a la tutela judicial efectiva y el acceso a la justicia del 99% del tejido empresarial español.

Y todo ello, además, en un momento en el que muchas de ellas están gravemente afectadas por la crisis, y justificándolo en razones espurias muy alejadas de aquellas que impulsaron a su implantación por la Ley 53/2002, de 26 de diciembre, y de las razones que llevaron a declarar su constitucionalidad por la STC núm. 20/2012, de 16 de febrero. Ello llevó al Tribunal Constitucional a declarar la inconstitucionalidad, por sentencia número 140/2016, de 21 de julio, de determinados preceptos de la ley 10/2012, que todavía sobrevivían pese a las sucesivas reformas. Esta sentencia cuestiona la proporcionalidad de las tasas y su necesidad, además de su idoneidad para cumplir con el pretendido fin de disuadir del recurso a la justicia a quienes la quieren utilizar abusivamente como táctica dilatoria, puesto que es evidente que las tasas afectan tanto a quienes litigan de forma infundada como a quienes no albergan tal propósito, de forma que si el primero tiene recursos suficientes (piénsese en entidades financieras, o en aseguradoras, que son además las grandes «consumidoras» de recursos judiciales) nada le impide utilizarlos contra el segundo, que trata de defender sus legítimos derechos²⁸⁴.

Tampoco existía, ni existe todavía, una implementación adecuada ni de la mediación ni, en general, de sistemas ADR/MASC que pudieran constituir una alternativa real al sistema judicial, y sin que, aun cuando hubiera existido tal implementación, fuera una solución adecuada y aceptable si el acceso a los tribunales queda gravemente obstaculizado o vedado por la exigencia de una tasa judicial.

La razón es clara, y es extensible a todos los ADR/MASC, y es que todos ellos se desarrollan teniendo en cuenta qué pasará si finalmente no se llega a un acuerdo, por lo que si el acceso a los tribunales se obstaculiza se incentiva el incumplimiento y se desincentiva el recurso de buena fe a un ADR/MASC, que se utilizará instrumentalmente para dificultar y retrasar la solución al incumplimiento.

²⁸⁴ GIMENO BEVIÁ, V., «El acceso a la justicia de los empresarios. Análisis de la Ley de tasas tras la STC 140/2016, de 21 de julio de 2016», *Revista General de Derecho Procesal*, N.º 41, Iustel, Madrid, 2017.

Y ello es así, como afirma LAFUENTE TORRALBA con la mediación, pero es extensible a cualquier otro medio que tenga como base una negociación, porque esta requiere de la implicación de ambas partes para funcionar y tener éxito, y las tasas no propiciaban el sometimiento a mediación de quien había incumplido o cumplido sus obligaciones, por lo que muchos preferirían «no cumplir antes que intentar un arreglo extrajudicial, en la confianza de que las tasas disuadirán a su contraparte de demandarlos ante los tribunales; a este respecto es sabido que los incentivos al incumplidor para buscar soluciones amistosas disminuyen a medida que se aleja el temor a verse demandado judicialmente»²⁸⁵.

Al tiempo, es difícil que el justiciable, que se ve en la tesitura de tener que reclamar su derecho, se aventure a una mediación u otro ADR/MASC, con los costes asociados a ellos que terminarán sumándose a los de la tasa y la reclamación judicial.

Se ha propuesto por algunos autores, como propuesta de *lege ferenda*, la introducción de estímulos fiscales a la promoción y recurso a la mediación, como una especie de compensación por la correlativa reducción de costes que significa para la Administración de Justicia que jueces y tribunales no tengan que intervenir, y de hecho en la Ley 10/2012 (artículo 8.5) ya se preveía la devolución del 60% de lo abonado en concepto de tasa judicial cuando en el proceso judicial que hubiera dado lugar a su devengo se alcanzara un acuerdo que pusiera fin al litigio. Y se ha propuesto «ir un poco más allá, con incentivos fiscales directos para los ciudadanos y también para los abogados»²⁸⁶, tomando como ejemplo para los primeros el modelo italiano que prevé una desgravación en la cuota del IRPF equivalente a los honorarios pagados al mediador, siempre que se trate de mediación pre-procesal y lleguen efectivamente a un acuerdo, y proponiendo para los segundos —para involucrarlos activamente en el recurso a la mediación— incentivos fiscales, e incluso reducción de cuotas colegiales.

Parece difícil a priori que dichas medidas puedan tener efecto alguno para la resolución de un conflicto acudiendo a mediación u otros ADR/MASC.

La tasa judicial era disuasoria del recurso a los tribunales, pero, solventado con mayor o menor dificultad dicho obstáculo, resulta difícil creer que nadie resultara incentivado a terminar prematuramente el proceso por razón de la devolución del 60% de la tasa abonada. Podría terminar prematuramente, sí, y solicitar entonces esa devolución, pero las causas serían otras, completamente ajenas a tal estímulo.

²⁸⁵ LAFUENTE TORRALBA, A.J., «La formación del mediador y el coste de la mediación: dos aspectos cruciales, aunque menospreciados por la Ley 5/2012, de 6 de julio», *Il Diritto Patrimoniale di fronte alla crisi economica in Italia ein Spagna*, (Dir. MURGA FERNÁNDEZ, J.P., TOMÁS TOMÁS, S.), Wolters Kluwer Italia, San Giuliano Milanese, 2014, pp. 385-398.

²⁸⁶ MARTÍN DIZ, F., «Mediación en Derecho privado: nuevas perspectivas prácticas», *Revista General de Derecho Procesal*, N.º 33, Iustel, Madrid. 2014, pp. 37-38.

En cuanto a los incentivos fiscales directos a ciudadanos y abogados por recurrir o aconsejar el recurso a la mediación tampoco parece que pudiera tener incidencia alguna, o al menos significativamente relevante, en la resolución anticipada de conflictos por los ciudadanos, que sólo contemplarán el recurso a la mediación u otros ADR/MASC en la medida en que puedan dar una efectiva satisfacción a sus derechos e intereses; no parece que tal incentivo —salvo para reclamaciones de escasa cuantía, y sin otras cuestiones, derechos o intereses implicados— pueda estimularles de forma efectiva a tal cosa, sobre todo si tienen la esperanza de un vencimiento objetivo total del contrario, que impliquen para ciudadano y abogado, respectivamente, el resarcimiento de los costes soportados y la ganancia de una cantidad que puede llegar a ser sustancialmente mayor, en función de la diferencia con lo efectivamente cobrado, en concepto de costas procesales²⁸⁷.

No es el camino más adecuado para la implantación de los ADR/MASC en Europa y en España centrar el debate en su obligatoriedad o no, como tampoco lo es el recurso a estímulos artificiales, bien dificultando el acceso a los tribunales a través de trabas económicas por medio de tasas judiciales, bien expulsando del acceso las reclamaciones de hasta cierta cuantía, o bien mediante incentivos fiscales directos para el recurso a la mediación, de los que solo se beneficiarían realmente los que de todos modos lo habrían resuelto así, trasladando además el costo a los usuarios de todo el sistema económico vía impuestos, o a costa de los recursos destinados a Justicia²⁸⁸.

Tampoco lo es demonizar el proceso jurisdiccional, identificándolo con una «guerra» entre las partes oponiéndolo a la «cultura de la paz»²⁸⁹, que se quiere

²⁸⁷ Sobre la falta de neutralidad del actual sistema de imposición de costas procesales conforme al criterio del vencimiento objetivo en la elección del sistema para su resolución *vid.* MARTÍNEZ PALLARÉS, J.I. «El debate sobre las costas procesales, desde la perspectiva ADR», *Práctica de los Tribunales*, N.º 131, marzo-abril 2018.

²⁸⁸ En Italia, Carlos Pilia señala que fue la dramática situación de su sistema judicial la que motivó la opción por la obligatoriedad de la mediación, pero advierte de que los incentivos fiscales, por un lado, aumentan un grave problema de disponibilidad de recursos que, en base al Decreto Legislativo n. 28/2010, deben provenir del único fondo de justicia, y, por otro lado, el sistema de financiación debe establecerse de manera diferente, porque a través de los beneficios y exenciones fiscales, los costos se trasladan de los usuarios a todo el sistema económico o a los impuestos generales. PILIA, C., *op. cit.*, pp. 195-196.

²⁸⁹ Ello no impide reconocer, con Francisco Javier Gorjón Gómez, que «la sociedad requiere de opciones, de fórmulas de entendimiento para vivir en armonía, que sean vinculantes, que generen el respeto a la vida, la disminución de conductas violentas y antisociales, y la promoción y la práctica de la no violencia por medio de la educación, el diálogo y la cooperación», y debe tomar conciencia de que hay métodos distintos al judicial para resolver sus conflictos, lo que requiere un profundo cambio de conciencia social. GORJÓN GÓMEZ, F.J., «Teoría de la impetración de la justicia. Por la necesaria ciudadanía de la justicia y la paz», *Comunitania. Revista Internacional del Trabajo Social y Ciencias sociales*, N.º10, julio 2015.

identificar con la mediación²⁹⁰. Y tampoco es el camino más adecuado centrar todos los esfuerzos en la mediación, olvidando que los sistemas ADR/MASC son muy numerosos, y no se limitan a los antes enumerados al tratar su desarrollo en los EE.UU., por ser los más comunes y reconocidos —fundamentalmente en el ámbito empresarial y de negocios de países anglosajones, que es donde más se han desarrollado estos sistemas alternativos—, dada la flexibilidad de su configuración que depende de la voluntad de las partes.

Su adecuada implementación pasaría por un mejor desarrollo de los ADR/MASC más comunes, más o menos usados, pero ya existentes y reconocidos en nuestro ámbito y por la legislación española, como la negociación, la conciliación, la mediación y el arbitraje, y por su adecuada relación con el proceso jurisdiccional de forma que se permita acudir a esos y otros métodos ADR/MASC, no por razones extrañas y ajenas a los intereses y derechos de las partes en liza, sino porque garanticen adecuadamente esos intereses y derechos fundamentales del justiciable, sin que en modo alguno se vea afectado su derecho a la tutela judicial efectiva²⁹¹.

²⁹⁰ Como afirma Jordi Nieva-Fenoll, ni es una guerra, ni tan siquiera la simboliza, «es todo lo contrario a una batalla, porque exactamente igual que la mediación, también es un medio de resolución pacífica de conflictos, que siempre ha tenido como finalidad la prevención de la autotutela, de la venganza en definitiva, que es justamente la única razón de ser del salvajismo que implica la guerra». NIEVA-FENOLL, J., «La mediación: ¿una “alternativa” razonable al proceso judicial?», *Práctica de los Tribunales. Monográfico: La mediación civil (Ley 5/2012)*, La Ley, abril 2013, p. 48.

²⁹¹ Fernando Martín Diz apuesta por «una reformulación del concepto constitucional del denominado “derecho a la tutela judicial efectiva” hacia la transformación del mismo, tanto en su contenido como en su formulación, en el “derecho a la tutela efectiva de la Justicia”, de contenido más amplio e integrador, en el sentido de abarcar como derecho fundamental del ciudadano el acceso libre, voluntario y pleno a cualquier forma de solución legal de conflictos, sea judicial o extrajudicial, siempre y cuando se encuentre previamente regulada, y esté dotada de todas las garantías jurídicas imprescindibles para salvaguardar los derechos fundamentales de todo ciudadano y facilitar la resolución pacífica y jurídicamente garantizada de controversias». MARTÍN DIZ, F., «Mediación en Derecho privado...», *op. cit.* p. 4. En el mismo sentido propone Ixusko Ordeñana Gezuraga lo que denomina el «derecho jurisdiccional diversificado», como última fase de una evolución del derecho jurisdiccional que llevaría a englobar dentro del mismo «todos los mecanismos, técnicas o procedimientos que ofrece el Estado para resolver los conflictos jurídicos —para hacer justicia, en definitiva, garantizando el orden público, la paz social y el bien común—: la jurisdicción y las técnicas tradicionalmente llamadas alternativas». ORDEÑANA GEZURAGA, I. «¿Quién le pone el cascabel al gato? O sobre la necesidad de constitucionalizar las técnicas extrajurisdiccionales en nuestro ordenamiento jurídico y una propuesta abierta al debate», *Revista Vasca de Derecho Procesal y Arbitraje*, Vol. 30, N.º 3, 2018, pp. 534- 535.

CAPÍTULO VII. - SPAIN IS DIFFERENT, OR NOT? PULSOS, IMPULSOS Y PULSIONES EN TORNO A LA IMPLEMENTACIÓN DE LOS ADR/MASC EN ESPAÑA

1. PRECEDENTES. EL HECHO DIFERENCIAL AUTONÓMICO

1.1. El marco competencial y su desbordamiento

Señala el artículo 137 de la Constitución Española que el Estado se organiza territorialmente en municipios, provincias y Comunidades Autónomas que se constituyan, gozando todas ellas de autonomía para la gestión de sus respectivos intereses, regulándose las competencias de las Comunidades Autónomas y del Estado, y la posibilidad de delegación o de normas de armonización en sus artículos 148 a 151.

La Constitución no hace referencia alguna a la mediación, como tampoco la hace a otras formas de solución de controversias, como la negociación —con la excepción de la negociación colectiva laboral, a la que se refiere el artículo 37 para garantizarla, como la fuerza vinculante de los convenios—, o el arbitraje, al que sí se refería la Constitución de 1812, ni, por tanto, se refiere expresamente a ella al realizar la distribución competencial entre Estado y Comunidades Autónomas, lo que plantea el problema del título competencial.

A este respecto debe apuntarse que, si bien el artículo 149.1 de nuestra Constitución se refiere a la competencia exclusiva del Estado en materia de legislación mercantil y procesal y legislación civil, sin perjuicio esta última «de la conservación, modificación y desarrollo por las Comunidades Autónomas de los derechos civiles, forales o especiales allí donde existan»²⁹² —reglas 6ª y 8ª

²⁹² La DF 5ª de la Ley 5/2012, de 6 de julio, de Mediación en asuntos civiles y mercantiles, como antes la Disposición Final sexta del Real Decreto Ley 5/2012, de 5 de marzo, se refiere al título competencial, y señala que esta ley, estatal, «se dicta al amparo de la competencia exclusiva del Estado en materia de legislación mercantil, procesal y civil, establecida en el artículo 149.1.6ª y 8ª de la Constitución», de conformidad con lo señalado en el apartado III del Preámbulo

respectivamente—, a continuación, el artículo 149.3, establece el carácter supletorio de la normativa estatal respecto del derecho de las comunidades autónomas en todas aquellas materias que, no estando atribuidas a la competencia exclusiva del Estado, puedan corresponder a las comunidades autónomas en virtud de sus respectivos Estatutos, y las asuman.

Pues bien, puesto que la protección social y económica y jurídica de la familia así como la protección integral de los hijos, cualquiera que sea su filiación²⁹³, no solo no aparece en dicho listado de competencias exclusivas reservadas por el artículo 149 de la CE para el Estado, sino que el artículo 39.1 de la CE, la consagra, dentro de los principios rectores de la política social y económica, como una obligación que corresponde a todos los poderes públicos²⁹⁴, las comunidades autónomas, con un alcance limitado, desde el punto de vista de la materia, en general, al ámbito familiar, y desde el punto de vista territorial al del territorio de la correspondiente comunidad autónoma, comenzaron a regular tempranamente la mediación desde el año 2001, con una actividad tan fructífera que en varios casos, como en Cataluña, Valencia, Castilla La Mancha, o Baleares, ya existe una segunda ley de mediación que ha venido a sustituir a leyes anteriores, que en ocasiones ha rebasado el marco de sus competencias.

Estando claro el título competencial en la mayoría de las leyes autonómicas, basado en la competencia exclusiva que se atribuyen las respectivas Comunidades respecto a los servicios sociales, es notorio y hay que destacar las íntimas

de la Ley, cuando señala que «La presente Ley se circunscribe estrictamente al ámbito de competencias del Estado en materia de legislación mercantil, procesal y civil, que permiten articular un marco para el ejercicio de la mediación, sin perjuicio de las disposiciones que dicten las Comunidades Autónomas en el ejercicio de sus competencias».

²⁹³ En este sentido, por ejemplo, el Preámbulo de la Ley 1/2007, de 21 de febrero, de Mediación Familiar de la Comunidad de Madrid, cuando señala que «En España, la Constitución Española de 1978 establece, en su artículo 39, la obligación de los poderes públicos de asegurar la protección social, económica y jurídica de la familia, así como la protección integral de los hijos, cualquiera que sea su filiación», señalando a continuación que: «La Comunidad de Madrid tiene atribuida la competencia exclusiva en materia de servicios sociales, de acuerdo con el artículo 26.1, apartados 23 y 24 de su Estatuto de Autonomía».

²⁹⁴ En este sentido, por ejemplo, la Ley 1/2006, de 6 de abril, de mediación familiar de Castilla y León, cuando señala en su preámbulo que «En el caso de España, cuya Constitución establece la obligación de los poderes públicos de asegurar la protección social, económica y jurídica de la familia, se han venido produciendo diversas iniciativas públicas y privadas para favorecer la mediación familiar. A nivel estatal, el Plan Integral de Apoyo a la Familia 2001-2004 estableció como una de sus líneas estratégicas la de desarrollar los servicios de orientación y/o mediación familiar. Por su parte, algunas Comunidades Autónomas han aprobado diversas normas reguladoras de la institución». Por dicha razón declara a continuación que la Ley «regula la mediación familiar como un procedimiento extrajudicial, sin atribuirle en ningún caso efectos procesales, cuya competencia, según el artículo 149.1.6 de la Constitución Española, corresponde en exclusiva al Estado. Se trata de un procedimiento complementario y no alternativo al sistema judicial de resolución de conflictos, por lo que es totalmente respetuoso con el derecho de las personas a la tutela judicial efectiva».

vinculaciones con la Administración de Justicia, que no se olvidan en algunos de estos textos, de forma que las competencias en materia de mediación se ejercen a través del departamento o consejería que tengan atribuida la competencia en materia de Justicia²⁹⁵; o bien se refieren a las indudables ventajas que puede suponer la mediación, tanto para los ciudadanos como para la Administración de Justicia, en tanto que tiene la capacidad de evitar o reducir el número de litigios de los que conoce, tanto en fase declarativa como en la fase posterior de ejecución²⁹⁶, aunque la derivación por parte de jueces y magistrados a mediación, las consecuencias que sobre el proceso judicial tengan el inicio de un procedimiento de mediación familiar, y la eficacia dentro de un proceso judicial de los acuerdos alcanzados a través de la mediación, sea extrajudicial o intrajudicial²⁹⁷, se rijan en todo caso por lo establecido por la normativa estatal.

²⁹⁵ En este sentido la Ley 15/2003, de 8 de abril, de mediación familiar de Canarias que vincula esta institución al departamento que tenga en cada momento competencias relacionadas con la Administración de Justicia, al entender que, pese a que la institución tiene innumerables beneficios de orden social, igualmente beneficia a la Administración de Justicia en tanto en cuanto viene llamada a resolver conflictos familiares en sentido amplio, y a ejecutarlos en su caso. En igual sentido, la Ley 1/2011, de 28 de marzo, de mediación de la Comunidad Autónoma de Cantabria, cuyo artículo 15 señala que ejerce su competencia en materia de mediación a través de la Consejería competente en materia de Justicia, sin perjuicio de las actividades de mediación que puedan desarrollar otras Consejerías del Gobierno de Cantabria.

²⁹⁶ La Ley 3/2007, de 23 de marzo, de Mediación Familiar del Principado de Asturias, señala en su Preámbulo que el fundamento de su competencia está en el artículo 10.1.24 de su Estatuto, que le atribuye la competencia exclusiva en materias de asistencia y bienestar social, y, señala a continuación —producida ya la modificación del artículo 770 LEC por Ley 15/2005, de 8 de julio, para permitir solicitar la suspensión del proceso, conforme al artículo 19.4 LEC, para someterse a mediación—, que se refiere a las ventajas que la mediación familiar supone para el ciudadano por su sencillez, su rapidez y el ahorro de costes, y a las indudables ventajas para la Administración de Justicia, en tanto que evita o reduce el número de litigios, tanto en su fase declarativa como en la fase posterior de ejecución, reconociendo la falta de competencia en materia de carácter civil o procesal. En el mismo sentido, pero desde otro punto de vista, cabe destacar la ley 4/2005, de mayo, del Servicio Social Especializado de Mediación Familiar de Castilla-La Mancha, que lo configuraba como un servicio social especializado incardinable en el programa de familia, pero se refería también a las dificultades de la Administración de Justicia para hacer frente a estos conflictos.

²⁹⁷ A ello se refiere la Ley 9/2011, de 24 de marzo, de Mediación Familiar de Aragón, que se hace eco de que su vigente Estatuto de Autonomía le atribuye la competencia exclusiva en lo relativo a los medios personales y materiales de la Administración de Justicia, al haberse hecho efectiva la transferencia mediante RD 1702/2007, de 14 de diciembre. Y recuerda que la LOPJ coloca al lado de la oficina judicial la unidad administrativa a la que corresponderá la jefatura, ordenación y gestión de los recursos humanos, medios informáticos y demás medios materiales, atribuyéndose en el artículo 456.3 al letrado de la Administración de Justicia las conciliaciones, llevando a cabo la labor mediadora, lo que unido a que la LEC (a la que remite la Ley 2/2010, de igualdad en las relaciones familiares ante la ruptura de la convivencia de los padres) en su artículo 770 y siguientes regula las demandas de separación y divorcio, por el trámite de juicio verbal, pudiendo las partes, de común acuerdo, solicitar la suspensión del proceso para someterse a mediación, obliga «a reconocer al lado de la mediación extrajudicial

No se puede olvidar que las comunidades autónomas citadas, con la excepción de Castilla La Mancha, tenían traspasadas las competencias en materia de Justicia, correspondiéndoles dotar los medios personales, materiales y económicos necesarios para el correcto funcionamiento de la Administración de Justicia en sus respectivos territorios, con anterioridad a la promulgación de sus respectivas leyes de mediación.

No es de extrañar, por tanto, que las leyes de mediación de comunidades autónomas con competencias transferidas, —por las mismas razones que en los ámbitos de la Unión Europea, y de España— se refieran explícitamente, además de a los beneficios que para las relaciones personales, y en particular las familiares, pueda conllevar la implantación de la mediación, a la necesidad de reducir la carga de trabajo que llega a sus juzgados y tribunales, colapsados por la falta de medios personales, materiales y económicos, y por el uso deficiente e insuficiente de los que ya existen.

Junto con la vinculaciones con la Administración de Justicia, por la asunción de competencias en esta materia por las comunidades autónomas, y vinculado con ella en muchos casos, se ha venido produciendo otro fenómeno, y es el carácter expansivo del ámbito de aplicación de estas normativas autonómicas, que han servido en buena medida de antecedente a la regulación de la mediación a nivel estatal, desbordando en muchos casos al marco propio del título competencial —la competencia exclusiva en servicios sociales— al que nos hemos referido. Así, Ley 1/2008, de 8 de febrero, de Mediación Familiar del País Vasco, se refiere con carácter general, en su artículo 5, a conflictos surgidos «entre las personas unidas con vínculo conyugal o familiar hasta el cuarto grado de consanguinidad, adopción o afinidad, así como entre las que constituyan pareja de hecho o grupo convivencial, siempre que todos los conflictos citados en este precepto versen sobre materias de Derecho privado respecto a las cuales el ordenamiento jurídico vigente en cada momento reconozca a las personas interesadas la libre disponibilidad o, en su caso, la posibilidad de ser homologadas judicialmente». La Ley de Cataluña 15/2009, de 22 de julio, de mediación en el ámbito del derecho privado, se refiere no solo a cualquier conflicto en el ámbito de la persona y de la familia, sino a cualquier cuestión o pretensión en materia de derecho privado, y también la Ley 1/2011, de 28 de marzo, de Mediación en Cantabria, que se refiere a la mediación en materia de libre disposición de las partes conforme a la legislación que resulte de aplicación²⁹⁸. En el mismo sentido lo hace la Comunidad Autónoma de Cantabria

la mediación intrajudicial como instrumento de apoyo y colaboración a la labor jurisdiccional desarrollada por Juzgados y Tribunales».

²⁹⁸ La Ley 15/2009 recoge como objeto de la mediación en su artículo 2, no solo a la mediación familiar entendida en toda su amplitud, sino a la mediación civil, que comprende «cualquier tipo de cuestión o pretensión en materia de derecho privado que pueda conocerse en un proceso judicial y que se caracterice porque se haya roto la comunicación personal entre las partes, si éstas deben mantener relaciones en el futuro», refiriéndose particularmente «entre

en la Ley 1/2011, de 28 de marzo, de Mediación, cuando en su artículo 4 se refiere a toda la materia de libre disposición por las partes, conforme a la legislación que le resulte de aplicación²⁹⁹, y la más reciente Ley 24/2018, de 5 de diciembre, de la Generalitat, de Mediación en la Comunitat Valenciana, cuando en su artículo 3 señala como objeto de la mediación los conflictos «que versen sobre materias de libre disposición», y «los relativos a materias sobre las que las personas acogidas a mediación puedan alcanzar acuerdos en virtud de la legislación que sea de aplicación, cuando la normativa estatal lo permita».

1.2. Sobre el concepto de mediación y la evolución de la figura del mediador en el ámbito autonómico

El concepto de mediación que resulta de esta normativa autonómica es en general bastante uniforme, con algunas excepciones, configurándose como un método de resolución extrajudicial de conflictos, voluntario para las partes, caracterizado por la intervención de una tercera persona imparcial y experta sin capacidad para tomar decisiones por las partes, que tiene como misión generar un marco de diálogo que facilite la comunicación, poniendo en su manos las técnicas y la información necesaria para que alcancen por sí mismas acuerdos,

otros» —es decir, de forma simplemente enumerativa y abierta— a los conflictos en el ámbito de asociaciones y fundaciones, en el ámbito de la propiedad horizontal y urbanizaciones (ruidos, humos, uso y abuso de espacios comunes, etc.), que afecten a la convivencia ciudadana y susceptibles de dar lugar a un proceso judicial, de diferente interpretación de la realidad por la coexistencia de diferentes culturas, y —letra e)— a «cualquier otro conflicto de carácter privado en que las partes deban mantener relaciones personales en el futuro, si, razonablemente, aún puede evitarse la iniciación de un litigio ante los juzgados o puede favorecerse la transacción». Se trata, por tanto, de una Ley que viene a comprender todo el ámbito de las relaciones privadas.

²⁹⁹ La Ley, al amparo, según su Preámbulo, de las competencias que le atribuye el Estatuto de Autonomía «en lo relativo al desarrollo legislativo en materia de ejercicio de profesiones tituladas, como será la de mediador» —artículo 25.5 del Estatuto— y «en materia de “asistencia, bienestar social y desarrollo comunitario incluida la política juvenil, para las personas mayores y de promoción de la igualdad de la mujer” y de “protección y tutela de menores”, en aplicación de lo dispuesto en el artículo 39 de la Constitución Española», rebasa el marco de las relaciones familiares, alineándose de forma explícita con la regulación que, excediendo también del ámbito puramente familiar, ha hecho la Comunidad Autónoma de Cataluña, y «tratando de superarla y dar un ámbito absolutamente integral a esta institución, al estar inspirada fundamentalmente en el deseo de fomentar la cultura del arreglo amistoso y de evitar el número de asuntos que llegan a los órganos judiciales de nuestra Comunidad Autónoma». Dicha declaración de intenciones se traduce en la definición que hace de la mediación en el artículo 2, con carácter general, sin ceñirla a la mediación familiar, al señalar que, a los efectos de la propia Ley, «se entiende por mediación aquel procedimiento estructurado en el que dos o más partes en un conflicto o litigio intentan voluntariamente alcanzar por sí mismas un acuerdo sobre la resolución de su controversia, con la asistencia de un mediador profesional», y al señalar en su artículo 4 que «La mediación se referirá a aquellas materias que sean de libre disposición de las partes conforme a la legislación que resulte de aplicación».

justos, duraderos y estables, y, evitar que se inicien procesos judiciales contenciosos, poner fin a los ya iniciados, o al menos reducir su alcance³⁰⁰; y todo ello bajo los principios generales informadores de la mediación, como son la voluntariedad, neutralidad, imparcialidad y confidencialidad³⁰¹.

Hay excepciones a esa configuración general, y así la Ley 4/2001, de mediación familiar en Galicia, recoge en su Preámbulo, que la actuación del mediador se puede materializar en la «simple mediación conciliadora o, en su caso, en propuestas de solución a aceptar, o no, libremente por los sujetos en conflicto», porque afirma que «esta institución participa, en realidad, de las características técnicas de la mediación y la conciliación»³⁰². Y en el mismo sentido la derogada Ley 18/2006, de mediación familiar en las Islas Baleares, cuyo artículo 2; sobre principios rectores, afirmaba sobre la neutralidad que la persona mediadora debía ayudar a conseguir la conciliación de los sujetos en conflicto sin imponer criterios propios en su toma de decisiones, aunque podía ofrecerles propuestas de solución, posibilidad que ha sido eliminada en la vigente Ley 14/2010. En ese sentido se manifiesta el artículo 8 de la Ley 1/2008, de mediación familiar en el País Vasco, cuando prescribe en relación con el deber de neutralidad que la persona mediadora «deberá abstenerse de dar su opinión, sugerir o proponer acuerdos, siendo su obligación respetar los puntos de vista de las partes y preservar su igualdad en la negociación», consistiendo su labor «en conseguir que las partes alcancen por sí mismas soluciones al asunto sometido a mediación».

Es este un tema que no es pacífico ni baladí, porque puede afectar a uno de los principios básicos de la mediación, como es la neutralidad, y, combinada con la *mandatory mediation*, puede tener graves efectos sobre la libertad de las partes en el desarrollo del proceso de mediación y en los acuerdos a los que se lleguen.

En cuanto a la figura y al papel del mediador en la legislación autonómica, la mediación aparece como un proceso caracterizado por la intervención de una tercera persona imparcial y experta, el mediador, que todos coinciden en

³⁰⁰ Del Preámbulo y del artículo 1 de la derogada Ley 1/2001, de 15 de marzo, de mediación familiar de Cataluña, Preámbulo y artículo 1 de la derogada Ley 7/201, de 26 de noviembre, de mediación familiar en Valencia, Preámbulo y artículo 2 de la Ley 15/2003, de 8 de abril de mediación familiar en Canarias, Exposición de Motivos y artículo 1 de la Ley 1/2006, de 6 de abril de mediación familiar en Castilla y León.

³⁰¹ Del Preámbulo de la Ley 1/2007, de 1 de febrero, de mediación en la Comunidad de Madrid, y de la Ley 1/2009, de 27 de febrero, de mediación familiar en la comunidad de Andalucía.

³⁰² Ambas instituciones, mediación y conciliación, comparten técnicas en cuanto dichas técnicas son las de negociación, pudiendo afirmarse que «la negociación es y debe ser la base de la mediación. No podemos saber mediar si no sabemos negociar. Si por negociación entendemos el proceso en virtud del cual dos o más partes tratan de llegar a un acuerdo que satisfaga al máximo sus respectivos intereses, la mediación no es otra cosa que ése mismo proceso en el que un tercero ayuda a las partes a tratar de alcanzar un acuerdo que satisfaga sus respectivos intereses». GALEOTE MUÑOZ, M.P., «La mediación en asuntos civiles y mercantiles. La mediación concursal», en *Revista de Derecho Patrimonial* N.º 34/2014, Aranzadi, 2014.

señalar como el eje central de la mediación. Pero sobre las condiciones para ser considerado experto, merece la pena destacar que, progresivamente, los legisladores autonómicos van ampliando las titulaciones universitarias exigidas para poder actuar como mediador (o, a sensu contrario, diluyendo la exigencia de una formación universitaria específica), y aumentando la importancia y la exigencia de una preparación técnica específica y continuada en mediación³⁰³.

³⁰³ La Ley 1/2001, de 15 de marzo, de mediación familiar de Cataluña, exigía (art. 7) que fuera abogado, psicólogo, trabajador social, educador social o pedagogo, colegiado en el colegio profesional respectivo. La Ley 4/2001, de 31 de mayo, de mediación familiar en Galicia, requiere (art. 2) que sea un profesional especializado, que deberá estar inscrito en el Registro de mediadores y reunir los requisitos de experiencia profesional y formación específica que se establezcan reglamentariamente, pero en todo caso deberán ser expertos en actuaciones psico-sociofamiliares. La derogada Ley 7/2001, de 26 de noviembre, de mediación familiar en la Comunidad Valenciana, se refería a una formación universitaria en las disciplinas de Derecho, Psicología o Trabajo Social, Educación Social o Graduado Social, aunque admitía otras licenciaturas, siempre que acreditaran una formación universitaria específica de postgrado, mínima de especialista. La Ley 15/2003, de 8 de abril, de mediación familiar de Canarias, exige (art. 5) titulación universitaria en las carreras de Derecho, Psicología, Trabajo Social u otras Ciencias Sociales, y estar inscrito en sus respectivos colegios profesionales, además de una formación específica en mediación familiar. En parecidos términos el art. 6 la Ley 4/2005, de 24 de mayo, de mediación familiar en Castilla La Mancha, y el art. 8 de la Ley 1/2006, de 6 de abril, de mediación familiar en Castilla León, recoge el mismo listado que la anterior, añadiéndole cualquier otra Licenciatura o Diplomatura o titulaciones equivalentes de carácter social, educativo, psicológico, jurídico o sanitario. En los mismos el artículo 13 de la ley 1/2009, de 27 de febrero, de Mediación familiar en Andalucía. El art. 12 de la Ley 1/2007 de 21 de febrero, de mediación en la Comunidad de Madrid, lo extiende a cualquier título de grado superior o medio con validez en territorio español, que acredite la formación teórico-práctica específica en mediación en los términos que se señalen reglamentariamente. El art. 9 de la Ley 1/2008, de 8 de febrero, de mediación familiar en el País Vasco, requiere titulación universitaria en Derecho, Psicología, Pedagogía, Psicopedagogía, Trabajo Social o Educación Social, u otras titulaciones que en el desarrollo reglamentario se equiparen a ellas por el contenido de su formación, además de una «preparación específica, suficiente y continua en mediación familiar». En esta formación específica inciden, la vigente Ley 15/2009 de 22 de julio de mediación en el ámbito del derecho privado en Cataluña, al exigir un título universitario oficial y una formación y capacitación específicas en mediación, la vigente Ley 24/2018, de 5 de diciembre, de la Generalitat, de Mediación en la Comunitat Valenciana, y la Ley 1/2011, de 28 de marzo de mediación en la Comunidad de Cantabria, cuando requiere (art. 25), junto a la titulación universitaria, la superación de un curso teórico-práctico de experto, máster o postgrado en mediación.

2. LA LEY 5/2012, DE 6 DE JULIO, DE MEDIACIÓN EN ASUNTOS CIVILES Y MERCANTILES

2.1. Primer precedente estatal. La Ley 15/2005, de 8 de julio, por la que se modifican el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de separación y divorcio

En el ámbito estatal la mediación aparece por vez primera en la Ley 15/2005, de 8 de julio, de modificación del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de separación y divorcio, cuyo fin era superar la Ley 30/1981, de 7 de julio, que concebía el divorcio como un último recurso al que podían acogerse los cónyuges cuando era evidente que, tras un dilatado periodo de separación, no era factible su reconciliación, y que establecía una serie de causas para disolver el matrimonio, como el cese efectivo de la convivencia conyugal o la violación grave y reiterada de los deberes conyugales, lo que en muchos casos provocaba el enconamiento y agravación del conflicto.

La reforma daba solución a dicha situación —que *de facto* ya venía siendo abordada por muchos juzgados y tribunales, que admitían la pérdida de la *afectio maritalis* como causa suficiente para conceder el divorcio, sin necesidad de probar la culpabilidad del otro cónyuge—, eliminando la exigencia de la separación previa (aunque mantenga la posibilidad de la separación judicial como figura autónoma), que obligaba a un doble proceso judicial, con el consiguiente coste económico, y también personal al alargarse la situación de conflicto, y admitiendo como causa de divorcio la simple voluntad de uno de los cónyuges de disolver el matrimonio.

Pues bien, en línea con esta voluntad de, en la medida de lo posible, evitar o al menos disminuir o dar una solución no judicial a la conflictividad de los cónyuges, de mantener la comunicación y el diálogo, y de garantizar la protección del interés superior del menor, en la Exposición de Motivos de la Ley se señala que la intervención judicial debe reservarse para cuando haya sido imposible el pacto, o el contenido del mismo sea lesivo para los hijos menores o incapacitados o uno de los cónyuges, y no atiendan el requerimiento de modificación, reservando para estos casos que se dicte una resolución judicial imponiendo las medidas necesarias. Y para que las partes consigan ese acuerdo evitando la resolución judicial, salvo para ratificar lo acordado, se refiere al establecimiento de la mediación como un «recurso voluntario alternativo de solución de los litigios familiares por vía de mutuo acuerdo con la intervención de un mediador, imparcial y neutral». A tales efectos, la disposición final primera de la Ley modifica la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil y, entre otros, modifica su artículo 770, sobre el procedimiento de separación o divorcio, y añade una nueva regla, la 7ª, en la que se establece la posibilidad de que las partes soliciten de común acuerdo, conforme

al artículo 19.4 de la misma Ley, la suspensión del proceso para someterse a mediación.

Se trata de un primer paso en la legislación estatal, que viene a introducir de modo explícito, y a dar carta de naturaleza en el proceso judicial, a lo que de hecho ya se podía hacer y se venía haciendo al amparo del mismo artículo 19.4 LEC al que se refiere³⁰⁴, existiera o no una ley reguladora de la mediación familiar, puesto que de hecho ya existían personas que actuaban como mediadores familiares, aun cuando no existiera una legislación que amparara dicho proceso, ya se habían dictado leyes reguladoras de la mediación familiar por las comunidades autónomas de Cataluña, Galicia, Valencia, Canarias y Castilla La Mancha, y existían diferentes iniciativas y propuestas en el ámbito europeo, a las que ya se ha hecho antes mención.

Por otro lado, en la misma disposición final primera, se da una nueva redacción al artículo 777 LEC, para recoger, en el ámbito del proceso de separación o divorcio de mutuo acuerdo, el acuerdo al que se hubiera llegado, en su caso, en el proceso de mediación al señalar que al escrito por el que se promueva el procedimiento «deberá acompañarse la certificación de la inscripción del matrimonio y, en su caso, las de inscripción de nacimiento de los hijos en el Registro Civil, así como la propuesta de convenio regulador conforme a lo establecido en la legislación civil y el documento o documentos en que el cónyuge o cónyuges funden su derecho, incluyendo, en su caso, el acuerdo final alcanzado en el procedimiento de mediación familiar...».

La disposición final tercera de la Ley 15/2005, establecía que el Gobierno remitiría a las Cortes un proyecto de ley sobre mediación basada en los principios establecidos en las disposiciones de la Unión Europea, y en todo caso en los de voluntariedad, imparcialidad, neutralidad y confidencialidad y en el respeto a los

³⁰⁴ Como recuerda Fernando Jiménez Conde, «Desde antiguo la mediación ha sido considerada un modo legítimo de autocomposición para resolver conflictos, junto al más tradicional o clásico de la negociación directa entre las partes y/o sus abogados. [...], aunque solo podía operar por la vía de la transacción que regula el artículo 1809 del Código Civil (CC) en sus dos modalidades, judicial y extrajudicial». JIMÉNEZ CONDE, F., «La mediación en material civil y mercantil», en *Il Diritto Patrimoniale di fronte alla crisi economica in Italia ein Spagna*, (Dir. MURGA FERNÁNDEZ, J.P., TOMÁS TOMÁS, S.), Wolters Kluwer Italia, San Giuliano Milanese, 2014, pp. 371-383. Por su parte, María Elena Cobas Cobiella y Javier Valero Llorca, refieren como pionera la SAP Valladolid (Sección 1ª), núm. 390/2011, de 27 de diciembre, señalando que se adelanta a las modificaciones de la LEC producidas por la aprobación de la Ley 5/2012, accediendo a la solicitud de las partes de suspensión del procedimiento para someter el asunto a un proceso de mediación basándose en los artículos 19 y 770.7 LEC, normas que son el marco jurídico que permite a los magistrados de la Audiencia suspender el procedimiento. COBAS COBIELLA, M.E., VALERO LLORCA, J., «A propósito de la mediación familiar intrajudicial. Una sentencia pionera. Comentario a la Sentencia de Apelación nº390/2011, de 27 de diciembre, de la Sección 1ª de la Audiencia Provincial de Valladolid», *Revista de Derecho Patrimonial* N.º 30/2013, Aranzadi, Artículo BIB 2013/524. 2013.

servicios de mediación creados por las comunidades autónomas, aunque sin dar plazo para ello. Todavía habría que esperar siete años para que se cumpliera ese mandato y, para entonces, buena parte de las comunidades autónomas ya habían dictado sus propias leyes regulando la mediación y, en algún caso, como Cataluña y las Islas Baleares, ya iban por su segunda ley de mediación, recogiendo toda la experiencia acumulada de las anteriores.

Como afirma UTRERA GUTIÉRREZ, la mediación civil y mercantil regulada por la Ley 5/2012 tiene una clara deuda con el Derecho de Familia, pues fue en el ámbito de estos procesos donde en primer lugar se introdujo en la LEC el recurso a la mediación con la Ley 15/2005, «y van a ser las experiencias acumuladas en los Juzgados de Familia las que puedan servir de guía inicial en su desarrollo práctico, muy especialmente en el ámbito de la mediación intrajudicial»³⁰⁵.

2.2. Segundo precedente estatal. El proyecto de Ley de mediación en asuntos civiles y mercantiles de 2011

El 29 de abril de 2011, estando ya prácticamente vencido el plazo para incorporar al Derecho español la Directiva 2008/52/CE, que vencía el 21 de mayo de 2011, se publica en el Boletín Oficial de las Cortes Generales un proyecto de ley de mediación en asuntos civiles y mercantiles³⁰⁶, con el que el legislador, dando cumplimiento a la previsión de la disposición final tercera de la Ley 15/2005, de 8 de julio, y yendo más allá de lo exigido en la Directiva comunitaria, que se limitaba a unas normas mínimas para el fomento de la mediación en los litigios transfronterizos, quiso conformar un régimen general aplicable a todo proceso de mediación que tuviera lugar en España, circunscrito a los ámbitos civil y mercantil, y que quisiera tener efectos jurídicos vinculantes, sin que ello impidiera la existencia de otros tipos de mediaciones que podrían seguir realizándose, como hasta entonces se habían venido realizando, pero sin los efectos jurídicos vinculados al procedimiento de mediación que regulaba.

2.2.1. La mediación como forma de acceso a la Justicia

El proyecto de ley, en la línea de los precedentes europeos apuntados, y tras reconocer la importancia de la Administración de Justicia como pieza clave del Estado de Derecho, afirma que su modernización «no se circunscribe a la mejora de su organización, o al perfeccionamiento y depuración de las normas procesales» sino que «también es necesario abordar fórmulas válidas y aceptadas en el Estado de Derecho, orientadas a *dimensionar* —la cursiva es mía— el creciente volumen

³⁰⁵ UTRERA GUTIÉRREZ, J.L., «La Ley 5/2012 de mediación en asuntos civiles y mercantiles y su incidencia en los procesos de familia», *Diario La Ley*, N.º 7996, 2013, p. 1.

³⁰⁶ Disponible en Boletín Oficial de las Cortes Generales, Congreso de los Diputados, núm. 122-1 de 29 de abril de 2011. http://www.congreso.es/public_oficiales/L9/CONG/BOCG/A/A_122-01.PDF (Fecha de acceso: 30-9-2023).

de asuntos que llegan a la jurisdicción favoreciendo un uso más racional de los recursos disponibles». A tales efectos manifiesta «apostar» por la mediación por ver en ella «un cauce con claros beneficios para la Administración de Justicia y para los ciudadanos, que podrán disponer, si voluntariamente así lo deciden, de un instrumento muy sencillo, ágil, eficaz y económico, para la solución de sus conflictos, alcanzando por sí solos un acuerdo al que la ley otorga fuerza de cosa juzgada, como si de una sentencia judicial se tratase», configurando a tales efectos un procedimiento de mediación.

Habría que empezar por señalar que este proyecto, pese a su enunciado, no limitaba su aplicabilidad a la mediación en los asuntos civiles o mercantiles, sino que, en consonancia con la no exclusión expresa, en su artículo 2.2, de la mediación con las Administraciones Públicas —exclusión que sí recoge el artículo 2.2 de la vigente Ley 5/2012, de 6 de julio—, en su disposición final tercera modificaba el artículo 77 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, para acoger la mediación intrajudicial. El problema no es la utilidad que pueda tener la mediación en un procedimiento contencioso-administrativo, cuyo objeto es garantizar el cumplimiento de la legalidad, como el hecho de imponerla a las partes, y en particular a la Administración, cuando el éxito depende de la voluntad de ambas de llegar a un acuerdo y ya ha existido una vía administrativa previa en la que ha sido imposible conseguirlo; y el problema en ese contexto es el riesgo evidente de dilación que supone la mediación, que se sumará a la dilación propia del proceso administrativo y del contencioso administrativo, así como el de permitir a juzgados y tribunales la posibilidad de deshacerse, siquiera sea temporalmente, de la obligación de juzgar y resolver³⁰⁷.

Habría que continuar por señalar que, frente a la supuesta vinculación existente entre la promoción de fórmulas como la mediación, alternativas al proceso judicial, y la Administración de Justicia, que se trata de justificar en la Exposición de Motivos del Proyecto de Ley, hay que denunciar que es un enfoque

³⁰⁷ Esto no significa que no sea posible la mediación, porque hay amplios sectores en el ámbito de la actividad administrativa que no están sujetos a una legalidad estricta, en los que la Administración dispone de un espacio de discrecionalidad para elegir entre diversas alternativas porque sus decisiones se rigen más por criterios de oportunidad que de legalidad (planificación y programación urbanística, medioambiental, de infraestructuras y obras públicas, educativa, fomento de actividades docentes y culturales, etc.); como hay ámbitos que trascienden las cuestiones jurídicas, como los conflictos derivados del uso de espacios públicos, de la utilización de servicios públicos, de la ubicación de equipamientos municipales, de los horarios de apertura y cierre de locales y desarrollo de actividades en espacios públicos, etc., en los que hay otras variables aparte el componente jurídico, y ahí, como señala Juan Luis Beltrán Aguirre, «es justamente donde la mediación puede desempeñar un papel decisivo para que esos conflictos se resuelvan, tras un fructífero diálogo entre la Administración y los ciudadanos, en el marco de la legalidad, pero también de la equidad». BELTRÁN AGUIRRE, J.L., «Una apuesta por la mediación administrativa», *Revista Aranzadi Doctrinal*, N.º 3/2014. Artículo BIB 2014/1459, 2014, pp. 5-7.

erróneo. Nada tiene que ver la mediación, su proceso «informal y privado», y el acuerdo al que en su caso se pueda llegar con la intervención de un mediador, con el proceso judicial que termina con una sentencia dictada por un juez, salvo el hecho de la existencia de un conflicto por solucionar, y nada tiene que ver aun cuando ese proceso de mediación sea intrajudicial, es decir, cuando se desarrolle por derivación a mediación de un proceso judicial ya iniciado realizada por el juzgado que conoce del mismo.

Nada tiene que ver la mediación con la Administración de Justicia, aun cuando en este proyecto, con tanto voluntarismo como defectuosa técnica jurídica, se intentara equiparar, a los efectos de su ejecución, el acuerdo obtenido en un proceso mediación a una sentencia. Y nada tienen que ver porque la mediación no tiene incidencia alguna en la mejora de la Administración de Justicia, salvo la indirecta que pudiera ocasionar la eventual disminución de los casos que pudieran llegar a su conocimiento, que es a lo que explícitamente se refiere la Exposición de Motivos del proyecto cuando habla de la mediación como una fórmula apta para *dimensionar* —esto es, reducir o limitar— el creciente número de asuntos que llegan a los tribunales, en lugar de *dimensionar*, diría yo, los magros y casi decimonónicos recursos destinados a la Administración de Justicia, adecuándolos a la realidad social y tráfico económico y jurídico del siglo XXI.

No es este, sin embargo, un aspecto que fuera objeto de crítica en el Informe del CGPJ al Anteproyecto de 2010, en el que se afirma que no se trata de privatizar ni de externalizar la función jurisdiccional, ni de suplantar a la Administración de Justicia, sino de complementarla, favoreciendo métodos alternativos de solución de disputas afirmando, que no son tanto una «alternativa a la justicia, como una justicia alternativa», y coincide con la Memoria que acompañaba al Anteproyecto cuando afirma que «el impulso de mecanismos como la mediación obedece a una nueva concepción del acceso a la justicia, beneficiosa para lograr tanto una mayor agilidad en la solución de los conflictos como un mejor funcionamiento de la Administración de Justicia».

2.2.2. Principio de voluntariedad y mediación obligatoria previa. Descubriendo el Mar Muerto

Si bien el proyecto de ley de mediación de 2011, afirmaba en su Preámbulo que el concepto de mediación acogido por ley se basaba en la plena libertad de las partes, a forma de reconocimiento explícito del principio general de voluntariedad que caracteriza, o debe caracterizar, el recurso a los sistemas ADR/MASC, y en particular por lo que ahora respecta a la mediación, también acogía como opción para impulsar su utilización, la exigencia de acudir a «la mediación en determinados casos, como requisito necesario y previo al proceso o a otro procedimiento extrajudicial de resolución de conflictos».

Ello se refleja —y es una característica específica de la concepción de la mediación en este proyecto—, en que, si bien en el apartado 1 del artículo 7 del mismo se establecía la voluntariedad de la mediación, ello lo hace «sin perjuicio de la obligatoriedad de su inicio cuando lo prevea la legislación procesal», y a tal fin:

— Añadía un nuevo párrafo segundo al apartado 2 del artículo 394 LEC, para recoger que «Se entenderá que existe temeridad a efectos de imposición de costas la inasistencia de una parte a la sesión informativa de la mediación cuando sea obligatoria», modificando el párrafo segundo del apartado 1 del artículo 395 LEC, en el mismo sentido de declarar la mala fe del demandado si antes de presentada la demanda «se hubiera iniciado procedimiento de mediación o dirigido contra él demanda de conciliación».

— Establecía como causa de inadmisión de la demanda, en la nueva redacción del artículo 403.3 LEC, no haber intentado las mediaciones o conciliaciones que fueran exigibles, e introducía un nuevo apartado en el artículo 437 LEC, estableciendo la obligatoriedad del intento de mediación en los juicios verbales que consistieran en reclamación de cantidad del artículo 250.2 LEC, es decir, en aquellos cuya cuantía no excediera de 6.000 €, dentro de los seis meses anteriores a la interposición de la demanda, siendo causa de inadmisión de la demanda —artículo 439.2 LEC— no acompañar junto con la misma el acta u otro documento acreditativo del intento de mediación.

No se sabe muy bien a qué quería referirse el legislador en el preámbulo de dicha ley cuando se refería a la mediación como requisito necesario y previo al proceso, «o a otro procedimiento extrajudicial de resolución de conflictos», de modo que el recurso a ellos evitara tener que acudir a la mediación, puesto que esos otros procedimientos a los que se podría haber acudido por las partes no tienen acogida alguna en las modificaciones propuestas en las leyes procesales, siendo preteridos por completo.

En todo caso, y por lo que se refiere a la señalada exigencia de mediación previa como requisito de acceso a los tribunales, se trataba de una opción del legislador legítima, en el sentido de que era una de las opciones —la obligatoriedad de la mediación— contempladas por la Directiva 2008/52/CE, de 31 de marzo que se trata de trasponer, como antes lo hicieron las Recomendaciones R (86) 12, y R (98) 1, o el Libro Verde, y después la Resolución del Parlamento Europeo de 13 de septiembre de 2011. Legítima, sí, pero de discutible oportunidad, por los procedimientos a que se refiere, y, podría decirse, de probada ineficacia, y ello por las siguientes razones.

En primer lugar, era muy discutible la oportunidad de imponer la obligatoriedad en procedimientos de reclamación de cantidad inferior a 6.000 €, asuntos de pequeña cuantía —los denominados *small claims* o asuntos bagatela— a los que al coste propio del procedimiento, al que se añadiría más tarde el coste

de la tasa judicial, se le imponía un requisito previo para poder acceder a los tribunales, como era el de la obligación de acudir a mediación dentro de los seis meses anteriores a la interposición de la demanda, lo que tiene su propio coste económico, al que hay que sumar el del asesoramiento legal, y que, pese a que puede ser perfectamente inútil, debe ser asumido por las partes por igual (artículo 16.1 del proyecto), haya o no acuerdo³⁰⁸. Ello aparte del coste del retraso que va a conllevar el desarrollo del proceso de mediación que se acumulará al propio del procedimiento. La realidad es que con ello se trataba de disuadir del recurso a los tribunales en esos asuntos de pequeña cuantía, transmitiendo además una idea perniciosa, que en no pocas ocasiones se ha explicitado de una u otra forma, y es que los justiciables no deberían molestar a jueces y magistrados con asuntos de tan poca enjundia, y que estos profesionales y funcionarios públicos tan preparados (recordemos, los «Fórmula 1» del Derecho), están para asuntos más elevados.

En segundo lugar, y por lo que se refiere a la eficacia de su obligatoriedad, ya existía en nuestro proceso civil un requisito no igual pero sí muy semejante, como era la conciliación judicial obligatoria previa al proceso civil, afortunadamente desaparecida con la Ley 34/1984 por razón de su absoluta ineficacia³⁰⁹.

³⁰⁸ Recuerda Alberto José Lafuente Torralba, como un aspecto crucial, pero menospreciado, que la mediación tiene un coste, que está integrado por los honorarios del mediador por su actuación profesional, y el reintegro al mismo de los gastos que se hayan ocasionado, además de las tarifas por la tramitación de solicitudes de la institución de mediación, gastos de comunicaciones, copias de documentos, etc., que deben ser asumidos por las partes tanto si se alcanza un acuerdo como si no, lo cual es lógico por cuanto el mediador garantiza una determinada actividad, no un resultado, un acuerdo, puesto que esto depende en definitiva de las partes en conflicto. LAFUENTE TORRALBA, A.J., *op. cit.* pp. 390-391.

³⁰⁹ Como señala Andrés de la Oliva, «El porcentaje de conciliaciones exitosas no alcanzaba ni siquiera el 1% de los litigios civiles y mercantiles. No es de extrañar que la importante y extensa Ley 34/1984, de 6 de agosto, de reforma urgente de la Ley de Enjuiciamiento Civil, dispusiese, como decía su E. de M. “conferir al acto de conciliación, que, como demuestra la experiencia, ha dado resultados poco satisfactorios, un carácter meramente facultativo”. En este punto, la reforma de 1984 fue recibida con general satisfacción: desaparecía lo que no era sino un factor de dilación y de incremento del esfuerzo y el coste de los procesos civiles». DE LA OLIVA SANTOS, A., «Mediación y justicia...» *op. cit.* pp. 7 y ss. Cabe dudar incluso de ese 1% como éxito de la conciliación por sí misma, puesto que, en no pocas ocasiones, cuando se llegaba a un acuerdo en el acto de conciliación (como ahora en la audiencia previa en el juicio ordinario, o en los actos de conciliación), no era tanto por el impulso conciliador del juez, o sus habilidades para abrir los ojos, las mentes y el ánimo de las partes y sus abogados a los beneficios de una negociación, y aplacar su natural litigante, sino el fruto de una negociación previa llevada a cabo normalmente por los letrados de las partes, que utilizaban ese cauce del acto de conciliación (como ahora el de la audiencia previa, para aprovechar los efectos de la homologación del acuerdo) para plasmar los términos de un acuerdo que ya estaba cerrado en todos sus detalles, evitando así el coste de elevarlo a escritura pública acudiendo a un notario, y asegurándose un título hábil para ejecutar en su caso lo acordado al mismo nivel que una resolución judicial.

En este mismo sentido se manifestó el CGPJ, en el informe al Anteproyecto de Ley de Mediación en Asuntos Civiles y Mercantiles, señalando que era muy dudoso que el recurso obligatorio a la mediación obligatoria previa, como lo fue a la conciliación antes de la Ley 34/1984, fuera a redundar por sí solo en una auténtica reducción de la litigiosidad sino que, antes bien, corría el riesgo de acabar convirtiéndose en una suerte de formalidad cumplimentada en forma rutinaria. Se trata de algo que tanto el Anteproyecto como su Memoria de Análisis de Impacto Normativo parecen dar por descontado, y esta última en términos muy ilustrativos cuando afirma que dicha imposición no será un obstáculo que afecte al derecho a la tutela judicial efectiva, sino «un mero trámite previo que permite dar por cumplida la obligación legal en la sesión informativa si no llegara a iniciar la mediación», concluyendo que no parece tener mucho sentido su instauración y, en definitiva, que se trata de una traba para el acceso al sistema judicial.

Nada ha cambiado a este respecto desde la reforma de 1984, y nada, excepto el voluntarismo del converso, el desconocimiento de la realidad, y, por qué no decirlo, la presión de «partisanos» y lobbies de la mediación, confiados todavía por entonces a la bondad de la institución que así tendría la oportunidad de ser conocida³¹⁰, podía hacer pensar al legislador de 2011 que la mediación, en caso de que se promoviera solo y exclusivamente por la vía de su obligatoriedad, como requisito de procedibilidad, pudiera llegar a conseguir lo que antes no consiguió la conciliación previa, sin que hubiera diferencias sustanciales con la mediación³¹¹ que permitieran vaticinar otro resultado.

³¹⁰ En este sentido se manifiestan Esperança Ginebra Molins y Jaume Tarabal Bosch, cuando señalan que, pese a que el cumplimiento del requisito de procedibilidad pudiera entenderse cumplido con la mera asistencia a la sesión inicial del procedimiento, lo que parece conducir a la inutilidad de la obligación, «no hay que despreciar su función pedagógica y de fomento de la cultura de la mediación, sobre todo en aquellos sistemas en los que la misma carece de tradición. [...] el mero hecho de tener que intentarla puede contribuir a convencer a las partes de las ventajas de resolver sus diferencias por esta vía», lo que los lleva a señalar la conveniencia de acoger siquiera sea temporalmente la obligatoriedad hasta que la institución sea conocida. GINEBRA MOLINS, M.E., TARABAL BOSCH, J., «Mediación obligatoria e inducción a la mediación», *Mediación es Justicia. El impacto de la Ley 5/2012, de mediación civil y mercantil*, [Coord. LAUROBA LACASA, M.E., PORTUÑO MUÑOZ, P.], Huigens, Barcelona, 2014, pp. 460-470.

³¹¹ Afirman María Silvia Velarde Aramayo y Ramón Sastre Ibarreche que aunque tradicionalmente se ha hecho un esfuerzo por distinguirlos, en atención fundamentalmente al grado de implicación y protagonismo del tercero, «puede afirmarse que, hoy día, parecen casi abandonados por inútiles los intentos de establecer una diferenciación relevante y de utilidad entre ambas: ni la práctica avalaría dichas diferencias puramente especulativas, ni tampoco parece que normativamente pueda mantenerse tal separación». VELARDE ARAMAYO, M.S., SASTRE IBARRECHE, R., *op. cit.*, p. 59. Carlos Mauro Peña Bernaldo de Quiros define la conciliación como un procedimiento judicial que los interesados pueden utilizar para llegar a un acuerdo sobre sus diferencias evitando el litigio, en el que el juez, «no dirime las discordias que las partes presentan, simplemente facilita la ocasión y anima a los interesados para el arreglo. El Juez no decide, actúa de mediador...». PEÑA BERNALDO DE QUIROS, C.M., *El*

Como de forma lapidaria, e indudable ironía, afirmó DE LA OLIVA, los promotores del proyecto de ley de mediación habían descubierto con la obligatoriedad del recurso previo a la mediación, no el Mediterráneo, sino más bien el Mar Muerto³¹².

2.2.3. El acuerdo de mediación como título ejecutivo

Otro de los aspectos a destacar de este proyecto de Ley de mediación de 2011, y pieza clave de este, coherente tanto con el voluntarismo como con la discutible técnica jurídica que lo impregnaba, fue la propuesta de equiparar el acuerdo resultado del proceso de mediación a una sentencia judicial, a los efectos de su ejecución. Se establecía al respecto que el acuerdo firmado por las partes y presentado al mediador en el plazo de diez días desde el acta final para su firma tendría eficacia ejecutiva y sería título suficiente, por sí mismo, sin necesidad siquiera de elevarlo a escritura pública (artículos 24.2, 25 y 26), para poder instar la ejecución. Además, el artículo 24.4 preveía que el acuerdo de mediación tendría fuerza de cosa juzgada para las partes, «como si de una sentencia se tratase», según su Exposición de Motivos, lo que se articulaba mediante la modificación del artículo 517 LEC —a través de la DA 4ª, 12—, que equiparaba los acuerdos de mediación, sin más requisitos, a los laudos o resoluciones arbitrales.

No hace falta recordar que las posibilidades de oposición a la ejecución cuando ésta se despacha con base en un título judicial son mucho menores (artículo 556 LEC), que cuando es un título extrajudicial (artículo 557 LEC), y que lo que se pretendía era que se pudiera despachar ejecución de lo que no deja de ser un documento privado, por mucho que le acompañasen las actas de las sesiones inicial y final del procedimiento, sin al menos un fedatario que proporcionara la seguridad de la identidad, capacidad y legitimación de las partes, y de que lo acordado se correspondía con su voluntad, y se ajustaba a la legalidad, sin que la previsión de

arbitraje. La Conciliación. Los modos anormales de terminación del proceso. (El desistimiento. La renuncia. El allanamiento. La Transacción. La caducidad.), Granada, Comares, 1991, pp. 103-104. Jordi Nieva Fenoll rechaza que se pueda distinguir entre una y otra institución por el papel más o menos activo del tercero, y señala que «la mediación o conciliación consiste en que las partes acuden a un tercero para que favorezca su entendimiento, emitiendo propuestas de solución de manera informal y con habilidad psicológica» rechazando la distinción entre ambas por la existencia del *consilium* —consejo o propuesta de acuerdo— que definiría al conciliador frente al mediador, porque el mediador se convertiría en «un simple gestor de emociones que, en función de su formación, puede dar su opinión técnica sobre el litigio que enfrenta a las partes, si estas se lo preguntan, lo que no es sino otra forma de gestionar esas emociones, provocando que con dosis de realismo derivadas de esa asistencia técnica, las partes vayan moderando su enfrentamiento. En ese contexto es casi imposible que el mediador no acabe formulando una propuesta de acuerdo [...] no hay razón para evitar esa actuación», opinando que habría que hablar de conciliación y mediación como de una única institución. NIEVA-FENOLL, J., «La mediación: ¿una “alternativa” ...», *op. cit.*, pp. 42-50.

³¹² DE LA OLIVA SANTOS, A., «Mediación y justicia...» *op. cit.*, pp. 7 y ss.

la posibilidad de una protocolización unilateral posterior subsanara ninguno de esos defectos³¹³.

Con ello el legislador se excedía claramente tanto del espíritu como de la letra de la Directiva 2008/52/CE, cuyo artículo 6 señalaba que «2. El contenido del acuerdo podrá adquirir carácter ejecutivo en virtud de sentencia, resolución o acto auténtico emanado de un órgano jurisdiccional u otra autoridad competente, de conformidad con la legislación del Estado miembro en el que se formule la solicitud». Como señaló el Informe del CGPJ, parece claro que la Directiva estaba pensando en un mecanismo más sofisticado, por lo que no teniendo el mediador el carácter de «autoridad competente» ni, por supuesto, el de «órgano jurisdiccional», no era posible calificar el resultado de su actuación como una sentencia, ni resolución o un acto auténtico, y era necesario idear otro mecanismo de formalización del acuerdo de mediación para dotarlo de fuerza ejecutiva³¹⁴.

Se trata, desde luego, de un concepto distinto de lo que quiso implantar el legislador español en 2011, que hizo caso omiso en este punto, como en otros, al informe del CGPJ, y que, de haber salido adelante la Ley de mediación en los términos proyectados, hubiera ocasionado no pocos problemas.

Existían otras soluciones ya experimentadas en otros países para asegurar la ejecutabilidad de lo acordado sin necesidad de ser originales³¹⁵, y existían recursos dentro del derecho español para llegar al mismo resultado, bien mediante la elevación a público de lo acordado en la mediación extrajudicial, bien mediante la homologación judicial de ese acuerdo de ser intrajudicial. Pero el legislador español de 2011, tan lleno de voluntarismo como de escaso de bagaje jurídico, y prescindiendo tanto de quienes sí lo tenían como de la legislación y experiencia

³¹³ En ese sentido Andrés De la Oliva Santos señalaba que «no resulta comprensible ni aceptable que un acuerdo entre dos sujetos jurídicos, que, por más que haya intervenido un mediador, no deja de ser el resultado de una autocomposición, documentada sin fedatario (el mediador no lo es y, por añadidura, firma el acuerdo después de las partes), pueda valer lo mismo que la decisión de un tercero (juez o árbitro). El procedimiento del PLM no constituye una garantía semejante a la del proceso jurisdiccional o arbitral, dirigido y controlado por un juez o un árbitro. [...] Sería, pues, una pura y neta voluntad política la que introduciría en el Derecho español el insólito fenómeno de la fuerza ejecutiva de unos documentos privados y, por añadidura, con una fuerza ejecutiva igual a la de una sentencia judicial o arbitral. No hace falta, nos parece, encarecer el injustificable peligro de esta innovación del PLM». DE LA OLIVA SANTOS, A., «Mediación y justicia...», pp. 7 y ss.

³¹⁴ Informe del CGPJ de 19 de mayo de 2010. Disponible en: <http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Poder-Judicial/Consejo-General-del-Poder-Judicial/Actividad-del-CGPJ/Informes/Informe-al-Anteproyecto-de-Ley-de-mediacion-en-asuntos-civiles-y-mercantiles> Pág. 82. [Fecha de acceso: 30-9-2023].

³¹⁵ Sobre los ejemplos griego, italiano, y francés, *Vid.* «Del Proyecto Caamaño al Proyecto Gallardón sobre mediación en asuntos civiles y mercantiles, *Revista doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, N.º 2/2012. Artículo BIB 2012/669, 2012, pp. 6-7.

de las Comunidades Autónomas³¹⁶ que habían regulado la mediación, escogió precisamente la que no era una solución sino un problema.

2.2.4. El mediador en el Proyecto de Ley de Mediación de 2011

Respecto a la figura del mediador, como en otros textos legales, se reconoce en la Exposición de Motivos que es «la pieza esencial del modelo [...] pues a él corresponde facilitar y encontrar una solución dialogada y voluntariamente aceptada por las partes».

Se trata de un papel que parece estar en contradicción con la distinción realizada con anterioridad en el mismo preámbulo respecto de la conciliación «en la que la participación de un tercero se produce con una limitada implicación o capacidad de propuesta», pero cuyo tenor literal habría permitido hacer una interpretación extensiva, con base en la voluntad del legislador, de «la conducta activa tendente a lograr el acercamiento entre las partes» que es exigible al mediador, a que se refería el artículo 14 del proyecto, y que con el mismo texto recoge el mismo artículo de la ley vigente, en el sentido de permitir al mediador la realización de propuestas de solución, que, por supuesto, y es una obviedad que no permite su argumentación como criterio de admisibilidad de tal posibilidad, tendrían que ser aceptadas por las partes.

Dicha posibilidad, o la expresión de esa posibilidad, ha desaparecido de la Exposición de Motivos de la vigente Ley 5/2012, de 6 de julio, la cual, tras volver a afirmar el carácter de «pieza esencial del modelo» del mediador, se limita a indicar que es «quien ayuda a encontrar una solución dialogada y voluntariamente querida por las partes», que es algo completamente distinto de lo que decía el citado proyecto.

³¹⁶ Así, por ejemplo, la Ley 7/2001, de 26 de noviembre, de Mediación Familiar de la Comunidad Valenciana, señalaba en el artículo 19 respecto al acta final en la que se hagan constar los acuerdos, totales o parciales, a los que han llegado las partes, que «podrá ser utilizada como base para que se redacten los documentos que según el caso corresponda, y deberá regirse por lo dispuesto en la normativa legal aplicable», señalando también, en el mismo precepto *in fine*, que «Los acuerdos, en su caso, podrán ser aprobados judicialmente», incidiendo en la naturaleza contractual de lo acordado en el artículo 20 al señalar que los acuerdos, «una vez suscritos, serán válidos y obligatorios para las partes si en ellos concurren los requisitos necesarios para la validez de los contratos», naturaleza contractual que, sin necesidad de crear un trámite especial, permite a las partes, en su caso, compelerse recíprocamente (artículo 1.279 CC) al otorgamiento de escritura pública para conseguir la ejecutabilidad de lo acordado. De igual forma lo resolvió la Ley 15/2003 de 8 de abril, de mediación familiar de Canarias. No dice nada al respecto la Ley 4/2001, de 31 de mayo, de Mediación familiar en Galicia, y sin embargo las posibilidades para conseguir la ejecutabilidad de lo acordado son exactamente las mismas que en el caso de las normas autonómicas anteriores, porque lo acordado tienen una evidente naturaleza contractual, y tanto el contrato de transacción, como el convenio regulador y sus efectos tras la homologación judicial ya estaban regulados.

Pues bien, a pesar del carácter de «pieza central del modelo» que el Proyecto de Ley de 2011 reconoce a la figura del mediador, y de los importantes efectos atribuidos al acuerdo concluido con su intervención, sorprende que la Exposición de Motivos se limitara a señalar que el mediador debía tener «una formación general» que le permitiera desempeñar esa tarea y sobre todo «ofrecer garantía inequívoca a las partes por la responsabilidad civil en que pudiese incurrir».

Dichas responsabilidades, que podían ser muy graves, dado el carácter de título ejecutivo del acuerdo de mediación y el papel del mediador en su consecución, no se correspondían con la formación y exigencias para adquirir la condición de mediador. El proyectado artículo 12 se limitaba a exigir para ello, además de estar en pleno disfrute de los derechos civiles y carecer de antecedentes penales por delitos dolosos, un «título oficial universitario o de educación profesional superior», sin ninguna otra exigencia de formación específica, como ya se venía exigiendo en la normativa autonómica. Es una carencia que no se salvaba con la previsión del artículo 13 de que las administraciones públicas competentes fomentarán la adecuada formación inicial y continua de los mediadores, la elaboración de códigos de conducta voluntarios, así como la adhesión a estos de mediadores e instituciones de mediación. El Informe al Anteproyecto del CGPJ criticaba este punto por no reparar en la necesaria formación en conocimientos técnico-jurídicos del mediador, en contraste con lo exigible para el arbitraje, cuando el acuerdo de mediación tendría efectos similares a los de una sentencia o un laudo, criticando al tiempo que tampoco se le exigiera una titulación o formación específica que le capacitara profesionalmente para actuar como tal, algo que se avenía mal con la expresada preocupación por la «calidad» de la mediación.

El legislador hizo también caso omiso en este punto a dicho informe, refiriéndose a la calidad de la mediación en los términos, claramente insuficientes, ya expresados.

Afortunadamente el Proyecto de Ley de Mediación en Asuntos Civiles y Mercantiles de 2011 no salió adelante como consecuencia de las ampliaciones de plazos para la presentación de enmiendas y la convocatoria anticipada de elecciones generales para el 20 de noviembre de 2011, con la consecuente disolución del Congreso de los Diputados por finalizar la IX legislatura.

2.3. Tercer precedente estatal. El Real Decreto Ley 5/2012, de 5 de marzo, de mediación en asuntos civiles y mercantiles

El día 6 de marzo de 2012 se publicaba en el BOE el Real Decreto Ley 5/2012, de 5 de marzo, por el que se regulaba la mediación en asuntos civiles y mercantiles.

Como ha quedado dicho, la Directiva 2008/52/CE debía haberse incorporado al ordenamiento interno por todos los estados de la Unión Europea antes del 21 de mayo de 2011, por lo que, incumplido dicho plazo por España y por otros ocho

Estados (República Checa, Francia, Chipre, Luxemburgo, Países Bajos, Finlandia, Eslovaquia y Reino Unido), la Comisión abrió expediente por no haber notificado aún las medidas nacionales acordadas para la transposición de la Directiva, y precisamente dicho incumplimiento se señalaba en la Exposición de Motivos del Real Decreto Ley 5/2012, como justificación del recurso al real decreto-ley como norma adecuada para efectuar esa necesaria adaptación de nuestro Derecho, y poner fin al retraso en el cumplimiento de dicha obligación, con las consecuencias negativas que podía comportar, para los ciudadanos y para el Estado, la imposición de una sanción por la Unión Europea.

El Real Decreto Ley 5/2012, como ya ocurrió con el proyecto de ley de 2011, intenta vincular el desarrollo de la mediación, a la que califica de sistema «complementario de la Administración de Justicia», con la función esencial del Estado de Derecho que es la garantía de la tutela judicial de los derechos de los ciudadanos, y con el reto que ello implica de «implantación de una justicia de calidad capaz de resolver los diversos conflictos que surgen en una sociedad moderna y, a la vez, compleja».

Dicha mejora, sin embargo, solo se pretende conseguir por la vía de la reducción de los asuntos de que conocen los tribunales, de la disminución de su carga de trabajo, y de la concepción del recurso a los juzgados y tribunales como *ultima ratio*³¹⁷, afirmando que la mediación «Como institución ordenada a la paz jurídica, contribuye a concebir a los tribunales de justicia en este sector del ordenamiento jurídico como un último remedio, en caso de que no sea posible componer la situación por la mera voluntad de las partes y puede ser un hábil coadyuvante para la reducción de la carga de trabajo de aquéllos, reduciendo su intervención a aquellos casos en que las partes enfrentadas no hayan sido capaces de poner fin, desde el acuerdo, a la situación de controversia».

No obstante, las diferencias con el Proyecto de Ley de 2011, pese a lo que pueda parecer a primera vista, son importantes, y en aspectos de la mediación que

³¹⁷ Como señala Julio Sigüenza López, «La jurisdicción civil no es un último remedio. Al menos en España, y en este momento. Es cierto que solo se acudirá a ella cuando sea preciso, cuando se revele necesaria, cuando no se vislumbre otra posibilidad que parezca más adecuada, pero ello no significa que entre nosotros la jurisdicción sea una última ratio, pues a ella –aquí y ahora, en este momento histórico –puede acudir sin condicionamiento alguno [...] Cuestión distinta es que se hubiese regulado como requisito de procedibilidad, como una condición legal que hubiese que satisfacer antes de ejercitar la oportuna acción civil, lo que hubiera sido conforme con la Directiva 2008/52/CE, lo que en todo caso debería haberse regulado con sumo cuidado para que no colisionara con el derecho de acceso a los tribunales, derecho genérico que está integrado dentro del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva consagrado por el artículo 24.1 CE». SIGÜENZA LÓPEZ, J., «Precisiones conceptuales sobre lo que es y no mediación», *Il Diritto Patrimoniale di fronte alla crisi economica in Italia ein Spagna*, (Dir. MURGA FERNÁNDEZ, J.P., TOMÁS TOMÁS, S.), Wolters Kluwer Italia, San Giuliano Milanese, 2014, pp. 449-457.

son esenciales, a los que nos hemos referido a propósito del proyecto, y que han merecido nuestra crítica:

En primer lugar, a diferencia de lo que ocurría en el proyecto de 2011, el ámbito de aplicación a que se refiere el título del Real Decreto Ley 5/2012 coincide exactamente con el mismo. Como en el proyecto de 2011, quedan excluidas del ámbito de la ley, no de la posibilidad de aplicación de esta institución, la mediación penal, la laboral y la mediación en materia de consumo, pero excluye también expresamente la mediación con las Administraciones Públicas, al introducir dicha excepción con la letra b en el artículo 2.2, desapareciendo, en consecuencia, las modificaciones previstas de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa.

Otra diferencia esencial es la eliminación de la mediación preceptiva previa al proceso civil, al afirmar en el artículo 6 que la mediación es voluntaria, sin referencia a la obligatoriedad que en determinados supuestos pudieran establecer las leyes procesales. Se mantiene, y es lógico porque obedece a una previsión contractual que debe ser respetada, el apartado 2 del artículo 7 del proyecto, señalando que cuando exista un pacto escrito con el compromiso de someter a mediación las controversias surgidas o que puedan surgir, «se deberá intentar el procedimiento pactado de buena fe, antes de acudir a la jurisdicción o a otra solución extrajudicial. Dicha cláusula surtirá estos efectos incluso cuando la controversia verse sobre la validez o existencia del contrato en el que conste», sin que nadie esté obligado, como es lógico en una institución basada en el principio de la voluntariedad y libre disposición de las partes, a mantenerse en un procedimiento de mediación ni a concluir un acuerdo.

Es también una diferencia esencial respecto al proyecto de 2011, y era una previsión muy criticada de ese proyecto, la eliminación del carácter ejecutivo que por sí mismos tenían los acuerdos alcanzados en mediación, con fuerza de cosa juzgada entre las partes como si de una sentencia o laudo arbitral se tratara. Así, el artículo 23 establece que «El mediador informará a las partes del carácter vinculante del acuerdo alcanzado y de que pueden instar su elevación a escritura pública al objeto de configurar su acuerdo como un título ejecutivo», y desaparece, en consecuencia, la modificación prevista del artículo 517 LEC para acoger los acuerdos alcanzados en mediación, por sí solos, como título ejecutivo en las mismas condiciones que una sentencia o un laudo arbitral. El artículo 517 LEC, tras su modificación por la DA 2ª (apartado 12) del Real Decreto Ley, recoge la ejecutividad de dichos acuerdos, pero siempre que hubieran sido elevados a escritura pública conforme a la ley de mediación en asuntos civiles y mercantiles.

Por último, otra diferencia se refiere a las condiciones para ejercer de mediador, en particular por lo que se refiere a su formación, y es que, frente a la exigencia de un título oficial universitario o educación profesional superior, el

artículo 11 del RDL 5/2012, elimina, sorprendentemente, la exigencia de título oficial (no hace referencia a la exigencia de titulación alguna), y sin embargo sí que exige —en línea con las carencias apuntadas por el informe del CGPJ— una formación específica, que se adquirirá mediante la realización de uno o varios cursos específicos impartidos por instituciones debidamente acreditadas, y que deberá proporcionar a los mediadores «los necesarios conocimientos jurídicos, psicológicos, de técnicas de comunicación, de resolución de conflictos y negociación, así como de ética de la mediación, a nivel tanto teórico como práctico».

Dicha exigencia, en lo que se refiere a una formación jurídica específica, no venía impuesta por la Directiva, lo que no quiere decir que no sea recomendable, por cuanto parecen imprescindibles unos conocimientos mínimos, por más que en contra se afirme la obviedad de que la función del mediador no sea la de asesorar; pero sí que había una exigencia de formación específica para ejercer la mediación, a la que el proyecto de 2011 hizo caso omiso, y que es consecuente con el papel que la Directiva quiere otorgar a la mediación de verdadera y eficaz alternativa al proceso judicial (no de peor condición), más económica y rápida, y mejor adaptada a las necesidades de las partes, pero siempre con el objetivo de asegurar un mejor acceso a la Justicia, entendiéndolo que debe abarcar el acceso a métodos tanto judiciales como extrajudiciales de resolución de conflictos.

En este punto es coherente el RDL 5/2012 con la naturaleza jurídica de la mediación, ya sea extrajudicial o intrajudicial, al considerarla de forma inequívoca como un sistema alternativo a la Administración de Justicia y, por tanto, relacionado pero al margen de la misma, en cuanto institución ordenada a la paz jurídica que contribuye —dice su Exposición de Motivos— a «concebir a los tribunales de justicia en este sector del ordenamiento jurídico como un último remedio» para la solución del conflicto. Esta sería la única vinculación entre ambas, algo que comparte con el resto de ADR, ninguno de los cuales contribuye en forma alguna, directa al menos, a mejorar la Administración de Justicia, puesto que están al margen de ella, al margen, y valga la redundancia, de los efectos contractuales y/o procesales que se le reconozcan al resultado del proceso.

2.4. La Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles

La Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles, se publica en el BOE el día 7 de julio de 2012, entrando en vigor a los veinte días de su publicación, y da, por fin, definitivo cumplimiento a nivel estatal a las obligaciones que el legislador se había marcado con la Ley 15/2005, de 8 de julio, y que le venían impuestas por la Directiva 2008/52/CE, de 21 de mayo, en el ámbito de las competencias del Estado en materia de legislación mercantil, procesal y civil, que le permiten articular un marco para el ejercicio de la mediación, sin perjuicio

de las disposiciones dictadas por las comunidades autónomas en el ejercicio de sus competencias.

Básicamente, la Ley 5/2012 reproduce el Real Decreto Ley 5/2012, con pequeñas modificaciones en el articulado, algunas de indudable importancia, pero de entre ellas vamos a destacar la del artículo 11, sobre las condiciones para ejercer como mediador. Y es que se vuelve a modificar el número 2 de dicho precepto para exigir a los mediadores «título oficial universitario o de formación profesional superior», sin ninguna otra exigencia específica, en línea con la evolución observada en la legislación autonómica, además de la formación específica ya introducida por el Real Decreto Ley 5/2012, que se mantiene, aunque elimina la exigencia de que «proporcione los necesarios conocimientos jurídicos, psicológicos, de técnicas de comunicación, de resolución de conflictos y negociación, así como de ética de la mediación», a nivel teórico y práctico.

Es cierto que esa exigencia no venía contemplada por la Directiva con ese detalle, aunque en la legislación autonómica sí que se venía exigiendo de una u otra forma, pero eso no quiere decir que no sea necesario que el mediador disponga de esos conocimientos y habilidades ni tampoco que no se pudiera exigir, puesto que la misma Ley —en su disposición final octava— prevé la habilitación al Gobierno para que establezca reglamentariamente los instrumentos que considere necesarios para la verificación del cumplimiento de los requisitos exigidos por la Ley a mediadores e instituciones de mediación. Es el 27 de diciembre de 2013 cuando se publica en el BOE el Real Decreto 980/2013 que se dirige a reglamentar tres concretos aspectos: la formación de los mediadores, el Registro de Mediadores e Instituciones de Mediación, y la obligación de aseguramiento de la responsabilidad civil del mediador.

En su Exposición de Motivos el RD vuelve a incidir en lo que ya decía la de la Ley 5/2012, y es que el modelo tiene en la «figura del mediador una de sus piezas esenciales, en tanto que responsable de dirigir un procedimiento cuyo propósito es facilitar el consenso en situaciones de conflicto, y por eso la Ley «hace una apuesta clara por la calidad de la mediación, lo que lleva a imponer determinados requisitos al mediador». La formación inicial y continua de los mediadores — como establecía el artículo 4 de la Directiva 2008/52/CE— se convierte en un requisito fundamental para garantizar su calidad y eficacia frente a la alternativa del procedimiento judicial, y para garantizar, como señala el considerando 16 de la misma, «la necesaria confianza mutua en lo que respecta a la confidencialidad, el efecto sobre los plazos de caducidad y prescripción, y el reconocimiento y ejecución de los acuerdos resultantes de la mediación».

Para ello el Reglamento declara en su Preámbulo partir de una concepción abierta de la formación, acorde con los principios de libre prestación de servicios y libre competencia que rigen («deberían regir», habría que decir, y aquí radica buena

parte del problema) la actuación de los mediadores, por lo que no se establece un catálogo cerrado de requisitos estrictos, sino una serie de reglas básicas para garantizar la cualificación de los mediadores, que se refieren a los contenidos generales de esa formación, su distribución en teórica y práctica, duración mínima de la formación, y la exigencia de una formación continua y específica del mediador que se regula en los artículos 3 a 7.

En este punto hay que señalar que el proyecto de Real Decreto contemplaba una duración mínima de 50 horas (artículo 5.2) para ser mediador, y una formación continua de al menos 20 horas cada cinco años, que fue objeto de crítica en el Informe del Pleno del CGPJ al Proyecto de Real Decreto³¹⁸, tanto por su formulación imprecisa, al no utilizar un término homologable a nivel europeo como los créditos (ECTS), como por su manifiesta insuficiencia en contraste con el amplio abanico de materias que su formación específica debe comprender³¹⁹.

La corrección del Real Decreto finalmente aprobado, incrementando hasta cien horas la formación inicial para ser mediador en cualquier ámbito, no terminaba de acoger la crítica formulada por el CGPJ respecto al cómputo, y seguía siendo manifiestamente insuficiente, aunque había razones políticas para ello.

La cuestión es que, como señalaba BARONA VILAR, en el debate político en torno a la mayor o menor extensión con que se debía configurar la formación del mediador, un debate que estuvo polarizado entre los denominados *lobbies*, que pretendían restringir el acceso a la mediación como coto específico y excluyente de determinadas profesiones, y otros profesionales, algunos de los cuales nunca habían ejercido una función similar ni participado en modalidad alguna de gestión y/o solución de conflictos, pero que, habiendo realizado uno varios cursos de formación en mediación, se veían legitimados para ejercer como mediadores, el

³¹⁸ Disponible en: <https://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Poder-Judicial/Consejo-General-del-Poder-Judicial/Actividad-del-CGPJ/Informes/Informe-al-proyecto-de-Real-Decreto-por-el-que-se-desarrolla-la-Ley-de-Mediacion-en-asuntos-civiles-y-mercantiles-en-materia-de-formacion--registro-y-aseguramiento-de-la-responsabilidad-profesional-de-los-mediadores> [Fecha de acceso: 5-10-2023].

³¹⁹ Recuerda el CGPJ que cincuenta horas es la sexta parte de un curso universitario, o que la Ley 1/2008 del País Vasco exige un mínimo de doscientas horas solo para ser mediador familiar, o que en Cataluña se exigen ciento diez horas de formación para la parte general, y sesenta horas adicionales para cada ámbito específico de la mediación. En cuanto a la formación continua del mediador establecía el artículo 6 que los mediadores debían realizar una o varias actividades de formación continua en materia de mediación, de carácter eminentemente práctico con una duración total mínima de 20 horas al menos cada cinco años, y añadía que la realización de cursos de especialización en algún ámbito de la mediación permitiría cumplir con ese requisito, lo que venía a ser la quinta parte de lo exigido en Cataluña, en dónde el artículo 21 del Reglamento exige una participación activa mínima de 40 horas bienales en seminarios, jornadas y otras actividades de formación, docencia, supervisión, investigación o publicaciones sobre mediación.

legislador se decantó por la opción de facilitar el acceso al máximo³²⁰. Y la cuestión es que, como señala LAFUENTE TORRALBA, esta laxitud legislativa estatal en la formación de los mediadores obedecía a un motivo, y es que se confiaba en que «la autorregulación de este sector y el régimen de libre concurrencia en que se desarrollará la actividad mediadora se encargarán de elevar a quienes poseen más competencias profesionales para el ejercicio de la mediación y expulsar a quienes carezcan de ellas», razón por la que, confiando en el funcionamiento de la «mano invisible» en el mercado de mediadores, y conforme al fundamento clásico del liberalismo clásico *laissez faire*, se habría abstenido de mayores intromisiones³²¹.

Las decisiones tienen siempre consecuencias, y a veces son contrarias a los fines previstos.

2.5. La necesaria relación y coordinación entre la legislación estatal y las autonómicas

En el ámbito estatal aparece por primera vez la mediación en la Ley 15/2005, de 8 de julio, que modifica el Código Civil, y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de separación y divorcio, introduciendo dicha posibilidad en los artículos 770 y 777 LEC. En ese momento ya existían leyes reguladoras de la mediación familiar en las comunidades autónomas de Cataluña, Galicia, Valencia, Canarias y Castilla La Mancha.

Pese a que la disposición final 3ª de la Ley 15/2005 establecía la obligación del Gobierno de remitir a las Cortes un proyecto de ley sobre mediación basado «en los principios establecidos en las disposiciones de la Unión Europea, y en todo caso en los de voluntariedad, imparcialidad, neutralidad y confidencialidad y en el respeto a los servicios de mediación creados por las comunidades autónomas», hubo que esperar al año 2012 para que, con la publicación del RDL 5/2012, de 5 de marzo, y posteriormente la Ley 5/2012, de 6 de julio, se cumpliera ese mandato. Para entonces, la práctica totalidad de las comunidades autónomas, con las excepciones de Extremadura, Región de Murcia, Comunidad Foral Navarra, y de las ciudades autónomas de Ceuta y Melilla, ya habían dictado sus propias leyes reguladoras de la mediación; en algunas, como Cataluña e Islas Baleares, ya iban por su segunda ley, y en algunos casos, como Cataluña, y Cantabria, sus leyes habían rebasado ampliamente el marco competencial propio de los servicios sociales, para regular la mediación en la totalidad del ámbito del derecho privado y materias de libre disposición por las partes en conflicto³²².

³²⁰ BARONA VILAR, S., *Mediación en asuntos...*, op. cit., pp. 239-241.

³²¹ LAFUENTE TORRALBA, A.J., op. cit., p. 389.

³²² SÁNCHEZ MARTÍN, P., «Incidencia de la mediación en el proceso civil», *Práctica de los Tribunales. Monográfico: La mediación civil (Ley 5/2012)*, La Ley, abril 2013, p. 62.

Es decir, para cuando se viene a regular por el Estado la mediación en asuntos civiles y mercantiles existe ya una actividad creciente de mediadores e instituciones de mediación, una realidad auspiciada y ampliamente desarrollada por su regulación por las diferentes CCAA —aunque también existía y existe en aquellas que carecen de una ley autonómica—, podía dar lugar a un panorama ciertamente complejo a la hora de determinar la ley aplicable, del que era conocedor el legislador estatal³²³, y por eso:

1º.- La Ley 5/2012 se dicta al amparo de la competencia exclusiva del Estado en materia de legislación mercantil, procesal y civil, prevista en el artículo 149.1. reglas 6ª y 8ª de la Constitución Española, como señala su disposición final 5ª. Y al amparo de esa mismas competencias exclusivas se dicta el posterior RD 980/2013, como señala su disposición final 1ª, aunque el título competencial le viniera dado en realidad por la disposición final 8ª de la Ley 5/2012, tal vez para dejar claro que la norma no incide en las competencias autonómicas, aunque estuviera prevista (artículos 149.3ª y 150.3 CE) la supletoriedad del Derecho estatal y la competencia del Estado para la armonización de las leyes, incluso en materias de competencia exclusiva de las comunidades autónomas.

Esto no significa sino que la norma estatal se constituye en la norma marco general que regula los principios esenciales de la mediación, las reglas mínimas de procedimiento, las exigencias mínimas de formación, y el ámbito de aplicación, que no puede ser ignorado por las normas autonómicas, además de la eficacia procesal de la que se dota al desarrollo de una mediación y a su resultado, que es competencia propia y exclusiva de la legislación estatal³²⁴.

2º.- El Real Decreto 980/2013, de 13 de diciembre, dedica la Sección 5ª del Capítulo III a la coordinación del Registro Estatal de Mediadores e Instituciones de Mediación con los de las comunidades autónomas, a fin de «asegurar la unidad de datos, la economía de actuaciones, y la eficacia administrativa» (artículo 24), realizando un esfuerzo de coordinación y engarce entre la regulación estatal y autonómica, a través de convenios de colaboración, remisión de información, interconexión de Registros, estatal y autonómicos, y obligaciones de información y comunicación, sobre cuya suficiencia al objetivo propuesto —asegurar la formación de los mediadores, el Registro de Mediadores e Instituciones, y aseguramiento de la

³²³ A esta compleja realidad, propiciada por la falta de una regulación estatal, se refiere ya el Informe al Anteproyecto de Ley de Mediación de 2011, en el apartado III de consideraciones generales sobre el anteproyecto, aun reconociendo las líneas esencialmente comunes a las normas autonómicas. Sobre la Ley 5/2012, de 6 de julio de mediación en asuntos civiles y mercantiles, y las competencias autonómicas, *Vid.* BLANCO-MORALES LIMONÉS, P., MORENO HURTADO D.M., RODRÍGUEZ BENOT, A., IBARRA BORÉS, A., «Introducción», en *Mediación en materia civil y mercantil. Análisis de la normativa de la UE y española (Directiva 2008/52/CCE y Ley 5/2012 y RD 980/2013* [Coord. por LÓPEZ SIMO, F., GARAU SOBRINO, F.F.], Tirant Lo Blanch, Valencia, 2014, pp. 78-102.

³²⁴ En este sentido BARONA VILAR, S., *Mediación en asuntos... op. cit.*, p. 133.

responsabilidad civil— habría que preguntarse. Para el CGPJ no lo es, o no del todo al menos, y así lo hizo constar en el apartado III *in fine* de su informe al proyecto de RD que desarrolla la Ley de mediación.

A este respecto hay que tener en cuenta que, a pesar de la pluralidad de leyes fruto del trabajo de diferentes parlamentos autonómicos, tienen bastante elementos en común, y en casi todas aparecen los principios rectores de la mediación, con pocas diferencias, se describe el régimen jurídico de los mediadores y de las entidades de mediación familiar, se establece la creación de un registro para su inscripción, así como un régimen sancionador bastante detallado, se regulan las fases del procedimiento de mediación, y se establece el valor del acuerdo alcanzado en ese procedimiento, que se considera válido y obligatorio para las partes en atención a su naturaleza contractual, y bajo los mismos requisitos establecidos para la validez de los contratos, no yendo ninguna Comunidad Autónoma más allá en la atribución de efectos por razón obvia de su falta de competencia.

Solo una norma estatal puede otorgar eficacia jurídica procesal al acuerdo, por lo que mientras que esa norma no lo aprobara —y en este sentido hay que recordar la preocupación de la Directiva 2008/52/CE, por la fuerza ejecutiva de los acuerdos de mediación, para garantizar la eficacia del procedimiento, a la que responden también la legislación estatal— las comunidades autónomas no podían hacer nada al respecto, legislando hasta donde podían, al menos por lo que se refiere a este punto.

3. PULSO O IMPULSO. EL APLIM. ANTEPROYECTO DE LEY DE IMPULSO DE LA MEDIACIÓN DE 11 DE ENERO DE 2019

No había transcurrido un año desde la entrada en vigor de la Ley 5/2012 de mediación, y, haciendo balance, ya se debatía en determinados foros por la razón por la que ciudadanos y abogados no respondían como se esperaba, acudiendo a mediación para resolver las controversias, acusando a unos, y en especial a otros, de falta de «cultura de la mediación» y de intereses espurios, pese a que no era un fenómeno exclusivo español, como pone de manifiesto un estudio publicado por el Parlamento Europeo en enero de 2012, titulado «*Rebooting the mediation directive*», al que tendremos que referirnos.

El problema no era, por supuesto, la falta de idoneidad de la mediación como instrumento para la resolución de controversias, sino el error de perspectiva sobre su objeto, que no era el de solucionar los problemas de la justicia, una perspectiva miope y desenfocada que se tradujo en decisiones de política legislativa en buena medida responsables no del fracaso de la mediación, sino de la frustración de tantas expectativas depositadas en ella como oportunidad de trabajo en un mundo en crisis.

Nos hemos referido a ello, al abordar la formación del mediador, y su relación con el deseo del legislador de una implantación rápida que motivó que se optara por facilitar el acceso al máximo, en el convencimiento de que un aumento de la oferta de mediación —presumiendo, erróneamente, que los mediadores saltarían al mercado y competirían en servicios y costes— se traduciría en un incremento del número de mediaciones, y en la correlativa disminución de asuntos que llegaran a los juzgados.

La idea de implementar rápidamente la mediación por la vía de facilitar el acceso a dicha actividad, inundando el mercado de mediadores para tratar de resolver los problemas de la Administración de Justicia, cada vez más graves a pesar del descenso de asuntos que entraban en los juzgados en el ámbito de lo civil ³²⁵, se tradujo en una situación preocupante, provocada por un «debate sin virtud» motivado más por razones de tipo crematístico, de protección y captación de clientela en el mercado de formación de mediadores, que de mejora de modelos pedagógicos ³²⁶. Hubo campañas de todo tipo de colectivos deseosos de coger posiciones en ese mercado de la formación, que captaron y mantuvieron ocupados a miles de profesionales de diferentes ámbitos, que estaban sufriendo agudamente la crisis en forma de falta de trabajo y de ingresos, provocando un incremento exponencial del número de mediadores que querían rentabilizar lo invertido en su formación para ser mediador. Se provocó una «burbuja de la mediación», con «Miles de mediadores en búsqueda desesperada de clientela», como titulaba un artículo en un diario jurídico, en septiembre de 2014. La noticia daba cuenta de la proliferación «como setas» de cientos de cursos de mediación y de la existencia de miles de profesionales acreditados para mediar, para una demanda casi inexistente, y enfrentados entre sí por conseguir una parte del exiguo pastel de la mediación, no saltando al mercado a buscar clientela y competir, como pretendía el legislador, sino por la vía de que el Consejo General del Poder Judicial o las Administraciones les derivaran trabajo ³²⁷.

³²⁵ Se produjo un descenso de un 11,3% entre 2010 y 2011, y de un 12% entre 2012 y 2013, aunque hubo un leve repunte entre 2011-2012 en los Juzgados de Primera Instancia; dicho descenso se debió en parte a la grave crisis económica y en parte a la imposición de tasas judiciales disuasorias del recurso a la Justicia. Datos estadísticos del Consejo General de Poder Judicial correspondientes a 2013, disponibles en el apartado Justicia dato a dato: <http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Temas/Estadistica-Judicial/Estudios-e-Infornes/Justicia-Dato-a-Dato/> [Fecha de acceso: 18-7-2023].

³²⁶ GRIGGS, T.B., «Calidad y ética en la formación de mediadores: reflexiones sobre el estado actual y cómo debemos mejorar», *Mediación es Justicia. El impacto de la Ley 5/2012, de mediación civil y mercantil*, [Coord. LAUROBA LACASA, M.E., ORTUÑO MUÑOZ, P.], Huigens, Barcelona, 2014, pp. 141-145.

³²⁷ Miles de mediadores en búsqueda desesperada de clientela», era el titular de un artículo en diariouridico.com, de 18/09/2014 (con palabras clave como mediación, burbuja, lobbies), en el que se daba cuenta de la proliferación «como setas» de cientos de cursos de mediación y de miles de profesionales acreditados para mediar, enfrentados a una demanda casi inexistente, y enfrentados por conseguir que el CGPJ o las Administraciones les deriven trabajo Disponible

La solución inmediata a la situación, para quienes aspiraban a conseguir trabajo como mediadores por esa vía, pasaba por tratar de imponer la mediación como requisito de procedibilidad para recurrir a los tribunales. Se trata de una aspiración del sector de la mediación casi tan joven como la propia ley, y es inevitable poner en relación tales esfuerzos con determinados intereses económicos. No es posible obviar que, frente a la conciliación obligatoria previa al ejercicio de acciones judiciales, existente hasta 1984, que era un fracaso como institución pero al menos gratuita para el justiciable, con la mediación obligatoria habría que pagar a los mediadores sus correspondientes honorarios (o el arancel o tarifa que se estableciera, para sustraerse al principio de libre competencia), por la sesión informativa, y por las que eventualmente le pudieran suceder, en caso de tener éxito esa primera sesión. Si observamos el volumen de asuntos civiles que ingresaban cada año en los juzgados (1.670.305 asuntos en 2013, según datos del CGPJ), era fácil calcular el impacto económico que tendría tal imposición, al margen por completo de la bondad de tal medida para la implantación real y efectiva de la mediación.

Los cálculos eran sencillos, y el 16 de diciembre de 2014 se admitía a trámite una ILP (iniciativa legislativa popular) por la Mesa del Congreso de los Diputados, promovida por la Asociación Española de Mediación (ASEMED)³²⁸, que se desarrolló entre enero y octubre de 2015, con una proposición de ley para la implantación obligatoria de la mediación civil, mercantil y concursal. Bien es verdad que la ILP limitaba la obligatoriedad a la sesión inicial informativa, pero no por ello su impacto económico era desdeñable, y también era absurdo pretender nada más. La propuesta a tales efectos, en el ámbito civil, pretendía la incorporación de un nuevo párrafo cuarto al artículo 248 LEC, que recogería la obligación de asistir al menos a una sesión informativa antes de promover cualquier proceso declarativo, expidiéndose por el mediador, en caso de inasistencia o de voluntad de no continuar en el proceso de mediación, una certificación que debería acompañar a la demanda para su admisión, a cuyo efecto la nueva redacción del artículo 403 LEC recogería dicha exigencia como requisito de admisibilidad.

Aquel intento no salió adelante, afortunadamente, y el 16 de febrero de 2016 se publicaba en el Boletín Oficial del Congreso el acuerdo de la Junta Electoral Central por el que se declaraba la caducidad de la iniciativa al haber transcurrido el plazo legalmente establecido para la recogida de firmas, sin haberlas conseguido³²⁹.

en: <http://www.diariojuridico.com/miles-de-mediadores-en-busca-desesperada-de-clientela/> [Fecha de acceso: 6-10-2023].

³²⁸ Disponible en: <http://www.asedmed.org/iniciativa-popular-promediacion/> [Fecha de acceso: 6-10-2023].

³²⁹ Disponible en: https://www.congreso.es/public_oficiales/L11/CONG/BOCG/D/BOCG-11-D-15.PDF [Fecha de acceso 7-10-2023].

La pulsión por la obligatoriedad, sin embargo y pese al fracaso de la iniciativa, estaba latente, esperando el momento adecuado para reaparecer, y la ocasión se volvió a plantear en la XII legislatura, con el Anteproyecto de Ley de Impulso de la Mediación (APLIM) aprobado en Consejo de Ministros de 14 de enero de 2019, siguiendo los pasos del proyecto de ley de mediación de 2011, y desde la premisa de que el desarrollo de toda la potencialidad de la mediación estaba obstaculizado en España por una cultura ajena a esta forma de resolución de conflictos, y quería remover dichos obstáculos mediante lo que denominaba «fórmulas abiertas y flexibles» que debían contribuir a implantar la mediación como institución complementaria de la Administración de Justicia³³⁰.

La fórmula, «abierta» y «flexible» —y «original», cabría añadir, pero en línea, justo es reconocer, con las tendencias dominantes en otros países— consistía en la imposición del recurso a una mediación como requisito de procedibilidad para acceder a la jurisdicción. A tales efectos se modificaba el artículo 6 de la Ley 5/2012 de mediación, que seguiría recogiendo como principio general, en su apartado 1, la voluntariedad de la mediación, pero a continuación se introducía un amplio abanico de excepciones, en casos caracterizados por la existencia de un trato habitual entre las partes —matrimonio, separación, divorcio, guarda y custodia, alimentos, sucesiones, derechos reales, división judicial de patrimonios, propiedad horizontal y comunidades de bienes, arrendamientos, conflictos entre socios o con órganos de administración de sociedades, contratos de distribución, agencia, franquicia, suministro de bienes y servicios, etc.— o en los que la discrecionalidad del juez es elevada —supuestos de negligencia profesional, o vicios de la construcción—, o casos de escasa relevancia, los llamados casos bagatela, como las reclamaciones de cantidad inferiores a 2.000 € entre personas físicas. Además, estaba prevista la posibilidad de derivación a mediación intrajudicial, que podía ser ordenada judicialmente en cualquier momento, incluso en segunda instancia, siempre que no se hubiera intentado previamente, y de una forma que iba más allá de la obligatoriedad mitigada a la que se refería el propio anteproyecto, puesto que comprendería no solo la sesión informativa sino también una «sesión exploratoria» del conflicto, que podría celebrarse junto con la anterior.

Dicha sesión exploratoria tenía como objeto que las partes expusieran al mediador el alcance y motivo de la disputa, de modo que el mediador (y también las partes) pudieran evaluar la materia que era su objeto, las posiciones iniciales de las partes, intereses, y la idoneidad del procedimiento de mediación para solucionar la controversia, y todo ello en fase de premediación, es decir, antes de la sesión constitutiva, sin que estuvieran garantizadas ni la confidencialidad ni el completo asesoramiento de las partes.

³³⁰ Disponible en: <https://www.aeafa.es/files/noticias/anteproyectoleyimpulsomediacion.pdf> [Fecha de acceso: 7-10-2023].

La situación que se podía crear era inquietante, porque la confidencialidad de lo que ocurriera en esa sesión exploratoria no estaba garantizada desde el momento en que se preveía que el mediador advertiría a las partes de las consecuencias que un comportamiento contrario a la buena fe, en esa sesión —que la memoria de impacto normativo concebía como un intento de mediación, desde la buena fe, antes de empezar la mediación—, podría tener para ellas en el proceso judicial. Ello obligaba a preguntarse qué es lo que consideraría el mediador como tal, y cómo podría tener consecuencias cuando solo se excluía expresamente de dicho deber de confidencialidad la información sobre qué parte no asistió a la sesión y las causas alegadas. Excluida la posibilidad de hacer tal valoración a partir de la simple inasistencia, la buena fe exigible en la sesión exploratoria parecía comprender una exigencia a las partes de transparencia, de sinceridad y de cooperación activa, suministrando la información relevante necesaria para evaluar el conflicto³³¹, pero sin ninguna de las garantías que implicaba el comienzo del proceso, y sin que el mediador tuviera la obligación de cerciorarse de que las partes disponían de la información y asesoramiento suficientes previstas en el artículo 13.1 de la Ley 5/2012 de mediación, y sin que estuviera prevista la asistencia legal gratuita de quienes no se la pudieran procurar por sí mismos.

El APLIM preveía la modificación de la Ley 1/1996 de asistencia jurídica gratuita, para introducir la mediación, con el fin de garantizar la igualdad de

³³¹ Señala Fernando Martín Diz que en la mediación «los intervinientes han de regirse por la buena fe, por un espíritu colaborativo y de avenencia. La colaboración, honestidad y respeto recíproco han de guiar la actividad tanto de los mediados como del mediador en todo el desarrollo del procedimiento de mediación», MARTÍN DIZ, F., «Mediación en Derecho privado: nuevas perspectivas prácticas», *Revista General de Derecho Procesal* N.º 33, Iustel, Madrid. 2014. Emiliano Carretero Morales señala, por su parte que, a diferencia del proceso judicial, donde las partes suelen esconder parte de sus bazas o, en cualquier caso, jugar éstas en beneficio propio y, por tanto, en perjuicio de la otra parte, la mediación se presenta como un procedimiento más limpio en el que las partes tienen que colaborar para la resolución del conflicto bajo la premisa de que no hay ganadores ni perdedores, con lo que se exige sinceridad, honestidad y transparencia en el proceso. CARRETERO MORALES, E., *op. cit.* pp. 189-191. Dorcas Queck Anderson constata, por su parte, que sin duda la buena fe es un estándar muy saludable, pero es intrínsecamente vago y susceptible de múltiples interpretaciones, pese a los intentos legislativos y doctrinales por establecer las conductas que son consideradas de buena fe, o contrarias a ella. Advierte por ello de los peligros derivados de que los tribunales evalúen la conducta de las partes en el proceso de mediación, poniendo en mayor peligro su naturaleza informal y confidencial, y el derecho de autodeterminación de las partes, cuanto mayor sea el nivel de participación requerido, porque será mayor la coerción que se ejerce sobre las partes. Señala que lo máximo que se puede exigir para evaluar esa buena fe en la mediación es que las partes o sus representantes estén presentes en la mediación, que tengan capacidad suficiente para hacer propuestas o negociarlas y aceptarlas, y que se intercambien por escrito la descripción de los hechos y de los argumentos en que sustentan sus respectivos casos. QUECK ANDERSON, D., «Mandatory Mediation: An Oxymoron? Examining the Feasibility of Implementing a Court-Mandated Mediation Program», *Cardozo Journal of Conflict Resolution*, Vol. 11, N.º 2, 2010, pp. 492-496.

condiciones en el acceso a la mediación y a la jurisdicción³³². Sin embargo, no preveía la designación al mismo tiempo, y con el mismo beneficio de justicia gratuita, de un abogado de oficio que garantizara el adecuado asesoramiento legal en esa fase previa a la mediación. Si la función de la sesión informativa sobre la mediación, con carácter previo al inicio de un proceso judicial, tiene el objetivo de garantizar un «consentimiento informado» de las partes en conflicto antes de iniciarse una mediación³³³, en el sentido de que se les hayan explicado los aspectos más relevantes de la situación que les afecta y las formas de gestionarlo y de buscar una solución, dicho consentimiento informado debe incluir necesariamente la opción jurisdiccional, para poder tomar una decisión verdaderamente informada, una vez que hayan ponderado los riesgos y beneficios de las alternativas, una cuestión esencial que afecta al mismo concepto de libertad y voluntariedad³³⁴.

En este punto hay que recordar que el Informe sobre la aplicación de la Directiva 2008/52/CE, de 27 de junio de 2017, afirma que «es de suma importancia que aquellos que recomienden, requieran o faciliten servicios de mediación velen por que las partes más débiles no resuelvan un litigio sin haber tomado conocimiento de los derechos que las asisten por ley, y por que las partes más fuertes no empleen procedimientos rápidos de resolución de litigios, como la mediación, para eludir sus obligaciones legales o adquirir una ventaja jurídica indebidamente en detrimento de otras partes»³³⁵.

No quiso el legislador tener en cuenta esta recomendación, en consonancia con la prevención siempre mostrada por ciertos sectores pro-mediación más radicales sobre la asistencia legal de los abogados en la mediación, porque a su juicio o no aportarían nada o tratarían de influir en la judicialización del conflicto para cobrar más honorarios. La misma prevención, sin embargo, debieran entender que puede existir frente a quienes querrían evitar a toda costa que las partes en conflicto dispongan de toda la información y puedan elegir informada y, por tanto, libremente, cómo resolver sus controversias, y ponen de manifiesto que unos son sus principios sobre la mediación —libertad, voluntariedad, autodeterminación—

³³² Al respecto señalaba María Pilar Paz-Peñuelas Benedé que no es lógico ni constitucional obligar al ciudadano a someterse a un procedimiento que no puede pagar como presupuesto de acceso a la jurisdicción, por lo que la mediación obligatoria debería estar contemplada entre los servicios de asistencia jurídica gratuita para que sea una alternativa válida a la vía jurisdiccional. PAZ-PEÑUELAS BENEDÉ, M.P., *Conflicto y técnicas de gestión. En especial la mediación en asuntos civiles y mercantiles*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2017, pp. 180-183.

³³³ CONFORTI, F., «La sesión informativa obligatoria en la mediación intrajudicial en España», *Diario La Ley 1013/2015*, 23 febrero 2015, p. 7.

³³⁴ MARTÍNEZ PALLARÉS, J.I., «Voluntariedad versus *mandatory mediation*. Redireccionando para reiniciar la mediación», *Práctica de los Tribunales*, N.º 142, Wolters Kluwer, enero - febrero 2020.

³³⁵ Disponible en: https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/A-8-2017-0238_ES.html [Fecha de acceso: 7-10-2023].

pero que si a sus destinatarios no les convencen tiene otros, por el bien de los mediados, los intereses superiores de la Justicia, o de la eficiencia, o la paz en el mundo, es indiferente porque no justifica su imposición.

Como ya pasó antes, el fin anticipado de la XII legislatura, la disolución de las Cortes Generales y la convocatoria de elecciones generales para el 28 de abril de 2019 (BOE 5-3-2019) puso fin al proyecto de ley anunciado apenas dos meses antes.

4. AMPLIANDO HORIZONTES: EL PROYECTO DE LEY DE MEDIDAS DE EFICIENCIA PROCESAL AL SERVICIO PÚBLICO DE JUSTICIA Y LOS MASC

Tras el breve paréntesis de la XIII Legislatura nacida de las elecciones generales de 28 de abril de 2019, que terminó con la disolución anticipada de las Cortes Generales, la convocatoria de nuevas elecciones para el 10 de noviembre de 2019 (BOE 24-9-2019), y la constitución del parlamento el día 3 de diciembre, se inicia la XIV Legislatura.

En la materia que nos ocupa la legislatura se estrena, el 8 de junio de 2020, con una consulta pública, previa a la elaboración de un anteproyecto de ley de medidas procesales, tecnológicas y de implantación de medios de solución de diferencias³³⁶. En ella se plantean los problemas que se quieren solucionar, básicamente la agilización y mayor eficacia de los procesos judiciales por un lado, y la mejora de la capacidad negociadora de las partes por otro; se pone de manifiesto que dichos objetivos requerirían, por un lado, de la revisión de las leyes de procedimiento (Civil, Contenciosa, Social y Criminal) al objeto de conseguir una respuesta judicial lo más ágil y eficiente posible, sin pérdida ni renuncia a principios esenciales como los de inmediación, oralidad y aquellos que garantizan la tutela judicial efectiva, y, por otro lado, el desarrollo de mecanismos de solución de diferencias que deben ser ofertados a través del «servicio público de Justicia». Se reconoce que la vía más adecuada para que los ciudadanos solventen sus diferencias puede ser en algunos casos «la vía exclusivamente judicial, pero en otros muchos puede ser la vía consensual la que ofrezca la mejor opción», y considera que esta posibilidad debe desarrollarse y potenciarse para tratar de recuperar la capacidad negociadora de las partes, y para evitar en lo posible lo que llama la «hiperjudicialización de la vida en sociedad y la recarga innecesaria de los tribunales, contribuyendo así a la eficacia operativa del servicio público de Justicia, y a la concienciación de la ciudadanía sobre la oportunidad que tiene de contribuir al sostenimiento de nuestro sistema de Justicia».

³³⁶ Disponible en: https://www.mjusticia.gob.es/es/AreaTematica/ActividadLegislativa/Documents/Consulta_publica_APL_MEDIDAS_PROCESALES_solucion_diferencias.pdf [Fecha de acceso: 13-10-2023].

Dada la inexistencia de una propuesta de articulado, la consulta, que se desarrolló entre los días 8 y 23 de junio de 2020, se realizó a partir de una premisa discutible para justificar la oportunidad de la nueva regulación —el incremento de la litigiosidad que se produciría en España como consecuencia de la pandemia ocasionada por el COVID-19³³⁷— y a través de una serie de preguntas, algunas de una amplitud y generalidad extremas. ¿Cómo rechazar, por ejemplo, que se «fomenten» e «incentiven» los intentos de negociación previa al ejercicio de acciones judiciales, y que las partes sean responsables de su conducta previa al proceso? Su imposición como requisito de procedibilidad no es ni propia ni impropriamente un incentivo, es otra cosa. ¿Cómo rechazar (otro ejemplo) la implantación de medidas para agilizar la tramitación de los procedimientos, y su resolución en un plazo razonable? La pregunta así formulada no es sino retórica, su concreción a continuación en la posibilidad de dictar sentencias orales en el ámbito civil mucho más discutible. Y lo mismo ocurriría con otras propuestas más concretas como, por ejemplo, la posibilidad de introducir el «pleito testigo», posible en el ámbito contencioso-administrativo, en el proceso civil para tratar de dar así respuesta a la litigación en masa, una posibilidad que ha salido adelante finalmente por el método utilizado habitualmente desde el inicio de la pandemia para obviar al Parlamento, un Real Decreto Ley, el 6/2023, de 19 de diciembre (BOE 20-12-2023).

El 15 de diciembre de 2020 se publicaba el Anteproyecto de Ley de medidas de eficiencia procesal del servicio público de Justicia; el 20 de enero de 2021 se publicaba la Memoria de Análisis de Impacto Normativo por el Ministerio de Justicia, y se sometió el anteproyecto a un nuevo trámite de audiencia e información pública, entre los días 21 de enero y 11 de febrero, de 2021. Fue objeto, entre otros, del preceptivo informe del CGPJ, el 22 de julio de 2021. El 7 de abril de 2022, tras haber recibido los oportunos informes previos a su remisión al Consejo de Ministros, se publica la MAIN del texto del anteproyecto, que recoge como anexo el resultado del trámite de audiencia e información pública. El 22 de abril de 2022 se publicaba en el Boletín Oficial de las Cortes Generales el Proyecto de Ley de medidas de eficiencia procesal del servicio público de Justicia, y el día 3 de febrero de 2023 se publicaban en el BOCG hasta un total de novecientas enmiendas al Proyecto presentadas por diferentes partidos políticos, quedando expedita la vía para su votación en el Congreso de los Diputados.

³³⁷ En este sentido señalaba GEMME (Grupo Europeo de Magistrados por la Mediación) en su respuesta a la consulta pública, que «No debe contemplarse la pandemia por el COVID-19 y las consiguientes consecuencias sociales, económicas y jurídicas, como la excusa o justificación para que la mediación sea presentada como un remedio ligado a la alta litigiosidad que se prevé surgirá en breve, con el consiguiente atasco judicial», sino que la mediación y otros sistemas alternativos de conflictos afines a ella funcionan por sí mismos y constituyen un valor que promueve la autonomía de la voluntad, la autocomposición en la gestión de disputas, la solución consensuada, la autorresponsabilidad en la gestión de conflictos y la satisfacción de los derechos en el marco del art. 24 CE. Disponible en: https://mediacionesjusticia.com/wp-content/uploads/2020/07/Consulta_23Jun.GEMME_.pdf [Fecha de acceso: 13-10-2023].

Como ya sucedió antes, el fin de la XIV Legislatura (BOE 30-5-2023), tras el resultado de las elecciones autonómicas y municipales de 28 de mayo de 2023, y la convocatoria de elecciones generales anticipadas para el día 23-7-2023, terminó con la andadura del Proyecto. Pero, como también ha sucedido antes, no cabe duda de que volverá a intentarse, porque, dejando aparte las supuestas razones coyunturales nacidas de la pandemia por COVID-19, utilizadas instrumentalmente para justificar cualquier cambio, por radical que sea, sin necesidad de mayor argumentación³³⁸, a las que se podrían sumar ahora las nacidas de las crisis energética, alimentaria y económica (con una escalada imparable de la inflación y de los tipos de interés) por la guerra de Ucrania, lo cierto es que la administración de Justicia se encuentra gravemente afectada por problemas estructurales cuya solución nunca se ha querido afrontar. La cuestión es en qué medida se respetarán las líneas esenciales del proyecto, en aspectos como la pluralidad de lo que denomina «medios adecuados para la solución de controversias» (MASC), su imposición como presupuesto del proceso, y los medios previstos para incentivar y vencer las resistencias a su uso, por las partes en conflicto y sus abogados.

Una de las principales líneas del PLMEP, con la que se decía querer «incentivar» el recurso previo de las partes a la negociación, o cualquier otro medio adecuado de solución de controversias, era su imposición como requisito de procedibilidad, lo mismo que ya pretendió antes en los anteproyectos de 2010 y 2019, si bien ampliando el posible abanico de medios adecuados de solución de controversias para comprender, conforme a su artículo 1, cualquier tipo de actividad negociadora tipificada en la misma u otras leyes, a las que las partes acudieran de buena fe con el objeto de encontrar una solución extrajudicial al mismo, por sí solos o con la intervención de un tercero neutral.

Se trata este de un cambio de paradigma en el tratamiento de las posibles soluciones extrajurisdiccionales a las controversias, que hasta ahora habían pasado por la preterición de cualquier otro medio de solución que no fuese la mediación, y también de los siempre molestos abogados a los que, en línea con una centenaria percepción negativa de su papel en la solución de conflictos, se les atribuía estar en el origen de los problemas de la justicia (y hasta de la misma humanidad³³⁹)

³³⁸ Señala Sonia Calaza López que «La pandemia se basta por sí sola para dar cobertura a cualquier modificación, sea liviana, sea media, sea estructural, sin necesidad de mayores justificaciones. La pandemia es siempre la respuesta [...] ha venido a justificar cualquier cambio, por radical que sea, sin necesidad de mayor argumentación: la pandemia es la causa y la consecuencia, incluso, de una nueva concepción de la Justicia como servicios público sostenible, que debemos preservar como si de un ecosistema de pacificación se tratase». CALAZA LÓPEZ, S., «Los pilares estructurales de la justicia a debate», *Transformación del paradigma de justicia tras la pandemia COVID-19*, [Ed.-Coord. ALISTE SANTOS, T.J., ALVARES GARCÍA JÚNIOR, A.], Atelier, Barcelona, 2021, pp. 210-211.

³³⁹ Antonio Castán Pérez-Gómez, entre otros ejemplos sobre los centenarios males de la administración de Justicia, que no se circunscriben ni a este siglo ni a los abogados, señala que Quevedo tenía una particular inquina a estos, considerándolos como la causa de todos los

y un obstáculo a sortear para la solución pacífica de las controversias, por estar interesados en fomentar que se litigue.

Se parte ahora del reconocimiento del papel que pueden y deben desempeñar las profesiones jurídicas, especialmente los abogados, en la solución de controversias sin necesidad de acudir a los tribunales, de la existencia a tal fin de una pluralidad de medios, al margen pero en relación necesaria con la «alternativa a las alternativas», esto es, el proceso jurisdiccional³⁴⁰; y se parte también de la necesaria y complicada evaluación de la conducta pre-procesal de los litigantes, puesto que, los tribunales debían tener en consideración la colaboración de las partes en la solución amistosa, valorando la buena fe en el proceso negociador, y el eventual «abuso del servicio público de Justicia», que podía ser objeto de «enjuiciamiento» y castigo, tanto mediante la condena, minoración o exención en el pago de las costas procesales, en el momento de su imposición y/o en el de su tasación, como mediante la imposición de multas y sanciones. Son cambios relevantes respecto de modelos anteriores.

Sobre el papel de las profesiones jurídicas en la implementación real y efectiva —no como una mero trámite a sortear por razón de su imposición— de los MASC, y frente al olvido y marginación de proyectos y leyes anteriores, el PLMEP señala expresamente en su exposición de motivos que con estos se incrementa su protagonismo. Y hace, como no puede ser de otro modo, especial referencia al papel a desempeñar por la abogacía en cumplimiento su función de asesoramiento, consejo y defensa de derechos e intereses públicos y privados, mediante la aplicación de la ciencia y la técnica jurídicas, en orden a la concordia y a la efectividad de los derechos y libertades fundamentales, como recoge su Estatuto y Código Deontológico. Es oportuno, dice la Exposición, «fomentar tal modo de proceder habitual de la abogacía contemplando que dicha actividad negociadora sea debidamente remunerada, incluso en los casos en los que se intervenga por designación en el turno de oficio, y con la introducción de un catálogo de mecanismos de negociación asistida, abierto a cualquier otro método

males, hasta tal punto de estimar que si fuesen eliminados se solventarían las calamidades del género humano, y en este sentido señalaba; «Que si no hubiera letrados no hubiera porfías, y si no hubiera porfías no hubiera pleitos, y si no hubiera pleitos no hubiera procuradores, y si no hubiera procuradores no hubiera enredos, y si no hubiera enredos no hubiera delictos, y si no hubiera delictos no hubiera alguaciles, y si no hubiera alguaciles no hubiera cárcel, y si no hubiera cárcel no hubiera jueces, y si no hubiera jueces no hubiera pasión, y si no hubiera pasión no hubiera cohecho: mirad la retahíla de infernales sabandijas que se producen de un licenciadito, lo que disimula una barbaza y lo que autoriza una gorra». CASTÁN PÉREZ-GÓMEZ, A., *op. cit.* p. 143.

³⁴⁰ En este sentido TARUFFO, M., *Páginas ...*, *op. cit.* pp. 119-120.

eficaz, que sea subsidiario de la actividad negociadora directa que ya se practica tradicionalmente por la abogacía»³⁴¹.

Otro cambio de paradigma ha sido el reconocimiento de la existencia de una pluralidad de medios que son adecuados para la solución de controversias, que no es que no existieran ya, ni que no fueran adecuados. Como ya hemos señalado, los conflictos han existido siempre, y las distintas formas de abordarlos, gestionarlos y tratar de solucionarlos distintas a la vía jurisdiccional (los ADR/MASC) también, y así lo hemos podido comprobar al referirnos a ellos al tratar sobre los modelos de *Common Law* y de *Civil Law*, y las características de los procedimientos en EE.UU. o en Inglaterra y Gales, así como los modelos continentales, o al tratar sobre las vías de convergencia de modelos procesales, y sus relaciones con los diferentes medios de solución de controversias. Lo nuevo, decíamos, era la necesidad percibida primero en EE.UU., y después en Europa, como en otras partes del mundo, como consecuencia de los profundos cambios sociales y económicos —y de las sucesivas crisis— de asumir de forma consciente el recurso a esos sistemas ADR/MASC. Y lo que es nuevo, para el legislador español, es la asunción de que existe esa pluralidad de medios, y de que es necesario reconocerlos como tal, especialmente si se quiere que se implementen efectivamente, lo que más allá de imposiciones que pueden ser mejor o peor sorteadas al efecto de acudir a los tribunales, requiere su reconocimiento y conocimiento para poder valorar de entre ellos y elegir el que pueda ser el más adecuado al caso por ajustarse mejor al objeto de la controversia.

En primer lugar, habrá que valorar la posibilidad de una negociación (a la que se refería el artículo 13 del PLMEP), que es una de las vías que permite un mayor control sobre la solución que se le da a la controversia; una negociación que podía ser directa entre las partes, y/o entre sus abogados, que pueden intervenir carácter previo a la negociación, durante la misma, o incluso representado a las partes³⁴², o recurriendo a un «tercero neutral». Se trata este de un concepto reiterado

³⁴¹ En este sentido, Pascual Ortuño Muñoz, en sus apuntes críticos al Anteproyecto de Ley de Impulso de la Mediación, ya advertía de que quienes naturalmente debían aconsejarla y utilizarla eran los abogados, no podían hacerlo si no conocían perfectamente su funcionamiento y su papel en el proceso, y si no estaban convencidos de conseguir resultados prácticos para su cliente, y, sin embargo, el legislador, tanto europeo como nacional, se había olvidado de ellos, poniendo más énfasis en los aspectos publicitarios, la derivación judicial y, con el APLIM, en la obligatoriedad. ORTUÑO MUÑOZ, P., «La Abogacía...», *op. cit.*, pp. 2-3. Y volvía a insistir en sus comentarios al APLMEP, afirmando que es necesario contar con la complicidad de los abogados, porque cuando «se presenta la inserción de los MASC como un desapoderamiento de la abogacía, el fracaso es seguro [...] la necesidad de que los MASC pasen a integrarse en la actividad normal de la abogacía. ORTUÑO MUÑOZ, P., «Comentarios al Anteproyecto Ley de Eficacia Procesal», *La Ley. Mediación y Arbitraje*, N.º 7, Wolters Kluwer, abril-junio 2021. En el mismo sentido ASENCIO MELLADO, J.M., «La mediación. Futuro incierto», en *Práctica de los Tribunales. Monográfico: La mediación civil (Ley 5/2012)*, La Ley, abril 2013, pp. 4-5

³⁴² Jacqueline Nolan-Haley denomina como «negociación legal» a aquella en la que participan activamente los abogados de las partes en conflicto, tanto con carácter previo a la negociación para, asegurarse la adecuada comprensión de los intereses subyacentes tras las respectivas

hasta en veinticuatro ocasiones en el PLMEP, estrechamente vinculado tanto al propósito de potenciar la negociación como al de acreditar, en defecto de acuerdo, que se ha intentado una actividad negocial como requisito de procedibilidad para poder ejercitar las acciones judiciales. Se trataría de una figura genérica, comprensiva en principio de todos aquellos terceros ajenos a las propias partes, imparciales y neutrales, que pueden intervenir para solucionar una controversia, incluyendo en su caso la posibilidad de formular propuestas, con el deber y derecho de secreto profesional, a quien correspondería en su caso la acreditación del intento de negociación y la terminación del proceso sin acuerdo, y a los que se quería dotar de un cierto grado de autonomía e independencia dotándole de un particular «estatuto», previsto en la disposición adicional tercera del proyecto, que comprendería un régimen de incompatibilidades y de infracciones y sanciones. El PLMEP se refería en particular como tales a los mediadores y conciliadores «públicos» (notarios, registradores y LAJ) cuya intervención se regiría conforme a sus respectivas leyes reguladoras, y a los «conciliadores privados». Es esta última una figura no desconocida, pero que ahora se reconocía expresamente en el artículo 14 PLMEP, y que abría interesantes posibilidades dada la flexibilidad y facultades atribuidas como valorar pruebas, formular posibles soluciones o emitir opiniones escritas no vinculantes (artículo 15), en materias complejas, que pueden precisar de un juicio y experiencia técnicas o jurídicas reconocidas³⁴³.

Esas negociaciones, asistidas o no, podrían valerse de otra forma de resolución de controversias que siempre ha existido, como fruto de una negociación, pero que ahora se reconocía expresamente en el artículo 17 del PLMEP, como es la opinión de expertos independientes. Se trata de que un experto emita un dictamen, sobre cuestiones de hecho, de carácter científico, artístico, técnico o práctico, o sobre cuestiones jurídicas, como la interpretación de una norma y su aplicación al caso concreto. En principio, estaba previsto que tendría carácter confidencial, pero no cabe duda de que las partes podrían pactar otra cosa en el curso de la negociación³⁴⁴, como podrían atribuirle un valor simplemente informativo, para la reevaluación de las respectivas posiciones, o incluso un valor dirimente de un

posiciones, y ayudar así a determinar preliminarmente las metas y objetivos a conseguir, como para prestar soporte al cliente en la negociación en sí, o incluso negociar en su nombre. NOLAN-HALEY, J., *Alternative...*, *op. cit.* pp. 32-35.

³⁴³ La posibilidad de que la conciliación terminara con una resolución que ponía fin al conflicto, si era aceptada por las partes, fue recogida, como ya hemos visto, en la efímera Constitución Española de 1812, y también se recogía en la Ley de Enjuiciamiento de los Negocios y Causas de Comercio, de 1830, en el que además cabía la posibilidad de que las partes, en caso de no convenirse, entre ellos ni con la solución propuestas por el juez avenidor, hubieran convenido para el caso someterse a su juicio arbitrario.

³⁴⁴ Así estaba previsto en el artículo 8 del PLMEP para favorecer el recurso a este medio por los elevados costes que puede suponer el dictamen de un verdadero experto en la materia, y que la no aceptación del dictamen por una de las partes en conflicto se saldara con una simple certificación a los efectos de tener por cumplido el requisito de procedibilidad.

punto controvertido, o del mismo conflicto, en caso de aceptarse el dictamen, en su caso con las modificaciones que se propusieran por las partes.

El PLMEP se refería también como un MASC a la denominada oferta vinculante confidencial, un medio del que ya hemos tenido ocasión de hablar a propósito de los sistemas procesales anglosajones, el federal de EE.UU. y el de Inglaterra y Gales, que lo acogen expresamente. No se trata propiamente de un medio de solución de controversias, sino de un medio que puede ser el adecuado final a cualquier otro medio no adjudicatorio intentado sin resultado. El artículo 16 que lo regulaba establecía la posibilidad de que cualquier persona pudiera formular una oferta vinculante a la otra parte en la controversia, —por cualquier medio que dejar constancia de la identidad del oferente, de su recepción efectiva por la otra parte y fecha de recepción, así como de su contenido—, quedando obligada a cumplir la obligación asumida si la otra parte lo aceptaba, siendo esta aceptación irrevocable. La oferta tendría el carácter de confidencial, y en caso de ser rechazada, o no ser aceptada expresamente en el plazo de un mes, o en cualquier otro plazo mayor establecido por la requirente, la oferta vinculante decaería y la requirente podría ejercitar la acción que le correspondiera ante el tribunal competente, entendiéndose cumplido el requisito de procedibilidad. Se trata en realidad de un instrumento de presión para que la otra parte valore si le conviene o no que sea un tribunal quien dirima la controversia finalmente, dada la penalización en costas procesales, vía exoneración o minoración de aquellas a las que tuviera derecho, por aproximación al resultado del proceso jurisdiccional, una vez que en la fase de tasación de costas pudiera aportarse al proceso a tales efectos³⁴⁵.

Para terminar, se introduce el concepto de «abuso del servicio público de Justicia», que, según reconoce expresamente la exposición de motivos del PLMEP, es un concepto jurídico indeterminado pendiente de perfilar por la jurisprudencia, pero que pese a ello se erige como excepción al principio general de vencimiento objetivo en materia de costas, y principio informador de los criterios para su imposición. El objeto de su introducción es permitir sancionar a aquellas partes que hubieran rehusado injustificadamente acudir a un MASC, cuando fuera preceptivo, haciendo un uso irresponsable del derecho fundamental de acceso a los tribunales siendo factible y evidente una solución consensuada de la controversia, lo que exigiría una valoración, por parte de los tribunales, de la conducta de las partes previa al procedimiento a tales efectos.

Y vinculado a ello se produce un cambio sustancial, tanto del paradigma del sistema de imposición de costas procesales (artículos 394 a 398 de la LEC),

³⁴⁵ A esta figura y a su regulación en los ordenamientos basados en el *common law*, su incidencia en las costas procesales y en el comportamiento de las partes, y a su posible importación a España, se referían Pablo Cortes y Francisco Sotelo en un artículo premonitorio en 2011. CORTÉS, P., SOTELO, F., «Negocia o atente a las consecuencias», *InDret. Revista para el análisis del Derecho*, N.º 4, 2011.

basado hasta ahora en el criterio del vencimiento objetivo, modulado por las serias dudas de hecho o derecho que presentara el caso, y por la declaración de mala fe o de temeridad, como en lo que se refiere a su tasación e impugnación (artículo 245 de la LEC)³⁴⁶.

En cuanto a la imposición de costas se modificaban los artículos 394, 395 y 398 LEC, para que los tribunales pudieran valorar el rehúse injustificado a acudir a mediación u otro MASC, la colaboración de las partes en su utilización, y el posible abuso del servicio público de Justicia. En cuanto a la fase de tasación de costas, se modificaba el artículo 245 LEC para acoger la posibilidad de que la parte condenada al pago de las costas pudiera solicitar la exoneración de su pago o la moderación de su cuantía, y un nuevo artículo 245 bis para la tramitación y decisión sobre de esa solicitud.

En definitiva se trataba de poder examinar la conducta pre-procesal de las partes, y que esta tuviera consecuencias en materia de costas procesales, al establecer que «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». Y las mismas consecuencias tendría el rechazo injustificado de la propuesta que hubiese formulado el tercero neutral, cuando la sentencia recaída en el proceso fuera sustancialmente coincidente con la citada propuesta.

A este respecto, y para evitar que el juez pudiera verse afectado en su neutralidad, se preveía que la excepción al deber de confidencialidad y el examen de las posibles ofertas solo era posible en el momento de la tasación de costas, una vez que el deber de confidencialidad había «cumplido toda la etapa necesaria hasta la firmeza de la sentencia», por lo que podía darse el caso de que, de haber sido conocidas por el tribunal dichas circunstancias, no se hubieran impuesto las costas en la resolución que pusiera fin al proceso (por haber hecho una correcta evaluación y una oferta adecuada a los méritos el caso), lo que se salvaba con la posible exoneración total de su pago en esa fase.

³⁴⁶ MARCOS FRANCISCO, D., «La incidencia de los MASC en las costas procesales en la proyectada Ley de medidas de eficiencia procesal», *Revista General de Derecho Procesal*, N.º 57, 2022. Sobre la relación entre el régimen de asignación de costas procesales y el intento de acuerdo extrajudicial, *Vid.* HERRERO PEREZAGUA, F., «Accordarsi o soccombere», *Giustizia consensuale*, N.º 1-2022, Vol, II, 2022, pp. 68-76.

CAPÍTULO VIII. - PRESENTE Y PERSPECTIVAS DE FUTURO DE LOS ADR/MASC, Y EN PARTICULAR DE MEDIACIÓN, EN EUROPA Y ESPAÑA

1. SOBRE LA PARADOJA DE LA MEDIACIÓN EN EUROPA Y ESPAÑA, O SOBRE LA CONFRONTACIÓN DE EXPECTATIVAS Y REALIDAD

El legislador europeo ha venido dando significativos impulsos a los sistemas ADR, y en particular a la mediación, para la resolución de conflictos, en especial en ámbitos como el consumo y las relaciones familiares, pero la promulgación de la Directiva 2008/52/CE, sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles, constituyó la plasmación más clara de esa tendencia favorable al uso de la mediación como medio preferencial para la resolución de conflictos, tratando de fomentar este mecanismo de resolución de controversias en los Estados miembros, que estaban obligados a transponer la Directiva antes de 21 de mayo de 2011.

Se trataba de un instrumento de mínimos, que se limitaba a establecer un marco armonizado en todo el territorio de la Unión, en relación con la mediación civil y mercantil, y solo para los conflictos transfronterizos, regulando solo los aspectos fundamentales del procedimiento, promover la formación inicial y continua de los mediadores, y asegurar una relación equilibrada entre la mediación y el proceso judicial, en relación con los plazos de caducidad o prescripción, la confidencialidad de lo tratado en mediación en un eventual proceso futuro, y la eficacia de los acuerdos.

La Directiva fue tardíamente transpuesta en nuestro país, y el legislador español, que ya contaba con la experiencia previa de una legislación autonómica, quiso aprovechar la oportunidad para, superando el limitado ámbito de la Directiva, diseñar un mecanismo que regulara los elementos clave de la mediación que sirviera para fomentar el recurso de los ciudadanos a la misma para la resolución de sus conflictos.

La voluntad del legislador europeo no se ha visto, sin embargo, correspondida por los ciudadanos, como puso de manifiesto un estudio publicado por el Parlamento Europeo en enero de 2012, con el significativo título «*Rebooting the mediation directive*»³⁴⁷, esto es, «Reiniciando —utilizando el mismo verbo que se utiliza para reiniciar un ordenador bloqueado— la Directiva sobre Mediación», subtítulo «Evaluación del impacto limitado de su implementación y medidas propuestas para aumentar el número de mediaciones en la UE», que recoge un estudio realizado por 816 expertos de veintiocho países de toda la UE, que respondieron a los cuestionarios enviados.

Se trata de un estudio que comienza por afirmar que, sin ninguna duda, la Directiva ha contribuido a hacer avanzar el discurso de la mediación en toda Europa, y que de hecho las legislaciones adoptadas en los Estados miembros para aplicar la Directiva o reformar las legislaciones nacionales preexistentes han coincidido en generar un auténtico «movimiento ADR» en la UE, como lo demuestran el número de nuevos centros de mediación, publicaciones, conferencias y experiencias de todo tipo.

Por otro lado, sin embargo, se veía obligado a reconocer que, a pesar de este movimiento, la Directiva no había alcanzado —podríamos decir que ni de lejos—, el objetivo establecido en su artículo 1 de «facilitar el acceso a la solución alternativa de controversias y promover la solución amistosa de los litigios fomentando el uso de la mediación y garantizando una relación equilibrada entre la mediación y los procedimientos judiciales»; sólo un país, Italia, informa en esas fechas³⁴⁸ de la realización de más de 200.000 mediaciones anuales, mientras que los tres países siguientes apenas superan los 10.000, y mientras que un número significativo de Estados miembros de la UE notifican menos de 500 mediaciones por año, según las estimaciones de los citados expertos que quedan reflejadas en el siguiente cuadro:

³⁴⁷ Disponible: en [http://www.europarl.europa.eu/thinktank/en/document.html?reference=IPOL-JURI_ET\(2014\)493042](http://www.europarl.europa.eu/thinktank/en/document.html?reference=IPOL-JURI_ET(2014)493042) [Fecha de acceso: 20-10-2023].

³⁴⁸ Sobre el proceso legislativo seguido en Italia, *Vid.* PILIA, C., MANCALEONI, A. «La mediación en Italia. Con la mediación en material civil y mercantil, Italia elige Europa», *Revista de Derecho Patrimonial*, N.º 28/2012, Aranzadi, BIB 2012/170. 2012. Como señala el propio estudio, en Italia, cuando la mediación no era obligatoria (hasta 2011), no había más de 2.000 mediaciones por año. En el momento en que la mediación se hizo obligatoria (marzo de 2011 a octubre de 2012), el número de mediaciones voluntarias ascendió a casi 45.000, de más de 220 000 procedimientos en su conjunto. Cuando la mediación dejó de ser obligatoria (octubre de 2012 a septiembre de 2013), junto con la de las mediaciones obligatorias, el número de mediaciones voluntarias cayó a casi cero. En opinión de Aldo Berlinguer, la causa de esta falta de aceptación de la mediación es la falta de un verdadero movimiento cultural, que incluya como actores fundamentales a favor de esos medios de resolución a los profesionales y a la Universidad, porque se espera que el Estado lo resuelva todo, y porque para éste, como ha ocurrido en España —se explique como se quiera explicar— «el objetivo perseguido fue principalmente uno: aligerar la carga de trabajo de los juzgados». BERLINGUER, A., *op. cit.*

Numero de Mediaciones	Países	N.º	%
Más de 10.000	Alemania, Italia, Países Bajos, Reino Unido	4	14%
Entre 5.000 y 10.000	Hungría, Polonia	2	7%
Entre 2.000 y 5.000	Bélgica, Francia, Eslovenia	3	11%
Entre 500 y 2.000	Austria, Dinamarca, Irlanda, Rumanía, Eslovaquia, España	6	21%
Menos de 500	Bulgaria, Croacia, Chipre, República Checa, Estonia, Finlandia, Grecia, Letonia, Lituania, Luxemburgo, Malta, Portugal, Suecia	13	46%

Señalaba el estudio que, cinco años y medio después de su adopción, la Directiva no había resuelto lo que denominaba como la «paradoja de la mediación de la UE», y ésta era (según se formulaba) que, a pesar de sus probados y múltiples beneficios, la mediación en materia civil y comercial se seguía utilizando en menos del 1% de los casos en la Unión Europea³⁴⁹, lo que se reconocía como un resultado decepcionante que, en opinión de los expertos que respondieron a la consulta, era el resultado de políticas de pro-mediación débiles, ya fueran legislativas o promocionales, apoyando una serie de medidas no legislativas para promover su desarrollo, aunque decantándose fundamentalmente por la introducción de una forma «mitigada» de mediación obligatoria.

De hecho, pese a que al parecer de algunos expertos, se podrían haber ahorrado entre quince mil y cuarenta mil millones de euros solo en los procesos civiles y mercantiles si hubieran sido precedidos de forma sistemática por un procedimiento de mediación, y el tiempo de espera acumulado para la resolución judicial (entre 8 millones de años, según los cálculos más conservadores, y 12,6

³⁴⁹ En el mismo sentido, pero referido a asuntos comerciales, Carlos Esplugues Mota, cuando afirma que, «a pesar de todos sus beneficios y el apoyo que recibe, el uso de dispositivos ADR, principalmente de mediación, sigue siendo muy escaso en Europa. En la UE, se dice que el porcentaje de conflictos empresariales referidos a la mediación oscila entre el 0,5% y el 2% del total. La situación se considera incluso peor en los conflictos transfronterizos: la mediación se utiliza en menos del 0,05%. Estas dramáticas cifras alcanzan otra dimensión si tenemos en cuenta que alrededor del 25% de todas las disputas comerciales en Europa quedan sin resolver porque los ciudadanos se niegan a litigar». ESPLUGUES MOTA, C. «Mediation in the EU after the transposition of the Directive 2008/52/EC on mediation in civil and commercial matters», *Mediation in Civil and Commercial Matters, in Civil and Commercial Mediation in Europe: Cross-Border Mediation, Vol II*, Cambridge, Intersentia, 2014, pp. 485-771.

millones de años según un escenario más realista)³⁵⁰, la mediación no funciona. Un análisis comparativo exhaustivo de los marcos jurídicos de los veintiocho Estados miembros, junto con una evaluación de los efectos actuales de la Directiva sobre mediación en cuanto a los resultados obtenidos en toda la UE, demuestra que lo único que funciona de verdad, de lo intentado hasta ahora, para promover la mediación es un cierto grado de compulsión mediata, de obligatoriedad. De hecho, afirma, «todas las demás características reguladoras de la pro-mediación mencionadas en el mandato del estudio, como la fuerte protección de la confidencialidad, las frecuentes invitaciones de los jueces a mediar y un sólido sistema de acreditación de mediadores, no han generado ningún efecto importante en la ocurrencia de mediaciones».

Por lo tanto, el estudio propone dos maneras de «reiniciar» la Directiva 2008/52/CE sobre mediación: modificarla, considerando la posibilidad de exigir la mediación obligatoria en determinadas categorías de casos, con la posibilidad de optar por la exclusión del acceso a los tribunales, o bien, sin necesidad de realizar ningún cambio legislativo, pedir a cada Estado miembro que, utilizando la política pro-mediación que considere más adecuada, se comprometa a alcanzar un objetivo mínimo, un determinado porcentaje entre litigios civiles y mediaciones.

El estudio muestra también que existe un «apoyo entusiasta a una serie de medidas no legislativas bien definidas, destinadas a promover la mediación, que la UE y los Estados miembros deberían considerar de inmediato; son medidas que se centran tanto en la creciente información sobre la mediación, en la línea de la Resolución del Parlamento Europeo, de 13 de septiembre de 2011, como en la conducción de los litigantes para que prueben (experimenten) con la mediación, aunque reconoce que no se puede estimar con exactitud el impacto sobre el uso real de la mediación que pueda resultar de la aplicación de estas medidas, existiendo una coincidencia general en que la manera más eficaz de poner la mediación en el punto de mira de los litigantes de la UE para que resuelvan a través de ella sus conflictos es una mejor regulación que vaya más allá de la simple invitación a los litigantes a reunirse primero con un mediador.

Lo cierto es que ese entusiasmo del legislador europeo, y de las asociaciones pro-mediación (que son quienes proporcionan ese «apoyo entusiasta»), no se ha visto correspondido por los ciudadanos, pese a los grandes beneficios que le atribuyen, y, como se puede comprobar, solo en Italia ha llegado a tener cierta

³⁵⁰ Las cifras resultan sorprendentes, e increíbles, en el sentido de insólitas, inauditas, e inverosímiles, pero es lo que afirman ALEXIA HENGLS y VINCENT TILMAN, consejeros ambos —aparte de mediador el segundo—, de la Asociación Europea de Cámaras de Comercio e Industria, en la asociación judicial europea pro-mediación, GEMME, en la página 62 de un documento que recoge una Conferencia Europea celebrada los días 5 y 6 de junio de 2014 «MEDIATION ROAD OF PEACE FOR JUSTICE IN EUROPE», The European Association of judges for mediation GEMME. Disponible en: <https://mediacionesjusticia.files.wordpress.com/2015/07/mediation-road-of-peace-for-justice-in-europe.pdf> [Visitado: 20-10-2023].

entidad, transitoriamente, por razones completamente ajenas a las bondades propias de la mediación, sin que se haya solucionado el problema del colapso de sus tribunales³⁵¹.

Puede ser suficiente para hacerse una idea de la razón, tanto del «éxito» de la mediación en Italia, mientras estuvieron en vigor en su integridad el Decreto Legislativo 28/2010 y el Decreto Ministerial 180/2010, como de la aversión que suscitó entre los profesionales del Derecho, la lectura de la cuestión prejudicial planteada al TJUE por un juez italiano —llena de dudas y cuestiones de plena actualidad³⁵²—, resuelta por sentencia (Sala Tercera) de 27 de junio de 2013 (Asunto

³⁵¹ El tiempo teórico necesario para la resolución de casos pendientes en 1ª Instancia ha pasado de 493 días en 2010 a 674 días en 2020, según datos del CEPEJ, aunque la duración total disminuyó entre 2012 y 2018, incrementándose con posterioridad, como en el resto de Europa por la pandemia. Disponible en: <https://public.tableau.com/app/profile/cepej/viz/OverviewEN/Overview> [Fecha de acceso: 21-10-2023].

³⁵² ¿Se oponen los artículos 6 y 13 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, el artículo 47 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea [...], la Directiva 2008/52 [...], el principio general del Derecho de la Unión de la tutela judicial efectiva y, con carácter general, el Derecho de la Unión en su conjunto, a que un Estado miembro adopte una normativa como [...] el Decreto Legislativo n.º 28/2010 y el Decreto Ministerial n.º 180/2010, [...], según la cual: 1) el juez puede inferir en el procedimiento posterior elementos de prueba en contra de la parte que no participó en el procedimiento de mediación obligatorio sin causa justificada; 2) el juez debe denegar el reembolso de las costas soportadas por la parte vencedora que haya rechazado una propuesta de conciliación, correspondientes al período posterior a la formulación de tal propuesta, y condenarla al reembolso de las costas soportadas por la parte perdedora durante ese mismo período, así como a pagar a favor del Tesoro público una cantidad adicional por importe equivalente al abonado en concepto de tributo adeudado (tasa unificada), cuando la sentencia que ponga fin al procedimiento iniciado tras la formulación de la propuesta rechazada se corresponda íntegramente con el contenido de dicha propuesta; 3) el juez, cuando concurren motivos graves y excepcionales, puede denegar el reembolso de las costas soportadas por la parte vencedora por la compensación al mediador y la retribución del perito, aun cuando la resolución que ponga fin al litigio no se corresponda íntegramente con el contenido de la propuesta; 4) el juez debe condenar a la parte que no haya participado en el procedimiento de mediación sin causa justificada a pagar a favor del Tesoro público una cantidad por importe equivalente a la tasa unificada adeudada por el procedimiento judicial; 5) el mediador puede o incluso debe formular una propuesta de conciliación aun cuando no exista acuerdo entre las partes e incluso cuando éstas no hayan participado en el procedimiento; 6) el plazo durante el que debe intentarse la mediación puede llegar a los cuatro meses; 7) incluso después del transcurso del plazo de cuatro meses desde el inicio del procedimiento, únicamente se podrá interponer una demanda tras haber obtenido de la secretaría del organismo de mediación el acta de falta de acuerdo, redactada por el mediador, en la que se indique la propuesta rechazada; 8) no se excluye que los procedimientos de mediación puedan multiplicarse (con la consiguiente multiplicación de los plazos de resolución de la controversia) tantas veces como nuevas pretensiones se propongan legítimamente en el procedimiento judicial iniciado entre tanto; 9) el coste del procedimiento de mediación obligatorio es, cuando menos, el doble del coste del procedimiento judicial que la mediación pretende evitar y dicha desproporción aumenta exponencialmente a medida que se incrementa la cuantía de la controversia (hasta el punto de que el coste de la mediación puede llegar a ser seis veces superior al del procedimiento judicial) o según se incrementa su

C-492-11), aunque sin contenido al haber devenido las cuestiones planteadas como hipotéticas, al declarar la sentencia n.º 272/2012, de 24 de octubre, de la *Corte Costituzionale* italiana, la inconstitucionalidad determinados artículos de esa normativa.

Es fácil explicarse, a la vista de las cuestiones planteadas por el tribunal, el porqué del «éxito» de la mediación derivado de la pura imposición y consecuencias— y además absolutamente relativo en términos comparativos, salvo que se compare solo con sus propios números previos—mientras estuvo vigente en su integridad dicha normativa, si que fuera previsible que la reintroducción operada en 2013 pudiera deparar mejores resultados³⁵³, como el tiempo se ha encargado de demostrar, y parece bastante claro, a la vista de la experiencia italiana, que no es el camino a seguir para fomentar la mediación.

Lo cierto es que, pese a lo conveniente que pueda ser en determinados casos, por sus concretas circunstancias, el recurso a la mediación, como en otros lo pueda ser a otros sistemas ADR/MASC, la mediación ha despertado un muy limitado entusiasmo en Europa —al menos desde el punto de vista práctico del recurso a la misma para la resolución de conflictos—, prácticamente circunscrito a círculos pro-mediación. Así lo constata la Resolución del Parlamento Europeo de 12 de septiembre de 2017, sobre la aplicación de la Directiva 2008/52/CE, a la vista de diferentes estudios y evaluaciones sobre la implementación de la Directiva, cuando señala que en la mayoría de los estados miembros la mediación se utiliza en menos de 1% de los casos que llegan a los tribunales.

Y lo cierto es que ese mismo limitado entusiasmo es el que existía en España, a esa fecha, y también hoy. Basta observar las estadísticas publicadas por el CGPJ sobre la actividad de los órganos jurisdiccionales para toda España, en el periodo

complejidad (al resultar necesario en tal caso nombrar un perito que ayude al mediador en las controversias que requieran competencias técnicas específicas, perito que será retribuido por las partes en el procedimiento de mediación pero cuyo dictamen o la información que aporte no podrán utilizarse posteriormente en el procedimiento judicial)?.

³⁵³ La obligatoriedad de la mediación fue reintroducida por el legislador italiano por Ley de 9 de agosto de 2013, n.º 98, de disposiciones urgentes para la recuperación económica, modificando algunos (p. ej., incluyendo la asistencia legal obligatoria), y convirtiendo la mediación en requisito de procedibilidad para determinados procedimientos, no para todos ellos (que fue la causa de declaración de inconstitucionalidad, por exceder el ámbito de la delegación al gobierno), siendo suficiente que el primer encuentro con el mediador termine sin acuerdo para que no pueda oponerse como excepción, introduciendo la posibilidad de que en segunda instancia se pueda remitir a las partes a mediación. El resultado previsible es un fracaso, afirma Ennio Cavuoto, apuntando a la experiencia con el acto conciliatorio previo en el proceso laboral, las estadísticas de resolución que se van conociendo, y porque —y es una razón esencial— «la mediación tiene posibilidades razonables de éxito, como instrumento alternativo de resolución de la controversia, únicamente en un sistema en el que la justicia funcione ya». CAVUOTO, E., «La nueva mediación obligatoria en Italia», *Revista General de Derecho Procesal*, N.º 34, Iustel, Madrid, 2014.

comprendido entre los años 2012 y 2022, ambos inclusive, y compararla con los mismos datos sobre mediación intrajudicial para el mismo periodo, para corroborar esta afirmación. En el ámbito civil y mercantil, que es el que ahora mismo nos interesa, incluyendo familia, observamos que ingresaron en los juzgados casi veintitrés millones y medio de asuntos, resolviéndose casi otro tanto (el 97,04%), conforme al siguiente cuadro:

Movimiento de asuntos de los órganos jurisdiccionales				
Año	Ingresados	Resueltos	En trámite	Sentencias
2012	1.839.800	1.873.329	1.180.187	508.966
2013	1.670.305	1.814.394	1.029.032	477.705
2014	1.845.173	1.858.579	1.009.392	484.751
2015	1.972.116	1.908.900	1.065.480	504.021
2016	1.868.228	1.906.257	1.037.270	518.534
2017	2.040.018	1.873.998	1.205.134	526.551
2018	2.227.531	2.014.361	1.422.451	587.845
2019	2.384.147	2.245.773	1.564.183	659.053
2020	2.212.084	2.040.640	1.736.425	570.251
2021	2.587.127	2.588.065	1.743.864	746.518
2022	2.809.693	2.637.463	1.917.991	737.878
SUMAN	23.456.222	22.761.759	14.911.409	6.322.073

Los datos contrastan fuertemente con los publicados por la misma fuente³⁵⁴ sobre mediación intrajudicial para el mismo periodo, que resumimos en el siguiente cuadro:

Mediación (intrajudicial).			
	Derivados	Finalizados con avenencia	Finalizados sin avenencia
Familiar	51.213	5.689	26.754
Civil	12.019	1.290	7.137
SUMAN	63.232	6.979	33.891

³⁵⁴ Disponible en: <https://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Temas/Estadistica-Judicial/Estadistica-por-temas/Medios-alternativos-de-resolucion-de-conflictos/Mediacion-Intrajudicial/> [Fecha de acceso: 21-10-2023].

Es verdad que los datos de mediación se refieren solo a la mediación intrajudicial, que es de la que se tienen datos estadísticos fiables, y bien podría argumentarse la novedad de la implantación de dicho sistema, el desconocimiento de su existencia y posibilidades, y la escasez de medios, esencialmente económicos para la remuneración de los mediadores, que en muchas zonas ejercen una especie de voluntariado, sin percibir remuneración alguna por la prestación de sus servicios, dado que no existe presupuesto para contratarlos, a cambio compensaciones morales, o motivaciones personales³⁵⁵.

De los datos resultan dos conclusiones bastante claras. Algo hay que hacer, dado el exponencial incremento de asuntos producido entre 2012 y 2022, con incrementos que, si para el primer quinquenio era del 10,88%, para el segundo ascendía a un 37,73%, con un porcentaje de incremento de asuntos ingresados entre 2012 y 2022 del 52,72%, habiéndose incrementado el porcentaje de asuntos resueltos en un 40,79% (la práctica totalidad del incremento, un 40,74%, entre 2017 y 2022), y el número de sentencias en un 44,98%, la práctica totalidad (40,13%), entre 2017 y 2022.

Algo hay que hacer, pero la mediación se ha revelado hasta ahora como anecdótica, y la cuestión no es tanto el escaso número de mediaciones en relación con el número de asuntos ingresados en los juzgados civiles (un 0,2696% del total de asuntos ingresados), que también, como el pequeño porcentaje de avenencias conseguidas, no solo en relación con el número de asuntos resueltos por los juzgados (un irrelevante 0,0307%) sino, lo que es más importante, en relación con los asuntos derivados a mediación: un 11,11% de los asuntos derivados en familia y un 10,73% de los asuntos derivados en el orden civil y mercantil, lo que supone en conjunto que solo un 11,04% de los asuntos derivados a mediación termina en avenencia.

Claro que dichos datos podrían denotar varias cosas, y entre otras, la reiteradamente alegada cuestión «cultural», pero no se resuelve dejando a los abogados fuera de la solución del conflicto, ni demonizando el proceso judicial y a quienes en él participan, ni tachando a los ciudadanos de irresponsables por acudir a los tribunales a resolver sus controversias en lugar de a mediación³⁵⁶.

³⁵⁵ PASCUAL DE RIQUELME HERRERO, M., «La experiencia de la unidad de mediación intraprocésal del partido judicial de Murcia. Introducción: El impulso a la mediación en la experiencia de los PNPM», en *Mediación es Justicia. El impacto de la Ley 5/2012, de mediación civil y mercantil*, [Coord. LAUROBA LACASA, M.E., ORTUÑO MUÑOZ. P.], Huijens, Barcelona, 2014, pp. 57-60.

³⁵⁶ Como señala SEUL, parafraseándolo, la imagen del litigio se quiere presentar de una forma tan sombría, que uno puede fácilmente olvidar que su propósito esencial es resolver disputas, no perpetuarlas —algo de lo que muchas veces se le acusa desde los círculos pro-mediación más celosamente activos—, y ante la necesidad de resolver con conflicto civil hay que evaluar la efectividad de un proceso judicial en relación con otros medios de resolución disponibles. Un abogado litigante testarudo evita el arbitraje, la mediación y otras alternativas al litigio,

No se pueden presentar los ADR/MASC, y a la mediación entre ellos, como un recurso para solucionar los problemas de la Justicia, porque lo que quieren los ciudadanos, además de la paz en el mundo y en su comunidad, es que se resuelvan sus problemas, y tienen un derecho constitucional a la tutela judicial efectiva de los juzgados y tribunales, por el que los profesionales del derecho, y singularmente la abogacía, tienen la obligación de velar; y si esos sistemas alternativos o complementarios del sistema judicial no suscitan el pretendido entusiasmo en unos y otros habrá que preguntarse por qué, y poner los medios adecuados, no para imponerlos, como suele ser la tentación, bien por la fuerza, impidiendo el acceso a los tribunales, bien mediante incentivos artificiales (tasas judiciales, beneficios fiscales, multas, imposición de costas procesales al margen del vencimiento o de la buena o mala fe, etc.), sino para normalizarlos como unos sistemas a los que se puede recurrir para resolver un conflicto, si el caso así lo requiere.

No se puede simplificar, porque la realidad de la mediación tiene que ver con una pluralidad de factores, algunos de ellos complejos, como puede ser la falta de valoración del trabajo intelectual de los profesionales de la abogacía, si no se traduce materialmente en una demanda y en un juicio; la falta de recursos negociadores de las partes, encerrados normalmente (y cabe incluir a sus letrados) en un regateo posicional, que tampoco hay que descartar de antemano como válido, porque en muchos casos es una forma de negociación perfectamente válida y eficaz, en términos de coste beneficio³⁵⁷; la realidad de que en todo proceso negociador, con o sin asistencia de terceros (llámese mediador, conciliador, etc.), se obtienen mejores resultados si las partes están asesoradas que si no lo están³⁵⁸; las políticas seguidas para facilitar el acceso y multiplicar el número de

mientras que los defensores de esos procesos alternativos se oponen casi dogmáticamente al litigio como una alternativa válida para la resolución de disputas. Ambas perspectivas, afirma, y me sumo, son miopes, y no tiene mucho sentido preguntarse qué proceso de resolución de disputas es mejor utilizar, en abstracto, sino que más bien hay que considerar los méritos relativos de cada proceso, para cada caso en particular, en cada momento en particular, y en cada contexto particular. SEUL, J.R., «Litigation as Dispute Resolution alternative», *The Handbook of Dispute Resolution*, [Dir. MOFFIT, M.L., BORDONE R.C.], Harvard Law School, 1ª Edición, San Francisco (EE.UU.), p. 336.

³⁵⁷ PATTON, B., «Negotiation», *The Handbook of Dispute Resolution*, [Dir. MOFFIT, M.L., BORDONE, R.C.], *A Publication of the Program on Negotiation at Harvard Law School*, Harvard Law School, 1ª Edición, San Francisco (EE.UU.), pp. 288-294.

³⁵⁸ Afirma Marjorie Corman Aaron que la mayoría de las partes en un conflicto tienen que tomar la decisión de transar la disputa en ciertos términos o no, y si cuentan con la ayuda de un abogado y un mediador las partes están en mejores condiciones de tomar decisiones en su propio interés si comprenden sus alternativas, que comprenden necesariamente los resultados de un litigio o de un acuerdo y sus respectivos efectos anticipados. Y para llevar a cabo ese análisis de decisiones y de riesgos, y analizar los valores relativos de sus alternativas propone el procedimiento del «árbol de decisiones» como un sistema, un mapa para no perderse, que puede ayudar a las partes y sus abogados en la negociación y resolución de disputas. CORMAN AARON, M., *op. cit.*, pp. 202-203.

abogados, y así incrementar la competencia entre ellos y reducir los costes de litigación de las empresas (trasladando los costes a la sociedad al producir el efecto indeseado de incrementar el número de pleitos y precisar de más recursos³⁵⁹); la propia concepción de la mediación en nuestro sistema y las formas seguidas para su implementación en el sistema, facilitando el acceso por la vía de disminuir los requisitos de formación, la falta de transparencia, y el hecho (digno de un examen más en profundidad) de que la política de multiplicación del número de mediadores —con el deseo explícito de que saltaran al «mercado de conflictos» en busca de clientela y, como ocurrió antes con los abogados, se incrementara el número de mediaciones a menor coste— no ha producido el efecto deseado, sino el contrario: mayores presiones para su imposición como requisito de procedibilidad (y, si es posible, «funcionarización», o «arancel» en su defecto, que sea el Estado el que derive y pague); y, sin duda también inciden algunas instituciones de nuestro proceso judicial que, directa o indirectamente, no solo no incentivan, sino que pueden retraer, justificadamente en ocasiones, de recurrir a sistemas ADR/MASC para resolver un conflicto, entre otros factores que se puedan apuntar.

La realidad es compleja, y puede ser muy tentador, y más cómodo, pero la solución no pasa por su simplificación. Señalaba BARONA VILAR que son muchas las razones que provocan la crisis de la Administración de Justicia, y que las soluciones propuestas son dispares, aunque las agrupa en tres direcciones: «a) Los que afirman que la vía de solución de esta crisis viene por el camino del aumento de medios materiales y personales de la Administración de Justicia; b) Los que desde posiciones políticas más poderosas mantienen la proliferación legislativa procesal como única vía de introducir soluciones, que, por otra parte y en muchas ocasiones, obedecen a parches, búsquedas apresuradas, como si trasladando del derecho comparado instituciones no aplicables en nuestro país se alcanzara la solución a nuestra tan denostada Administración de Justicia; y c) Los que buscan fuera del Poder Judicial la solución de los conflictos o controversias jurídicas»³⁶⁰.

La solución debe pasar por una combinación de todas ellas y, por lo que al tema que nos ocupa respecta, y como ya hemos anticipado, en primer lugar, por la

³⁵⁹ Juan S. Mora-Sanguinetti y Nuno Garopupa, en un estudio realizado con referencia al período 2001-2010, constatan que España es uno de los países desarrollados con una tasa de litigios más elevada, tanto en relación con la población como con el PIB, y con mayor número de abogados *per capita*, con gran competencia entre ellos, lo que se explica por los en general bajos honorarios, estimando que un incremento de un 1% en el número de abogados se traduce en un incremento de la litigación en un 1,4%. MORA-SANGUINETTI, J.S., GAROUPA, N., «Do lawyers induce litigation? Evidence from Spain, 2001-2010», *International Review of Law and Economics*, 44, Elsevier, 2015. Coincide Helena Soleto Muñoz, que también relaciona el elevado número de abogados con el elevado recurso a la vía jurisdiccional, si bien en relación con otros factores, educativos, culturales y económicos. SOLETO MUÑOZ, H., «La Mediación, tutela adecuada en los conflictos civiles», *Tratado de Mediación. Mediación en asuntos civiles y mercantiles, Tomo I* [Edit. BLANCO GARCÍA, A.I.], Tirant Lo Blanch, Valencia, 2017, pp. 20-21.

³⁶⁰ BARONA VILAR, S., *Solución extrajudicial...*, *op. cit.*, p. 15

dotación de los medios necesarios a la Administración de Justicia, esencialmente jueces.

La razón es clara. Si examinamos los datos facilitados por la Comisión Europea para la Eficiencia de la Justicia (CEPEJ), correspondientes a 2020, relativos al número de jueces y trabajadores de la administración de justicia en España, y los comparamos con la media europea y con los de algunos países de nuestro entorno, debemos convenir que su número no es proporcionado ni a la población ni al número de asuntos entrantes.

Así, de dichos datos resulta que el número de jueces y magistrados es de 11,24 por cada cien mil habitantes, lo que está muy alejado de la media europea, que está en 17,6) —es decir, habría que incrementar su número casi en un 60% solo para alcanzar la media europea—, y más lejos todavía de países como Alemania (25,01), aunque sea similar al de Francia e Italia, para atender un número de asuntos entrantes que es de 2,55 por cada cien habitantes en España, frente a la media europea de 1,81, muy por encima de Alemania (1,47), Francia (1,59) y también de Italia (1,92). Ello se traduce en que el tiempo teórico de resolución de asuntos en primera instancia es en España de 468 días frente a la media europea de 221 días, muy por encima de Alemania que es de 236, aunque mejor que Francia o Italia, que son de 637 y 674 días respectivamente. Por el contrario, el número de funcionarios en Justicia duplica prácticamente la media europea, siendo de 102,69 por cada cien mil habitantes frente a 56,13 de media europea, una cifra muy superior a los 65,07 de Alemania, 35,7 de Francia o 35,76 de Italia³⁶¹.

En segundo lugar, aunque al tiempo, es necesario un mayor desarrollo de los ADR/MASC más comunes, como son la negociación, la conciliación, la mediación y el arbitraje, por el desarrollo de un esquema e instituciones del proceso civil que —junto al incremento del número de jueces— permita, si no impedir reducir la litigación endógena, diferenciando entre los distintos tipos de actores en un proceso, y valorando adecuadamente la actitud pre-procesal de las partes en orden a resolver extrajudicialmente sus controversias, y acudir a mediación u otros métodos ADR/MASC; pero no por razones extrañas y ajenas a los intereses y derechos en liza, sino porque garanticen adecuadamente esos intereses y derechos fundamentales del justiciable, de forma que lleven al convencimiento al ciudadano, y sobre todo a los profesionales que los defienden, de que si quiere recurrir a los tribunales, porque considera que es la vía más adecuada para la tutela de su derecho, lo puede hacer con entera libertad, pero que acudir a un ADR/MASC para resolver el conflicto puede ser en ocasiones lo más acertado.

³⁶¹ Disponible en: <https://public.tableau.com/app/profile/cepej/viz/OverviewEN/Overview> [Fecha de acceso: 21-10-2023].

2. VOLUNTARIEDAD O IMPOSICIÓN DE LA MEDIACION U OTROS ADR/MASC, ESA ES LA CUESTIÓN

Como hemos tenido ocasión de examinar, al referirnos a los sistemas de gestión y resolución de conflictos, los sistemas ADR/MASC se presentan por sus valedores, en buena medida, como sistemas autocompositivos de resolución de conflictos, alternativos a la resolución judicial, que, cuando están claramente reconocidos y regulados, ofrecen a las partes en conflicto una serie de ventajas respecto a la justicia tradicional, como la rapidez y reducción de costes, la confidencialidad y discreción a la hora de resolverlo, y la absoluta flexibilidad, que, frente a la rigidez del proceso jurisdiccional, implica poder decidir qué organización y/o qué persona se encargarán de dirigir el proceso y cómo se va a desarrollar éste, si van a participar personalmente, o si van a estar asistido de abogado, entre otros extremos. Y todo ello presidido por el principio de voluntariedad, fundado en la libertad y autonomía de la voluntad para decidir sobre si recurrir a un ADR/MASC, mantenerse o no en él, y llegar o no a acuerdos, y también en una razón pragmática, y es que la experiencia demuestra que si las partes entran voluntariamente en el proceso es mucho más probable que lleguen a un acuerdo y que este cumpla³⁶².

Sentado lo anterior debemos preguntarnos en qué consiste realmente este principio de voluntariedad, y si es o no esencial a la mediación —y nos lo planteamos respecto a este medio, porque es con ella con la que se plantea inicialmente el problema de su imposición, aunque sea aplicable a todo ADR/MASC de base negocial—, en el sentido de que afecte a su esencia o naturaleza como proceso de negociación asistida basado en los principios de soberanía individual y autodeterminación o, por el contrario, es un principio de naturaleza pragmática, fruto de la inicial desconfianza en la utilidad de los acuerdos que se consigan forzando la voluntad de las partes o de alguna de ellas; un principio que es por tanto revisable, si es preciso, por razón de ese mismo pragmatismo.

A este respecto conviene apuntar —antes de apresurarnos a anticipar nada— que si examinamos el concepto de mediación dado por diversos autores (BARONA VILAR, FOLBERG y TAYLOR, KOVACH, URQUIDI, etc.)³⁶³, observamos que

³⁶² GONZALO QUIROGA, M. *op. cit.*, pp. 45-50.

³⁶³ Silvia Barona Vilar la define como «un cauce que consiste en la intervención de un tercero, ajeno al conflicto, que asume la función de reunir a las partes y ayudar a resolver sus desacuerdos, si bien ese tercero puede ser desde el juez, un abogado, un notario, un psicólogo, un terapeuta, un siquiatra, etc.». BARONA VILAR, S., *Mediación en asuntos ...*, *op. cit.* p. 95. Kimberlee K. Kovach, de la escuela de Harvard, como un proceso en el que un tercero neutral, el mediador, ayuda a las partes contendientes a llegar a un acuerdo mutuamente aceptable y alienta la exploración de soluciones creativas, *op. cit.*, p. 304. Luis Octavio Vado Grajales se refiere a las definiciones de Jay Folberg y Alison Taylor, como un proceso «mediante el cual los participantes, junto con la asistencia de una persona o personas neutrales, aíslan sistemáticamente los problemas en disputa con el objeto de encontrar opciones, consideradas alternativas, y llegar a un acuerdo mutuo que se ajuste a sus necesidades»; y de J. Enrique

en ningún momento se ha afirmado que el proceso sea voluntario, salvo que se entienda que es así, indirectamente, porque en alguna definición se afirma que las partes llegan a un acuerdo que se ajusta a sus necesidades, o es mutuamente satisfactorio. Pero eso puede no querer decir mucho, y a este respecto debemos recordar las críticas de autores como FISS, MILLER, TARUFFO, WOO o NIEVA-FENOLL, entre otros³⁶⁴, a la «cultura del acuerdo», a cualquier precio, desarrollada en los EE.UU. a través de sucesivas reformas legislativas que tuvimos la oportunidad de conocer al referirnos al origen y desarrollo de los ADR en los EE.UU., y su vinculación con algunas características de su sistema procesal, algo que no se circunscribe a la mediación.

2.1. La voluntariedad de la mediación en EE.UU. y otros países anglosajones

Lo cierto es que, en el recurso a los ADR, y particularmente a la mediación, en EE.UU. y otros países anglosajones se ha producido una evolución de la voluntariedad a la *mandatory mediation*. La mediación suele presentarse idealmente como un proceso voluntario que tiene lugar en privado, y que requiere de la buena fe y la participación significativa de las partes en el proceso para llegar a un acuerdo mutuamente satisfactorio que resuelva el conflicto y salve la relación, frente a la imposición de una solución por los tribunales. Estas características pueden diluirse, y de hecho así ha venido sucediendo en los EE.UU., y en otros países anglosajones, a medida que la mediación se institucionaliza dentro del sistema

Urquidí, como «un proceso mediante el cual las partes en conflicto, asistidas por y un tercero neutral, buscan identificar opciones reales y alternativas viables para dirimir su controversia y llegar a un acuerdo que ofrezca soluciones de mutua satisfacción», añadiendo que «la mediación puede ser concebida como una colección de técnicas de negociación que permite restablecer o reforzar la confianza y el respeto entre los participantes», fortaleciendo la autodeterminación, y minimizando los efectos adversos de una ruptura definitiva de las relaciones. VADO GRAJALES, L.O., *op. cit.*, p. 381.

³⁶⁴ Owen Fiss, en relación con la modificación de las Reglas 16 y 68 de las Federal Rules of Civil Procedure, —referidas a los poderes judiciales para forzar a las partes a llegar a un acuerdo, y la posibilidad de ofrecer un acuerdo cuyo rechazo puede provocar la imposición de los costes legales, si la sentencia termina por recogerlo— para incentivar que se llegue a un acuerdo que evite una sentencia sobre el fondo, manifiesta que no cree que el acuerdo como una práctica generalizada sea preferible al juicio o que deba institucionalizarse sobre bases a gran escala e indiscriminadas, lo compara con la conformidad penal, y afirma que el consentimiento es a menudo coaccionado, la negociación puede resultar afectada por alguien que carece de autoridad, la falta de un juicio y de una sentencia tiene implicaciones judiciales posteriores problemáticas, y aunque las listas de asuntos judiciales se recortan, puede no estar haciéndose Justicia.. [«I do not believe that settlement as a generic practice is preferable to judgment or should be institutionalized on a wholesale and indiscriminate basis. Settlement is for me the civil analogue of plea bargaining. Consent is often coerced, the bargain may be struck by someone without authority; the absence of a trial and judgment renders subsequent judicial involvement troublesome; and although dockets are trimmed, justice may not be done»]. FISS, O., *op. cit.*, p. 1075.

judicial, vinculada a los *Court Annexed Program*, en los que los jueces adoptan un papel directivo (*managerial-judge*) para la resolución del litigio, de forma que en un número creciente de jurisdicciones se requiere que las partes participen en la mediación cuando presentan una acción ante un tribunal. Tal exigencia plantea importantes cuestiones relacionadas con el consentimiento y la autodeterminación de las partes cuando son derivados a estos medios, de forma que, como afirma NOLAN-HALEY, «más allá de las preocupaciones éticas que afectan a todos los programas de mediación, los programas obligatorios de mediación plantean consideraciones éticas particulares relacionadas con la financiación, la coerción y el control de calidad»³⁶⁵.

Ser forzado a participar en una mediación —como en una negociación u otros sistemas ADR/MASC— es, teóricamente, una contradicción en sí misma y con uno de sus principios filosóficos centrales como es la voluntariedad, cuya lógica es que quien asiste voluntariamente está más dispuesto a entrar en el espíritu de resolución consensual del conflicto que quien es obligado, que puede no tener la necesaria motivación. De hecho la mayoría de los programas de mediación anejos a los tribunales empezaron como voluntarios, para asegurarse de que las partes estaban dispuestas a participar.

Sin embargo, con el paso del tiempo, esta visión filosófica se vio comprometida por el escaso uso de la mediación y por necesidades puramente pragmáticas —liberar tiempo para que los jueces pudieran dedicarlo a los asuntos que sí requerían solucionarse mediante adjudicación—, y se empezó facultar a los tribunales para que pudieran ordenar a las partes que acudieran a una mediación, a pesar de que una de ellas, o ambas, rechazaran someterse a este proceso. Las razones podían ser variadas —la desconfianza en su éxito, y los mayores costes y retrasos implicados, que la oferta o aceptación pudiera entenderse como un signo de debilidad que podría utilizarse en su contra en el litigio, o simplemente el estado de ánimo de las partes derivado del mismo conflicto, entre otras— pero todas podían ser solventadas si era el tribunal el que les obligaba a participar en un proceso de mediación; las partes tenían el potencial para resolver sus asuntos consensualmente, y, por tanto, aun cuando fueran obligadas, eran capaces de participar en el proceso y de llegar a una solución de la controversia.

Así lo señalan SPENCER y BROGAN, que justifican el poder del tribunal para ordenar la mediación, pese a las objeciones de las partes, porque la base filosófica de la mediación como un proceso voluntario tiene que ser sopesada con el interés público en mantener asuntos que no tienen por qué estar allí fuera de los tribunales, liberando así recursos, y que el deseo de voluntariedad de las partes

³⁶⁵ NOLAN-HALEY, J., *Alternative Dispute Resolution, in a nutshell*, Fourth Edition, West Academic Publishing, St. Paul (USA), 2013, p. 112.

debe ponderarse frente al potencial de éxito que ofrece la mediación para resolver los conflictos³⁶⁶.

La pregunta que se hacen los mismos autores es si la voluntad de las partes es algo que debe existir en todas las etapas de la participación en el proceso de mediación, o si sólo es esencial en una o dos etapas cruciales. Y citando a Bobette Wolski, que examinó si la voluntariedad es no de una «filosofía» esencial a la mediación, señalan que esta autora argumenta inicialmente que la voluntariedad se superpone con la consensualidad, y que podría implicar uno o más de los siguientes factores: a) la entrada y participación voluntaria de las partes; b) la ausencia de presión para llegar a un acuerdo; c) un resultado que refleje las preferencias de las partes bajo la premisa de que controlan la sustancia y el resultado de la controversia; y d) la capacidad de las partes para negarse a resolver o para aceptar o rechazar determinados resultados. Tras revisar ejemplos históricos para discernir los niveles de voluntariedad que existen en el proceso de mediación, antes de examinar críticamente las prácticas contemporáneas de mediaciones en general, señala que la entrada en la mediación estaba normalmente asociada con alguna forma de presión y, por lo tanto, no era puramente voluntaria, y que los intereses de los mediadores, su uso del poder y de ciertos procesos, y la presión para conseguir un acuerdo, militaban en contra de considerar la mediación como un proceso puramente voluntario.

Sin embargo, también afirma que debe hacerse una distinción entre la «coerción a la mediación» y la «coacción en la mediación», y concluye señalando que hay numerosas opiniones autorizadas que sostienen que la característica definitoria de la mediación, ya se describa en términos de «voluntariedad» o «consensualidad», es la capacidad de las partes para aceptar o rechazar determinados resultados o, desde otro punto de vista, la falta de autoridad del mediador para imponer una decisión. Afirma que la mediación no se define por la entrada voluntaria y la participación en el sentido de que no haya presiones para participar, y que los mediadores pueden y ejercen presiones para resolver y pueden intervenir e intervienen para conseguir un resultado sustantivo de la disputa, por diferentes motivaciones, ya sea para promover sus propios intereses, los intereses de las partes, otras partes afectadas o para «el bien de la humanidad». Pero añade que, por mucho o por muy poco que intervengan, e independientemente de la presión o influencia que ejerzan, no tienen poder alguno para imponer una decisión a las partes, que son libres de aceptar o rechazar soluciones particulares con base en una valoración de las alternativas a un acuerdo, y son libres para no acordar y afrontar las consecuencias³⁶⁷.

³⁶⁶ SPENCER, D. BROGAN, M., *Mediation Law and Practice*, Cambridge University Press, New York, 2006, pp. 271-306.

³⁶⁷ SPENCER, D. y BROGAN, M., *op. cit.*, pp. 87-89.

La realidad, sin embargo, va por otro lado, y ha obligado a poner de manifiesto la diferencia entre la teoría y la práctica de la mediación en los países anglosajones —en los que los ADR están más desarrollados, y han conseguido que solo un pequeño porcentaje de los asuntos se resuelvan finalmente mediante una sentencia, sin solucionar pese a ello los problemas de su administración de Justicia— especialmente en los procedimientos derivados a mediación por los juzgados (*court-connected mediation programs*). Los modelos contemporáneos de resolución de litigios de carácter obligatorio o cuasi obligatorio limitan seriamente la capacidad de los litigantes para influir en cómo se resuelven sus disputas, y en ninguna parte este fenómeno es más evidente que con los programas de mediación relacionados con los tribunales, que ahora son una característica habitual tanto en el *common law* como en muchas jurisdicciones del ámbito del *civil law*.

Como señala NOLAN-HALEY, cuando los tribunales dicen a las partes en disputa que deben someterse a la mediación antes de tener derecho a un juicio, pueden surgir problemas de coerción, y aunque las partes pueden ser requeridas a asistir a las sesiones de mediación ordenadas por el juzgado nunca se les puede requerir llegar a un acuerdo. Los programas obligatorios de mediación judicial se consideran admisibles en tanto en cuanto no haya coerción en el proceso³⁶⁸. Pero una cosa es la teoría, lo que llama la «ideología de la armonía de la mediación», basada en principios como el mutuo reconocimiento, privacidad, neutralidad, voluntariedad, igualdad y empoderamiento, etc., y otra algunas de las prácticas reales en mediación, particularmente en los programas de derivación judicial, que aportan una dosis de realidad a esa versión edulcorada y romántica, una historia de presiones y coacciones que no dejan otra opción a las partes que llegar a un acuerdo, algo inadmisibles en otros ámbitos, lo que le lleva a hablar de la «excepcionalidad de la mediación»³⁶⁹.

³⁶⁸ NOLAN-HALEY, J., *Alternative Dispute ...* pp. 112-113.

³⁶⁹ En 1998 afirmaba que la mediación se entiende mejor como una extensión de la negociación, siendo un proceso informal basado en los principios de soberanía individual y autodeterminación, lo que en el contexto de la práctica de la mediación significa que son las partes afectadas por la disputa las que deciden el resultado de la misma, siendo el lenguaje de la mediación un poderoso antídoto contra la exagerada preponderancia de la retórica de los derechos americana. NOLAN-HALEY, J., «Lawyer, Clients, and Mediation», en *Notre Dame Law Review*. Vol. 73 Nº5 February 1998, New York, 1998. p. 1371. Años después afirma que «In the United States, mediation is, in theory, a voluntary, consensual process, based on the principle of party self-determination.[...] But mediation is frequently delivered as a quasi-consensual or nonconsensual process. Compulsory participation in a variety of contexts is the norm in many court referral schemes. Mediation is also promoted as a consensual process in England but is delivered under the shadow of the court's power to penalize parties who resist the invitation to mediate. The infusion of nonconsensual attributes into mediation, particularly in court-related programs, is one of the distinct features of mediation that is not shared generally by other non-adjudicatory dispute resolution processes. [...] Part of the contemporary skepticism about the ultimate justice and fairness of mediation results from the manner in which consent is honored in theory and dishonored in practice. [...] the rhetoric

Años después, la misma autora advierte de que, a medida que Europa abraza la mediación con entusiasmo, sus responsables políticos deberían ser cautelosos en sus expectativas, y no ver la mediación como la panacea a los males de sus sistemas judiciales; recuerda que los sistemas de mediación son tan buenos como los valores que encarna, y si el acceso a la justicia incluye la mediación, entonces es fundamental tener en cuenta los valores centrales que la hicieron atractiva, esto es, los principios de autodeterminación y de participación de las partes en el proceso, que han sido sus características distintivas y las que la diferencian de otros sistemas de resolución, como el judicial o el arbitraje. El impulso hacia los regímenes de mediación obligatorios —afirma—, particularmente cuando se combina con la evaluación del mediador, podría dejar la mediación muy parecida al arbitraje, con las partes preguntándose si no han sido conducidas involuntariamente por un engañoso camino de rosas a la justicia³⁷⁰.

Hemos examinado los esfuerzos para la implementación de los ADR en Europa, centrados básicamente en la mediación, aunque se entienda esta de modo amplio, y aunque se reconozca la existencia de otros medios, y hemos examinado el proceso seguido en España hasta el fenecido Proyecto de Ley de medidas de eficiencia procesal, apuntando ya a esa pulsión del legislador por la obligatoriedad, y es pertinente ahora examinar ese debate y evolución del principio de voluntariedad, en Europa y España.

of mediation consent is couched in rights-infused terms such as autonomy and party self-determination. Mediation consent gives disputing parties ownership of their dispute and the right to decide its outcome. Consent theoretically guards against coercive behavior by third-party facilitators and honors party participation. Apart from its fairness, justice, and human dignity values, consent matters a great deal in mediation because of its instrumental value. Consent is linked to sustainability—it implies a commitment to honor one's promise. [...] Contemporary models of compulsory and quasi-compulsory dispute resolution seriously limit disputants' ability to influence how their disputes are resolved. Nowhere is this phenomenon more evident than with court-connected mediation programs, now a regular feature in both common-law and many civil-law jurisdictions. The parties' initial buy-in to mediation may be based on its traditional promises of neutrality, empowerment and recognition, privatization, problem-solving, or what Deborah Hensler calls "mediation's harmony ideology". But this is not necessarily the picture that emerges from the practice of mediation. Whether it is a dramatic account of settlement as the only way out of jail, or more traditional case reports of duress and coercion, some of the actual practices of mediation bring a dose of reality to the romanticized version of the mediation story». NOLAN-HALEY, J., «Mediation exceptionality», *op. cit.* pp. 1247-1264.

³⁷⁰ La expresión original es *primrose path*, y hace referencia a la forma de vida placentera, regalada y disipada, que tiene al final, como consecuencia ineludible e implícita, desastrosas consecuencias. En el contexto se refiere a un camino presentado como fácil y atractivo frente a la Justicia, al final del cual, sin embargo, está aguardando la realidad, que es la justicia. NOLAN-HALEY, J.M., «Is Europe Headed Down the Primrose Path With Mandatory Mediation?», *North Carolina Journal Of International Law and Commercial Regulation*, Vol. 37, N°. 4, 2012, p. 1011.

2.2. La voluntariedad de la mediación en Europa y España

Pese al fuerte impulso político que desde instancias europea se quiere dar a los procedimientos extrajudiciales de solución de litigios, y en particular a la mediación, nunca se ha planteado que su objetivo sea sustituir o suplantar al sistema judicial, sino el de ofrecer la posibilidad de acudir a ellos como una alternativa incardinada dentro del mismo derecho de acceso a la justicia, complementarios de la misma; una facultad que viene caracterizada, en principio, por la voluntariedad de las partes para recurrir a ella, una vez planteado el conflicto, pero hay que matizar esta afirmación.

A la voluntariedad se refería la Recomendación R (98) 1, al señalar que la mediación no debe «en principio» ser obligatoria; también el Libro Verde, cuando indica que los ADR deben seguir siendo siempre una opción consentida por cada una de las partes, que tienen siempre el derecho —que configura como una garantía mínima ligada a un proceso ADR— de retirarse en todo momento para acceder al sistema judicial o a otras vías extrajudiciales; y en la voluntariedad incide también la Directiva 2008/52/CE, de 21 de mayo, al definir la mediación en su artículo 3 como un procedimiento estructurado al que se someten las partes para tratar de alcanzar por sí mismas una solución al conflicto que les atañe con la ayuda del mediador.

No obstante, el mismo precepto señala que este procedimiento puede ser iniciado por las partes, pero también «sugerido u ordenado por un órgano jurisdiccional o prescrito por el Derecho de un Estado miembro», porque el carácter voluntario de la mediación reside —como se señala en el considerando 13 de la Directiva, y recoge la STJUE de 14 de junio de 2017, asunto C-75/16 (punto 50)—, no en la libertad de las partes de recurrir o no a este proceso, sino en el hecho de que las partes «se responsabilizan de él y pueden organizarlo como deseen y darlo por terminado en cualquier momento», además de que no se puede obligar a las partes a llegar a un acuerdo. Ello permite, como señala el mismo considerando *in fine*, que el Derecho nacional pueda «señalar a las partes la conveniencia de la mediación, cuando resulte oportuno», y que en el 14 se permita que las legislaciones nacionales puedan hacer «obligatorio el uso de la mediación o que la someta a incentivos o sanciones, siempre que tal legislación no impida a las partes el ejercicio de su derecho de acceso al sistema judicial», y así lo recoge el artículo 5.2 de la Directiva.

Es decir, en Europa está admitida la posibilidad de que las disposiciones nacionales, en aras de legítimos intereses generales, como conseguir una resolución más rápida y menos costosa de los litigios o una disminución de la carga de trabajo de los tribunales, puedan imponer el recurso a un ADR como requisito de admisibilidad de las acciones judiciales, sin que por ello resulte afectado el principio de tutela judicial efectiva, siempre y cuando la tramitación previa de ese procedimiento extrajudicial no conduzca a una decisión vinculante para las partes,

que sería excluyente del recurso a una resolución judicial, no implique un retraso sustancial a efectos del ejercicio de una acción judicial, interrumpa la prescripción, y no ocasione gastos a las partes, o estos sean escasamente significativos.

En este sentido tuvo ocasión de manifestarse el TJUE, en la Sentencia de 18 de marzo de 2010, en los asuntos acumulados C-317/08, C-318/08 y C-320/08, en los que las peticiones de decisión prejudicial que se solicitan del TJUE tenían por objeto la interpretación del principio de tutela judicial efectiva en relación con una normativa nacional que establece una tentativa de conciliación extrajudicial obligatoria como requisito de admisibilidad de las acciones judiciales³⁷¹.

No pudo hacerlo respecto de la mediación la STJUE de 27 de junio de 2013, en el asunto C-492/2011, que tenía por objeto una petición de decisión prejudicial planteada, con arreglo al artículo 267 TFUE, por el *Giudice di pace di Mercato San Severino* (Italia), sobre la mediación obligatoria previa al ejercicio de acciones judiciales impuesta por Decreto Legislativo 28/2010, por la declaración de inconstitucionalidad de determinados preceptos del Decreto por sentencia 272/2012, de 24 de octubre, al quedar sin contenido y no ser necesario pronunciarse. Pero sí que lo hizo la Sentencia de 14 de junio de 2017, en el asunto C-75/16, que tenía por objeto una petición de decisión prejudicial planteada, con arreglo al artículo 267 TFUE, por el *Tribunale Ordinario di Verona* sobre si la Directiva 2013/11, sobre resolución alternativa de litigios en materia de consumo, se oponía a una normativa nacional que establecía el recurso a la mediación como requisito de admisibilidad de la demanda judicial, rechazando tal posibilidad siempre que, eso sí, se preservara el derecho de las partes a acceder al sistema judicial³⁷².

³⁷¹ La STJUE de 18 de marzo de 2010, de la que hay que destacar sus fundamentos jurídicos 62 a 66, concluye en su FJ 67 que «Los principios de equivalencia y de efectividad y el principio de tutela judicial efectiva tampoco se oponen a una normativa nacional que impone, para tales litigios, la tramitación previa de un procedimiento de conciliación extrajudicial cuando dicho procedimiento no conduce a una decisión vinculante para las partes, no implica un retraso sustancial a efectos del ejercicio de una acción judicial, interrumpe la prescripción de los correspondientes derechos, y no ocasiona gastos u ocasiona gastos escasamente significativos para las partes, y siempre y cuando la vía electrónica no constituya el único medio de acceder a ese procedimiento de conciliación y sea posible adoptar medidas provisionales en aquellos supuestos excepcionales en que la urgencia de la situación lo exija».

³⁷² La STJUE de 14 de junio de 2017, señala (53) que es cierto que al supeditar la admisibilidad de las acciones judiciales a una tentativa de mediación obligatoria se introduce una etapa adicional para acceder a la justicia y que este requisito podría afectar al principio de tutela judicial efectiva, pero también (54) que según jurisprudencia reiterada del propio Tribunal los derechos fundamentales no constituyen prerrogativas absolutas, sino que pueden ser objeto de restricciones, siempre y cuando éstas respondan efectivamente a objetivos de interés general y no impliquen una intervención desmesurada e intolerable que afecte a la propia esencia de los derechos así garantizados, señalando que (61) «la exigencia de un procedimiento de mediación como requisito de admisibilidad de las acciones judiciales puede ser compatible con el principio de tutela judicial efectiva cuando dicho procedimiento no conduce a una decisión vinculante para las partes, no implica un retraso sustancial a efectos del ejercicio

Con base en esta concepción se ha querido reinterpretar el principio de la voluntariedad, planteándose si la mediación debe ser asumida espontáneamente, si la existencia de una derivación obligatoria a mediación impediría que ésta funcionara, o si esta derivación supondría una infracción del principio de voluntariedad; y se afirma por algunos autores que el principio de voluntariedad es inderogable respecto a la posibilidad de desistir del procedimiento, y de alcanzar o no un acuerdo, pero tiene cierta «ductilidad» en el momento inicial³⁷³, asumiéndose que la obligatoriedad de una sesión informativa no afecta al principio de voluntariedad, puesto que sería una fase previa que no es propiamente el proceso de mediación, que se iniciaría con la sesión constitutiva, por lo que sería una fase en la que se puede restringir el principio de voluntariedad, y de la conveniencia de revisar este principio y de avanzar hacia una voluntariedad mitigada³⁷⁴.

Esa fue la línea seguida por el Proyecto de Ley de Mediación de 2011, como tuvimos ocasión de examinar, lo que suscitó críticas de buena parte de la doctrina, dada cuenta nuestra experiencia con la desaparecida, por fracasada, conciliación previa obligatoria al ejercicio de acciones judiciales, que venía a ser algo muy semejante.

Y es que la cuestión no es si el legislador puede imponer como requisito de procedibilidad de un procedimiento judicial una mediación obligatoria previa —o el recurso a otros ADR/MASC, como de forma más amplia pretendía el PLMEP—, siempre que ello no suponga una vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva, ni del derecho de acceso a la jurisdicción (principio *pro actione*); la cuestión es si es aconsejable dicha imposición. Y se plantea, en primer lugar, porque sería una paradoja que, habiéndose argumentado hasta la saciedad, desde sectores pro-mediación, el «secuestro» que el Estado habría protagonizado a través del sistema judicial, tanto del conflicto como del poder de disposición sobre el mismo, alegando que hay que devolvérselo a las partes, se les hurtaran de nuevo uno y otro por el mismo Estado para conducirlos a la mediación; y en segundo lugar, pero no menos importante, porque tal imposición resulta de muy dudosa

de una acción judicial, interrumpe la prescripción de los correspondientes derechos y no ocasiona gastos u ocasiona gastos escasamente significativos para las partes, y siempre y cuando la vía electrónica no constituya el único medio de acceder a ese procedimiento de conciliación y sea posible adoptar medidas provisionales en aquellos supuestos excepcionales en que la urgencia de la situación lo exija (véase, en este sentido, la sentencia de 18 de marzo de 2010, Alassini y otros, C317/08 a C320/08, EU:C:2010:146, apartado 67)».

³⁷³ GINEBRA MOLINS, M.E., TARABAL BOSCH, J., «La ductilidad...», *op. cit.* pp. 460-470.

³⁷⁴ GARCÍA VILLALUENGA, L., Vázquez De Castro, E., «La mediación civil en España: luces y sombras de un marco normativo», *Política y Sociedad*, Vol. 50, N.º 1, 2013, p. 92. GARCÍA VILLALUENGA, L., VÁZQUEZ DE CASTRO, E., «La mediación a debate en Europa ¿hacia la voluntariedad mitigada?», *Anuario de Mediación y Solución de Conflictos*, 2015, pp. 21-36. ÁLVAREZ GARCÍA, H., *op. cit.*, p. 88.

eficacia para promover la mediación, como ya hemos ocasión de comprobar al tratar de la implementación de los ADR en Europa.

El legislador español, en la Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles, terminó por acoger el principio de voluntariedad en su sentido más amplio, señalando en el Preámbulo de dicha norma que el modelo de mediación se basa en «la voluntariedad y libre decisión de las partes», algo a lo que no puede ser ajeno el hecho mismo de recurrir o no a la mediación, de pedir o no la intervención de un mediador como encargado de orientar a las partes en la resolución de la controversia. A tal efecto señala el artículo 6 LM que la mediación es voluntaria, desapareciendo la previsión de obligatoriedad de su inicio cuando lo indicara la legislación procesal que aparecía en el artículo 7 PLM de 2011, sin que nadie esté obligado (artículo 6.3) a mantenerse en un procedimiento de mediación ni a llegar a un acuerdo. Es decir:

1º.- Que las partes son libres de recurrir o no a la mediación, incluso en el caso de que se produzca una invitación judicial a acudir a una sesión informativa (artículo 414.1 LEC), sin que se pueda derivar ninguna consecuencia del hecho de desatenderla, a salvo, claro está, del supuesto previsto por el artículo 395.1 LEC, que presume y castiga la mala fe (con consecuencias muy limitadas por razón del sistema de costas tasadas solo revisables a la baja) de quien intenta aprovecharse de los problemas del sistema judicial (lentitud, costes, inseguridad) en su exclusivo beneficio, y en perjuicio de los derechos del demandante y del sistema judicial en general. Dicho precepto hay que ponerlo en relación con el artículo 17.1 LM, que prevé que la información de qué parte o partes no asistan a la sesión informativa no será confidencial³⁷⁵, una excepción desprovista en buena parte de contenido en cuanto que, *a contrario sensu*, la no asistencia a la sesión constitutiva sí que sería confidencial, produciendo el mismo efecto, y en cuanto que, en el caso de existir oposición a la demanda judicial, no sería posible la imposición de costas prevista para caso de allanamiento por el artículo 395.1 LEC, y solo se podrían imponer en el supuesto general de vencimiento objetivo (artículo 394.1 LEC), actuando la declaración de temeridad solo respecto del límite previsto en el artículo 394.3 LEC.

Pese a ello, la «Guía para la práctica de la mediación intrajudicial», elaborada por el Gabinete Técnico de Mediación del CGPJ, de 7 de noviembre de 2016, establece que la voluntariedad se refiere tanto a la decisión de inicio como a su desarrollo y finalización, que el consentimiento debe estar suficientemente informado, y que esa información corresponde darla al mediador en la sesión informativa; y señala a continuación que el mediador debe informar al tribunal de qué parte o partes no asistieron a la sesión informativa —que no es una información confidencial al estar fuera de lo que es propiamente el proceso de mediación—,

³⁷⁵ LÓPEZ FERNÁNDEZ, R., «Los principios que informan el procedimiento de mediación», en *La Mediación como método para la resolución de conflictos* [Dir. CABRERA MERCADO, R., Coord. QUESADA LÓPEZ, P.M.], Dykinson, Madrid, 2017, p. 34.

aunque no de los motivos para esa, y que la falta de asistencia a la sesión informativa indicada desde el tribunal se podría considerar como «una conducta contraria a la buena fe procesal, ya que supone rechazar infundadamente una oportunidad ofrecida por el Tribunal desde una perspectiva de mejor solución»³⁷⁶.

Se trata de una previsión que puede suscitar problemas, puesto que excluye del deber de confidencialidad la información de qué parte no asistió «de forma injustificada a la sesión informativa previa», pero no de los motivos de tal decisión, lo que para empezar parece contradictorio, si la causa es la simple imposibilidad física de asistir (por razones de agenda u otras); improcedente, si se pidiera un juicio al mediador sobre la calidad de la justificación; superfluo, dada la previsión del artículo 414 LEC de que las partes deben explicar al juez, en la audiencia previa, las razones de su decisión; y, además, de dudosa trascendencia práctica, dado nuestro sistema de costas procesales tasadas, revisables solo a la baja, y basado en el principio del vencimiento objetivo.

Existe también la posibilidad de imposición de la multa prevista en el artículo 247 LEC, de 180 a 6.000 €, por ser la inasistencia a la sesión informativa una conducta contraria a la buena fe procesal, lo que en principio sería aplicable a cualquier proceso, aunque está expresamente señalado en dicha guía en el ámbito del proceso de familia. No solo parece de difícil encaje tal inasistencia en las conductas a que se refiere el artículo 11.1 LOPJ, y en el propio artículo 247 LEC, sino que plantea no pocas dudas, dado que en este ámbito la buena fe procesal es un «concepto jurídico indeterminado que necesita de precisión por parte del legislador en atención a al principio de seguridad jurídica y respecto a las garantías procesales, más allá de su laxa interpretación jurisprudencial (inexistente en el ámbito de las técnicas no judiciales de resolución de conflictos)»³⁷⁷.

2º.- En caso de acudir a mediación, las partes pueden desistir de ella libremente en cualquier momento, sin que se pueda imponer sanción alguna por ello, y en su caso son libres de alcanzar los acuerdos que estimen oportunos, siempre que sean conformes a Derecho en el sentido de que se refiera a una materia disponible para las partes.

³⁷⁶ Disponible en: <http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Temas/Mediacion/Guia-para-la-practica-de-la-Med-iacion-Intrajudicial/> (Fecha de acceso: 6-12-2023].

³⁷⁷ Helena Soletto Muñoz se plantea numerosas cuestiones que deberían ser tratadas con más detenimiento, antes de concluir que la inasistencia a una sesión informativa es constitutiva de una conducta procesal contraria a la buena fe, como cuál es el fin de imponer una sesión informativa, cómo determinar que la inasistencia es una conducta contraria a la buena fe, si se trata de una presunción *iuris et de iure* contraria a los principios de tutela judicial efectiva, como saber si la conducta contraria a la buena fe es la de la parte que acude a mediación, utilizándola instrumentalmente con ánimo dilatorio, o para tratar de conseguir un resultado contrario al espíritu y la letra de una norma legal. SOLETO MUÑOZ, H., *op. cit.*, pp. 36-38.

No obstante, dada la manifiesta falta de entusiasmo por la mediación, tanto de los ciudadanos que tienen que afrontar un conflicto, como de los abogados que les ayudan a afrontarlos y resolverlos, que ya comprobamos al tratar del presente y futuro de los ADR en Europa y España, se sigue insistiendo, desde determinados círculos pro-mediación, en la necesidad de dar a conocer las bondades del proceso para su implantación efectiva. Su propuesta a tales efectos es que el legislador la imponga como requisito de procedibilidad, esto es, como requisito previo al ejercicio de cualquier procedimiento judicial de carácter declarativo, al modo de una «primera instancia prejudicial», exigiéndose por lo menos la asistencia a la sesión informativa, habiendo llegado a promover una Iniciativa Legislativa Popular en este sentido, una propuesta que en buena parte fue acogida en el Anteproyecto de Ley de Impulso de la Mediación al que ya nos hemos referido.

Aparte de obviar tales esfuerzos que dicha medida, si bien referida a la conciliación, ya fue desterrada del proceso civil español en 1984 como consecuencia de su probada ineficacia en la práctica, al convertirse la obtención de la certificación en un mero trámite superfluo y dilatorio, sin que haya razón alguna para pensar que con la mediación fuera a ser diferente, es inevitable poner en relación tales esfuerzos con determinados intereses económicos. No es posible obviar que frente a la conciliación, que era una pérdida de tiempo, pero al menos era gratuita para el justiciable, eso no ocurriría con la mediación, al tratarse los mediadores de profesionales a los que, como es lógico, habría que pagar sus correspondientes honorarios —si es que no consiguen un arancel para así sustraerse al principio de libre competencia—, y si tenemos en cuenta el volumen nada más que de asuntos civiles que ingresan cada año (2.809.693 asuntos en 2022, según datos del CGPJ), es fácil apercibirse del impacto económico que ello supondría para el conjunto los ciudadanos, y muy especialmente para los mediadores, sin que ello favoreciera en absoluto la implantación real y efectiva de la mediación.

Pero, además, ya hay quien critica que la compulsión a la mediación se limitara a una sesión informativa —sobre la que hay que convenir en que no predispone a nada—, y afirma que hay que avanzar hacia la exigencia de un «intento serio de mediación»³⁷⁸, lo que implicaría, no solo la exigencia de acudir a sucesivas sesiones de mediación, sino una exigencia de buena fe de las partes en ese proceso que suscita problemas de difícil solución, como el hecho de cómo justificarlo dado el deber de confidencialidad del mediador, en qué medida estaría cualificado este para valorar tal extremo en su caso, y cómo podría el juez tener los elementos de juicio suficientes para valorar dicha conducta.

³⁷⁸ Ramón Herrera de las Heras aboga por ir más allá del ofrecimiento y de la sesión informativa, que reconoce inútiles, estableciendo el intento de mediación de forma obligatoria, lo que exigiría la participación activa y durante cierto tiempo de las partes en conflicto, sin perjuicio de la posibilidad de retirarse una vez que haya sido intentada. HERRERA DE LAS HERAS, R., «La mediación obligatoria para determinados asuntos civiles y mercantiles», *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, N.º 1, 2017.

Pese a ello, afirman GARCÍA VILLALUENGA y VÁZQUEZ DE CASTRO, tras examinar algunas sentencias que se refieren a la idoneidad que habría supuesto abordar el conflicto que resuelven desde la mediación, que es evidente que si los jueces y tribunales derivan a mediación está asegurada buena parte del éxito de la práctica de la mediación intrajudicial, y de hecho, «uno de los principales factores de desarrollo de los sistemas A.D.R. (*alternative dispute resolution*) en EE.UU. pasa por la derivación judicial y el mucho más margen de discrecionalidad judicial en la dirección y planificación procesal que tienen los jueces estadounidenses»³⁷⁹.

Sin duda alguna es así, y así lo hemos comprobado, pero no consideramos que esa práctica sea extrapolable a nuestro sistema de justicia, una vez conocidas algunas de las peculiaridades del sistema procesal norteamericano —el papel del juez y de las partes en el proceso, el *pre-trial*, y dentro de él la fase del *discovery*, la regla americana sobre la asunción de los costes del proceso, la ausencia de verdadero interés en el contenido y calidad de la decisión judicial, la institución del jurado, etc.—, y las sucesivas transformaciones procesales que han llevado a los jueces a convertirse en gestores (*managerial judges*) vinculados a la pronta terminación del proceso al margen del juicio, casi a cualquier precio, que ha merecido las duras críticas, dentro y fuera de EE.UU. (FISS, TARUFFO, NOLAN-HALEY, WOO, etc.), que examinamos.

Sobre esta posibilidad de imposición confiesa VELARDE ARAMAYO, tras un examen de la normativa de varios países sobre el recurso a los ADR, tanto convencionales como judiciales, su perplejidad ante los diferentes «mecanismos de solución “extrajudicial” vinculados a decisiones judiciales que laminan o erosionan el carácter eminentemente voluntario y no impuesto que desde siempre han caracterizado a la conciliación y a la mediación», que dejarán así de ser una alternativa a disposición de quienes realmente quieren evitar el conflicto, y no solo el proceso, para ser un nuevo eslabón del proceso judicial, es decir, para convertirse en «un mecanismo normalizado y cuasi burocrático, al que las partes se someten por imposición, y no por devoción»³⁸⁰.

Debemos coincidir. Una mediación no es más (ni menos) que una negociación en la que interviene un mediador, cuyo papel es aportar al debate el grado de racionalidad necesario que la misma existencia del conflicto dificulta o impide, y procurar que las partes puedan debatir de forma satisfactoria sobre las posibilidades de un acuerdo, que no tiene por qué producirse, aun cuando ese debate haya sido plenamente satisfactorio. Las partes pueden decidir no acordar,

³⁷⁹ Sumario y reseña jurisprudencial sobre mediación por materias elaborado por ESTANCONA PÉREZ, A.A., en: <https://www.ucm.es/data/cont/media/www/pag-41339/JURISPRUDENCIA%20IMEDIA%20%20ARAYA%20ESTANCONA%202015.pdf> [Acceso: 6-12-2023]. GARCÍA VILLALUENGA, L., y VÁZQUEZ DE CASTRO, E., «La mediación civil en España:...», *op. cit.*, p. 90.

³⁸⁰ VELARDE ARAMAYO, M.S., SASTRE IBARRECHE, R., *op. cit.* pp. 22-23.

simplemente porque no sea su mejor opción posible y no convenga a sus intereses, lo que conlleva, necesariamente, que la mediación tiene que ser estrictamente voluntaria, no puede ser obligatoria, ni aun cuando sea una obligación «mitigada», porque las leyes de un país pueden obligar a acudir a una sesión informativa, pero será solo para salvar el trámite, porque no se puede obligar a nadie a negociar. No se puede, salvo que se recurra a la coacción, y eso no es una opción³⁸¹.

Si partimos de este punto de vista sobre el papel de la mediación, nos damos cuenta de lo nocivos que son los dos discursos predominantes sobre la mediación que señala AGUILÓ REGLA, el ideológico-propagandístico y el burocrático-formalista.

El primero está basado en una propaganda contra la solución jurisdiccional de los conflictos, que presenta de una forma aterradora con base en una serie de clichés repetidos como un mantra, en los que se opone la voluntariedad, flexibilidad, rapidez, eficacia y menores costes de la mediación, frente a la coacción, rigidez, burocracia, ineficiencia, lentitud, y elevados costes de la litigación, una argumentación que no le parece más que una historieta de buenos y malos en plena sintonía con el discurso anti-estatalista del neoliberalismo. Pero pese a que este discurso termina por convertirse en un verdadero obstáculo para el desarrollo de la mediación, lo que sí le parece un peligro real es el discurso burocrático-formalista, «que reduce la mediación a definiciones legales, procedimientos, fases, agencias de mediación, registro de mediadores, actas de acuerdo o de imposibilidad de acuerdo», porque es un discurso aparentemente sólido al parapetarse tras una pretendida objetividad, pero es inútil para determinar dónde radica la calidad de una mediación. Y apunta a que el peligro real «de la emergente mediación en España es su desvirtuación burocrática, su conversión en un mero requisito preprocesal que hay que satisfacer (y costear) antes de litigar, antes de acudir a la jurisdicción»³⁸².

Ninguno de esos discursos defiende la mediación como lo que es, un método, proceso o cauce para la resolución de conflictos, alternativo o complementario a la vía judicial, cuya oportunidad en relación con otras opciones, y singularmente con la jurisdiccional, debe valorarse en cada caso concreto, porque habrá casos para lo que sea mejor solución otro sistema ADR/MASC, un arbitraje, o el recurso a la vía judicial, como habrá casos en los que esta no sea la más adecuada, casos que sean susceptibles de mediación y otros en los que esté contraindicada, sin que la opción

³⁸¹ En este sentido Emiliano Carretero Morales afirma que «La mediación debe ser voluntaria desde su inicio, no se puede ni se debe forzar a las partes a acudir a mediación si éstas no quieren hacerlo por el motivo que sea. Precisamente una de las razones que puede animar a los ciudadanos a optar por la mediación es la libertad que tienen para acudir a la misma a fin de intentar solucionar sus conflictos, como para abandonarla si entienden que no les ofrece o les va a ofrecer los resultados esperados». CARRETERO MORALES, E., *op. cit.*, p. 160.

³⁸² AGUILÓ REGLA, J. *El arte de la mediación. Argumentación, negociación y mediación*, Trotta, Madrid, 2015, pp. 105-106.

en abstracto por la mediación (como por la vía jurisdiccional) sea defendible, como no lo es su imposición³⁸³.

Afirmaba BARONA VILAR que si los ciudadanos son titulares de verdaderos derechos subjetivos privados, de los que han de tener plena disposición, si la autonomía de la voluntad es el elemento integrante de las relaciones jurídicas entre esos ciudadanos, y si la Constitución establece un marco de libertad y de autonomía de la voluntad jurídicas, la conclusión necesaria es la de que nada puede impedir que los titulares de esos derechos decidan resolver sus diferencias por medios distintos de la jurisdicción [...] y precisamente en ese ejercicio de libertad se encuentra el “uso” de la mediación»³⁸⁴.

Por supuesto, como el recurso a cualquier otro sistema ADR/MASC, al arbitraje, y a la jurisdicción. La mediación será voluntaria, o no será.

2.3. O la imposición o el caos. El falso dilema del PLMEP

El PLMEP no se apartó del guion previsible en un punto esencial como el de la voluntariedad del recurso a los ADR/MASC, y, como ya hemos anticipado al tratar sobre la pluralidad de medios que comprendía, pretendía «incentivar» el recurso previo de las partes a la negociación, o a cualquier otro medio adecuado de resolución de controversias, a través de su imposición como requisito de procedibilidad —en la línea de proyectos anteriores pero reconociendo el papel de las profesiones jurídicas a tal fin, en relación con tal pluralidad de medios—, y la disposición de una serie de medidas para conseguirlo.

Tales medidas se concretaban en la previsión de que los tribunales pudieran valorar la colaboración de las partes para la consecución de la solución amistosa a la controversia que les enfrenta, y el eventual «abuso del servicio público de Justicia» —un concepto jurídico indeterminado, concomitante con los de temeridad, abuso de derecho y mala fe procesal, pero que se define como una actitud incompatible con la «sostenibilidad» de dicho servicio— de quien así no lo haya hecho, al pronunciarse sobre las costas o su tasación, posibilitando imponerlas aunque no fuera preceptiva la intervención de abogado o procurador (apartado 5 del artículo 32 LEC), su imposición en el incidente de impugnación de costas por excesivas (apartado 3 del artículo 246 LEC), la exoneración o minoración de las costas procesales si hubieran sido impuestas (apartados 4 del artículo 394 LEC y 1 del art. 395 LEC), y la imposición de multas o sanciones, de entre 180 y 6.000 €

³⁸³ En este sentido Leticia García Villaluenga y Eduardo Vázquez de Castro, cuando señalan que «es cierto que la mediación no es la panacea, y que no deben tratarse de solucionar todas las controversias a través de la mediación. De hecho, existen otros sistemas de resolución extrajudicial que, en ocasiones, podrían resultar más idóneos que la mediación, dependiendo de la tipología de conflictos». GARCÍA VILLALUENGA, L., VÁZQUEZ DE CASTRO, E., «La mediación civil en España: ...», *op. cit.* p. 97.

³⁸⁴ BARONA VILAR, S., *Mediación en asuntos...op. cit.*, p. 160.

(apartado 3 del artículo 247) además de dar traslado a los Colegios profesionales, por si procediera la imposición de algún tipo de sanción disciplinaria.

De la justificación para tal imposición ya hemos tratado; el anteproyecto de diciembre de 2020, como el proyecto de abril de 2022, reconocían la existencia de insuficiencias estructurales en el ámbito de la Justicia, y de un déficit de recursos que hay que corregir, pero justificaban la medida (incluso el PLMP de 2022, pese al tiempo transcurrido) por razón de un problema coyuntural, como fue la pandemia por COVID-19, al referirse a la «crisis en el ámbito de la sanidad que ha hecho temblar las seguridades y los derechos que estaban ya consolidados», y a la «necesidad coyuntural» de introducir mecanismos eficientes que absorban el «previsible aumento de la litigiosidad» tras la terminación del estado de alarma por razón de la pandemia; se refiere a la conveniencia de abrir la justicia civil a los ciudadanos, «para que se sientan protagonistas de sus propios problemas y asuman de forma responsable la solución más adecuada a los mismos», contribuyendo así «a la sostenibilidad del servicio público de Justicia» [obsérvese la mutación de la Justicia de Poder del Estado a «servicio público», que no es simple cuestión terminológica intrascendente sino toda una declaración de principios³⁸⁵]; un servicio que, al parecer, no debe limitarse a impartir Justicia, sino a fomentar «soluciones dialogadas en espacios compartidos» entre las partes en conflicto, una suerte de «justicia deliberativa» frente a una justicia contenciosa monopolizada por jueces y abogados.

No vamos a entrar en los palabros utilizados ni en las concepciones jurídicas y/o ideológicas en que quieran fundar tales declaraciones. De lo que no cabe duda es de que se utilizarán los MASC en caso de que se impongan, pero no por convencimiento sino por pura imposición. Que dicha imposición se traduzca, como parece pretenderse, en la creación de esos espacios deliberativos compartidos para la construcción soluciones dialogadas, y en una menor carga de trabajo de los tribunales, no solo es más que dudoso, es que lo previsible es que ocurra todo

³⁸⁵ Señala Tomás J. Aliste Sancho, que la pandemia por COVID-19 ha servido al legislador para dar eficaz cobertura a un fin mucho más ambicioso, un cambio de paradigma judicial, y de ahí las referencias a la superación del estado de alarma, a la «nueva normalidad, tomando en consideración los derechos y las necesidades de la ciudadanía como usuario del servicio público de la Justicia, en ejercicio del derecho a la tutela judicial efectiva [...]. La administración de Justicia en manos de jueces y magistrados (art. 117.1 CE) queda transformada en un vulgar servicio público más, y los ciudadanos que a los tribunales acudan pasan a convertirse en usuarios como si la actividad procesal fuera lo mismo que subirse a un autobús urbano, o disfrutar de las instalaciones recreativas ofertadas por cualquier ayuntamiento. Si algo quedaba aún de solemnidad y singularidad en la actividad jurisdiccional, el legislador pronto se encarga de disiparlo mediante una retórica muy torticera que equipara la actividad jurisdiccional a cualquier otra actividad prestacional ofrecida por los poderes públicos, denominación que habitualmente encubre al poder ejecutivo (en sus más diversas manifestaciones). ALISTE SANTOS, T.J. «La COVID-19 como excusa para introducir de *lege ferenda* una nueva atmósfera procesal», *Transformación del paradigma de justicia tras la pandemia COVID-19*, [Ed.-Coord. ALISTE SANTOS, T.J., ALVARES GARCÍA JÚNIOR, A.], Atelier, Barcelona, 2021, p. 83.

lo contrario, como ya ha ocurrido tantas veces aquí, como en tantos otros sitios, y con tantas otras leyes.

Lo decía BARONA VILAR, respecto de la mediación, pero es de aplicación a todos los ADR/MASC que tengan una base negocial, como la negociación directa o la conciliación pública o privada, y es que deben ser voluntarias porque esa es su esencia, y en caso de imponerse como obligatoria se convertirá en un mero obstáculo a sortear, y en lugar de generar una cultura mediadora «puede provocar incluso cultura contraria, al no percibirla como un instrumento que permite con las partes trabajar en la búsqueda de un acuerdo entre ellas, sino un presupuesto de procedibilidad»³⁸⁶.

La realidad es que, de llegarse a imponer en algún momento tal obligatoriedad, solo en el mejor de los casos se traducirá en ese simple cumplimiento de un trámite, de la forma más sencilla y menos comprometida posible, para acceder a la jurisdicción, porque la vía de la imposición puede producir otros efectos indeseados, como impedir la selección de aquellos casos que sí serían buenos candidatos para resolverse a través de un MASC, y propiciar un uso estratégico de los MASC, para ganar o perder todo el tiempo posible, aparentando un interés inexistente, y para conseguir información que permita descubrir y explotar debilidades de la parte contraria, o para complicar y/o encarecer el proceso, y así forzar renuncias o acuerdos que de otra forma no se producirían, y en última instancia para tratar de impedir la condena al pago de las costas procesales o conseguir su exoneración o minoración. Y esta utilización estratégica de los MASC, inevitable en buena medida, como demuestran historia y experiencias propias y ajenas, tiene otra consecuencia, y es que asegura un incremento de la carga de trabajo de los tribunales desde el mismo inicio del proceso, en el trámite de admisión de la demanda —rechazando que se haya cumplido con el requisito de procedibilidad— hasta su finalización, cuando haya que valorar la cooperación de las partes para la solución del conflicto, y el posible abuso del servicio público de Justicia, a efectos de imposición de las costas, y en el momento de su tasación a efectos de su minoración o exención.

El resultado recuerda la viñeta de una revista satírica, cuando a la elección entre «o nosotros o el caos», se respondía «el caos, el caos» y era inútil, porque era una falsa opción y se terminaba en el mismo sitio («es igual, también somos nosotros»), y a NOLAN-HALEY cuando advertía de que la mediación obligatoria, combinada con ciertas prácticas y presiones inducidas por mediadores y jueces entusiastas —como podemos recordar que ocurrió con algunos jueces de paz en los inicios de la Revolución francesa—, podían terminar con las partes conducidas por un engañoso camino de rosas hacia el mismo lugar que con tal imposición se decía evitar, los tribunales³⁸⁷.

³⁸⁶ BARONA VILAR, S., “Psicoanálisis de las ADR. Retos en la sociedad global del siglo XXI”, *La Ley. Mediación y Arbitraje*, N°1, 2020, p.11.

³⁸⁷ NOLAN-HALEY, J.M., «Is Europe Headed Down ...», *op. cit.*, p. 1011.

Las falsas premisas solo pueden dar lugar a conclusiones falsas, como los falsos dilemas a la ausencia de verdadera elección, y ambos conllevarán el fracaso de los MASC para el cumplimiento de los fines que sí que estarían a su alcance, de ser esa la verdadera voluntad de las partes y no mero «cumplimiento y miento» de un requisito procesal.

CAPÍTULO IX. - BREVE REFLEXIÓN FINAL

En Europa, como en España, se ha invertido mucho esfuerzo en fomentar el recurso a la mediación, y en menor medida a otros ADR/MASC, un esfuerzo que no se ha visto correspondido ni por los ciudadanos ni tampoco por los abogados, que son los profesionales a los que se acude para la defensa de derechos e intereses y son en definitiva quienes aconsejan sobre la forma de resolver las controversias y solucionar los conflictos. Se habla por eso en la UE de la «paradoja de la mediación» para referirse al hecho de que, pese a sus probados y múltiples beneficios, la mediación civil y comercial se sigue utilizando en menos del 1% de los casos en el ámbito de los países que la integran.

Sin necesidad de entrar a discutir la premisa de partida de esos beneficios, no hay ninguna paradoja que resolver. La supuesta paradoja es solo el fruto de expectativas poco realistas, que tratan de resolver y de hacer realidad, bien sea mediante la imposición de la mediación obligatoria previa, en versión mitigada o más extrema, como requisito de procedibilidad para acceder a la vía jurisdiccional, bien sea penalizando económicamente el recurso a esta vía, o impidiéndola para reclamaciones de hasta una determinada cuantía, bien mediante una combinación de todas ellas. La mediación, como otros sistemas ADR/MASC basados en la negociación, es un sistema de resolución de conflictos que está llamado a desempeñar un papel, alternativo o complementario a la vía judicial, sin que quepan dogmatismos a priori y en abstracto acerca de cómo se debe resolver cada caso en particular. El fracaso no es de la institución, el fracaso inapelable lo es de las expectativas depositadas para que resuelva problemas que le son ajenos, aunque indirectamente puedan contribuir a mitigarlo, nunca a solucionarlo.

Si nos preguntamos para qué sirve y por qué funciona la mediación, la respuesta para el concreto justiciable no puede ser el fomento de la «cultura de la paz», oponiéndola a la «retórica abstracta» de los derechos y las leyes, y a la «cultura del conflicto» o de la «guerra» con la que se quiere identificar el recurso a los tribunales, y de la que son «señores» jueces y abogados; ni tampoco el beneficio indirecto de un mejor acceso a la justicia por la reducción de los asuntos de que

conoce, si no es el suyo. Ni los justiciables que reclaman su derecho, ni los abogados que les defienden, pueden sentirse atraídos lo más mínimo por tales argumentos, cuando su aplicación práctica pueda suponer un menoscabo de sus alternativas frente a la parte contraria, al empeorar las posibilidades de reclamar y conseguir la restauración de ese derecho infringido.

La verdadera paradoja es en realidad que la eficacia de los ADR/MASC depende en buena medida del proceso judicial, porque solo tienen posibilidades de éxito —entendido éste como el de aceptación de una institución que puede cumplir el papel que tiene asignado para la resolución de los conflictos entre las partes— cuando la Administración de Justicia funciona razonablemente bien en términos de eficacia, duración y costes. El mismo efecto puede producir, junto al incremento de las formas de autotutela, de la inseguridad jurídica y de la injusticia, una Administración de Justicia errática, arbitraria, lenta y costosa, pero no puede considerarse una opción aceptable.

Hay razones para ello. Una primera es que los sistemas ADR/MASC — básicamente negociación, conciliación y mediación, aunque haya otros muchos—, se desarrollan siempre a la sombra de un proceso judicial, aunque éste todavía no exista. La razón es que en la evaluación que hace cada parte sobre sus respectivas opciones o alternativas para solucionar una controversia estará incluida siempre, aunque sea para descartarla, el recurso a los tribunales, teniendo en cuenta factores como la cuantía de la pretensión, gastos de negociación y costes procesales, duración del pleito, aversión al riesgo, y el grado de certeza sobre los hechos demostrables y el derecho aplicable, para valorar las posibilidades de que prospere una demanda, así como la eficacia judicial en relación con la posibilidad de error judicial y con la efectividad para otorgar la tutela solicitada, lo que determina en gran parte el valor de ir a juicio para cada parte, aspectos todos ellos que afectan al rango de los acuerdos que se puedan alcanzar.

Una segunda razón hay que encontrarla en los esfuerzos que se vienen realizando por los mismos Estados para imponer dichos medios, como una forma de terminar con la sobrecarga de trabajo de los tribunales, y con el retraso en la solución de controversias, por razones de acceso a la justicia, y también económicas cuya relevancia es evidente, pero no debiera ser determinante de las soluciones, ni limitante de los derechos.

Los conceptos de procedimiento civil y de dilación —en el sentido esta de demora, tardanza o detención de algo por algún tiempo, como la define el DLE— «nacieron juntos», como afirma VAN RHEE, porque ningún proceso judicial puede sustanciarse y decidirse de una manera justa si no se desarrolla a lo largo de un tiempo entre la presentación de una demanda y su decisión por sentencia definitiva. El problema no son los tiempos que necesita para desarrollarse un procedimiento judicial que sea respetuoso con los derechos de las partes en litigio y las garantías

de esos derechos, el problema son las dilaciones indebidas, esto es, cuando los retrasos exceden de lo normal y se convierten en el síntoma de una patología, algo que no es exclusivo de los sistemas de *civil law*³⁸⁸.

Ante este problema lo cierto es que no se ha llegado a resultados significativos en ninguna parte del mundo, y hay razones que explican esta situación; una son razones de carácter estructural, de falta de asignación de los recursos materiales y humanos necesarios para afrontar una litigación más compleja y abundante, esencialmente jueces como ya hemos tenido ocasión de comprobar; otras son razones de orden procesal, como es la creación de un sistema muy garantista del derecho de defensa, del que pueden abusar tanto abogados inteligentes como jueces indolentes; otras son de orden personal, como es la concurrencia desordenada en ese proceso civil de muchos actores que participan interactivamente en su desarrollo; y otras, por fin —y hay que ponerlo en relación con la existencia de una litigación endógena, y con los objetivos estratégicos de quienes son grandes y habituales litigantes—, son razones de provecho, utilidad o conveniencia, y es que el cincuenta por ciento de quienes acuden a los tribunales, como afirma STORME, no tienen ningún interés en que el caso se resuelva una forma rápida³⁸⁹.

³⁸⁸ «Civil procedure and delay were born together. This is, of course, due to the fact that no lawsuit can be decided fairly without at least some minimum period of time in between first presenting the case to a court and obtaining a final judgement. Manifestly this type of delay is not problematic. Delay becomes a problem, however, if it can be classified as 'undue delay', i.e., when it is felt that too much time has elapsed between the filing of an action and its ultimate decision by the court [...] Complaints as regards delay are not restricted to the Civilian systems of the European Continent, where the Romano-canonical system was most influential, but they are also part of the 'life of the law' in Common Law jurisdictions. This is apparent from literary sources, for example where Hamlet in his famous 'To be or not to be' complains about 'the law's delay',² and anyone familiar with the work of Charles Dickens will know that the problem has persisted ever since. (Of course, Dickens' novel *Bleak House* is very well known in this connection. However, in his other novels, too, e.g., in *The Pickwick Papers*, Dickens criticises the slowness of the adjudication process in England». VAN RHEE, C.H. «The Law's delay: An introduction», *The Law's delay. Essays on Undue Delay in Civil Litigation* (Ed. C.H. V. Rhee), Intersentia, 2004, pp. 1-21.

³⁸⁹ En este sentido se manifiesta Marcel Storme, en relación con la falta de resultados significativos en ninguna parte del mundo —con excepción de en determinados procedimientos (monitorio y juicios bagatela)— en evitar los retrasos indebidos en la administración de Justicia, señala que «Three fundamental reasons may help to explain this. a. Fifty percent of citizens do not want the case to be concluded quickly: what debtor never dreamed of letting his debt drag on for years at a low rate of interest? We allowed our courts to degenerate into banks with low rates of interest. Today the reverse is happening creditors are opting for lengthy procedures on account of the high level of interest rates. b. Under pressure from maximum safeguarding of defence rights, we have created a wealth of procedural rules which can be abused by clever pleaders or indolent judges. c. And this leads us straight to the third explanation. Justice is a matter of people, many people who are interactively involved in proceedings. In other words, the slowness of justice is the outcome of the disorderly connivance of many actors». STORME, M., «Introductory address», *The Law's delay. Essays on Undue Delay in Civil Litigation* [Edit. VAN RHEE, C.H.], Intersentia, 2004, pp. iv-v.

Hay premisas de partida para el fomento de los ADR/MASC que son erróneas, y solo pueden dar lugar a planteamientos y soluciones erróneas. Se dice, y es cierto, que un conflicto puede tener aspectos positivos que, debidamente gestionados, pueden implicar un beneficio a corto, medio o largo plazo para todas las partes, como también lo es que, mientras que una visión parcial de lo que significa un conflicto conlleva intrínsecamente una limitación de los medios para resolverlo, una visión más amplia implica todo lo contrario. Pero de ahí no es posible concluir que si un conflicto genera perjuicios para una o varias partes implicadas es porque ha estado deficientemente gestionado y que, si se les impone, las partes terminarán por resolverlo.

Por seguir un ejemplo habitual en los primeros pasos en un curso de mediación: A veces ocurre que ni Iustus ni Valerius tienen aficiones pasteleras, y no tienen interés alguno en la piel de una naranja, porque ambos la quieren para hacerse un zumo, y además no tienen igual derecho a ella, porque el primero la adquirió, y el segundo se la apropió. Y si quedarse con la piel y aprender pastelería puede ser una oportunidad de crecimiento personal, su imposición no debe ser la solución, como no es posible recurrir a la espada de Salomón y no causar un perjuicio. Y si es posible afirmar que para cuando se resuelva el conflicto la naranja estará podrida e inservible para ambos, también lo es que ese argumento favorece a quien se la apropió —nada tenía, y en el peor de los supuestos nada tendrá—, frente a quien la adquirió y ya no la tiene, sin que la pretensión de gestionarlo sin recurrir a la adjudicación, en el mejor de los casos, alcance a ser sino un retraso en la solución, algo que afectará no solo a Iustus sino a toda la sociedad.

No siempre es posible transar en un conflicto, ni convenir sobre la solución a una controversia, ni se puede obligar a ello sin causar un perjuicio. A veces los intereses son opuestos, la satisfacción de uno excluye la del otro, o se infringe un derecho o una obligación de uno de ellos, y es necesario resolver el conflicto porque, excluida la autotutela, la resignación a lo injusto, ilícito o ilegal de la parte más débil en el conflicto frente a la más fuerte, puede convertirse en una oportunidad de crecimiento personal (humildad, generosidad, desprendimiento de los bienes materiales, etc.), pero eso es una opción personal, no del Estado, y hay que salvaguardar la tutela judicial efectiva, en el sentido estricto del término, como garantía de los derechos y libertades en una sociedad.

Se advierte aquí el error de partida. El recurso a la mediación u otros ADR/MASC se ha fundado siempre en el interés compartido de las partes en conflicto en una solución rápida, sencilla y poco onerosa a la controversia que les enfrenta. Es una premisa falsa, en muchos casos, y es algo de lo que han advertido numerosos autores a lo largo del tiempo sin que tales advertencias hayan hecho mella ni en determinados sectores de la mediación —porque es en este exclusivo ámbito desde el que se promueve la imposición de la mediación, no de los ADR/MASC en toda su amplitud—, ni en legisladores que pretenden imponer que las partes en conflictos

lleguen a «soluciones dialogadas en espacios compartidos», algo deseable, pero no siempre posible, y, sin duda, un punto de partida erróneo que solo puede conducir a soluciones erróneas y contraproducentes.

Lo señala FERNÁNDEZ-BALLESTEROS cuando advierte de que normalmente las partes se encuentran en posiciones desiguales, de hecho y de Derecho, y quien se encuentra en una mejor posición de hecho no suele tener ninguna prisa por cambiar esa situación que le favorece si nadie le obliga a ello³⁹⁰. Debemos recordar en este punto también la tipología de las partes desiguales a la que se refería TARUFFO, con relación a la litigación en masa a la que ya hemos hecho referencia³⁹¹, cuando distingue entre aquellos que solo ocasionalmente recurren a los tribunales para solucionar controversias aisladas (los litigantes ocasionales), y los litigantes habituales, para quienes ninguna pretensión es económicamente insostenible, lo que le permite «invertir» recursos desproporcionados en relación con una litis particular y utilizar masivamente los tribunales para propósitos estratégicos mas allá de la resolución de la controversia particular. El proceso es para ellos un riesgo habitual en el ámbito de su actividad comercial o empresarial [además de un gasto compensable/desgravable, y no es cuestión menor si pensamos que puede estar en torno a un 40%], porque intervienen en los tribunales habitualmente, en un buen número de controversias iguales o similares, y pueden programar racional y económicamente su «política judicial» con un cálculo de la relación coste/beneficio sustancialmente distinto a la de la parte ocasional. Y también debemos traer colación a MATEO VILLA, cuando se pregunta por la racionalidad o no de la elección por los litigantes del procedimiento judicial para la solución de sus controversias, con sus aparentemente mayores gastos, y llama la atención sobre el hecho de que no existe un cálculo agregado de costes, sino que es desagregado, y que el cálculo del litigante cuya reclamación se ajusta a Derecho es exactamente el contrario al del otro, al que favorece el mantenimiento del *status*

³⁹⁰ «Normalmente —afirma Miguel Ángel Fernández-Ballesteros—, cuando la controversia surge, las partes se encuentran en posiciones desiguales. Una de ellas suele tener mejor *posición de hecho* (fáctica si se quiere), bien porque materialmente posee la cosa en disputa, bien porque aún no ha pagado la cantidad que debe, bien porque ya cobró ciertas sumas por adelantado, o bien porque todavía no ha realizado la entrega a la que se comprometió. A quien el *status quo* le favorece, nada haría si nadie le obligara. También de ordinario, surgida la controversia “la otra parte” suele tener una mejor *posición de derecho* (o jurídica si se prefiere); bien porque, aunque no posee tiene derecho a poseer, bien porque ya pagó por la prestación que entiende mal o no prestada o porque tiene inscrita a su nombre la patente o marca que su contraparte niega o infringe. Y muestra la experiencia que, quién está en una buena posición de hecho —aunque sepa o intuya que no es tan buena en derecho— no suele tener mucha prisa por cambiar la situación. Salvo, claro es, que sea consciente de que su actual buena posición de hecho es insostenible en derecho, que a la corta o la larga, lo que es debe adecuarse a lo que “debe ser” y que, antes o después, no tendrá más remedio que cumplir con la prestación no prestada (más intereses, costas y daños y perjuicios)» FERNÁNDEZ-BALLESTEROS, M.A. *op. cit.* pp. 37-38.

³⁹¹ *Vid.* nota al pie 281.

quo: «el primero quiere resolver el litigio, que es tanto como recibir la prestación a que tiene derecho, y hacerlo, además, al menor coste procesal posible. El otro, en cambio, no quiere cumplir con lo que debe, por lo que su única estrategia procesal es hacer incurrir al otro en tantos gastos procesales que llegue a renunciar a su pretensión», por lo que hacer subsistir la desavenencia y no alcanzar un acuerdo ofrece menores costes agregados que su alternativa, una solución rápida³⁹².

No se puede desconocer que existe una litigación endógena, que tiene su causa en el mismo funcionamiento inadecuado del sistema judicial, y que es ocasionada por litigantes que utilizan los tribunales (es decir, su mal funcionamiento), como parte de su estrategia negociadora³⁹³, dándose la paradoja —esta es la verdadera paradoja— de que las alternativas a la jurisdicción para la solución de controversias solo tienen posibilidades razonables de éxito en aquellos países en los que la Justicia

³⁹² Se pregunta Ignacio Mateo Villa: «¿Por qué los litigantes eligen el procedimiento con — aparentemente— mayores gastos agregados? Si en un entorno racional los agentes eligen la opción —en este caso, procesal— con menores costes agregados, la única explicación racional posible es que esta sea la judicial; es decir, que hacer subsistir la desavenencia y no alcanzar un acuerdo ofrece menores costes agregados que su alternativa. Llegar a esta conclusión exige entender que el cálculo de los costes no se hace por «los litigantes» conjuntamente sino por cada uno de ellos por separado. Y este es el error de los juristas que han abordado la cuestión: dando por cierto que el litigio *se tenía que resolver según Derecho*, el cálculo de costes se hacía de forma agregada, para ambos litigantes. Pero resulta que el cálculo hecho por el litigante cuya reclamación se ajusta a Derecho es exactamente el contrario al del otro: el primero quiere resolver el litigio, que es tanto como recibir la prestación a que tiene derecho, y hacerlo, además, al menor coste procesal posible. El otro, en cambio, no quiere cumplir con lo que debe, por lo que su única estrategia procesal es hacer incurrir al otro en tantos gastos procesales que llegue a renunciar a su pretensión. El cálculo es, pues, desagregado. De manera que, en realidad, para cada uno, el litigio *se tiene que resolver de acuerdo con su particular cálculo de costes*. He aquí el error en la identificación de la causa del fracaso de los PERC por los juristas; la del legislador añade, además, una suerte de incapacidad psicológica para alcanzar el acuerdo: las partes quieren, pero no son capaces de lograrlo por sí mismas. Falso: una de las partes no quiere alcanzarlo porque es la estrategia procesal adecuada que permite proteger el resultado del cálculo que racionalmente ha realizado. Cada litigante, por separado, es un agente racional que hace el cálculo del coste que tendrá para él cumplir/ incumplir y, a partir de ahí, despliega su particular estrategia procesal, de suerte que ni el cálculo es agregado —cada litigante tiene el suyo propio, cuyo resultado es inversamente proporcional al del otro—, ni la estrategia procesal que siga resultará necesariamente funcional con el sistema jurídico —pues no persigue el cumplimiento de la ley mediante la realización de la prestación sino maximizar sus ingresos o minimizar sus costes—». MATEO VILLA, I., *op. cit.*, p. 1993.

³⁹³ Afirma Santos Pastor Prieto que «A menudo es atractivo para el demandado incumplir sus obligaciones aprovechándose de la lentitud, los costes y la incertidumbre de los procedimientos. Carece de estímulos para llegar a acuerdo alguno antes de que se demande, y después de interpuesta la demanda», enfatizando el autor el papel de los demandados porque las sentencias en el ámbito de lo civil dan la razón a los demandantes en casi un 80%, siendo el 72% de los casos con oposición, por lo que se trata de demandantes que se han visto forzados a acudir al juzgado a reclamar su derecho». PASTOR PRIETO, S. «Litigiosidad ineficiente», *La sociedad litigiosa*, (Dir. GUTIÉRREZ-ALVIZ CONRADI, F.), *Cuadernos de Derecho Judicial*, N.º 13, 2007, CGPJ. Madrid, 2008, pp. 391-392.

funciona correctamente en términos de acceso, tiempos y costes³⁹⁴; esto es, el litigio y el acuerdo no solo coexisten sino que llegan a depender el uno del otro para funcionar correctamente³⁹⁵, y los ADR/MASC, por depurados, desarrollados y reconocidos que estén —que es muy bueno que así sea—, no pueden suplantar la maquinaria de la justicia civil precisamente porque la amenaza de fondo de un litigio es necesaria para el cumplimiento de los fines públicos y sociales que tiene el proceso civil, y para llevar a la gente a la mesa de negociaciones³⁹⁶.

Y nada cabe imputar a los actores de una controversia, ni tampoco a los abogados que asumen su defensa —esos ciudadanos y profesionales a lo que se imputa actuar de forma irresponsable con la «sostenibilidad» del «servicio público de Justicia» al acudir a los tribunales para que resuelvan sus controversias—, porque todo ellos (ambas partes) actúan racionalmente, en la defensa de su derechos e intereses legítimos el primero, junto al que debería estar el Estado, que está también interesado en que se cumpla el derecho, porque ello redundaría en beneficio de la seguridad jurídica, la economía y la entera sociedad³⁹⁷; y en la defensa de su interés, en no cumplir las obligaciones a que legalmente estaría obligado, el segundo.

No posible, pues, partir como premisa de la irracionalidad de las partes que no coinciden en querer resolver de forma rápida la controversia que les enfrenta, como no es posible obviar el papel público, social, económico, y social que juega el proceso civil, mucho más allá de la simple resolución de la controversia particular,

³⁹⁴ Rechaza Ennio Cavuoto, que «la mediación, aun cuando sea “obligatoria”, pueda constituir la cura a los males de la Justicia civil, dado que, en realidad, la mediación tiene posibilidades razonables de éxito, como instrumento alternativo de resolución de la controversia, únicamente en un sistema en el que la Justicia funcione ya. A la inversa, si, como en Italia, dada la endémica ausencia de reforma estructurales, el proceso civil tiene una duración excesiva y resulta particularmente impracticable la vía que conduce a la sentencia, también la mediación, lejos de realizar apreciables efectos deflatores, está destinada al fracaso, aunque no sea más que porque la parte que persigue maliciosamente (y sabe cómo obtener) un lucro a partir de los tiempos y disfunciones del proceso y, al mismo tiempo, no tiene ningún interés en adherirse a la mediación/conciliación, procura su rentable desarrollo». CAVUOTO, E., *op. cit.*, pp. 9-10.

³⁹⁵ MOFFITT, M., «Three Things To Be Against (“Settlement” Not Included)», *Fordham Law Review*. Vol. 78, N.º 3 December 2009, Fordham University School of Law, New York, 2009, pp. 1204-1205.

³⁹⁶ Afirma Genn Hazel que el sistema de justicia civil tiene un propósito social importante, y que el desafío fundamental para los reformadores es cómo proporcionar un sistema moderno y eficiente que proporcione resultados justos mediante procedimientos justos y que así lo perciben los litigantes y otros usuarios de los tribunales: un sistema que imparte justicia y goza de la confianza del público; y, partiendo de la base de la utilidad de la mediación cuando las partes acuden al proceso voluntariamente, señala que los ADR no puede suplantar la maquinaria de la justicia civil precisamente porque, en los casos civiles, la amenaza de fondo de un litigio es necesaria para llevar a la gente a la mesa de negociaciones. *Op. cit.* pp. 95-96.

³⁹⁷ Sobre los costes que se derivan de la ineficiencia del sistema judicial, *Vid.* MORA-SANGUINETTI, J.S., *La Factura de la injusticia. Sistema judicial, economía y prosperidad en España*, Tecnos, Madrid, 2022,

ni es posible pretender que existe siempre una solución positiva y constructiva en esos «espacios dialogados», sin que ello implique el rechazo de su existencia, sino el de su imposición sin que se resuelva de forma efectiva el problema de efectividad de la Justicia.

La mediación, como todos los ADR/MASC en general, pueden ser instrumentos valiosos para la resolución de conflictos, pero eso tiene poco que ver con la modernización de la Administración de Justicia, que no pasa tanto por el fomento de esos medios alternativos como por mejoras orgánicas, procesales, humanas —muy especialmente el número de jueces, para eliminar el cuello de botella que supone su escaso número— y materiales, especialmente una digitalización real y eficiente, que la hagan eficaz. Algunas de ellas, paradójicamente, pueden contribuir a un mayor recurso voluntario a la mediación y otros sistemas ADR, y por tanto a su éxito, mucho más que todos los discursos ideológico-propagandísticos y burocrático-formalistas de círculos pro-mediación y de gobiernos interesados en equilibrar sus presupuestos, que apelan al éxito que ya ha supuesto en EE.UU. y otros países anglosajones (especialmente el proceso civil en Inglaterra y Gales), obviando tanto las características propias de los diferentes sistemas de justicia, no siempre trasladables, como las bases del éxito, en el sentido de logro, auge o expansión en su grado de implantación, de la mediación en esos países, no siempre deseables, y el hecho de que ni mucho menos tal implantación se ha traducido en la solución a los problemas que aquejaban a sus respectivos sistemas judiciales.

Lo mismo ha ocurrido cuando hemos examinado los sistemas procesales civiles continentales, francés, austríaco-alemán y español, a lo largo de los siglos XIX y XX, en los que es posible observar el fracaso cuando se ha intentado imponer la conciliación preliminar obligatoria ante las «oficinas de paz», cuando se ha intentado obviar a los abogados en la solución de los conflictos (bien prohibiéndolos directamente, o limitando su intervención), o fiarlo a soluciones procedimentales, como la misma eliminación del procedimiento en los inicios de la Revolución Francesa, o a reformas de calado como las realizadas en el procedimiento civil austríaco, que también se han mostrado insuficientes por sí solas para solucionar el problema de sobrecarga de trabajo de los tribunales. Y lo mismo ha ocurrido en Italia, pese a la imposición de la mediación.

Al tiempo asistimos a una evolución hacia una mayor afirmación de los poderes del juez frente al de las partes en la dirección y desarrollo del proceso, y a la exigencia de su colaboración, sin que hayan tenido especial relevancia ni acogida los sistemas alternativos de resolución de conflictos. Se trata de una tendencia —la de los mayores poderes directivos— que es posible observar en todos los sistemas jurisdiccionales, sean de *Common* o *Civil Law*, que resultan no ser tan diferentes al fin en muchos aspectos, y que se contiene también en los principios de derecho procesal transnacional desarrollados por el *European Law Institute* y UNIDROIT

a partir de 2014 y publicados en 2020, pero de la que no tiene por qué derivarse la imposición de los ADR/MASC.

En España el proceso civil fue símbolo, durante siglos, de la resistencia frente a la arbitrariedad de autoridades externas, fuera el Rey o cualquier otra, y sigue siendo aún hoy — pese a las graves carencias que arrastra por la desidia, el desinterés o el interés de sucesivos gobiernos—, un proceso basado en la proscripción de la arbitrariedad, la búsqueda de la verdad, la recta aplicación del derecho y la justicia material, no solo entre las partes sino frente a los mismos jueces y a cualquier otra autoridad, que es garantía de los derechos y libertades de las partes y de su derecho de defensa en los juicios.

No es un acervo renunciable, por lo que hay que replantearse la estrategia para la implantación de la mediación u otros ADR/MASC en España. Y dentro de esta estrategia, la voluntariedad es un principio irrenunciable para el éxito real de los ADR/MASC, salvo que el éxito que se pretenda sea puramente estadístico, de número de asuntos que son llevados a mediación u otros ADR/MASC, que tendrá normalmente poco que ver con los que efectivamente se resuelvan a través de aquellos, salvo que incurramos en vicios ya experimentados. Será una nueva fuente de negocio, y no cabe esperar que mucho más.

Como ya anticipábamos, la alternativa cero, esto es, no hacer nada, no es en realidad una verdadera alternativa para evaluar la imposición de cualquier medio para la solución extra jurisdiccional de conflictos, y aceptando que algo hay que hacer, pero rechazando que dé igual qué sea ese algo que haya que hacer, sí que hay que descartar caminos, ya explorados, como la obligatoriedad, que ya sabemos que no llevan a ninguna parte — a ninguna parte que sea deseable como aspiración de una sociedad, al menos—, y no hay razón para volver a recorrerlos prescindiendo de experiencias propias y ajenas.

Todos los caminos llevan a algún sitio, con tal de que andemos lo suficiente, pero el a dónde queramos llegar es importante para elegir el camino.

BIBLIOGRAFÍA

- AGUILÓ REGLA, J., *El arte de la mediación. Argumentación, negociación y mediación*, Trotta, Madrid, 2015.
- ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, N., *Proceso, autocomposición y autodefensa*, UNAM, 2ª Edición, México, 1970.
- ALISTE SANTOS, T.J. «La COVID-19 como excusa para introducir de *lege ferenda* una nueva atmosfera procesal», *Transformación del paradigma de justicia tras la pandemia COVID-19*, [Ed.-Coord. ALISTE SANTOS, T.J., ALVARES GARCÍA JÚNIOR, A.], Atelier, Barcelona, 2021, pp. 59-92.
- ALVARADO VELLOSO, A. «La conciliación», *Revista Vasca de Derecho Procesal y Arbitraje*, N.º 1, Instituto Vasco de Derecho Procesal, San Sebastián, enero 1989, pp. 1-21.
- ANDREWS, N., «The New English procedure Rules (1998)», *European Traditions in Civil Procedure* [Editor VAN RHEE, C.H.], Intersentia, Antwerpen – Oxford, 2005, pp. 161-181.
- ANDREWS, N., «Civil Justice’s “Song of Innocence and Experience”, The Gap Between Expectation and Experience», *International Journal of Procedure Law*, Volume 6 (2016) N.º 1, pp. 103-120.
- ANDREWS, N. *The Three Paths of Justice. Court Proceedings, Arbitration, and Mediation in England*, Springer, Cambridge, 2018.
- ANDREWS, N. *Justicia Civil Inglesa. Proceso civil y otras formas de resolución de conflictos*, (Traducción de A. Pérez-Ragone y A. Morales Mutis), Temis, Bogotá, 2021.
- ASENCIO MELLADO, J.M., «La mediación. Futuro incierto», *Práctica de los Tribunales. Monográfico: La mediación civil (Ley 5/2012)*, La Ley, abril 2013, pp. 4-58.

- ASENCIO MELLADO, J.M., «*La inconstitucionalidad de la Ley de Tasas 10/2012, de 20 de noviembre*», Diario La Ley N.º 8115, 2013.
- BARONA VILAR, S., *Solución extrajudicial de conflictos «alternative dispute resolution»* (ADR) y Derecho Procesal, Valencia, Tirant Lo Blanch, 1999.
- BARONA VILAR, S., «Líneas generales y principios configuradores de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil», en *Revista de Derecho Universitat de València (Estudi General)* N.º 1, noviembre 2002.
- BARONA VILAR, S., *Mediación en asuntos civiles y mercantiles en España. Tras la aprobación de la Ley 5/2012, de 6 de julio*, Tirant Lo Blanch, Valencia 2013.
- BELTRÁN AGUIRRE, J.L., «Una apuesta por la mediación administrativa», *Revista Aranzadi Doctrinal*, N.º. 3/2014. Artículo BIB 2014/1459, 2014, pp. 5-7.
- BENTHAM, J., *Una protesta contra las tasas judiciales, en la que se demuestra la peculiar malignidad que entrañan todos estos impuestos como coste añadido al de acudir a la justicia* [Introducción y edición anotada por DE LA OLIVA SANTOS, A., traducción de Guadalupe Rubio de la Urquía], Civitas, Madrid 2013.
- BERLINGUER, A., «Hacia un modelo europeo de mediación», *Revista Aranzadi doctrinal*, N.º 5/2013. BIB 2013/1768, Aranzadi, 2013.
- BETANCOURT, JC, «Reexaminando la noción de resolución alternativa de disputas (ADR) en el contexto del derecho de acceso a la justicia “no jurisdiccional”», *Cuadernos de Derecho Transnacional*, Vol. 10, N.º 2, octubre 2018, pp. 220-221
- BLAKE, S., BROWNE, J., y SIME, S. *The Jackson ADR Handbook*, 2ª Edición, Oxford University Press, Oxford, 2016.
- BLANCO GARCÍA, A.I., «El ombudsman bancario: una protección especial y alternativa del consumidor financiero, pero una utopía en países de América latina», *Revista CESCO de Derecho de Consumo* N.º 18/2016, pp. 128-134.
- BLANCO-MORALES LIMONÉS, P., MORENO HURTADO, D.M., RODRÍGUEZ BENOT, A., e IBARRA BORÉS, A., «La Directiva 2008/52/CEE y su transposición al ordenamiento español», *Mediación en materia civil y mercantil. Análisis de la normativa de la UE y española. Directiva 2008/52/CCE y Ley 5/2012 y RD 980/2013*, [Coord. LÓPEZ SIMO, F., GARAU SOBRINO, F.F.], Tirant Lo Blanch, Valencia, 2014, pp. 22-102.

- BONET NAVARRO, A., «Acuerdo de mediación y proceso civil», *Proceso civil y mediación. Su análisis en la Ley 5/2012, de mediación en asuntos civiles y mercantiles*, [Dir. BONET NAVARRO, A.], Aranzadi, 1ª Edición, Cizur Menor (Navarra), 2013.
- BONET NAVARRO, J., «El abogado ante el procedimiento de mediación: de espejismos ilusionantes a expectativas ponderadas», *Revista Jurídica Región de Murcia*, N.º 47, Murcia, 2013.
- BONET NAVARRO, J., *Justicia de paz y alternativa*, Dykinson, Madrid, 2014.
- BUENO OCHOA, L., «Bases del excepcionalismo norteamericano», *Revista Telemática de Filosofía del Derecho*, N.º 10, 2006/2007, pp. 305-322.
- CADIET, L. «El Nuevo Código procesal civil francés veinticinco años después», *Derecho PUCP. Revista de la Facultad de Derecho*, N.º 53, Pontificia Universidad Católica del Perú, 2000, pp. 693-718. Disponible en <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=5085000> [Fecha de acceso: 7-9-2023].
- CALAMANDREI, P., *Instituciones de Derecho Procesal Civil según el nuevo Código*. Traducción de Santiago Sentís Melendo, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1962.
- CALAZA LÓPEZ, S., «Los pilares estructurales de la justicia a debate», *Transformación del paradigma de justicia tras la pandemia COVID-19*, [Ed.-Coord. ALISTE SANTOS, T.J., ALVARES GARCÍA JÚNIOR, A.], Atelier, Barcelona, 2021, pp. 210-211.
- CALAZA LÓPEZ, S. «Ya llegan los medios adecuados de solución de controversias en vía no jurisdiccional: cuanta más desjudicialización, mejor», *Actualidad Civil*, N.º 6, 2022.
- CARRETERO MORALES, E., *La mediación civil y mercantil en el sistema de Justicia*, Dykinson, Madrid, 2016.
- CASTÁN PÉREZ-GÓMEZ, A., «La administración de Justicia a la luz de la poesía», *El proceso judicial en un marco cultural y digital*, [Dir. CALAZA LÓPEZ, S., QUESADA SÁNCHEZ, A.J., Coord. DE PRADA RODRÍGUEZ, M.], Colex, A Coruña, 2023, pp. 125-158.
- CAVUOTO, E., «La nueva mediación obligatoria en Italia», *Revista General de Derecho Procesal N.º 34 (2014)*, Iustel, Madrid, 2014.
- CERRATO GURI, E. «Los medios de prueba en las civil procedure rules inglesas», *Justicia: Revista de Derecho Procesal*, N.º 1/2015, J.M. Bosch Editor, Barcelona, enero de 2015, pp. 309-333.

- CHAVES GARCÍA, J.R., *Cómo piensa un juez. El reto de una sentencia justa*, Wolters Kluwer, Madrid, 2021.
- COBAS COBIELLA, M.E., VALERO LLORCA, J., «A propósito de la mediación familiar intrajudicial. Una sentencia pionera. Comentario a la Sentencia de Apelación n.º 390/2011, de 27 de diciembre, de la Sección 1ª de la Audiencia Provincial de Valladolid», *Revista de Derecho Patrimonial*, N.º. 30/2013, Aranzadi, Artículo BIB 2013/524. 2013.
- COMOGLIO, P. «Inteligencia artificial y selección de pruebas en el proceso civil: ¿Hacia un proceso más inteligente o hacia un proceso más artificial?», *Revista Ítalo-Española de Derecho Procesal*, 2022, pp. 55-85.
- CONFORTI, F., «La sesión informativa obligatoria en la mediación intrajudicial en España», *Diario La Ley*, 1013/2015, 23 febrero 2015.
- CONFORTI, F., *Tutela judicial efectiva y mediación de conflictos en España*, Tecnos Madrid, 2016.
- CORMAN AARON, M., «Finding Settlement with Numbers, Maps, and Trees», *The Handbook of Dispute Resolution*, [Dir. MOFFIT, M.L., BORDONE, R.C.], Harvard Law School, 1ª Edición, San Francisco (EE.UU.), pp. 202-218.
- CORSÓN PEREIRA, F. y GUTIÉRREZ HERNANZ, E., *Mediación y teoría*, Dykinson, Madrid 2014.
- CORTÉS, P., SOTELO, F., «Negocia o atente a las consecuencias», *InDret. Revista para el análisis del Derecho*, N.º4, 2011.
- COUTURE, E.J., *Fundamentos del Derecho Procesal Civil*, 3ª Edición, Roque Desalma Editor, Buenos Aires, 1958.
- CUCARELLA GALIANA, L.A., «La mediación en derecho privado en el contexto de las otras fórmulas de resolución de controversias distintas al proceso», *Revista General de Derecho Procesal* N.º 26, Iustel, Madrid. 2012.
- DE LA OLIVA SANTOS, A., «Sobre la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil: criterios inspiradores e innovaciones principales», en *Tribunales de Justicia*, N.º 2, febrero 2000, págs. 127-141.
- DE LA OLIVA SANTOS, A., *Objeto del proceso y cosa juzgada en el proceso civil*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), Aranzadi, 1ª Edición, 2005.
- DE LA OLIVA SANTOS, A., «Mediación y justicia: síntomas patológicos», en *Otrosí: Revista del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid*, septiembre de 2011, pp. 7-14.

- DE LUCCHI LÓPEZ-TAPIA, Y., «Eficiencia en el acceso a la información y fuentes de prueba en el proceso civil: tibias líneas de convergentes en EE. UU./ Europa», *Revista Ítalo-Española de Derecho Procesal*, N.º 1, 2023, pp. 23-52.
- DÍAZ GONZÁLEZ, F.J., CALDERÓN ORTEGA, J.M., «La administración municipal de justicia en la España del siglo XIX», *Revista de estudios histórico-jurídicos*, N.º 35, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, Valparaíso, 2013, pp. 295-345.
- DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, I., «La reforma necesaria del proceso civil», *Tribunales de Justicia*, *Revista Española de derecho procesal*, 1999, N.º 2, pp. 79-92.
- DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, I. «La nueva Ley de Enjuiciamiento civil y la litigiosidad civil», *Tribunales de justicia: Revista española de derecho procesal*, N.º 2, 2000, págs. 123-126.
- DONDI, A., ANSANALLI, V., y COMOGLIO, P., *Procesos civiles en Evolución. Una perspectiva comparada*, Proceso y Derecho, Marcial Pons, Madrid, 2017.
- DORADO PICÓN, E. «El Arbitraje y la mediación en España», *Revista Jurídica de Castilla y León* N.º 29, *Monográfico Arbitraje y Mediación, Problemas actuales, retos y oportunidades, enero de 2013*, [Coord. ALBERTO DOREGO, C., Dir. SÁEZ HIDALGO, I.) Junta de Castilla León, Valladolid, 2013.
- ESPLUGUES MOTA, C., «Mediation in the EU after the transposition of the Directive 2008/52/EC on mediation in civil and commercial matters», *Mediation in Civil and Commercial Matters, in Civil and Commercial Mediation in Europe: Cross-Border Mediation, Vol II*, Cambridge, Intersentia, 2014, pp. 485-771.
- FERNÁNDEZ-BALLESTEROS, M.A., *Avenencia o ADR. Negociación, Mediación, Peritajes, Conciliación, Pactos y Transacciones*, Iurgium, Madrid, 2013.
- FERREIRO BAAMONDE, X., RODRÍGUEZ GARCÍA, N., «La armonización del Derecho Procesal Civil en Europa», *Justicia: Revista de Derecho Procesal*, nov. 2010, pp. 141-203.
- FISHER, R., SAPHIRO, D., *Las emociones en la negociación. Cómo ir más allá de la razón en la planificación y desarrollo de las negociaciones*, Granica 1ª Edición, Barcelona 2008.
- FISHER, R., URY, W., y PATTON, B. *Obtenga el sí. El arte de negociar sin ceder*, Gestión 2000 Planeta, 1ª Edición, Barcelona 2011.
- FISS, O.M., «Against Settlement», *The Yale Law Journal*, Vol. 93 N.º 6, 1984, pp 1073 – 1090. Disponible en: http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/1215 [Fecha de acceso: 23-7-2023]

- FULLERTON, R. «The Ethics of Mediation-Arbitration», *The Colorado Lawyer*, Vol. 38, N.º 5 mayo 2009.
- GACTO FERNÁNDEZ, E., ALEJANDRE GARCÍA, J.A., y GARCÍA MARÍN, J.M., *Manual básico de Historia del Derecho*, Laxes, Madrid, 2009.
- GARCIANDÍA GONZÁLEZ, P.M., *Materiales para la Práctica de la Mediación*. Aranzadi, Pamplona, 2013.
- GARCÍA VILLALUENGA, L., VÁZQUEZ DE CASTRO, E., «La mediación civil en España: luces y sombras de un marco normativo», *Política y Sociedad*, Vol. 50, N.º 1, 2013, pp. 71-98.
- GARCÍA VILLALUENGA, L., VÁZQUEZ DE CASTRO, E., «La mediación a debate en Europa ¿hacia la voluntariedad mitigada?», *Anuario de Mediación y Solución de Conflictos*, 2015, pp. 21-36.
- GENN, H., *Judging Civil Justice*, Cambridge University Press, New York, 2010
- GIMÉNEZ CARDONA M.C., «Mediación valorativa o evaluativa», *Mediación es Justicia. El impacto de la Ley 5/2012, de mediación civil y mercantil*, [Coord. LAUROBA LACASA, M.E., ORTUÑO MUÑOZ, P.], Huigens, Barcelona, 2014, pp. 421-426.
- GIMENO BEVIÁ, V., «El acceso a la justicia de los empresarios. Análisis de la Ley de tasas tras la STC 140/2016, de 21 de julio de 2016», *Revista General de Derecho Procesal*, N.º41, Iustel, Madrid, 2017.
- GIMENO SENDRA, V., «Acerca de la constitucionalidad de las tasas judiciales», *Revista General de Derecho Procesal*, N.º 29, Iustel, Madrid, 2013.
- GIMENO SENDRA, V., «Tasas judiciales y financiación de la justicia», *Revista General de Derecho Procesal*, N.º 39, Iustel, Madrid. 2016.
- GINEBRA MOLINS, M.E., TARABAL BOSCH, J., «Mediación obligatoria e inducción a la mediación», *Mediación es Justicia. El impacto de la Ley 5/2012, de mediación civil y mercantil*, [Coord. LAUROBA LACASA, M.E., ORTUÑO MUÑOZ, P.], Huigens, Barcelona, 2014, pp. 227-233.
- GINEBRA MOLINS, M.E., y TARABAL BOSCH, J., «La ductilidad del principio de voluntariedad en la mediación», *Il Diritto Patrimoniale di fronte alla crisi economica in Italia ein Spagna*, [Dir. MURGA FERNÁNDEZ, J.P., TOMÁS TOMÁS, S.], Wolters Kluwer Italia, San Giuliano Milanese, 2014, pp. 460-470.
- GONZÁLEZ GRANDA, P., «La regulación del acceso a las fuentes de prueba en la Ley de Enjuiciamiento Civil: algunas sombras relativas al sistema y naturaleza jurídica», *Revista de Derecho vLex*, N.º 2/2017, diciembre 2017, pp. 117-175.

- GONZALO QUIROGA, M. «Métodos alternos: una justicia más progresista y universalizada», *Métodos alternos de solución de conflictos: Herramientas de paz y modernización de la justicia*, Dykinson, Madrid, 2011.
- GORJÓN GÓMEZ, F.J., «Teoría de la impetración de la justicia. Por la necesaria ciudadanización de la justicia y la paz», *Comunitania. Revista Internacional del Trabajo Social y Ciencias sociales*, N.º10, julio 2015.
- GRADI, M. «El coste de la burocratización de la administración de justicia», *La Justicia tenía un precio* [Dir. HERRERO PEREZAGUA, J.F., LÓPEZ SÁNCHEZ, J.], Atelier, Barcelona, 2023, pp. 17-38.
- GRIGGS, T.B., «Calidad y ética en la formación de mediadores: reflexiones sobre el estado actual y cómo debemos mejorar», *Mediación es Justicia. El impacto de la Ley 5/2012, de mediación civil y mercantil*, [Coord. LAUROBA LACASA, M.E., ORTUÑO MUÑOZ, P.], Huigens, Barcelona, 2014, pp. 141-148.
- GUASP, J., ARAGONESES, P., *Derecho Procesal Civil, Tomo I*, Civitas, 5ª Edición, Madrid, 2011.
- GUTIÉRREZ SANZ, M.R., *La conciliación en la audiencia previa: análisis y técnicas para una gestión eficaz*, La Ley, Madrid, 2010.
- HAU, W. «Las pequeñas causas en el proceso civil: tribunales, vías procesales (tracks) y procedimiento de escasa cuantía», *Revista Ítalo-Española de Derecho Procesal*, N.º 1, 2019.
- HERRERA DE LAS HERAS, R., «La mediación obligatoria para determinados asuntos civiles y mercantiles», *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, N.º 1, 2017.
- HERRERO PEREZAGUA, J.F., *Lo jurisdiccional en entredicho*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2014.
- HERRERO PEREZAGUA, J.F., «La incertidumbre del proceso civil», *Revista General de Derecho Procesal*, N.º 42, Iustel, Madrid, 2017.
- HERRERO PEREZAGUA, F., «Accordarsi o soccombere», *Giustizia consensuale*, N.º 1 - 2022, Vol. II, 2022, pp. 68-76.
- HESS, B., «La influencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el Derecho procesal civil europeo», *Anuario español de derecho internacional privado*, N.º 14-15, 2014-2015, págs. 35-53.
- HINOJOSA SEGOVIA, R., «Los medios adecuados de solución de controversias en el Anteproyecto de Ley de Medidas de Eficiencia Procesal del Servicio Público de Justicia», *La Ley. Mediación y Arbitraje*, N.º 5, Wolters Kluwer, 2021

- HODGES, C., «Analyse comparative / Comparative perspectives. Proposed Modernization of Courts in England & Wales: IT and Online Court», *International Journal of Procedural Law*, Volume 6 (2016) N.º 1, pp. 149-163.
- HUALDE MANSO, M.T., «Del Proyecto Caamaño al Proyecto Gallardón sobre mediación en asuntos civiles y mercantiles», *Revista doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, N.º. 2/2012. BIB 2012/669. 2012.
- JIMÉNEZ CONDE, F., «La mediación en material civil y mercantil», *Il Diritto Patrimoniale di fronte alla crisi económica in Italia ein Spagna*, [Dir. MURGA FERNÁNDEZ, J.P., TOMÁS TOMÁS, S.], Wolters Kluwer Italia, San Giuliano Milanese, 2014, pp. 371-383
- KAGAN, R. A, *Adversarial legalism: The American Way of Law*, Editorial Harvard University Press, 2ª Edición, United States, 2003.
- KOECHER, F., «Harmonization and unification of Civil Procedural Law: prospect for further development», *International Journal of Procedural Law*, Vol. 6, N.º 1, 2016, pp. 86 y ss.
- KOVACH, K.K., «Mediation», *The Handbook of Dispute Resolution*, [Dir. MOFFIT, M.L., BORDONE, R.C.], Harvard Law School, 1ª Edición, San Francisco (EEUU), pp. 304-317.
- LAFUENTE TORRALBA, A.J., «La formación del mediador y el coste de la mediación: dos aspectos cruciales aunque menospreciados por la Ley 5/2012, de 6 de julio», en *Il Diritto Patrimoniale di fronte alla crisi económica in Italia ein Spagna*, [Dir. MURGA FERNÁNDEZ, J.P., TOMÁS TOMÁS, S.], Wolters Kluwer Italia, San Giuliano Milanese, 2014, pp. 385-398.
- LÓPEZ FERNÁNDEZ, R., «Los principios que informan el procedimiento de mediación», *La Mediación como método para la resolución de conflictos* [Dir. CABRERA MERCADO, R., Coord. QUESADA LÓPEZ, P.M.], Dykinson, Madrid, 2017, pp. 29-46.
- LÓPEZ GONZÁLEZ, R., MARTÍN LÓPEZ, J.J.: *Legislación sobre mediación familiar*, Tecnos, Madrid, 2003.
- LÓPEZ-JURADO PUIG, F.J. «La litigiosidad del cliente bancario», *La sociedad litigiosa*, [Dir. GUTIÉRREZ-ALVIZ CONRADI, F.], *Cuadernos de Derecho Judicial*, N.º 13 - 2007, CGPJ 2008, pp. 221-241.
- LORCA NAVARRETE, A.M., «El denominado proceso justo», *Revista vasca de derecho procesal y arbitraje*, Vol. 25 N.º 1, Instituto Vasco de Derecho Procesal, 2013, pp. 35-47.

- LORCA NAVARRETE, A.M. «¿“Justicia”, “verdad judicial” o “proceso justo”? ¿Convergencia en el Civil Law y el Common Law?. La inutilidad de los conceptos de Acción, Jurisdicción o el atinente a las formas procedimentales», *Revista vasca de derecho procesal y arbitraje*, Vol. 27, N.º 2, Instituto Vasco de Derecho Procesal, 2015, págs. 255-265.
- MACHO GÓMEZ, C., «Origen y evolución de la mediación: el nacimiento del “movimiento ADR” en Estados Unidos y su expansión a Europa», *Anuario de Derecho Civil N.º LVII-III*, Ministerio de Justicia, BOE, Madrid, julio 2014, pp. 931-996.
- MACHO GÓMEZ, C., «Los ADR “Alternative Dispute Resolution” en el comercio internacional», *Cuadernos de Derecho Transnacional*, Vol. 5, N.º 2, octubre 2013, Universidad Carlos III, Madrid, 2013 pp. 398-427.
- MAGRO SERVET, V., «Las tasas judiciales y su visión jurisprudencial. Respuesta de los tribunales», *Revista de Jurisprudencia El Derecho*, N.º 1, El Derecho Editores, junio 2013, pp. 71-78
- MAK, CH., «Reimagining Europe Through Private Law Adjudication», *Civil Courts and the European Polity. The Constitutional Role of Private Law Adjudication in Europe* (Edit. MAK, CH., KAS, B.), Hart Publishing, Oxford (UK), pp. 63-77.
- MARCOS FRANCISCO, D., «La incidencia de los MASC en las costas procesales en la proyectada Ley de medidas de eficiencia procesal», *Revista General de Derecho Procesal*, N.º 57, 2022.
- MARTÍN DIZ, F., «Políticas de la Unión Europea en la promoción de soluciones extrajudiciales para la resolución de conflictos», *Introducción al derecho del arbitraje y mediación*, [Coord. VELARDE ARAMAYO, M.S.], Ratio Legis, Salamanca, 2006, pp. 71-96.
- MARTÍN DIZ, F., «Mediación en Derecho privado: nuevas perspectivas prácticas», *Revista General de Derecho Procesal*, N.º 33, Iustel, Madrid, 2014.
- MARTÍN DIZ, F., «Mediación y sistema de justicia: a propósito de las reformas legislativas para la eficiencia procesal de la administración de justicia y la incorporación de los denominados «medios adecuados de solución de controversias», *La Ley. Mediación y Arbitraje*, N.º 12, julio-septiembre, Wolters Kluwer, 2022.
- MARTÍNEZ PALLARÉS, J.I., «El debate sobre las costas procesales, desde la perspectiva ADR», *Práctica de los Tribunales*, N.º 131, Wolters Kluwer marzo-abril 2018.

- MARTÍNEZ PALLARÉS, J.I., «Proceso civil y mediación. El acceso a las fuentes de prueba desde la perspectiva ADR», *Revista General de Derecho Procesal*, N.º 49, Iustel, septiembre 2019.
- MARTÍNEZ PALLARÉS, J.I., «Voluntariedad versus *mandatory mediation*. Redireccionando para reiniciar la mediación», *Práctica de los Tribunales*, N.º 142, Wolters Kluwer, enero - febrero 2020.
- MARTÍNEZ PALLARÉS, J.I., «Abogados en tiempos de MASC. Entre la oportunidad y los trenes a ninguna parte», *La Ley. Mediación y Arbitraje*, N.º 8, Wolters Kluwer, julio-septiembre 2021.
- MARTÍNEZ PALLARÉS, J.I., «Templar gaitas, y otros medios más adecuados de solución de controversias en las comunidades de propietarios», *La Ley. Mediación y arbitraje*, N.º 15, La Ley, abril 2023.
- MATEO VILLA, I., «De la fundamentación económica de los medios adecuados de solución de controversias», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, N.º. 792, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles, 2022, pp. 1989-2036.
- MILLER, A.R., «Simplified Pleading, Meaningful Days in Court, And Trials On The Merits: Reflections on the deformation of Federal Procedure», *New York University Law Review*, Vol. 88-286, April 2013, Edit. New York University School of Law, New York, 2013, pp. 287-371.
- MIRANDA VÁZQUEZ, C. «El mito de la influencia de la inmediatez judicial en la valoración de la prueba personal: una revisión crítica», *Justicia: revista de derecho procesal*, N.º. 2, J.M. Bosch Editor, Barcelona, 2014, pp. 339-372.
- MOFFITT, M., «Three Things To Be Against (“Settlement” Not Included)», *Fordham Law Review*. Vol. 78 N.º 3 December 2009, Fordham University School of Law, New York, 2009, pp. 1203-1245.
- MNOOKIN, R.H., PEPPET, S.R., TULUMELLO, A.S., *Resolver conflictos y alcanzar acuerdos. Cómo plantear la negociación para generar beneficios*, Gedisa, Barcelona, 2003.
- MOORE, C., *El proceso de mediación. Métodos prácticos para la resolución de conflictos*, Granica, Buenos Aires, 1995.
- MONTERO AROCA, J., «La nueva Ley de Enjuiciamiento Civil española, y la oralidad». Texto base de la conferencia pronunciada en las «XVII Jornadas Iberoamericanas de Derecho Procesal», celebradas en San José, Costa Rica, los días 18 a 20 de octubre de 2000. Disponible en <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/5084998.pdf>. [Fecha de acceso: 5-7-2023]

- MORA-SANGUINETTI, J.S., GAROUPA, N., «Do lawyers induce litigation? Evidence from Spain, 2001-2010», *International Review of Law and Economics*, 44, Elsevier, 2015.
- MORA-SANGUINETTI, J.S., *La Factura de la injusticia. Sistema judicial, economía y prosperidad en España*, Tecnos, Madrid, 2022.
- MUERZA ESPARZA, J., «Autonomía de la voluntad y proceso. Algunas cuestiones polémicas», *Estudios sobre mediación y arbitraje desde una perspectiva procesal* [Dir. SIGÜENZA LÓPEZ, J., GARCÍA-ROSTÁN CALVIN, G., Coord. CASTILLO FELIFE, R., TOMÁS TOMÁS, S.], Aranzadi, Cizur Menor, 2017, pp. 21-43.
- MULLERAT BALMAÑA, R.M., «La justicia alternativa (“Alternative Dispute Resolution”) en los Estados Unidos de Norteamérica», *Anuario de Justicia Alternativa*, N.º 3, Bosch, Barcelona, 2002, pp. 45-73.
- NIEVA-FENOLL, J., «La mediación: ¿una “alternativa” razonable al proceso judicial?», *Práctica de los Tribunales. Monográfico: La mediación civil (Ley 5/2012)*, La Ley, abril 2013, pp. 42-50.
- NIEVA-FENOLL, J., «Mediación y arbitraje: ¿una ilusión decepcionante?», *Revista General de Derecho Procesal N.º 39 (2016)*, Iustel, Madrid. 2016.
- NIEVA-FENOLL, J., *Derecho Procesal I (Introducción)*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2019, p. 20.
- NOLAN-HALEY, J., «Lawyer, Clients, and Mediation», *Notre Dame Law Review*. Vol. 73 N.º 5 February 2014, New York, 1998. pp. 1369-1390.
- NOLAN-HALEY, J., «Mediation exceptionality», *Fordham Law Review*, Vol. 78 N.º 3 December 2009, Fordham University School of Law, New York, 2009. pp. 1247-1264.
- NOLAN-HALEY, J.M., «Is Europe Headed Down the Primrose Path With Mandatory Mediation?», *North Carolina Journal Of International Law and Commercial regulation*, Vol. 37, N.º 4, 2012, pp. 981-1011.
- NOLAN-HALEY, J., *Alternative Dispute Resolution, in a nutshell*, Fourth Edition, West Academic Publishing, St. Paul (USA), 2013.
- OBERHAMMER, P., DOMEJ, T., «Germany, Switzerland, Austria (CA. 1800-2005)», *European Traditions in Civil Procedure, I General Part* [Editor C.H. VAN RHEE], Intersentia, Antwerpen – Oxford, 2005, pp. 103-128.
- OBERHAMMER, P., DOMEJ, T., «Germany, Switzerland, Austria», *European Traditions in Civil Procedure, II Specific Topic, Conciliation and Other Types of Alternative Dispute Resolution* [Edit. VAN RHEE, C.H.], Intersentia, Antwerpen – Oxford, 2005, pp. 215-221.

- OBERHAMMER, P., DOMEJ, T., «Germany, Switzerland, Austria», *European Traditions in Civil Procedure, II Specific Topic, Power of the judge* [Edit. VAN RHEE, C.H.], Intersentia, Antwerpen – Oxford, 2005, pp. 295-305.
- OGAYAR AYLON, T., «Ley de 22 de diciembre de 1953 sobre arbitrajes de derecho privado», *Comentarios al Código Civil, Tomo XXII, Vol. 2* [Dir. ALBALADEJO GARCÍA, M.], Edersa, Madrid, 1982.
- ORDEÑANA GEZURAGA, I. «¿Quién le pone el cascabel al gato? O sobre la necesidad de constitucionalizar las técnicas extrajurisdiccionales en nuestro ordenamiento jurídico y una propuesta abierta al debate», *Revista Vasca de Derecho Procesal y Arbitraje*, Vol. 30, N.º 3, 2018
- ORDEÑANA GEZURAGA, I., «Propuesta de futuro para la justicia de paz en España», *Revista General de Derecho Procesal*, N.º 44 (2018), Iustel, Madrid. 2018.
- ORMAZABAL SÁNCHEZ, G. *La brecha procesal civil entre EE. UU. y Europa*, Tirant Lo Blanch, 1ª Edición, Valencia, 2016.
- ORTUÑO SÁNCHEZ-PEDREÑO, J.M., «Las Ordenanzas de abogados de los Reyes Católicos», *Revista jurídica de la Región de Murcia*, N.º 23, Ilustre Colegio de Abogados de Murcia, Murcia, 1997, pp. 95-114.
- ORTUÑO MUÑOZ, P., «La Abogacía y la mediación: apuntes críticos al anteproyecto de ley de impulso», *La Ley. Mediación y Arbitraje*, N.º 1, Wolters Kluwer, enero-marzo 2020.
- ORTUÑO MUÑOZ, P., «Comentarios al Anteproyecto Ley de Eficacia Procesal», *La Ley. Mediación y Arbitraje*, N.º 7, Wolters Kluwer, abril-junio 2021.
- ORWELL, G. *1984*, Salvat, Estella (Navarra), 1983.
- OSSORIO, Á., *El alma de la toga*, Diego Marín, Murcia, 2015.
- OTEIZA, E., Punto de vista: MARC/ADR y diversidad de culturas: el ejemplo latinoamericano», 2005. Disponible en https://www.academia.edu/12154319/Punto_de_vista_MARC_ADR_y_diversidad_de_culturas_El_ejemplo_latinoamericano [Fecha de acceso: 27-7-2023].
- PASCUAL DE RIQUELME HERRERO, M., «La experiencia de la unidad de mediación intraprosesal del partido judicial de Murcia. Introducción: El impulso a la mediación en la experiencia de los PNPM», *Mediación es Justicia. El impacto de la Ley 5/2012, de mediación civil y mercantil*, [Coord. LAUROBA LACASA, M.E., ORTUÑO MUÑOZ, P.], Huigens, Barcelona, 2014, pp. 57-64.
- PASTOR PRIETO, S., «Litigiosidad ineficiente», *La sociedad litigiosa*, [Dir. GUTIÉRREZ-ALVIZ CONRADI, F.], *Cuadernos de Derecho Judicial* N.º 13 -2007, CGPJ, Madrid, 2008, pp. 337-447.

- PASTOR PRIETO, S., «Eficiencia y medios alternativos», *Medios Alternativos de Resolución de Controversias, Anuario de la Facultad de Derecho de la UAM*, N.º 11 (2007), pp. 49-78.
- PATTON, B., «Negotiation», *The Handbook of Dispute Resolution*, [Dir. MOFFIT, M.L., BORDONE, R.C.], Harvard Law School, 1ª Edición, San Francisco (EEUU), pp. 279-303.
- PAZ-PEÑUELAS BENEDÉ, M.P., *Conflicto y técnicas de gestión. En especial la mediación en asuntos civiles y mercantiles*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2017.
- PECK, J.J., «Users United: The Civil Justice Reform Act of 1990», *Law and Contemporary Problems*, Vol. 54, N.º 3 (Summer 1991) pp.105 y ss
- PEÑA BERNALDO DE QUIROS, C.M., *El arbitraje. La Conciliación. Los modos anormales de terminación del proceso. (El desistimiento. La renuncia. El allanamiento. La Transacción. La caducidad.)*, Comares, Granada, 1991.
- PEREA GONZÁLEZ, A., RIBÓN SEISDEDOS, E., RICA DE MIGUEL, S., MUNNE CATARINA, F., MARTINEZ DEL TORO, S., MARTINEZ DE SANTOS, A., «Diálogos para el futuro judicial LX, La tasación de costas y los criterios orientativos tras la STS, Sala 3ª, de 19 de diciembre de 2022», [Coord. PEREA GONZÁLEZ, A.] Diario *La Ley*, N.º 10257, Sección Plan de Choque de la Justicia, 28 de marzo de 2023, Wolters Kluwer, 2023.
- PEREIRA CAMPOS, S. «La proporcionalidad procesal como instrumento relevante de la justicia civil», *Revista Ítalo-Española de Derecho Procesal*, Vol. 1, 2021, pp. 55-73.
- PILIA, C., *La mediazione volontaria*, Colección Quaderni di conciliazione - Serie Monográfica, Editorial AV, Cagliari, 2012.
- PILIA, C., MANCALEONI, A., «La mediación en Italia. Con la mediación en material civil y mercantil, Italia elige Europa, *Revista de Derecho Patrimonial*, 28/2012, Editorial Aranzadi. BIB 2012/170. 2012.
- QUEK ANDERSON, D., «Mandatory Mediation: An Oxymoron? Examining the Feasibility of Implementing a Court-Mandated Mediation Program», *Cardozo Journal of Conflict Resolution*, Vol. 11, N.º 2, 2010, pp. 492-496.
- RAMOS ROMEU, F., «¿Puede el juez contribuir a reducir la litigiosidad?», *La sociedad litigiosa*, (Dir. GUTIÉRREZ-ALVIZ CONRADI, F.) *Cuadernos de Derecho Judicial* N.º 13 -2007 CGPJ, Madrid, 2008, pp. 65-119.
- REDORTA LORENTE, J., *Gestión de conflictos. Lo que necesita saber*. UOC, Barcelona, 2011.

- SÁNCHEZ MARTÍN, P., «Incidencia de la mediación en el proceso civil», *Práctica de los Tribunales. Monográfico: La mediación civil (Ley 5/2012)*, La Ley, abril 2013, pp. 60-71.
- SCHLINK, B., *El lector*. Anagrama, Barcelona, 2020.
- SEUL, J.R., «Litigation as Dispute Resolution alternative», *The Handbook of Dispute Resolution*, [Dir. MOFFIT, M.L., BORDONE, R.C.], Harvard Law School, 1ª Edición, San Francisco (EEUU), pp. 336-357.
- SIGÜENZA LÓPEZ, J., «Precisiones conceptuales sobre lo que es y no mediación», en *Il Diritto Patrimoniale di fronte alla crisi económica in Italia ein Spagna*, [Dir. MURGA FERNÁNDEZ, J.P., TOMÁS TOMÁS, S.], Wolters Kluwer Italia, San Giuliano Milanese, 2014, pp. 449-457.
- SIGÜENZA LÓPEZ, J., «Concepto y rasgos definitorios de la mediación instaurada en España por la Ley 5/2012», *Estudios sobre mediación y arbitraje desde una perspectiva procesal*, [Dir. GARCÍA-ROSTÁN CALVIN, G., SIGÜENZA LÓPEZ, J., Coord. TOMÁS TOMÁS, S., CASTILLO FELIPE, R.], Aranzadi, Cizur Menor, 2017, pp. 75 – 119.
- SIGÜENZA LÓPEZ, J., *Mediación extrajudicial y proceso civil*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2019.
- SIGÜENZA LÓPEZ, J., «Mediación en asuntos civiles y mercantiles y derecho fundamental a ser tutelado judicialmente de forma efectiva», *Revista Aranzadi Doctrinal*, N.º 2, Thomson Reuters Aranzadi, 2020.
- SIGÜENZA LÓPEZ, J. «La negociación eficiente también tiene un coste», *La justicia tenía un precio* [Dir. HERRERO PEREZAGUA, J.F., LÓPEZ SÁNCHEZ, J.], Atelier, Barcelona, 2023, pp. 50-79.
- SLAPPER, G., KELLY, D. *The English legal Systems, Eighteen Edition*, Abingdon, 2017.
- SOLETO MUÑOZ, H., «La Mediación, tutela adecuada en los conflictos civiles», *Tratado de Mediación. Mediación en asuntos civiles y mercantiles, Tomo I* (Edit. BLANCO GARCÍA, A.I.), Edit. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2017, pp. 19-48.
- SPENCER, D., Brogan, M., *Mediation Law and Practice*, Cambridge University Press, New York, 2006.
- STEINBECK, J., *Las uvas de la ira*, Alianza Editorial, Madrid, 2022.
- STORME, M., «Introductory address», *The Law's delay. Essays on Undue Delay in Civil Litigation* [Edit. VAN RHEE, C.H.], Intersentia, 2004, pp. iii-vi.

- SUSSKIND, L.E., «Consensus building and ADR: Why they Are Not the Same Thing», *The Handbook of Dispute Resolution*, [Dir. MOFFIT, M.L., BORDONE, R.C.], Harvard Law School, 1ª Edición, San Francisco (EEUU), pp. 358-370.
- TARUFFO, M., *El proceso civil adversarial en la experiencia americana*, Temis, Bogotá, 2008.
- TARUFFO, M., «El proceso civil de “Civil Law”. Aspectos fundamentales», *Ius et Praxis*, Vol. 12, N.º 1, Talca, 2006, pp. 69-94. Disponible en: <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-00122006000100004> [Fecha de acceso: 12-8-2023].
- TARUFFO, M., *La prueba. Artículos y conferencias*, Monografías Jurídicas Universitas, Editorial Metropolitana. Santiago de Chile, 2009.
- TARUFFO, M., *Páginas de Justicia Civil*, Marcial Pons, Madrid, 2009.
- TARUFFO, M., «Carnelutti y la teoría de la prueba», *Justicia: Revista de Derecho Procesal*, N.º 1/2016, J.M. Bosch, Barcelona, 2016, pp. 19-32.
- TARUFFO, M. «La función epistémica de la prueba», *Problemática de la prueba*, [Coord. PANIGADI, M., MOSMANN, M.V. Traducción Francisco Verbic], Editorial Astrea, Buenos Aires, 2018. pp. 1-10.
- THOMSON, C., FINN, A., «Mediation-Arbitration a contentious but often effective compromise», *The Lawyer Weekley*, September 15, 2006.
- TWINING, W., «Alternative to What? Theories of Litigation, Procedure and Dispute Settlement in Anglo-American Jurisprudence: Some Neglected Classics», *Modern Law Review*, 1993. p. 380 - 392
- UTRERA GUTIÉRREZ, J.L., «La Ley 5/2012 de mediación en asuntos civiles y mercantiles y su incidencia en los procesos de familia», *Diario La Ley*, N.º 7996, 2013.
- VADO GRAJALES, L.O., «Medios Alternativos de resolución de conflictos», *Estudios en homenaje a Marcia Muñoz de Alba Medrano. Estudios de derecho público y política*. [Coord. MACÍAS VÁZQUEZ, M.C., CIENFUEGOS SALGADO, D.) UNAM, Instituto de Investigaciones jurídicas, México, 2016, pp. 369-389. Disponible en <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/5/2264/19.pdf> [Fecha de acceso: 26-7-2023].
- VAN RHEE, C.H., «Evolución del Derecho Procesal Civil en Europa: cómo el juez activo se convirtió en los normal», *Revista chilena de Derecho y Ciencia Política*, Vol. 2, N.º 2, Facultad de Ciencias Jurídicas de la Universidad Católica de Temuco, Temuco (Chile), 2011, pp. 11-40.
- VAN RHEE, C.H., «Civil Procedure: A European Ius Commune?», *European Review of Private Law*, Kluwer Academic Publishers, 2000, p. 589-611.

- VAN RHEE, C.H. «The Law's delay: An introduction», *The Law's delay. Essays on Undue Delay in Civil Litigation* [Edit. VAN RHEE, C.H.], Intersentia, 2004, pp. 1-21.
- VAN RHEE, C.H., «English Procedure until the Civil Procedure Rules», *European Traditions in Civil Procedure* [Edit. VAN RHEE, C.H.], Intersentia, Antwerpen – Oxford, 2005, pp. 129-159.
- VAN RHEE, C.H., «Case Management in Europe: A Modern Approach to Civil Litigation», *International Journal of Procedure Law*, Vol. 8, 2018, pp. 65-84.
- VARGAS GÓMEZ-URRUTIA, M., «Concepto de mediación y ámbito de aplicación de la Ley 5/2012», *Mediación en materia civil y mercantil. Análisis de la normativa de la UE y española. Directiva 2008/52/CCE y Ley 5/2012 y RD 980/2013*, (Coord. LÓPEZ SIMO, F., GARAU SOBRINO, F.F.), Tirant Lo Blanch, Valencia, 2014, pp. 103-122.
- VEGAS TORRES, J., «La Reforma Procesal Civil Española: Criterios inspiradores y principales innovaciones de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 2000», *Proceso civil. Hacia una nueva justicia civil*, [Coord. DE LA OLIVA SANTOS, A. y PALOMO VÉLEZ, D.], Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 2008.
- VELARDE ARAMAYO, M.S., y SASTRE IBARRECHE, R., «Mecanismos de heterocomposición de conflictos: del arbitraje a los ADR». *Introducción al derecho del arbitraje y mediación*, [Coord. VELARDE ARAMAYO, M.S.], Ratio Legis, Salamanca, 2006, pp. 11-70.
- VIDAL FERNÁNDEZ, B. «La propuesta de directiva sobre el establecimiento de normas mínimas comunes para un proceso civil europeo», *La evolución del espacio judicial europeo en materia civil y penal: su influencia en el proceso español* [Dir. JIMENO BULNES, M., Coord. Ruiz López, C.], Tirant Lo Blanch, Valencia, 2022, pp. 169-205.
- VIJFFELS, A., «The shadow of the ancien régime's protracted proceedings in the French Code of Civil Procedure (1806)», *The Law's Delay* [Edit. C.H. VAN RHEE], Intersentia, Antwerpen – Groningen, 2004, pp. 361-376.
- VIJFFELS, A., «French Civil Procedure Rules (1806-1975)», *European Traditions in Civil Procedure* [Edit. C.H. VAN RHEE], Intersentia, Antwerpen – Oxford, 2005, pp. 25-47.
- VIJFFELS, A., «France», *European Traditions in Civil Procedure, II Specific Topics. A Conciliation and Other Types Of Alternative Dispute Settlement* [Edit. C.H. VAN RHEE], Intersentia, Antwerpen – Oxford, 2005, pp. 197-205.

- VIJFFELS, A., «France», *European Traditions in Civil Procedure, II Specific Topics, C Powers of the judge* [Editor C.H. VAN RHEE], Intersentia, Antwerpen – Oxford, 2005, pp. 269-279.
- VINYAMATA CAMPS, E., *Manual de prevención y resolución de conflictos. Conciliación, mediación, negociación*, Ariel, Barcelona, 1999.
- VINYAMATA CAMPS, E. «Introducción a la conflictología», *Mediación, arbitraje y resolución extrajudicial de conflictos en el siglo XXI. Arbitraje y resolución judicial de conflictos Vol. 2* [Dir. GARCÍA VILLALUENGA, L., TOMILLO URBINA, J., VÁZQUEZ DE CASTRO, E., Coord. FERNÁNDEZ CANALES, C.], Edit. Reus, Madrid, 2010, pp. 183-194.
- WEBER, M., *La Ética Protestante y el Espíritu del Capitalismo*, Editorial Reus, Zaragoza, 2009.
- WEINSTEIN, J.B., «Comments on Owen M. Fiss, Against Settlement (1984)», *Fordham Law Review*. Vol. 78 N.º 3 December 2009, Fordham University School of Law, New York, 2009, pp. 1265-1272.
- WOO, M.Y.K., «Case Management or Case Elimination? A Snapshot from North America», *International Journal of Procedure Law*, Volume 8, 2018, pp. 85-99.
- ZIMMERMAN, A.S., «Distributing Justice», *Los Angeles Legal Studies Paper*, N.º 2014-16, 86 NYU L. REV. 500, Loyola Law School, Los Angeles, 2011.

Algo hay que hacer para resolver los problemas de un sistema judicial colapsado, pero la solución no pasa por la imposición de un ADR/MASC como requisito de procedibilidad. Es esta una vieja pulsión, no solo de gobiernos y legisladores, que encontró en la situación generada por el COVID-19 nuevos argumentos para su impulso, que se suman a otros cuyas premisas y validez hay que cuestionar tanto como aquellos.

Se trata en este trabajo de entender el papel que juegan dichos medios en su relación con la litigación, y para ello se acude a la historia, reveladora como siempre, y al estudio, de los sistemas procesales de Common y Civil Law y su evolución, y de la realidad de la litigación y de sus actores, huyendo de falsas premisas e invocaciones taumatúrgicas que encubren la falta de voluntad política de dotar a la Justicia de los medios que precisa.

El trabajo es muy completo y de indudable interés, para los investigadores, pero también para los prácticos del Derecho, que pueden encontrar en el conocimiento de la relación entre ADR/MASC y proceso civil y de los problemas que genera una valiosa herramienta de evaluación de opciones para la resolución de problemas concretos.

JOSÉ IGNACIO MARTÍNEZ PALLARÉS, es abogado ejerciente desde 1993, Doctor en Derecho, y profesor asociado de Derecho Procesal en la Facultad de Derecho de la Universidad de Murcia, acreditado como Profesor Contratado Doctor por la ANECA. Experto en derecho civil y procesal, sus líneas de investigación se han centrado, especialmente, en los sistemas alternativos de solución de conflictos en su relación con el proceso civil. Autor de numerosos artículos doctrinales, publicados en revistas y monografías compartidas, esta es su primera monografía como autor único.